



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

N° 15

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

ISSN 2222-0615

**REVISTA PERUANA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL**

Nº 15

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

**REVISTA PERUANA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL**

Nº 15

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL



CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

©TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
Los Cedros núm. 209 - San Isidro - Lima

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. N° 15
DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

N° 15 - Nueva Época - Enero - Junio de 2023

Director: Helder Domínguez Haro
Editor: Alfredo Orlando Curaca Kong

Hecho el depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2023-12448
ISSN-L: 2222-0615
ISSN: 2664-2719

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

La Revista Peruana de Derecho Constitucional no se solidariza necesariamente con las opiniones vertidas por los autores de los artículos. El contenido y lo redactado en estos es de su exclusiva responsabilidad.

Número de ejemplares: 300

Impresión: Q&P Impresores S.R.LTDA.
Av. Ignacio Merino N° 1546
Teléfono: 470 1788 Celular: 998 171 665
informes@qypimpresores.com



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Revista Peruana de Derecho Constitucional

Publicación semestral del Tribunal Constitucional

Nº 15, enero-junio, 2023

Lima, Perú

PRESIDENTE

Francisco Morales Saravia

Tribunal Constitucional del Perú

DIRECTOR

Helder Domínguez Haro

Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú

EDITOR

Alfredo Orlando Curaca Kong

Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú

CONSEJO EDITORIAL

Javier Antonio Adrián Coripuna

Tribunal Constitucional del Perú

Edgar Enrique Carpio Marcos

Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú

Alfredo Orlando Curaca Kong

Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú

Óscar Arturo Díaz Muñoz
Tribunal Constitucional del Perú

Nadia Paola Iriarte Pamo
Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú

Berly Javier Fernando López Flores
Tribunal Constitucional del Perú

Roger Rafael Rodríguez Santander
Tribunal Constitucional del Perú

Luis Raúl Sáenz Dávalos
Tribunal Constitucional del Perú

Camilo Suárez López de Castilla
Tribunal Constitucional del Perú

Alex Enrique Ulloa Ibáñez
Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú

Hernesto Vásquez Pérez
Tribunal Constitucional del Perú

CONSEJO CONSULTIVO

Jorge Alejandro Amaya
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Ronald Cárdenas Krenz
Universidad de Lima, Perú

Francisco Javier Díaz Revorio
Universidad de Castilla - La Mancha, España

Francisco Fernández Segado
Universidad Complutense de Madrid, España

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Domingo García Belaunde
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Tania Groppi
Universidad de Siena, Italia

Peter Häberle
Universidad de Bayreuth, Alemania

Luis López Guerra
Universidad Carlos III, España

Pablo Luis Manili
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Patricio Maraniello
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Luiz Guilherme Marinoni
Universidad Federal de Paraná, Brasil

Luca Mezzetti
Universidad de Boloña (Italia)

Marco Olivetti
Universidad de Roma LUMSA, Italia

Lucio Pegoraro
Universidad de Bologna, Italia

Juan Carlos Remotti Carbonell
Universidad Autónoma de Barcelona, España

Roberto Romboli
Universidad de Pisa, Italia

Gerardo Ruiz-Rico Ruiz
Universidad de Jaén, España

Néstor Pedro Sagüés
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Alejandro Saiz Arnaiz
Universidad Pompeu Fabra, España

Michel Troper
Universidad de París X-Nanterre, Francia

Diego Valadés Ríos
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Eduardo Andrés Velandia Canosa
Universidad Libre, Colombia

ISSN-L: 2222-0615

ISSN: 2664-2719

© Fondo Editorial del Tribunal Constitucional
Av. Los Cedros 209, San Isidro, Lima, Perú
Teléfonos: (511) 440-3587 y (511) 440-3589
publicaciones@tc.gob.pe

INDICE GENERAL

Helder Domínguez Haro

Presentación	17

SECCION ESPECIAL Democracia Constitucional

Luz Pacheco Zerga

Constitución, derechos fundamentales y democracia	33

Edwin Figueroa Gutarra

Democracia Constitucional: significado y riesgos	53

Fernando Berrios Gutarra

Reflexiones constitucionales sobre la democracia peruana	69

Iván Alexander Vásquez Ramos

Principios democráticos en un Estado Constitucional	83

Luis Máximo Rosado Huamán

El Estado Constitucional como garantía de los derechos fundamentales y su papel en la consolidación de la democracia en el Perú	101

Roberto Cabrera Suárez

Derechos de participación ciudadana en el Perú: ¿es necesaria la reserva de escaños para su ejercicio pleno?.....	121

Raúl Gutiérrez Canales

Los partidos políticos y su influencia en el fortalecimiento del Estado constitucional	143

Doris Cajincho Yáñez

Relación entre democracia, Constitución y vigencia de derechos fundamentales de la persona en el Estado peruano.....	159

Jhonathan Ávila Romero

La Independencia Judicial: Entre la Democracia y el “Iliberalismo” Constitucional	175

12

Arturo Crispín Sánchez

La vacancia presidencial por permanente incapacidad moral. Pasado, presente y futuro	197

Luis Andrés Roel Alva

Las reformas constitucionales necesarias para fortalecer el Estado Constitucional de Derecho	243

SECCIÓN MISCELÁNEA

Luiz Guilherme Marinoni

¿Abstractivización del control concreto o concretización del control abstracto?	269

Hermógenes Acosta De los Santos

El Constitucionalismo social dominicano.....	299

Gerardo Eto Cruz

Una visión constitucional de la globalización desde la perspectiva latinoamericana	327

Lourdes Zamudio Salinas

Perú: retos del derecho fundamental a la protección de datos personales	373

Doris Margarita Yalle Jorges

El deber de motivación de las resoluciones como una garantía para salvaguardar el derecho a un debido proceso en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho	393

Vania Y. Chicoma Santos / Rosyt Saucedo Aguilar

Derecho a la protesta: un derecho olvidado	417

SECCIÓN HOMENAJE
Pedro Planas Silva

Pedro Planas

Los límites del legislador ante el juez constitucional	449

Manuel Monteagudo Valdez

La otredad: Un diálogo entre el liberalismo político y la cristología (a propósito de Pedro Planas)	481

Helder Domínguez Haro

Pedro Planas: un buen demócrata militante y descentralista	497

Omar Cairo Roldán

El pensamiento constitucional de Pedro Planas.....	509

Domingo García Belaunde

En recuerdo de Pedro Planas..... 539

Mirko Lauer

Pedro Planas (1961-2001)..... 543

Helder Domínguez Haro

La videopolítica y el proceso electoral 545

**SECCIÓN
JURISPRUDENCIA COMENTADA**

14

Luis R. Sáenz Dávalos

Una píldora que cayó de madura. Reflexiones sobre la liberación del anticonceptivo oral de emergencia a la luz de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0238-2021-PA/TC ... 553

Nadia Paola Iriarte Pamo

Derecho al uso del propio idioma y derecho de defensa. Comentario a la Sentencia 3/2023 (Expediente 03703-2019-PHC/TC)..... 575

Alfredo Sáenz Asencios

El derecho a la vida privada y el uso de drones y cámaras de videovigilancia. Comentario a la STC 03882-2016-PHC/TC y 04038-2016-PHC/TC 593

Alfredo Sáenz Asencios

La condena del absuelto y el derecho a la pluralidad de instancias. Comentario a la STC 04374-2015-PHC/TC 599

SECCIÓN CLÁSICOS

Nota Preliminar.....	605

César Antonio Ugarte Ocampo

El gobierno de Suiza	609

SECCIÓN RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Alex Ulloa Ibáñez

El Derecho Constitucional en el cine y la televisión	637

Nadia Paola Iriarte Pamo

Jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional Tomo XI (Ene- ro - Diciembre 2020).....	647

Alex Ulloa Ibáñez

Espacios de democracia deliberativa en contextos de reforma cons- titucional	651

SECCIÓN DOCUMENTOS

Nota Preliminar.....	657

El Congreso Constituyente del Perú a los pueblos del Estado.....	659

Manifiesto del Congreso Constituyente a los pueblos del Perú.....	665

Presentación

Hacia una democracia constitucional de nuestro tiempo

Sin duda, en los últimos tiempos hemos sido testigos de períodos de crisis por los cuales ha atravesado la democracia y el Estado constitucional, no solamente en nuestro país, sino también en países de América Latina y de otras latitudes, manifestándose de diversas formas, como el deterioro de las instituciones democráticas por comportamientos ajenos al principio democrático de parte tanto de la clase política como de la sociedad en general, la falta de un adecuado resguardo de los derechos políticos fundamentales o el uso excesivo e incorrecto de las herramientas destinadas para el control entre poderes del Estado, por ejemplo, todo lo cual puede erosionar de manera profunda la credibilidad en la democracia y en sus instituciones y, por consiguiente, el grado de legitimidad del sistema democrático.

17

Las cuestiones descritas y otras son tratadas en el número 15 de la Revista Peruana de Derecho Constitucional (RPDC) y cuyo tema cardinal es precisamente la “*Democracia*” en su versión constitucional, significando repensar los siguientes aspectos: la relación entre democracia y Constitución; los pilares de la democracia peruana; los principios democráticos en el Estado constitucional; los partidos políticos y su importancia en el Estado constitucional; los derechos de participación ciudadana y su ejercicio en el Perú; los derechos fundamentales y su conexión con la experiencia democrática y el Estado Constitucional; ciudadanía y legitimidad democrática; reflexiones constitucionales sobre la democracia peruana; y, no podría ser mejor, sobre la reforma constitucional.

Participan, como ya es habitual, un conjunto valioso de juristas nacionales y extranjeros, magistrados, profesores, así como especialistas en materia constitucional y ramas afines, quienes, a través de interesantes contribuciones, aportan ideas, analizan categorías y ponen en discusión asuntos de peculiar interés para los demócratas y ciudadanos. Desde luego,

desde los más múltiples puntos de vista, como siempre ha caracterizado a nuestra revista.

Antes de dar cuenta de la presente edición de la RPDC, aprovecho este espacio plural, para esbozar y delinear algunos pareceres alrededor de la democracia constitucional, como muestra de nuestro compromiso con el principio-derecho de la democracia.

- a. La democracia es al gusto del pensar de cada persona (condicionada por el tiempo y el lugar), una de las expresiones que más definiciones ha suscitado, de todo tamaño y en nada pacíficas. Reflejo de esa variedad conceptual acentuada con el dualismo liberalismo-socialismo, es que no se puede hablar de una sola teoría o modelo democrático (incluso algunos prefieren hablar de un teorema de la democracia), sino de varias teorías (democracia de los antiguos, de los modernos y postmodernos o desde una lectura de democracia de abajo arriba y democracia de arriba abajo) que tratan de explicar el fenómeno democrático; consecuentemente tampoco hay un sólo autor que se identifique o asocie a la democracia. Si bien la polisemia y el concepto multívoco de la democracia es fruto del discurso de grandes pensadores de diversas disciplinas, no podía faltar la presencia del pensamiento de juristas y constitucionalistas que también han dejado constancia su posición sobre el particular. Piénsese en Burdeau, Kelsen, C. Friedrich, García Pelayo, Sánchez Viamonte, Xifras Heras, Jiménez de Parga, Lucas Verdú, Carlos Fayt, Bidart Campos, Giovanni Sartori, Norberto Bobbio, Ronald Dworkin, Santiago Nino, Luigi Ferrajoli, Jorge Carpizo, Domingo García Belaunde, Manuel Aragón, Rubio Carracedo, Díaz Revorio, entre otros. Y no puede ser de otro modo, en tanto y en cuanto el derecho constitucional tiene que ver hondamente con la democracia, he allí también la denominada democracia constitucional o de tipo constitucional.
- b. En ese orden de ideas, la complejidad de la experiencia democrática nos hace mirar y analizar con ojos críticos a la democracia desde una óptica global de las dimensiones que conforman la existencia humana en su doble faceta: personal y colectiva. En esa línea de raciocinio, el fenómeno democrático tiene un conjunto de

elementos y presupuestos básicos pautados de valores y principios constitucionales, cuyo centro es la persona y sus derechos-deberes, y como tal proporciona los cimientos de justificación de los poderes públicos. El contenido esencial de la democracia se puede graficar -en consecuencia- desde tres planos involucrados inexorablemente y circunscritas a un mundo «con» Constitución, coexistiendo con instrumentos internacionales sobre derechos humanos: como una forma política-jurídica (forma jurídica-constitucional), una forma de vida y una forma de liberación del ser humano.

- c. Desde el plano *iurpolítico*, esto es, su dimensión política inherente a su naturaleza correspondiente a su origen mismo, acompañado de lo jurídico, la democracia es un derecho marco, un derecho global bajo la ecuación «derecho a tener y ejercer derechos», y donde se despliega el conjunto de derechos humanos garantizados y su notoria relación con los poderes públicos. Es un elemento consustancial su calidad de principio legitimador de la voluntad ciudadana que promueve por medio de la competencia, el diálogo y la participación política para la titularidad, ejercicio y control del poder político; y como organización de la libertad/igualdad se articula dentro de un Estado constitucional democrático, un “Estado de los derechos y deberes constitucionales y fundamentales” en cuyo seno se desenvuelven los pluripoderes con sujeción a la Norma Fundamental (principio de superlegalidad) y por ende, al control constitucional que conlleva el control de convencionalidad. Una segunda dimensión de la democracia es identificarla como una forma o estilo de vida en tanto la persona en su interrelación con los otros tenga incumbencia cotidiana en el escenario social, dentro de un mínimo de bienestar y desarrollo socioeconómico para el ejercicio de la libertad en condiciones iguales y la prosperidad del colectivo humano. Finalmente, la experiencia democrática es una forma de liberación del hombre o de emancipación humana en su dimensión humanista, principista, ética, el respeto a sí mismo y el reconocimiento de los otros, por cuanto la calidad de ser humano –su dignidad– es fin de toda organización estadual y social.
- d. Si bien el derecho a la democracia, el derecho al gobierno democrático, ha sido positivizado en el derecho internacional e iberoamericano

de los derechos humanos, la tendencia del siglo XXI es también su reconocimiento como tal en predios constitucionales y concretamente en la Ley Suprema (codificada o no) de cada país. En ese sentido, a la positivización de la democracia como principio jurídico recogido en la Carta Constitucional de 1993, como principio constitucional, vía interpretación se suma la idea de la democracia como derecho reconocido y positivizado en la Carta Democrática Interamericana. El Tribunal Constitucional peruano en sus fallos despliega líneas de reflexión hermenéutica y argumentativa que van decantando una arquitectura jurídica sobre la democracia constitucional contemporánea. De acuerdo con el caso abordado y la institución jurídica analizada o los institutos materia de estudio, va asumiendo determinados componentes o notas distintivas del discurso democrático. Aunque el derecho humano a la democracia o el derecho ciudadano a la democracia no se emplea literalmente en las resoluciones del supremo órgano colegiado nacional, se puede evidenciar, rastrear y ubicar sistemáticamente del conjunto de principios, valores, normas, categorías y derechos que emanan del Texto Constitucional y su interpretación; y cuyo contenido es producto de su desenvolvimiento jurisprudencial y doctrinario (métodos de concreción del contenido de los derechos fundamentales por ejemplo). Así se tiene a modo de ejemplo el siguiente repertorio: STC N.º 0010-2002-AI, STC N.º 0050-2004-AI, STC N.º 4677-2004-PA, STC N.º 0030-2005-PI, STC N.º 0007-2012-PI, STC N.º 0006-2017-PI y STC N.º 0001-2018-PI.

- e. Los artículos 1, 3, 43, 44, 45, 46, 51 y 188 de la Constitución peruana –normatividad clave y punto base– interpretados de un modo sistematizado y evolutivo –más allá del análisis exegético– dan cuenta del principio-derecho de la democracia, de su naturaleza, alcance y merece su protección iusfundamental cuando es vulnerado, como puede ocurrir con los actos lesivos contra las diferentes manifestaciones de derechos del ser humano. Conductas inconstitucionales como la imposición de un gobierno de facto o de un gobierno usurpador (artículo constitucional 46) es un claro ejemplo de agravio contra el derecho a la democracia, así como también la amenaza y agresión de los derechos constitucionales de la libertad que componen el derecho a la democracia, requieren la activación de los procesos constitucionales reglados en la Constitución peruana vigente.

En consecuencia, el examen de validez de los actos públicos, del poder y del control de derechos es una caracterización del sistema democrático visto desde el constitucionalismo.

Ahora bien, después de lo hasta aquí dicho, haciendo un breve repaso sobre los tópicos tratados en este número, la “Sección Especial” comienza con el destacadísimo trabajo de la magistrada y actual vicepresidenta del Tribunal Constitucional, Luz Pacheco Zerga, titulado “*Constitución, derechos fundamentales y democracia*”, y en el cual reflexiona sobre la naturaleza jurídica del Texto Constitucional, como marco jurídico-social legitimador de la acción social, así como sobre la relación intrínseca existente entre derechos fundamentales, Constitución y dignidad de la persona humana. Y culmina invocando a la sociedad civil para velar porque las organizaciones políticas realmente aseguren la vigencia y defensa del sistema democrático con su actividad y contribuyan a preservar la paz, la libertad y la vigencia de los derechos humanos consagrados en la legislación peruana y en los tratados internacionales ratificados por el Perú.

El segundo trabajo de la sección especial es del profesor y juez superior del Poder Judicial Edwin Figueroa Gutarra, quien por medio del importante artículo “*Democracia constitucional: significado y riesgos*”, sostiene que la relación entre la democracia y Constitución representa un reto de alcances complejos, en cuanto el fenómeno democrático es entendido como una expresión de las libertades ciudadanas, y en cuanto la Norma Constitucional Suprema y sus estándares de control identifican limitación del poder. En ese orden, la democracia constitucional implica un esfuerzo por esclarecer conceptos, desarrollar criterios de correlación y ello tiene como norte una mejor protección de los derechos fundamentales, así como rescatar siempre el valor prevalente de la cláusula de supremacía constitucional. Concluye señalando de los riesgos en ese camino de consolidación democrática, los cuales valen correr por cuanto democracia constitucional es un imperativo categórico y no hipotético.

Por su parte, Fernando Berrios Gutarra, en “*Reflexiones constitucionales sobre la democracia peruana*”, realiza un análisis sobre las implicancias del concepto de democracia. En este sentido, expone sus características y ventajas en relación con los Estados y cómo se refleja en ellos, siendo una de las principales manifestaciones la representación

mediante partidos políticos. Finalmente, realiza una reflexión con respecto a cómo se podrían disminuir los riesgos existentes en un escenario democrático.

Iván Alexander Vásquez Ramos, en su trabajo “*Principios democráticos en un Estado constitucional*”, se propone profundizar en los principios democráticos en el marco de una organización estatal constitucional, analizando cómo estos principios son fundamentales para la protección de los derechos y las libertades individuales en una sociedad democrática; abordando, también, los desafíos y amenazas en torno a los principios democráticos.

En la misma línea, Luis Máximo Rosado Huamán presenta su trabajo “*El Estado constitucional como garantía de los derechos fundamentales y su papel en la consolidación de la democracia en el Perú*” y destaca que en nuestro país la consolidación de la democracia se sustenta en la protección y promoción de los derechos fundamentales, siendo el Estado constitucional el marco legal crucial para garantizar la protección de los derechos humanos y la separación de poderes, en aras de un sistema justo y equitativo para la ciudadanía; afirmando la prioridad de un trabajo conjunto entre el Estado, la sociedad civil y los ciudadanos para superar los desafíos y lograr una sociedad más justa e igualitaria, a través de la participación activa y la vigilancia ciudadana.

Por otro lado, Roberto Cabrera Suárez, en “*Derechos de participación ciudadana en el Perú: ¿es necesaria la reserva de escaños para su ejercicio pleno?*”, reflexiona sobre la relación entre democracia y pluralismo cultural dando cuenta de la importancia en la actualidad, especialmente en el contexto de sociedades cada vez más diversas que compiten por el poder político y la representación. En estos casos, el autor se pregunta si es posible construir un sistema político democrático que garantice la participación y representación de todas las identidades culturales presentes; y, sobre todo en el Perú, la pregunta es especialmente relevante debido a la presencia de numerosas identidades culturales y étnicas, como los pueblos indígenas, históricamente excluidos del sistema político.

También dentro de ese esquema, Raúl Gutiérrez Canales a través de su destacado escrito “*Los partidos políticos y su influencia en el*

fortalecimiento del Estado constitucional”, analiza la crisis de la democracia representativa y su efecto en el Estado constitucional, y señala que en los últimos tiempos la democracia en América Latina se ve debilitada por una crisis de institucionalidad, debido a una manifiesta pérdida de confianza en el régimen político por parte de la ciudadanía, no como producto de una concreta coyuntura sino, más bien, de una larga data histórica de demandas sociales no atendidos eficientemente por los gobiernos. En tal sentido, acota de la urgencia de dirigir la mirada hacia los mecanismos idóneos con el objeto de hacer frente a la problemática citada, guardando conexión directa con el fortalecimiento de la institucionalidad en el Estado de derecho y en el régimen democrático constitucional.

Otro de los aportes considerados en la sección especial es el de Doris Cajincho Yáñez, con el artículo denominado “*Relación entre democracia, Constitución y vigencia de derechos fundamentales de la persona en Estado peruano*”, en la cual realiza reflexiones sobre la democracia y el orden constitucional como cauces a través de los cuales se garantiza la vigencia de los derechos constitucionales de la persona. En ese sentido, para la autora la democracia es un régimen político tendiente a institucionalizar la participación de todo el pueblo, en la organización y ejercicio del poder político mediante la intercomunicación y diálogo permanente entre gobernantes y gobernados, y el respeto de los derechos y libertades dentro de una estructura socioeconómica.

Más adelante, en “*La independencia judicial: entre la democracia y el iliberalismo constitucional*”, Jhonathan Ávila Romero examina el concepto de independencia judicial en sus diferentes dimensiones. Para ello, esboza las distintas posturas doctrinales sobre dicho concepto para entender a la independencia judicial como un principio jurídico en los términos de la teoría del profesor Robert Alexy, por lo que en caso de entrar en conflicto con otros principios será de aplicación el análisis de proporcionalidad. Para el autor, una vez precisado el concepto de independencia judicial será posible determinar cómo ciertos actos o comportamientos de otros órganos constitucionales pueden afectarla en diferentes niveles de intensidad.

Un tema de actualidad, también relevante, nos presenta Arturo Crispín Sánchez, a través de su elocuente trabajo denominado “*La vacancia*

presidencial por permanente incapacidad moral. Pasado, presente y futuro”, desarrollando su posición sobre lo que debería suceder con la vacancia por “permanente incapacidad moral”, a la luz de las experiencias sobre la fragilidad de nuestras instituciones democráticas, argumentando a favor de las reformas constitucionales, ciertamente, inevitable; a su turno enfatiza en la necesidad de adoptar mecanismos efectivos –como el adelanto de elecciones como reinicio político– para contribuir con la gobernabilidad democrática de nuestro país.

En “*Las reformas constitucionales necesarias para fortalecer el Estado Constitucional de Derecho*”, Luis Roel Alva reflexiona sobre la necesidad de establecer y plantear reformas constitucionales para fortalecer el Estado constitucional de Derecho en crisis, a la luz de las situaciones de enfrentamiento social y de convulsión política, llevándonos a tener en menos de diez años un aproximado de seis presidentes de la República cuando el periodo constitucional de un presidente es de cinco años.

La sección “Miscelánea” de la revista se inicia con el sugestivo artículo del jurista brasileño Luiz Guilherme Marinoni, quien, en su trabajo “*¿Abstracción del control concreto o concretización del control abstracto?*”, sugiere que en las últimas décadas se ha producido una transformación del control incidental de constitucionalidad o, más propiamente, la aparición de una nueva forma de control de constitucionalidad a través de los recursos extraordinarios, llegando a pensarse que el control concreto se salía de los carriles o entraba en el espacio perteneciente al control abstracto. Por ello, el autor pretende contribuir a eliminar esa confusión mostrando el instrumento del control incidental, como forma de precedentes constitucionales, indispensable para la propia racionalidad del control difuso de constitucionalidad.

El profesor dominicano Hermógenes Acosta de los Santos, exmagistrado del Tribunal Constitucional de su país, en su bien elaborado trabajo “*El constitucionalismo social dominicano*”, reflexiona sobre el origen del constitucionalismo social en la República Dominicana, señalando la consagración de los derechos de carácter social en su Constitución de 1955 y con la Carta Constitucional de 1963 se instituye un verdadero Estado social y democrático de Derecho, abandonado en 1966 y retomado en la Constitución proclamada el 26 de enero de 2010.

El profesor y exmagistrado del Tribunal Constitucional Gerardo Eto Cruz aborda en su ensayo “*Una visión constitucional de la globalización desde la perspectiva Latinoamericana*”, diversos tópicos como las declinaciones y mutaciones de las constituciones en Latinoamérica a partir de lo cual desarrolla diversos asuntos como el constitucionalismo clásico, el neoconstitucionalismo y el “nuevo constitucionalismo”. Asimismo, reflexiona sobre diversas materias relacionadas con la Constitución y globalización como las teorías sociológicas sobre la misma, modernidad y globalización, sociedad del riesgo global, sociedad global como sociedad-red, postmodernidad y globalización, y sistema-mundo e imperio global. Por último, desarrolla un estudio pormenorizado sobre las modernas tendencias del constitucionalismo latinoamericano, poniendo de relieve, en particular, la existencia de una crisis del constitucionalismo latinoamericano como consecuencias de nuevos paradigmas en la realidad.

Lourdes Zamudio Salinas nos presenta su trabajo “*Perú: Retos del derecho fundamental a la protección de datos personales*”, abordando los principales retos que debe afrontar el Perú, con el objetivo de cumplir con garantizar el derecho fundamental a la protección de datos personales; derecho reconocido en el artículo 2, inciso 6) de la Constitución Política de 1993 y regulado por la Ley N.º 29733, Ley de Protección de Datos Personales.

Por otro lado, la profesora Doris Margarita Yalle Jorge, con su tema “*El deber de motivación de las resoluciones como una garantía para salvaguardar el derecho a un debido proceso en el contexto de un Estado constitucional del Derecho*”, analiza la garantía procesal de la debida motivación de las resoluciones, tomando en consideración lo determinado por el Tribunal Constitucional en algunas de sus importantes sentencias, así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de las líneas jurisprudenciales más destacadas de este órgano supranacional, especialmente a lo determinado en la sentencia del caso Zegarra Marín vs. Perú.

Cierra este apartado el artículo “*Derecho a la protesta: un derecho olvidado*”, en el cual Vania Y. Chicoma Santos y Rosyt Saucedo Aguilar reflexionan sobre las protestas sociales producidas en la última década en nuestro país, con una mirada crítica sobre la proporcionalidad en el uso de

la fuerza. Un tópico siempre presente y sobre el cual se requiere una visión propositiva en torno a los derechos en juego.

La RPDC inaugura en esta ocasión una nueva “sección homenaje”, un espacio vivo para el reconocimiento a descollantes pensadores y juristas de la órbita nacional, algunos lamentablemente ya desaparecidos. Se tendrá en cuenta en esta sección diversos artículos o materiales relacionados con el homenajeado, ya sea inéditos o publicados en su momento, mereciendo nuevamente ponerlos en el tapete. En ese sentido, se realiza en esta edición un póstumo y merecido homenaje a quien en vida fuera un extraordinario peruano Pedro Planas Silva, quien destacó en múltiples facetas como las de maestro universitario, político, demócrata, descentralista, investigador y prolífico escritor de obras fundamentales, y que se nos fuera a temprana edad hace ya más de veinte años.

Esta sección se inicia con un excelente legado de Pedro Planas, titulado “*Los límites del legislador ante el juez constitucional*”, publicado originalmente en la Revista Ius et Praxis de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (número 27, año 1997), y como es de apreciarse, se puede gozar de la excelente pluma, la solvencia de argumentos y la profundidad de las ideas del homenajeado. Estamos ante un vivo pensamiento *politior humanitas*.

En segundo término, se incluyen oportunos artículos sobre Pedro, así presentamos el valioso trabajo del actual magistrado del Tribunal Constitucional, Manuel Monteagudo Valdez, denominado “*La otredad: Un diálogo entre el liberalismo político y la cristología (a propósito de Pedro Planas)*”, publicado originalmente en el libro titulado “*Democracia, Humanismo y Política. Homenaje a Pedro Planas*” (Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2012); trabajo en el que, siguiendo a su autor, se repasa el sentido del otro (la *otredad*) desde la perspectiva del liberalismo político clásico y al mismo tiempo desde una mirada más bien cristológica. Aparece también en esta sección el artículo “*Pedro Planas: un buen demócrata militante y descentralista*”, a través del cual se nos permite conocer de modo sucinto la vida, obra y el pensamiento planista, y más precisamente, de su opúsculo “*Manual del Buen Descentralista*”, su último libro en vida. Asimismo, el artículo de Omar Cairo Roldán llamado “*El pensamiento constitucional de Pedro Planas*”, publicado inicialmente

en la Revista Derecho PUCP (número 61, año 2008), en el cual se detallan los elementos del pensamiento constitucional-democrático de Pedro. De igual modo, se publican las sentidas palabras que, con ocasión de la partida de Pedro Planas, en su momento publicara Domingo García Belaunde etiquetado “*En el recuerdo de Pedro Planas*”, incorporado después en su libro “*Tiempos de Constitucionalismo*” (Gaceta Jurídica, Lima, 2020); y de Mirko Lauer en su columna “Observador” del diario “La República”, edición del 9 de octubre de 2001, bajo el rótulo “*Pedro Planas (1961-2001)*”. Se adiciona también el artículo de opinión de mi autoría “*La videopolítica y proceso electoral*” a propósito de la presentación en Trujillo –ciudad de la marinera– del libro de Pedro “*La Videopolítica en el Perú. Las elecciones y el acceso de los partidos y de los candidatos en los inicios de la T.V. peruana*” (abril, 2001).

Finalmente, como parte de esta sección particular, se ha considerado dar a conocer la publicidad de una actividad organizada por la Universidad de Lima y el grupo Cathedra, de fecha jueves 6 de diciembre del año 2001, quizás sea la primera actividad académica a menos de dos meses del fallecimiento de Pedro, habiendo participado Valentín Paniagua Corazao, Javier de Belaunde, Julio Cotler y Francisco Igartua. A los autores, a los responsables de los fondos editoriales, revistas jurídicas y diarios se les agradece sinceramente la autorización para publicar los trabajos en el presente número de la RPDC, permitiendo de este modo colaborar con este póstumo homenaje a tan ilustre y preclado peruano.

Como es usual, el presente número tiene también una sección de comentarios a la jurisprudencia constitucional. Se reflexiona sobre las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en los casos del anticonceptivo oral de emergencia (STC 0238-2021-PA/TC), del derecho al uso del propio idioma y de defensa (STC 03703-2013-PHC/TC), del derecho a la vida privada y el uso de drones y cámaras de videovigilancia (SSTC 03882-2016-PHC/TC y 0438-2016-PHC/TC) y de la condena del absuelto y el derecho a la pluralidad de instancias (STC 04374-2015-PHC/TC). Del mismo modo, una “sección clásicos” en donde se visibiliza el trabajo denominado “*El Gobierno de Suiza*”, de César Antonio Ugarte Ocampo, ilustre cuzqueño que estudió jurisprudencia, letras y ciencias políticas y económicas y fuera catedrático de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en los cursos de Historia Económica y Financiera del Perú, Economía Monetaria y Bancaria

y Derecho Constitucional General y Comparado en sustitución de Manuel Vicente Villarán, por un breve período. En preparación de este último curso, escribió el texto que ponemos a disposición del lector, escenario donde analiza, desde la óptica histórica y jurídica, el modelo constitucional helvético, muy avanzado en su momento. El polifacético César Antonio Ugarte Ocampo, al igual que Pedro Planas, nos dejó también a temprana edad, pues solo alcanzó a cumplir los 38 años de edad.

Concluye la RPDC con la “sección reseñas bibliográficas”, incluyendo comentarios de los libros *“El Derecho Constitucional en el cine y la televisión”* (2022), obra colectiva a cargo del Fondo Editorial del Tribunal Constitucional; *“Jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional”*, Tomo XI, Enero-Diciembre 2020 (Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2022), con el cual se acopia y sistematiza los fallos constitucionales más relevantes del año 2020, y *“Espacios de democracia deliberativa en contextos de reforma constitucional”* (Marcial Pons, 2022), de autoría del profesor español Víctor Cuesta López, que, entre otros aspectos, teoriza sobre la democracia deliberativa y analiza con total rigurosidad recientes procesos de reforma constitucional relacionados con esta figura.

En la “sección documentos” de nuestra Revista, con ocasión de conmemorarse los doscientos años de nuestra primera Constitución, la de 1823, se publican los textos *“El Congreso Constituyente del Perú a los pueblos del Estado”* (Imprenta de Río y Compañía, 1822) y *“Manifiesto del Congreso Constituyente a los pueblos del Perú”* (Imprenta del Gobierno, 1823), con los cuales el primer Congreso Constituyente de 1822-1823 se dirige al pueblo peruano revelando, el primer documento, sus intenciones de establecer un gobierno fundado sobre los derechos generales de los hombres, priorizando a la razón como principio motor, que eleve al Estado a su brillante destino y haga entrar a los peruanos en la senda de la prosperidad; y describiendo, el segundo, “todas las maquinaciones contra su existencia”, con la intención de frustrar la marcha constituyente, entorpecida primordialmente por los enfrentamientos entre el Congreso Constituyente y el presidente José De la Riva Agüero.

Como comentáramos en el número 14 de la RPDC, una revista acreditada en las bases de datos más importantes del mundo es un nuevo reto

asumido por el Centro de Estudios Constitucionales (CEC) con mucha ilusión. En ese empeño, en los últimos meses hemos tenido constantes comunicaciones con destacadísimos profesores nacionales e internacionales, con la finalidad de que conformen el Consejo Consultivo de la presente Revista del Tribunal Constitucional, los cuales se han mostrado muy dispuestos a pertenecer al mismo, demostrando en cada uno de ellos su calidad de persona. Sin duda, la incorporación de un selecto grupo de profesionales le da realce indiscutible a la RPDC. En ese sentido, queremos expresar nuestro más genuino agradecimiento a los siguientes ilustres profesores e investigadores del Consejo Consultivo, a los que mencionamos por orden alfabético: Jorge Alejandro Amaya (Argentina), Ronald Cárdenas Krenz (Perú), Francisco Javier Díaz Revorio (España), Francisco Fernández Segado (España), Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (México), Domingo García Belaunde (Perú), Tania Groppi (Italia), Peter Häberle (Alemania), Luis López Guerra (España), Pablo Luis Manili (Argentina), Patricio Maraniello (Argentina), Luiz Guilherme Marinoni (Brasil), Luca Mezzetti (Italia), Marco Olivetti (Italia), Lucio Pegoraro (Italia), Juan Carlos Remotti Carbonell (Perú), Roberto Romboli (Italia), Gerardo Ruiz-Rico Ruiz (España), Néstor Pedro Sagüés (Argentina), Alejandro Saiz Arnaiz (España), Michel Troper (Francia) y Eduardo Andrés Velandia Canosa (Colombia).

En cuanto a nuestra casa, deseamos hacer extensivo nuestra inmensa gratitud a los magistrados integrantes del Tribunal Constitucional, siempre dispuestos a colaborar con las actividades académicas y a través de sus sesudos artículos. Desde luego, nuestro agradecimiento también al equipo del CEC, a cada una de las personas que han contribuido a dar nacimiento a este nuevo número de la RPDC, en especial al equipo de la Dirección de Publicaciones y Documentación a cargo del abogado Alfredo Orlando Curaca Kong y a la vez nuestro disciplinado editor. La permanencia de una publicación periódica nunca es un camino fácil, pero siempre es satisfactorio.

HELDER DOMÍNGUEZ HARO

Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú
Director General del Centro de Estudios Constitucionales
Director de la Revista Peruana de Derecho Constitucional

SECCIÓN ESPECIAL
Democracia Constitucional

Constitución, derechos fundamentales y democracia

Constitution, fundamental rights and democracy

 LUZ PACHECO ZERGA*

Resumen

En la presente investigación se analiza, en primer lugar, la naturaleza jurídica de la Constitución, como marco jurídico-social que legitima la acción social. En segundo orden, se presenta la relación intrínseca que existe entre derechos fundamentales, Constitución y dignidad. Finalmente, culmina con las teorías económicas que se presentan como garantes de la democracia y su real compatibilidad con ella y con los derechos fundamentales. Concluye invocando a la sociedad civil a velar para que las organizaciones políticas realmente aseguren la vigencia y defensa del sistema democrático con su actividad y contribuyan a preservar la paz, la libertad y la vigencia de los derechos humanos.

33

Palabras clave

Constitución, naturaleza jurídica, derechos fundamentales, sistema democrático.

Abstract

In the present investigation, the legal nature of the Constitution is analyzed, first of all, as a legal-social framework that legitimizes social action. Secondly, the intrinsic relationship that exists between fundamental

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Vicepresidenta del Tribunal Constitucional del Perú.

rights, Constitution and dignity is presented. Finally, it culminates with the economic theories that are presented as guarantors of democracy and its real compatibility with it and with fundamental rights. It concludes by invoking civil society to ensure that political organizations really ensure the validity and defense of the democratic system with their activity and contribute to preserving peace, freedom and the validity of human rights.

Keywords

Constitution, legal nature, fundamental rights, democratic system.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN. III. DERECHOS FUNDAMENTALES, DIGNIDAD HUMANA Y CONSTITUCIÓN. IV. TEORÍAS ECONÓMICAS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEMOCRACIA. V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Escribir sobre la Constitución, los derechos fundamentales y la democracia exige un ejercicio de introspección personal y social, con la finalidad de que, lo que aquí se escriba, no sea una simple recopilación de datos jurídicos sino que contribuya al análisis de cuál debe ser el aporte personal y social para consolidarlos, en una época marcada por doctrinas extremas y polarizantes. De un lado el liberalismo individualista, que promueve la ganancia como el móvil social más importante y de otro, el discurso marxista, que se alza como el auténtico reivindicador de la justicia social y de la consiguiente distribución de riqueza, mediante la confrontación y la lucha de clases. No cabe una actitud pasiva en estos momentos de tremenda conmoción social, no sólo por los desastres naturales que venimos afrontando, sino por el creciente clima de violencia, verbal y física, que nos aleja cada vez más de los valores y fines que, como nación, nos forjamos hace más de dos siglos.

La presente investigación se desarrolla en tres apartados: la primera analiza la naturaleza jurídica de la Constitución, como marco jurídico-social que legitima la acción social. A continuación, se presenta la relación intrínseca que existe entre derechos fundamentales, constitución y dignidad. Para culminar con las teorías económicas que se presentan como garantes de la democracia y su real compatibilidad con ella y con los derechos fundamentales, a fin que el lector pueda sacar sus propias conclusiones y comprometerse, personalmente, en la lucha por la libertad y la dignidad de todas las personas.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN

Una primera cuestión que conviene dilucidar es si la constitución es únicamente la ley fundamental o si tiene una naturaleza distinta. Un reconocido jurista, al reflexionar sobre este tema afirma: “la visión del Derecho Constitucional que tenemos la mayoría de peruanos es que las cartas magnas deben ser algo muy parecido a un ideario, a un compendio de aspiraciones y metas por alcanzar algún día lejano, pero no es así. La Constitución nació como un pacto para garantizar la libertad, reconociendo la legitimidad de un gobierno, de los legisladores y los jueces, a cambio que ellos respeten nuestros derechos fundamentales”¹.

35

A la vez, la constitución es un pacto que fija la identidad de una nación, en cuanto determina cómo se ha de ejercer el poder y cuáles son los derechos y deberes esenciales para la convivencia social. Hay quienes piensan que, cambiando una constitución se resuelven los problemas sociales. Sin embargo, un cambio radical de constitución sólo se justifica si se transforma sustancialmente la identidad de la nación, es decir, si hay un cambio radical del sistema de gobierno y/o de los derechos y deberes fundamentales, que son la expresión de los valores comunes que logran la unidad de un pueblo². Es necesario tomar conciencia que no es posible “un

1 (Hakansson Nieto, 2019, p. 471).

2 Por ejemplo, el paso de una dictadura a un régimen democrático o de ser una colonia a ser un país independiente. Los derechos y deberes que recoge una constitución son reflejo de los valores que son principios guías del actuar de los habitantes de un país, enraizados por principios religiosos, culturales, etc.

acuerdo nacional, una hoja de ruta, al margen de la Constitución, porque ella misma encarna la idea de acuerdo”³ y es la que posibilita transitar hacia un destino común con respeto a los derechos y libertades fundamentales. En cambio, las modificaciones pueden ser necesarias, porque como toda obra humana, es perfectible. Sin embargo, los problemas sociales, al menos en el país, no provienen de un mal diseño constitucional, sino de la falta de profesionalidad y de ética de quienes han gobernado el país en los últimos años.

Se puede afirmar que la constitución es más que una Ley Fundamental porque las leyes son producto de una mayoría parlamentaria, por lo que no son necesariamente permanentes en el tiempo, ya que responden a la mayoría parlamentaria del momento. Las leyes tampoco hacen distinción entre las personas; su naturaleza es jurídica y se complementan con normas de inferior jerarquía⁴. Mientras que la constitución es un pacto porque es fruto de un acuerdo unánime, por eso tiene vocación de permanencia en el tiempo. Las constituciones realizan una clara distinción entre dos sujetos: los gobernantes y los gobernados; su naturaleza es política pero también jurídica porque actúa como medio para frenar el poder mediante el Derecho. Finalmente, se complementa, más bien, con otras fuentes del derecho⁵. Podemos emplear, entonces, *mutatis mutandi*, a modo de conclusión, la definición que dio Carnelutti del convenio colectivo, al que describió como un híbrido “que tiene el cuerpo del contrato y el alma de la ley”⁶. En el caso de la constitución, advertimos que tiene cuerpo de ley, pero alma de contrato.

Por otro lado, es necesario resaltar un cambio fundamental en la concepción y aplicación de la constitución en los países occidentales, que tuvo lugar después de la experiencia de las atrocidades cometidas por el régimen nazi en la primera mitad del siglo pasado. El holocausto judío y los campos de exterminio se establecieron mediante leyes, aprobadas por el Parlamento alemán, que cumplían con todos los requisitos

3 (Hakansson Nieto, 2019, p. 471).

4 Cfr. (Hakansson Nieto, 2019, pp. 83-84).

5 Cfr. (Hakansson Nieto, 2019, pp. 84-86).

6 (CARNELUTTI, 1936, p. 108).

formales para su vigencia. Culminada la guerra se replanteó el “dogma” del positivismo, que había legitimado, con su autosuficiencia legislativa, los horrores de la Segunda Guerra Mundial. Se *redescubrió* que las leyes no sólo no agotan el derecho, sino que pueden ser contrarias al derecho y a la justicia⁷. Se inició entonces el camino para la reconstrucción económica de Europa y de sus fundamentos estructurales en términos jurídico-filosóficos, que se extendió luego, como un fenómeno en cascada a los demás países occidentales. Las naciones llegaron al convencimiento que no “bastaba con nuevas normas para superar las nefastas consecuencias del Estado legal de derecho, sino que era necesario también un nuevo concepto de derecho, uno que fuese compatible con “la dignidad intrínseca y [...] los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)”⁸.

El nuevo orden mundial debía fundamentarse en el carácter *sui generis* e inviolable que tienen todos los individuos del género humano, sin excepciones. De este modo, se quiso impedir que cualquiera –sea en el ámbito privado o en el público– tuviese la prerrogativa de definir el círculo de aquellos que tienen dignidad y, consecuentemente, de si les correspondían o les dejaban de corresponder los derechos humanos, porque equivaldría a abrir las puertas a la discriminación y al totalitarismo⁹. En consecuencia, ese nuevo derecho no podía reducirse al cumplimiento de mecanismos formales para reconocer legitimidad a una disposición normativa: era necesario tener en cuenta los aspectos materiales, es decir, la justicia intrínseca de los mandatos legales, que entroncan con el respeto debido a la dignidad humana. Es así como se supera el “Estado legal de derecho” y se llega al “Estado constitucional de derecho”, cuyo núcleo es -precisamente- el respeto a las exigencias de justicia material que corresponden a la naturaleza humana.

Llegados a este punto es necesario analizar la relación entre derechos fundamentales, dignidad humana y Constitución.

7 Sobre este tema ver (Castillo Córdova, 2022).

8 (Castillo Córdova, 2022, p. 24).

9 Sobre la dignidad como fundamento del orden jurídico, en particular en el ámbito laboral, remito a lo expresado en (Pacheco Zerga, 2007b).

III. DERECHOS FUNDAMENTALES, DIGNIDAD HUMANA Y CONSTITUCIÓN

Los derechos fundamentales y las libertades públicas recogidas en la constitución, son la expresión positivizada de los derechos humanos y de las exigencias de justicia material que permiten llevar una vida digna¹⁰. Su eficacia jurídica práctica depende de la protección judicial y de la interpretación que se haga sobre su contenido, ya que es en este nivel en el que se delimita el uso o el abuso en su ejercicio¹¹. Esta labor hermenéutica estará ajustada a Derecho en la medida en que se apliquen los criterios éticos objetivos, que están implícita o explícitamente contenidos en el texto constitucional. Algunos de estos criterios son los establecidos en el artículo tercero de la constitución, así como en la cuarta disposición final y complementaria que remite, para esta labor interpretativa, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los tratados internacionales sobre estas materias ratificados por el Perú.

38

El concepto de “dignidad humana” es el eje sobre el que se apoya la labor hermenéutica. Existe un amplio consenso sobre su condición de principio y derecho fundamental del orden jurídico. El Tribunal Constitucional así lo ha reconocido desde hace muchos años en su jurisprudencia, en la que declara que para “la Constitución Política, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, son habilitados por el ordenamiento. Desde el artículo 1º queda manifiesta tal orientación al reconocerse que ‘la defensa de la persona humana y el respecto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado’”¹².

Sin embargo, como he tenido oportunidad de manifestar en otras oportunidades¹³, esta unanimidad desaparece cuando se analiza la fundamentación filosófica de los distintos autores y se profundiza en el

10 Sobre los derechos sociales y económicos como exigencias de justicia y posibilidad del ejercicio de los demás derechos, ver (Serna Bermúdez, 1997, p. 276 y ss.).

11 (Ollero, 1996, p. 394).

12 Exp. 00926-2007-AA, fundamento jurídico (FJ) 26.

13 Cfr., por todas, (Pacheco Zerga, 2007a).

contenido sustantivo de la dignidad humana. Esta disparidad de criterios origina una interpretación diferente, incluso contradictoria, del contenido y del ejercicio de los derechos inherentes a la dignidad humana. Contradicción que, en la medida que vaya en aumento, dificultará la convivencia pacífica, que es el presupuesto de la solidaridad y el progreso social. Así, por ejemplo, si se identifica dignidad humana con calidad de vida y ésta con una perfección psico-física o con determinadas condiciones materiales, se abre una autopista para las prácticas eugenésicas. O cuando se fundamenta la dignidad en la autodeterminación, entonces se distingue entre “persona”, –individuo capaz de autodeterminación–, y “ser humano”, –individuo de la especie–, se concluye que sólo la persona tiene dignidad y derechos. Por tanto, no tienen estos atributos los no nacidos, los niños durante su primer año de vida, los deficientes mentales y quienes padecen demencia senil.

Afortunadamente, en nuestro país, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve que las personas con discapacidad mental son “sujetos de especial protección debido a las condiciones de vulnerabilidad manifiesta por su condición psíquica y emocional, razón por la cual les concede una protección reforzada para que puedan ejercer los derechos que otras personas, en condiciones normales, ejercen con autodeterminación”¹⁴. Por tanto, la mayor o menor autodeterminación no sólo no implica mayor o menor dignidad, sino que exige a quienes no adolecen de esas limitaciones de otorgarles protección según sus necesidades.

El concepto de dignidad humana no es un concepto vacío: responde al modo de ser humano, a su naturaleza, a su posibilidad de obrar libre y racionalmente. La Declaración de los Derechos Humanos, cuando se refiere a la dignidad humana, no entona un himno a la libertad desgajada de responsabilidad, sino a un compromiso de *promover el progreso social* en libertad, con un sentido de *fraternidad*, como expresión del reconocimiento a la igual dignidad. En consecuencia, es indispensable reconocer unos parámetros objetivos delineados por el modo de ser propio de la condición humana. Sólo así el respeto debido a la dignidad no será fruto del consenso de una mayoría, sino de haber reconocido el carácter *legible o inteligible*

de la naturaleza humana, en base a la cual es posible determinar -tal como hizo la mencionada Declaración- qué comportamiento es conforme a esa dignidad humana y cuál no lo es.

Por tanto, el respeto a la dignidad exige que el ejercicio de la libertad se ejerza partiendo de la existencia de unos bienes básicos, a los que tiene derecho todo ser humano para alcanzar su plenitud. Siguiendo a Finnis¹⁵ podemos agruparlos en seis, que constituyen derechos fundamentales, ya que han sido recogidos por nuestra Constitución, tal como acreditamos en nota a pie de página a continuación: “1) la vida (su mantenimiento y transmisión¹⁶, salud¹⁷ y seguridad¹⁸); 2) al conocimiento y experiencia estética¹⁹; 3) a la excelencia en el trabajo²⁰ y en el juego²¹; 4) a la amistad, paz²² y fraternidad²³; 5) a la paz interior, auto-integración y autenticidad²⁴; y 6) a la armonía con los más amplios ámbitos de la realidad, en especial con Dios²⁵ y con el entorno natural”²⁶.

Resulta evidente que, para gozar de estos bienes, el ser humano requiere que los vínculos sociales en la comunidad política se caractericen por reconocer, valorar y estimar a cada persona, sin discriminación alguna, lo cual, a su vez, exige el desarrollo de hábitos de conducta, como la prudencia, la justicia, la empatía, la laboriosidad, la honradez, etc. En definitiva, los bienes humanos básicos son, a la vez, personales y relacionales, en cuanto provienen de las relaciones con los demás miembros de la sociedad. Y exigen un ejercicio de la libertad que exceda la estricta obediencia a las leyes para remontarse a la solidaridad, confianza,

15 Cfr. (Finnis, 1999, pp. 278-281).

16 Constitución, artículo 2.1.

17 Ibid. Artículos 7 y 11.

18 Ibid. Artículo 2.23 y 2.24.

19 Ibid. Artículo 2.3 y 2.4, artículos 13, 14, 17 y 18..

20 Ibid. Artículos 22, 23 y 27.

21 Ibid. Artículo 2.8.

22 Ibid. Artículo 2.22.

23 Ibid. Artículo 2.12, 2.13 y 2.17.

24 Ibid. Artículo 2.3, 2.17, 2.19 y 2.22.

25 Ibid. Artículo 2.3 Resulta también relevante la invocación a Dios que se realiza en el Preámbulo de la Constitución.

26 Ibid. Artículos 7-A, 67, 68 y 69.

templanza, etc., propia de la *vida buena* de Aristóteles o de los medios necesarios para lograr el fin propio del hombre, que le permite alcanzar la felicidad.

En las situaciones de conflicto es necesario distinguir entre derechos y pretensiones. Los primeros provienen de la ley positiva o vienen exigidos por la naturaleza; en cambio, los segundos, son aspiraciones que podrán o no ser legítimas, pero en cualquier caso no pueden ser exigidas a título de derecho, ni su falta de reconocimiento, ser calificado como una discriminación contraria al orden constitucional. Se pueden presentar conflictos entre derechos legales pero no entre derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales no pueden estar en conflicto, ya que la persona es una: lo que colisionan son los intereses de las personas que argumentan tener derecho, pero en realidad son simples pretensiones, que no provienen de la ley ni de la naturaleza. En este punto es necesario recordar que el rostro legible de la naturaleza es el que permite el desarrollo de las ciencias, a condición de que se empleen los términos en un sentido unívoco y reconociendo que esa naturaleza es también un límite, que el ser humano ha de respetar: el respeto a la ecología ambiental sólo es posible cuando se fundamenta en el respeto a la ecología humana.

Les corresponderá a los jueces, en particular a los constitucionales, identificar en esas situaciones conflictivas cuándo se trata de un derecho, cuándo de su uso abusivo y cuándo de una simple pretensión. En esa tarea hermenéutica deben guiarse por los valores y principios constitucionales, es decir, por la moral objetiva que identifica a nuestra nación, sin pretender sustituirla por las preferencias personales de los juzgadores, que tienen por límite y guía a la Constitución.

IV. TEORÍAS ECONÓMICAS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEMOCRACIA

Hemos asistido en el último siglo a una revolución tecnológica unida a una globalización de la economía y de la comunicación. Las dos grandes teorías económicas que pugnan por guiar los destinos de los países son: el liberalismo y el marxismo. Ambas doctrinas han sufrido

transformaciones, que describiremos brevemente a continuación, a fin de comprender el influjo que pueden tener en la vigencia de la democracia y de los derechos fundamentales.

El liberalismo o capitalismo del siglo XIX, trajo consigo una reacción de los países occidentales al ver la depauperación de la vida social, al darle valor de mercado a toda la actividad humana. Fue necesaria la intervención del Estado, a fin de solventar adecuadamente las necesidades humanas, que no pueden ser satisfechas por la simple oferta y demanda²⁷: surge así una economía social de mercado y se pone fin, al menos en los países europeos occidentales, al mercado *autorregulador*.

Sin embargo, muchos capitalistas han experimentado cómo el capital crecía a medida que aumentaba la producción. Y, paulatinamente, han dirigido la producción no a la satisfacción de necesidades reales sino al simple consumo, para conseguir una mayor utilidad, sin tener en cuenta el contexto social. El sistema, más aún, con la revolución digital, ha mantenido un frenesí de productividad, de competitividad, que engendra un paroxismo de trabajo y con él, el desgarro de las relaciones humanas. Lamentablemente, sigue siendo válida una crítica que se hizo del sistema económico del siglo XIX: “nada por nada en la sociedad capitalista. Todo se vende y se compra. Nada es gratis, ningún don, ninguna gracia. Quien no tiene nada que vender no tiene nada que esperar. Donde no hay nada que ganar, no hay nada que hacer”²⁸. Para graficar este fenómeno, Grimaldi, presenta dos ejemplos: el del joven médico a quien se le pide que visite a sus enfermos cada día, pero sin darle dinero o algún otro bien a cambio. Y el del joven profesor a quien se le dice que “su verdadero trabajo empieza cuando termina su clase, y que toda su vida apenas es suficiente para realizar esta tarea, sin guardarse ni retener nada de ella: ¿cómo es esto?, os responderá, ¿sabéis lo que me pagan? ¿En cuánto estimáis mi tiempo? ... Podemos apostar sin riesgo alguno que estos jóvenes, médico y profesor, se horrorizan ante el mercantilismo. Pero, ya que el dinero se ha convertido en el único sistema de relaciones de los hombres entre sí, no pueden imaginarse su trabajo y su vida sino con relación a él”. Se produce

27 Sobre este tema remito a lo expresado en La globalización...

28 (Grimaldi, 2000).

entonces una deshumanizante paradoja: no son capaces de dar su vida sin pedir nada a cambio porque equivaldría a decir: “¿es mi vida tan miserable que no puede venderse?”²⁹.

En cualquier caso, esta actitud no deja de ser antinatural porque la aspiración, al acceder a un trabajo, no es sólo lograr una buena retribución económica, sino también lograr la identidad social en referencia al propio desarrollo personal y a la inserción en un contexto de reconocimiento y de servicio a la sociedad³⁰.

Tenemos que el liberalismo, en su versión más draconiana, exige la *liberalización del mercado*, para poder fijar los precios más adecuados a sus intereses, no obstante es respetuosa, en particular de la libertad y de los derechos fundamentales. Lo que se le puede reprochar es un excesivo individualismo, que debilita la solidaridad humana. Por otro lado, hay que poner de manifiesto que el crecimiento del capital ha traído consigo que la riqueza se acumule en manos de unos pocos, de tal modo que, a la fecha, el 10% más rico de la población mundial controla el 52% de la renta mundial, mientras que la mitad más pobre obtiene sólo el 6,5%³¹. En consecuencia, lo que sigue pendiente no es la producción de riqueza, sino su justa redistribución.

En este panorama de inequidad, lo primero que peligra es la democracia, en particular en los países en vías de desarrollo, que no han podido gozar aún de los beneficios de un estado que satisfaga las necesidades básicas. La corrupción es el gran flagelo que azota a las democracias: el Perú no es una excepción. Las Naciones Unidas confirma que “la corrupción es un fenómeno de ámbito mundial que causa pobreza, obstaculiza el desarrollo y hace huir a la inversión. También debilita los sistemas judiciales y políticos que tendrían que estar al servicio del bien público. No es sorprendente, pues, que, a medida que se menoscaba el imperio de la ley y se hace caso omiso de la voz del pueblo, disminuya la confianza de los ciudadanos

29 (Grimaldi, 2000).

30 Cfr. Lo expuesto en “El respeto a la dignidad humana en la aplicación de las leyes laborales”

31 Cfr. Informe de la subdirectora general de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en la Comisión de Desarrollo Social de las Naciones Unidas del 7 de febrero de 2023. Ubicable en <https://news.un.org/es/story/2023/02/1518412>. También señaló que “214 millones de trabajadores viven en la pobreza extrema -con menos de 1,90 dólares al día- y que el número de trabajadores pobres está aumentando en los países en desarrollo”.

en los funcionarios gubernamentales y las instituciones oficiales”³². A continuación, recojo una gráfica en la que consta el lugar que ocupa el Perú en el ranking de corrupción, en donde el puesto, mientras más alto, indica mayor grado de corrupción³³:

Mozambique [+]	142°
Namibia [+]	59°
Niger [+]	123°
Nigeria [+]	150°
Nicaragua [+]	167°
Países bajos [+]	8°
Noruega [+]	4°
Nepal [+]	110°
Nueva Zelanda [+]	2°
Omán [+]	69°
Panamá [+]	101°
Perú [+]	101°
Papúa Nueva Guinea [+]	130°
Filipinas [+]	116°
Pakistán [+]	140°
Polonia [+]	45°
Paraguay [+]	137°
Catar [+]	40°

Frente a esta realidad, tenemos la experiencia de un estado que no se ha comprometido realmente, en la tarea de solucionar las necesidades básicas de la mayoría de la población y con la gestión adecuada de los

32 La lucha contra el problema mundial de la corrupción. <https://www.unodc.org/newsletter/es/200601/page004.html>

33 Expansión, Macrodatos, Ubicado el 5.6.2023. Ubicable en <https://datosmacro.expansion.com/estado/indice-percepcion-corruccion>

conflictos sociales. Si bien, la Constitución, reconoce el derecho a la propiedad³⁴ e inversión privada³⁵, también establece que “el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”³⁶. No obstante, en particular desde las aulas universitarias³⁷, se ha impulsado el pensamiento marxista como la solución social a este déficit estructural. La “izquierda” es presentada como la socialmente comprometida y capaz de satisfacer las necesidades de las grandes mayorías, mediante un estado fuerte, monolítico. Mientras la “derecha” es presentada como la zona de confort, del *status quo*, indiferente ante la desidia y la corrupción, pues sólo se interesa por su propia capacidad económica, lo cual, lamentablemente, en muchos casos es verdad.

A nivel urbano esa solución se propone desde un “marxismo” que podríamos llamar *ilustrado*, porque desde las aulas propone el cambio de paradigma, cimentado en la lucha de clases y en el poder de los más pobres, mediante un cambio cultural, no necesariamente violento, al menos en su etapa inicial. Mientras que, en el campo, la impotencia y el desengaño de tantos años de abandono de parte del estado, facilita que se promuevan grupos que quieran lograr esos objetivos por medio de la lucha armada. Eso es lo que viene ocurriendo en el Perú, en el que su disímil geografía, -Costa, Sierra y Selva- ha generado marcadas diferencias en el acceso a la cultura y en la adecuada distribución de la riqueza.

Por esa razón, es necesario analizar si el marxismo-leninismo, ya sea en su versión maoísta o mariateguista es una teoría político-económica que sea compatible con el estado constitucional de derecho³⁸. Lo primero que se puede afirmar es que, en la raíz de los diversos marxismos, existen cuatro coordenadas principales: ateísmo, materialismo, dialéctica y socialismo³⁹. La diferencia entre los marxismos depende del valor

34 Artículo 70.

35 Artículos 59 y 60, entre otros.

36 Artículo 58.

37 El objeto de esta investigación excede lo afirmado, pero se pueden revisar las fuentes y un análisis más detallado en (Pacheco Zerga, 2023).

38 A continuación, recogeré afirmaciones justificadas en (Pacheco Zerga, 2023).

39 Para profundizar en este tema remito a (Ocariz, 1977).

concreto que se dé a cada una de esas coordenadas, pero sólo uniendo esos cuatro elementos puede darse una cierta coherencia interna al pensamiento marxista.

Para Marx la sociedad es el devenir histórico del hombre genérico mediante el trabajo. Más aún, no existe una esencia humana verdadera porque el hombre no es: *se hace en ese devenir*. En consecuencia, la individualidad se reduce a un momento o a un nudo en el devenir de las relaciones sociales, en la que no queda espacio para el ámbito privado -ni pensamiento, ni propiedad, ni derechos, etc.- diverso del ámbito social. En esta concepción el individuo carece de interioridad personal: es una forma radical de socialismo. El carácter de devenir también afecta el concepto de bien y de verdad: *no son, se hacen*. Una consecuencia de este pensamiento es que *será bueno y verdadero aquello que lleve al triunfo de la revolución socialista*. En consecuencia, *no es posible defender los bienes humanos básicos, tal como los hemos recogido en el apartado anterior*, porque quien detente el poder, será el que determine, lo bueno o lo verdadero, según le parezca que contribuye o no al triunfo de la revolución marxista.

Por su parte, Lenin considera que el Estado es el producto y la manifestación de los antagonismos inconciliables entre las clases y que es un órgano de opresión de una clase por otra. Por tanto, no puede ser concebido como uno de conciliación de las clases sociales. En consecuencia, *la liberación de la clase oprimida exige no sólo la revolución violenta, sino también la destrucción del poder estatal*. El balance que hace Lenin, siguiendo a Marx, es que toda revolución que no destruya completamente la máquina del Estado burgués no hace más que favorecerla, reforzarla. Y una vez destrozada debe ser sustituida por la organización del proletariado como clase dominante, con la conquista de la democracia. Esa conquista la concreta en sustituir el ejército por el pueblo armado, a los funcionarios burgueses por salarios de obreros. Por tanto, concluye que *será necesaria una rigurosa disciplina, una disciplina de hierro, mantenida por medio del poder estatal de los trabajadores armados*. Según él, los técnicos, los vigilantes, los contables, como todos los funcionarios del Estado, deben ser retribuidos con un estipendio no superior al salario de un obrero, siempre bajo el control y la dirección del proletariado armado. Completa este panorama la afirmación de Stalin, recogida en la traducción italiana del libro de Lenin, según el cual, *el comunismo, en su fase superior, no es posible*

si no es universal. Para, Lenin la dictadura del proletariado debía implantarse en Rusia para, con el poder estatal adquirido, fomentar las revoluciones socialistas en otros países. Ese fue el itinerario seguido por la antigua U.R.S.S., que se desmoronó con la *glasnot* y la *perestroika* de Gorbachov en la última década del siglo pasado, pero que se mantiene viva en otros países comunistas de la región como Venezuela, Cuba y Nicaragua. Y que tiene al mundo occidental en ascuas, desde la invasión que ha hecho Rusia en Ucrania, con el mismo afán expansionista⁴⁰.

El pensamiento de Mao añadió al marxismo-leninismo, que la revolución debería apoyarse en las que denominó, “desposeídas masas del Campesinado”, y estar a siempre a su lado en sus luchas contra los señores de la guerra, los señores feudales y los prestamistas. Para él, los auténticos amigos del proletariado revolucionario eran los campesinos pobres y los elementos semiproletariados de las aldeas. En cambio, calificó como auténticos enemigos, a los terratenientes, los campesinos ricos y la burguesía. En resumen, lo que caracteriza al *pensamiento maoísta es que la revolución marxista-leninista se inicia y desarrolla en el ámbito rural, para de allí expandirse a las ciudades*. A diferencia de Marx, Lenin y Stalin que parten de la ciudad para extenderse luego al campo.

En resumen, un partido marxista-leninista-maoísta tiene como meta imponer una nueva clase dominante, por medio del pueblo armado y la lucha de clases. Una condición indispensable es lograr la destrucción del Estado a fin de lograr un poder férreo, que imponga su concepción de la sociedad a cualquier precio. Esa revolución violenta, para Marx y Lenin empieza entre las clases obreras de la ciudad, mientras que para Mao, en el campesinado, pero los medios y los fines son los mismos. Por su parte, José Carlos Mariátegui, recogió el pensamiento de Mao y, por eso, afirma que la principal lucha de clases se da entre el indígena (campesino) y la clase dominante, que se asienta, principalmente, en la capital del país.

¿Puede entonces el marxismo ser una opción para una sociedad que aspire a vivir en libertad? La respuesta la encontramos en la historia

40 El Perú ha sido testigo, en el último año, de ese afán expansionista y violento del pensamiento marxista, en particular después del golpe de estado fallido que hiciera el señor Pedro Castillo Terrones, el 7 de diciembre de 2022.

del siglo XX y la del XXI: en todos los países donde se ha instaurado un régimen marxista, se impide el ejercicio de las libertades individuales y la dictadura lleva a círculos de corrupción, que mantienen empobrecidas, y aún más, a las grandes mayorías. Además, sus planteamientos teóricos son contrarios al respeto de la dignidad humana y a los derechos fundamentales, al desconocer el derecho a la libertad de pensamiento y de acción y al tener una visión relativa de lo que pueda ser bueno o malo para el ser humano y al imponer por la violencia sus planteamientos, sin tolerancia ni respeto alguno para quien no se alinee con el régimen comunista.

Al respecto es importante destacar que en el Perú, de acuerdo con la Ley 28094, sobre organizaciones políticas, los dos primeros fines de los partidos políticos son: a) Asegurar la vigencia y defensa del sistema democrático. b) Contribuir a preservar la paz, la libertad y la vigencia de los derechos humanos consagrados por la legislación peruana y los tratados internacionales a los que se adhiere el Estado. Asimismo, la norma establece, como causal de declaración de ilegalidad de un partido político, el que vulnere “sistemáticamente las libertades y los derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas o la exclusión o persecución de personas por cualquier razón, o legitimando la violencia como método para la consecución de objetivos políticos”⁴¹. Por eso, en el año 2002 el Movimiento por la Amnistía y Derechos Fundamentales (MOVADef) no obtuvo la inscripción como partido político, pues su programa de acción se fundamentaba en el “marxismo-leninismo-pensamiento Gonzalo”⁴², que era contrario a los principios del orden democrático⁴³.

Asimismo, ha previsto que, en caso se concediera la inscripción a un partido que no cumpla con estos requisitos o que una vez concedida, sus integrantes actuaran corporativamente en contra del orden constitucional, corresponde a la Corte Suprema, a pedido del Fiscal de la Nación o del

41 Artículo 14.1.

42 El pensamiento Gonzalo es la versión mariateguista del marxismo. Remito a lo expresado en (Pacheco Zerga, 2023).

43 Nota de prensa del JNE de fecha 1º de febrero de 2012. Ubicable en <https://portal.jne.gob.pe/portal/Pagina/Nota/2058>

Defensor del Pueblo, y garantizando el derecho a la pluralidad de instancia, declarar la ilegalidad de una organización política⁴⁴.

Las vías democráticas están abiertas: corresponde a los ciudadanos conocer, antes de emitir su voto, el programa y el ideario de los candidatos de su preferencia, a fin que un tiempo después no tengan que salir a protestar afirmando que los gobernantes “no los representan” o lo que sería más lamentable, queden apresados por un sistema dictatorial, como vemos que ocurre en otros países de la región.

V. CONCLUSIONES

- Las constituciones tienen una doble naturaleza jurídica: cuerpo de ley y alma de contrato. Tiene vocación de permanencia, en la medida que fijan la identidad de la nación, al identificar los bienes humanos básicos y los derechos y libertades fundamentales.
- Desde la segunda mitad del siglo XX se ha superado el Estado legal de derecho, en el que se daba primacía a la ley, al punto que se sustituyó la justicia material por la formal.
- Hoy en día, rige el Estado constitucional de derecho, cuyo núcleo es el respeto a las exigencias de justicia material que corresponden a la naturaleza humana, reconociéndose la igual dignidad de todos los individuos de la especie humana.
- El concepto de dignidad humana no es un concepto vacío: responde al modo de ser humano, a su naturaleza, a su posibilidad de obrar libre y racionalmente. Por tanto, el respeto a la dignidad exige que el ejercicio de la libertad se ejerza partiendo de la existencia de unos bienes básicos, a los que tiene derecho todo ser humano para alcanzar su plenitud.
- Los bienes humanos básicos son, a la vez, personales y relacionales, en cuanto provienen de las relaciones con los demás miembros de la

44 Cfr. artículo 14

sociedad. Y exigen un ejercicio de la libertad que excede la justicia y exige solidaridad, confianza, templanza, etc.

- Los derechos fundamentales no pueden estar en conflicto, ya que la persona es una: lo que colisionan son los intereses de las personas que argumentan tener derecho, pero que pueden pretender un uso abusivo de sus derechos o que se trate de simples pretensiones, que no están exigido ni por la ley ni por la naturaleza.
- Las teorías económicas inciden en la democracia y en el respeto de los derechos y libertades fundamentales. Las más extendidas son el liberalismo y el marxismo.
- El liberalismo requiere de la intervención del Estado para que no sea el mercado el que satisfaga las necesidades humanas, ya que no todas, ni las más importantes, son de tipo económico o patrimonial. Además, la experiencia histórica demuestra que cuando se deja que la sociedad se supedita a la ley de la oferta y demanda, rige la ley del más fuerte y la concentración del capital en manos de unos pocos. El liberalismo asegura la producción de riqueza, pero no su justa distribución. Rinde culto a la libertad individual, por lo que requiere ajustes para superar el individualismo y el consumismo.
- El marxismo, por su parte, se presenta como la opción por el progreso social de los que menos tiene. Al igual que en el caso anterior, la historia enseña que donde se ha implantado, han desaparecido las libertades individuales y se han implantado regímenes autoritarios, en los que no existe la democracia. Para el marxismo el individuo carece de interioridad personal: es una forma radical de socialismo. El carácter de devenir también afecta el concepto de bien y de verdad: *no son, se hacen*. Una consecuencia de este pensamiento es que *será bueno y verdadero aquello que lleve al triunfo de la revolución socialista*. En consecuencia, *no es posible defender los bienes humanos básicos*, ni valores objetivos.
- Su meta es imponer una nueva clase dominante, por medio del pueblo armado y la lucha de clases. Una condición indispensable es lograr la destrucción del Estado a fin de lograr un poder férreo, que imponga su concepción de la sociedad a cualquier precio.

- En conclusión, mientras que el liberalismo puede ser orientado por la acción del estado y la sociedad civil, el marxismo no admite la libertad personal ni la propiedad privada.
- Corresponde a la sociedad civil velar para que las organizaciones políticas realmente aseguren la vigencia y defensa del sistema democrático con su actividad y contribuyan a preservar la paz, la libertad y la vigencia de los derechos humanos consagrados por la legislación peruana y los tratados internacionales ratificados por el Perú.

BIBLIOGRAFÍA

- Carnelutti, F. (1936). *Teoria del Regolamento Collectivo deil Rapporti di Lavoro*. Padua.
- Castillo Córdova, L. (2022). Las fuentes constitucionales sobre los derechos fundamentales. *Cuadernos de Investigación. Centro de Investigaciones Judiciales. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial*(2). doi:10.3529
- Finnis, J. (1999). Derecho natural-Derecho positivo. A propósito del derecho a la vida. In P. S. y. C. I. Massini (Ed.), *El derecho a la vida* (pp. 223-244). Pamplona: EUNSA.
- Grimaldi, N. (2000). *El trabajo: comunión y excomunicación* (A. C. Santa-maría, Trans.). Pamplona: EUNSA.
- Hakansson Nieto, C. (2019). *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra.
- Ocaris, F. (1977). La concepción marxista de la historia. Retrieved from dadun.unav.es website: https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/35027/1/ST_IX-3_08.pdf
- Ollero, A. (1996). *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*. Madrid: Congreso de Diputados.
- Pacheco Zerga, L. (2007a). El “Derecho a morir” y el “Deber de matar” por respeto a la dignidad humana. *Revista de Derecho. Universidad de Piura*(8), 45-60.

Pacheco Zerga, L. (2007b). *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas.

Pacheco Zerga, L. (2023). El derecho constitucional de resocialización de los terroristas en el Perú. *Revista Internacionalización del Derecho*(1).

Serna Bermúdez, P. (1997). Los derechos económicos, sociales y culturales: posiciones para un diálogo. *Humana iura*(7), 265-288.

Democracia Constitucional: significado y riesgos

Constitutional Democracy: meaning and risks

 EDWIN FIGUEROA GUTARRA*

Resumen

Vincular democracia y Constitución representa un reto de alcances complejos, en la medida que la democracia es entendida como una expresión de las libertades ciudadanas, en tanto que la Constitución y sus estándares de control identifican limitación del poder. En ese orden de ideas, describir la democracia constitucional significa un esfuerzo que demanda esclarecer conceptos, desarrollar criterios de correlación y ello tiene como norte una mejor protección de los derechos fundamentales, así como rescatar siempre el valor prevalente de la cláusula de supremacía constitucional. Sin embargo, hay riesgos en ese camino de consolidación, los cuales valen correr en la medida que la democracia constitucional es un imperativo categórico y no hipotético.

53

Palabras clave

Democracia, Constitución, democracia constitucional, control constitucional, imperativo categórico, riesgos democráticos.

* Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo.

Abstract

Linking democracy and the Constitution represents a challenge of complex scope, to the extent that democracy is understood as an expression of civil liberties, while the Constitution and its control standards identify limitation of power. In this order of ideas, describing constitutional democracy means an effort that demands to clarify concepts, develop correlation criteria and this has as its north a better protection of fundamental rights, as well as always rescuing the prevailing value of the constitutional supremacy clause. However, there are risks in this path of consolidation, which are worth running to the extent that constitutional democracy is a categorical and not a hypothetical imperative.

Keywords

Democracy, Constitution, constitutional democracy, constitutional control, categorical imperative, democratic risks.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. DEMOCRACIA Y LA EXTENSIÓN DE SU SIGNIFICADO. III. EL CONTROL CONSTITUCIONAL ES UNA EXIGENCIA Y NO UNA OPCIÓN. IV. DEMOCRACIA MÁS CONSTITUCIÓN COMO IMPERATIVO CATEGÓRICO. V. RIESGOS QUE ENFRENTAN LAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONALES. VI. CONCLUSIONES RELEVANTES

I. INTRODUCCIÓN

La *democracia constitucional* constituye, qué duda cabe, un oxímoron, en la medida que el concepto de democracia nos remite a una noción de ejercicio de libertades, en tanto que el constitucionalismo parte, en esencia, de una premisa de control, en cuanto la idea misma de control, como enuncia Aragón Reyes, es inseparable del concepto de Constitución.

La acepción que proponemos aquí es identificar, desde un entorno más crítico, qué implica el concepto de democracia y si las libertades que esta enuncia implican algún tipo de sujeción y cuál sería, de ser el caso, ese nivel de subordinación, si acaso una noción como esta es compatible con la esencia de las libertades ciudadanas que en forma amplia enuncia la democracia.

Desde otra perspectiva, es también un concepto a escrutar, de qué tipo de controles hablamos desde el Derecho constitucional, pues aquellos serían anómicos si nos ceñimos a una idea de autarquía de poderes. De la misma forma, si ese control es invasivo, pues estamos frente a un control desbocado compatible con un hiperactivismo judicial desbordado, el cual es igualmente dañino para toda democracia.

En suma, se trata de una conjunción adecuada de ambos conceptos-democracia y control- para entender que la noción de *democracia constitucional* representa un oxímoron aparente, pues constituye la forma de representación más razonable y proporcional del Estado constitucional. Razonable porque hay una posición de equidistancia en su definición y nos alejamos de una racionalidad en exceso vertical de su definición. Lo razonable siempre nos remitirá a una idea de lo justo, equitativo y aceptable, en tanto que lo racional se encuentra más vinculado a una idea de sistematicidad, de exigibilidad y de suficiencia.

Por otra parte, lo proporcional de la idea de una *democracia constitucional* nos remite a esa correcta mensura entre la sociedad en régimen de democracia y la Constitución como elemento vinculante, debiéndose poner énfasis en el rol relevante de esta última, pues de decir muy poco la Carta Fundamental sobre alguna materia, habrá que llenar los vacíos de lagunas de la interpretación vía integración. Igualmente, si acaso se generan contextos de ambigüedad en esas complejas relaciones entre sociedad y democracia, pues habrá que racionalizar sus contenidos para que exista una correcta mensura entre lo que dice la norma y su sentido interpretativo.

Los caminos y las rutas para entender la *democracia constitucional* no están exentos de complejidades. Las democracias están constantemente amenazadas en diversas formas. Ferrajoli ya aludía a unos poderes salvajes

como ciertas formas de peligro para las democracias. De otro lado, los constitucionalismos contemporáneos igualmente ven peligrar sus ámbitos de acción, en cuanto las reticencias a las potestades de control de la justicia constitucional son una constante en todos los sistemas políticos contemporáneos. Los intentos por reducir estos caracteres del constitucionalismo, debilitando, por ejemplo, la independencia judicial, constituyen propósitos por frenar el control de los actos estamentarios de otros poderes y órganos del Estado.

Las reflexiones que enunciamos, de otro lado, constituyen un propósito de reflexión abierta sobre la necesidad de consolidar las democracias constitucionales. El camino a esbozar no debe ser de regresividad, debe ser de progresividad, esto es, los Estados de derecho deben impulsar políticas públicas que hagan más sólidas sus democracias constitucionales, que refuercen la idea de que los derechos fundamentales solo pueden verse realizados en regímenes democráticos plenos, y no en democracias defectuosas, híbridas y autoritarias.

De igual forma, la cláusula de supremacía normativa de la Constitución solo puede ser cabalmente entendida donde hay democracias constitucionales, pues estas involucran aquellas cláusulas, así como estas implican a aquellas.

Desde otra perspectiva, no reforzar la *democracia constitucional* como modelo arquetipo de convivencia contemporánea, implica costos muy altos, y nos devuelve a los intersticios hobbesianos de un estado de naturaleza donde la guerra es de todos contra todos. En estos casos no funcionan las instituciones del Estado, los poderes representativos permanecen en constante conflicto respecto de sus competencias y atribuciones, así como se generan colisiones entre los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por tanto, la *democracia constitucional* se convierte en una necesaria y legítima aspiración del ideal de ética democrática.

II. DEMOCRACIA Y LA EXTENSIÓN DE SU SIGNIFICADO

La famosa alocución de Levitsky y Ziblatt (2018) respecto a cómo mueren las democracias a partir de los populismos contemporáneos, parece remontarnos al reencuentro del significado de la democracia y a una cuestión todavía más importante: la *democracia constitucional* reforzada

es una de las posibles y más consistentes respuestas para evitar que fenezcan las democracias (p. 21).

Partimos de una idea en común respecto a toda democracia fuerte, y esta es una noción de respeto por las instituciones. Aludimos aquí a una institucionalidad fuerte como expresión base del sostenimiento de una democracia. Levistky y Ziblatt aluden a los populismos como mecanismos que no solo amenazan y debilitan las democracias, sino que pueden conducir a su desaparición.

Para efectos de nuestro estudio, hay coincidencias varias con las ideas antes propuestas, pues el debilitamiento de la institucionalidad genera que no se produzcan los efectos necesarios frente a las incongruencias de la democracia. De esa forma y en vía de ejemplo, si en un Estado se instalan mecanismos de mega corrupción que realizan copamientos del Estado mismo para adaptar este al logro de fines privados e incompatibles con el orden legal y constitucional, y además de ello el Estado no funciona a través de una reacción inmediata por parte de la justicia, entonces estamos frente a una severa anomalía de esa democracia.

57

En condiciones regulares, el Estado debe funcionar frente a los diversos de las democracias. En un populismo afectado de mega corrupción, o en una democracia que no goce de visos de constitucionalidad necesarios, las instituciones no van a funcionar adecuadamente y, por consiguiente, dichas falencias representan un paso hacia el debilitamiento cada vez más complejo y débil de esa democracia.

He aquí que podemos, entonces, distinguir unos caracteres mínimos para asumir que existe una democracia que aspira a ser fuerte:

1. Las instituciones son respetadas. Por institucionalidad entendemos la existencia de estamentos que responden a las patologías que toda democracia de alguna manera alberga. El aspecto relevante de esta cuestión reside en que, ocurrida una anomalía en democracia, la institucionalidad constituya un medio de respuesta idóneo y proporcional. De esa forma, por ejemplo, un intento de golpe de Estado es una agresión directa al Estado de Derecho, y demanda la respuesta inmediata de las instituciones competentes en salvaguarda de la democracia.

2. Los *checks and balances*, o pesos y contrapesos, entre los poderes y las instituciones se cumplen más allá de un nominalismo básico. La idea de estricta separación de poderes no basta en la teoría de Montesquieu, es exigible un equilibrio entre poderes, de tal forma que el poder frene al poder y que un poder controle al otro. No pueden existir autarquías en democracia, esto es, espacios que signifiquen zonas exentas de control democrático. Por tanto, poderes y órganos del Estado se sujetan a mecanismos de control como fiel expresión de la aceptación de convivencia democrática. Y si acaso un estamento se opusiera al control pues ello no expresaría sino alejarse de los cauces de la democracia.
3. Las libertades ciudadanas son elementos ancla de las políticas públicas. Las democracias no existen sin libertades de los ciudadanos, ni estas existen sin las democracias. Por oposición, en regímenes híbridos o autoritarios es sumamente complejo el ejercicio de las libertades, en tanto es la arbitrariedad, el desborde del poder, y la verticalidad cuanto identifica a estos regímenes. Por consiguiente, las políticas públicas constituyen una base de acción para el afianzamiento de estas libertades, así como se constituyen en idearios de acción para la consolidación de la democracia.

Indudablemente, los matices a añadir pueden sumar muchos más, pero la mención de los elementos básicos es necesaria. Una democracia, en consecuencia, tiene algo de arquetípica como modelo ideal de convivencia y ya los griegos eran conscientes de que representaba la forma menos mala de gobierno, pues en esa meditación ya se encontraba implícita la idea de que, así como la democracia genera sumas de diverso orden, es muy posible que la distorsión de esta genere, a su vez, restas que debilitan toda democracia en sí misma. En definitiva, son muchos más los activos que los pasivos si aludimos a la democracia como modelo de sociedad.

III. EL CONTROL CONSTITUCIONAL ES UNA EXIGENCIA Y NO UNA OPCIÓN

Definida en forma aproximada la democracia, la idea de control nos lleva y conduce a un objetivo muy puntual: evitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder. En efecto, el principio de interdicción de la arbitrariedad

es el *ethos* y el *pathos* de todo proyecto de constitucionalismo óptimo, en cuanto es clara la idea de que el poder debe limitar el poder, y si este no es de alguna forma controlado, pues entonces la verticalidad, el abuso y el desconocimiento de derechos, como aristas de la arbitrariedad, limitan el ejercicio de los derechos fundamentales y el principio de primacía normativa de la Constitución.

Aquí resulta ser enfáticos en cuanto a que el constitucionalismo nace en ese escenario de exigencia de limitación del poder. El poder del soberano en las monarquías del más remoto antaño, solía ejercerse sin una verificación de la legitimidad de los actos de poder, tan solo de su básica formalidad. Esta última simplemente expresaba una cuestión semántica de orden, pero aquella ya suponía una compatibilidad con un orden de valores. Con esta afirmación apuntamos a que legitimidad supone compatibilidad y para el caso que nos ocupa, se trata de elementos a definir compatibles con la Constitución, en cuanto esta supone un efecto de validación, y en esta sistemática, existe un objetivo control constitucional.

59

¿Por qué aludimos a que el control constitucional es una exigencia y no una opción? Comencemos por esto último, reservando lo relacionado con la exigencia para la vinculación de la democracia como un imperativo categórico. El control constitucional no puede ser una opción porque ello implicaría un ejercicio condicional de los derechos fundamentales, en sentido regresivo. A su vez, supondría que la cláusula de supremacía normativa de la Constitución, criterio emblemático desde el caso *Marbury vs Madison* de 1803, no sería en realidad el punto más alto de interpretación constitucional del ordenamiento jurídico.

Es de verse, en consecuencia, que el control constitucional supone un haz de elementos que, en conjunto armónico, fortalecen los derechos y los principios, y es de verse, en esta afirmación, un fuerte componente axiológico que nos hace desembocar en la importancia de la moral como elemento de comprensión de los derechos.

Si con Kelsen aceptamos una tesis de estricta separación entre el Derecho y la moral, el constitucionalismo contemporáneo, con todas sus formas de control, supone una tesis de reconciliación entre el Derecho y

la moral, y en ese ejercicio de conjunción hemos de distinguir elementos valorativos dentro del control constitucional.

Aquí es importante reforzar un aspecto: el control constitucional no puede ser estrictamente formal, exige también ser material, pues si solo fuera lo primero, estaríamos frente a un control apenas inicial de los derechos y los principios. Lo formal como control tan solo nos remite a verificar un control de legalidad, esto es, si la ley sometida a examen, por ejemplo, fue debidamente aprobada por el Poder Legislativo, si fue promulgada por el Poder Ejecutivo. Todo ello supone un examen de literalidad.

Con el control constitucional material apuntamos a una faceta mucho más amplia. Este matiz material implica elementos colaterales que superan un mero control literal, el cual muchas veces podría remitirnos a que la ley se aplicó pues ese era el sentido de la ley.

En el control material coexisten elementos adicionales de singular valor, como la razonabilidad y la proporcionalidad. Controlar el poder desde una visión razonable de los derechos y los principios implica superar la mera racionalidad de la ley. La razonabilidad irradia los derechos fundamentales convirtiendo estos en mandatos morales y axiológicos, además de valorativos, y ello tiene lugar porque es insuficiente la mera racionalidad de la ley. Desde el Derecho constitucional la razonabilidad constituye un control que no puede ser vertical, que no puede cerrarse en la sola literalidad de la norma. De allí que su sustento exija condiciones especiales del intérprete para entender mejor algunas perspectivas del Derecho y, más aún, si estas se vinculan a los derechos fundamentales. La razonabilidad, entonces, no es sino sana discrecionalidad y no subjetividad, pues las razones que aporta un argumento razonable se alejan de la máxima *dura lex sed lex*, es decir, la ley es dura, pero es la ley.

De igual forma, la proporcionalidad demanda condiciones especiales para entender el ajuste adecuado de la norma a su relación de aplicación con la Constitución. Controlar la Carta Fundamental y su conjunto de principios desde el principio de proporcionalidad, tiende a identificar una correcta relación de mensura entre la norma sujeta a examen y el control constitucional abstracto que una adecuada proporcionalidad representa.

Si la ley tiene vacíos y lagunas de importancia, mediante el principio de proporcionalidad se colman esas lagunas y la operación de análisis, se podría decir, cumple su fin, pues la ley debe ser proporcional en su aplicación. Si ella dice muy poco, el intérprete debe trabajar mucha integración respecto a esos vacíos acotados.

Este problema aludido *supra* cambia si la ley pretende decirlo todo, y es aquí donde se generan excesos de significados, o propiamente problemas de ambigüedad, pues varias defunciones acuden en respuesta al significado de esa norma. Ante una multiplicidad de nociones posibles, habrá que optar por una que se adapte, de mejor forma, al sentido de primacía de la Constitución.

IV. DEMOCRACIA MÁS CONSTITUCIÓN COMO IMPERATIVO CATEGÓRICO

Jon Elster (2002) desarrolla una alegoría que nos puede servir de referencia: terminada la guerra de Troya y vencedores los griegos, Ulises tuvo la mala idea de desafiar a Poseidón, dios del mar, alegando un desplazamiento célere, quizá de excesiva autosuficiencia sobre el océano, hasta Itaca, su ciudad, donde lo esperaban Penélope y su familia (p. 111).

61

Contrariado Poseidón por esta afrenta, lo condenó a vagar por los mares muchos años. Fue así que, en una de estas travesías, muy cerca de la isla de las sirenas, Ulises tuvo el deseo de escuchar el hermoso y mortal cántico de las sirenas: bello pues se trataba de las más hermosas melodías que el oído humano alguna vez pudiera oír, y letal, porque en cuanto los marineros escuchaban estas notas tan profundas, embelesados se lanzaban al mar y morían ahogados en las sinuosas aguas que circundaban las islas de las sirenas.

Ulises, habilísimo en los detalles, optó por pedirles a sus marineros, al pasar por el lugar de morada de las sirenas, que lo ataran fuertemente a un mástil, al tiempo que los demás se ponían cerilla en los oídos para no escuchar los melodiosos pero mortíferos cánticos. Como era previsible, escuchar tan bellas notas causó en Ulises denodados esfuerzos por desatarse, pero afortunadamente para él, no lo logró.

La anécdota enunciada es valiosa para realizar un símil con las democracias. Se exigen ataduras que pueden resultar incómodas y estas no son sino una expresión del necesario control constitucional que necesita toda democracia. En el relato de Elster, Ulises representaría la democracia, y el mástil, el control constitucional. Por tanto, si no hay mástil donde ser atado, Ulises moriría ahogado. En forma similar, si no hay control constitucional las democracias naufragarían y correrían el riesgo de involucionar hacia formas ya anómalas de democracia.

Llegado nuestro estudio a este punto, estamos en condiciones de asegurar que la *democracia constitucional* representa un mandato axiológico para las sociedades contemporáneas y, aún más, no se trata solo un imperativo hipotético, como distinguía Kant, sino de un imperativo categórico. La diferencia es central: si se trata de un imperativo hipotético, entonces no necesariamente vincula; en cambio, si se trata de un imperativo categórico, hay un nivel de sujeción que no podemos evitar, pues se trata de hacer lo correcto desde un ángulo de ética democrática.

La referencia aludida merece una precisión: la *democracia constitucional* se convierte en una máxima universal, y constituye una forma de mandamiento autónomo, independiente de cualquier religión o ideología. La *democracia constitucional* no puede depender de una religión, en cuanto se trata de conceptos incompatibles. De igual forma, tampoco dependería de una ideología específica, en tanto no se trata de afianzar un tipo de concepción de la realidad.

Sin perjuicio de lo expuesto, si por ideología entendemos un conjunto normativo de ideas, creencias y emociones colectivas compatibles entre sí, de alguna manera ancladas en el concepto de derechos fundamentales y el principio de primacía de la Constitución, entonces sí podemos argüir una cercanía conceptual entre *democracia constitucional* e imperativo categórico, como expresión de una ley universal a la que es legítimo aspiren las sociedades contemporáneas.

A tenor de lo acotado, entonces, la democracia es incompleta si no hay un control constitucional adecuado y, a su vez, este es ineficiente si no hay una democracia donde ejercer ese tipo de control. He aquí la gran diferencia con regímenes híbridos y autoritarios, en los cuales no existe visos

de un real control constitucional, o si acaso este existiera formalmente, pues no hay un ámbito de acción adecuado. Esta situación alcanza, aunque en menor grado, a las democracias defectuosas, esto es, aquellas que no son expresión sustantiva por el respeto de los derechos fundamentales del ciudadano.

La precisión que hacemos se presume cierta. Un régimen autoritario usualmente implementa modalidades sistemáticas de restricción de los derechos ciudadanos: se mediatizan o restringen potestades de las instituciones y órganos representativos del Estado, se cierran los medios de prensa, se expulsa ciudadanos del país por su forma de pensar, entre otras características ciertamente graves. Y todo ello tiene lugar porque resulta perturbador, para estos regímenes, el control constitucional. Este deviene incómodo en un contexto de restricción de las libertades de los ciudadanos, pues control constitucional implica exigencias de reparación, de no repetición, y de rectificación respecto de la violación de derechos humanos.

Esos controles representan, por consiguiente, una legitimación para las democracias, y una expresión de debilidad para los regímenes autoritarios.

La legitimación tiene lugar en cuanto esa vinculación que vas más allá de lo conceptual entre democracia y Constitución, representa el modelo de Estado al cual aspiramos, uno en el que el derecho de acción se mantenga abierto a pesar de ser aquel ejercido, a veces, en forma no responsable. Incluso a pesar de que se pretenda hacer uso indebido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues esta pretensión de ejercicio no solo causa congestión en los sistemas de impartición de justicia, sino que causa retraso respecto de los casos que sí exigen atención.

En ese orden de ideas, una teoría de las *cargas democráticas* nos expresa, sin lugar a dudas, que los Estados se ven impelidos, ética y democráticamente, a soportar, y entendemos sea preferible, diversas patologías de los sistemas democráticos, pero a su vez es menester considerar que tales cargas –el respeto por los derechos fundamentales– sean exigencias éticas en las democracias.

Por tanto, se perfila un requerimiento de observancia hacia los Estados, para efectos de que estos promuevan el respeto por los derechos ciudadanos, lo que implica un sistema de cargas que es plenamente compatible con el concepto de democracia.

V. RIESGOS QUE ENFRENTAN LAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONALES

La *democracia constitucional*, como mecanismo que no expresa solo un ideario sino necesita ser praxis, indudablemente enfrenta riesgos en forma constante, entendidos estos como debilitamientos posibles en todo escenario democrático.

Pasemos lista solo a algunas de esas contingencias entre las muchas que se pueden presentar:

1. Una *democracia constitucional* puede evolucionar a democracia defectuosa, o régimen híbrido o autoritario, cuando se pierden valores democráticos de importancia como la institucionalidad, el equilibrio entre poderes e instituciones, así como se coactan las libertades ciudadanas, entre otros puntales del Estado de Derecho.
2. La *democracia constitucional* corre el riesgo de ser una entidad nominal, apenas semántica, si no coexisten en ella elementos de apoyo conceptual como el control constitucional. Sin control la democracia es una entidad vacía en donde la arbitrariedad reemplaza valores como la razonabilidad y la proporcionalidad.
3. Si los populismos son amenazas directas al corazón de las democracias, ellos lo son aún más tratándose de las democracias constitucionales, pues estas, entre las diversas formas de democracias plenas que la doctrina aspira a construir, representan, cuando se realizan, una de las formas más completas de tutela de los derechos fundamentales y del principio de primacía normativa de la Constitución.
4. Tomando prestada la expresión ferrajoliana de los poderes salvajes, entendidos como otros mecanismos de amenazas a las democracias, fenómenos como el crimen organizado internacional,

las guerras, la megacorrupción a nivel de gobiernos incluso, el narcotráfico, entre otros, son elementos que inciden, en forma directa, para que la *democracia constitucional* deje de funcionar adecuadamente. Cuando estos elementos patológicos se insertan en las democracias, estas presentan problemas de funcionamiento y operatividad.

Esta lista nominal se puede extender en diversos aspectos. Nuestra mención es solamente enunciativa. Elementos colaterales de orden dañino como el cambio climático pueden jugar un rol de afectación en las democracias, en tanto cambios bruscos en el medio ambiente pueden devenir en problemas de acceso a la justicia y, por lo tanto, en mayores dificultades para el ejercicio de los derechos ciudadanos.

Cuanto queremos determinar con estos posibles riesgos para la *democracia constitucional*, así como para todas las democracias en su acepción común, es que siendo siempre la democracia un concepto en construcción, este se puede ver afectado en sus contenidos de desarrollo. Y si bien la *democracia constitucional* es, para estas líneas de estudio, el arquetipo de democracia, como hemos enunciado *supra*, no puede reputarse nunca esta noción como un concepto terminado, sobre el cual ya se organizó toda la sociedad.

Por el contrario, la *democracia constitucional* exige una permanente actividad de diversas formas de políticas públicas, en las cuales no solo enunciamos tareas a cargo del Estado, sino como exigencias de realización de toda la sociedad civil en su conjunto. De esa forma, si bien una política pública es un modo de expresión del Estado hacia determinados fines, es la sociedad civil en su conjunto la que recibe el deber de impulsar una *democracia constitucional*: Universidades y otros niveles de enseñanza, pública y privada, difundiendo la importancia de cultivar los valores de esta forma de democracia; Colegios de Abogados debatiendo la relevancia de consolidar una forma de convivencia democrática de este tipo; organizaciones varias de la sociedad promoviendo la discusión de temas que impliquen las libertades democráticas y sus formas de control.

Se exige, entonces, control adecuado y no controlismo para que funcione una *democracia constitucional*. Control óptimo implica realización

de los valores de la democracia; controlismo, un desbordamiento irrazonable de las funciones de control; control idóneo involucra una tutela proporcional de los derechos fundamentales; controlismo, implica minar las bases del Estado de Derecho en perjuicio de la democracia misma.

VI. CONCLUSIONES RELEVANTES

- A grandes rasgos, hemos querido establecer, en este estudio, la premisa de importancia singular del concepto de democracia constitucional. En ese orden de ideas, ha sido un primer esbozo de atención abordar el concepto de democracia y la extensión de su significado y hemos establecido, al respecto, la complejidad de las democracias cuando estas no son suficiente y adecuadamente construidas. Y aun en este difícil último escenario, hemos de coincidir con la propuesta griega de que la democracia es la forma menos mala de gobierno.
- Por otro lado, hemos construido conceptualmente la idea de que el control constitucional es una exigencia y no una opción, pues el control, coincidiendo con Aragón Reyes y ya lo argüíamos, es un elemento inseparable del concepto de Constitución. Ciertamente el control no resulta siempre conciliador, no busca simplemente corroborar que un derecho se respeta, sino exige que ese derecho se respete, y para ello se vale de las instituciones como mecanismos de acción y respuesta frente a contingencias en el Estado de derecho.
- Entonces, el control se convierte en un elemento legitimador de la democracia y como tal, le asigna a esta un rango de validez para su realización. El control, igualmente, puede resultar incómodo para la sociedad, pero al final es previsible su necesidad y exigencia para comprender la esencia de una democracia.
- Las nociones antes configuradas nos permitan arribar a la fórmula democracia más Constitución como imperativo categórico. Para ello nos hemos servido de la kantiana idea del imperativo categórico como exigencia o máxima universal, y no de un simple imperativo hipotético. A este efecto, lo que hemos querido sustentar es que la democracia constituye un valor a sustentar progresivamente, y que

representa un ideal de ética democrática, en cuanto se trata de una aspiración que la humanidad debe preservar como máxima universal.

- Los riesgos que enfrentan toda *democracia constitucional* son muchos. Quizá el principal de ellos resida en el hecho de devenir una democracia de este tipo, como expresión de democracia plena, en una democracia defectuosa, o más aún, que recale en las categorías de regímenes híbridos o autoritarios. Muchas circunstancias pueden generar este tipo de situaciones, pero, en esencia, corresponde a las democracias cuidar a las democracias.
- En suma, es una apuesta de rigor pensar en la posibilidad, vigencia y afianzamiento de una *democracia constitucional*, nada sencilla, por cierto, pero nos atenemos a que se trata de una legítima aspiración de todo Estado contemporáneo, la que exige cultivarse y abordarse. De no hacerlo, ello implica pasos progresivos para el fenecimiento de las democracias. Y si esto último ocurriera, quizá pueda materializarse esa impactante frase de Dante, en la entrada del infierno: “Dejad, los que aquí entráis, toda esperanza”.
- La frase puede resultar muy dura, es verdad, pero desea llamar la atención porque la pérdida de valores democráticos, en casos superlativos, puede igualmente devenir en la pérdida de las esperanzas de los derechos de los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

Elster, J. (2002). *Ulises desatado: estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. Gedisa.

Levitsky y Ziblatt (2018). *Cómo mueren las democracias*. Editorial Ariel.

Reflexiones constitucionales sobre la democracia peruana

Constitutional reflections on peruvian democracy

 FERNANDO BERRIOS GUTARRA*

Resumen

El presente artículo realiza un análisis sobre las implicancias del concepto de democracia. En este sentido, indica las características y ventajas que esta institución brinda a los Estados y cómo es que se refleja en ellos, siendo una de las principales manifestaciones la representación mediante partidos políticos. Finalmente, se realiza una reflexión con respecto a cómo se podrían disminuir los riesgos existentes para la democracia.

69

Palabras clave

Democracia, gobierno democrático, representación política, participación política, instituciones democráticas

Abstract

This article analyzes the implications of the concept of democracy. In this sense, it indicates the characteristics and advantages that this institution offers to the States and how it is reflected in them, being one of the main manifestations of the representation through political parties. Finally, a final reflection is made on how to reduce the existing risks to democracy.

* Maestro en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Gobernabilidad por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Abogado por la Universidad Privada de Tacna y Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Keywords

Democracy, democratic government, political representation, political participation, democratic institutions, democratic institutions

Sumario

I. INTRODUCCIÓN II. DEMOCRACIA. III CRITERIOS NECESARIOS EN UN GOBIERNO DEMOCRÁTICO. IV. VENTAJAS DE LA DEMOCRACIA. V. DEMOCRATIZACIÓN Y REPRESENTACIÓN. VI. DEMOCRACIA Y PARTIDOS POLÍTICOS. VII. ACCIONES NECESARIAS

I. INTRODUCCIÓN

70

Cuando se estudia el complejo tema de la democracia, es posible diferenciar en términos históricos y de contenido la llamada democracia antigua de la democracia moderna. Cuando se habla de la democracia antigua, se hace referencia a la democracia que surgió en Grecia hace cerca de 2,500 años. Sin embargo, este trabajo no gira en torno a este tipo de democracia precursora o auroral, pero excluyente de un sector importante de la población de las polis, como sucedió en el caso de la Atenas de aquella época. Hay autores que encuentran interesantes prácticas democráticas en la antigua República Romana, pero éste tampoco es el objeto principal de este estudio (Fontenoy, 2012).

Nuestra especie humana, la del *homo sapiens u homo moderno*, existe desde hace aproximadamente 160.000 años. La democracia antigua, como mencionamos, aparece dentro de este horizonte histórico, luego de alrededor de 158.500 años, y duró menos de 200 años en la Grecia de los grandes filósofos clásicos.

En el caso de la democracia moderna, si se toma como referente histórico, de su inicio, la implementación del sufragio universal (fines del siglo XIX, comienzos del XX), este sistema político no tiene de existencia permanente más de 135 años, en el caso europeo, y menos aún en América Latina.

En este largo período predemocrático primaron sistemas políticos autoritarios, totalitarios, despóticos, etc., es decir, formas de gobierno no democráticas, en las cuales los seres humanos (hombres y mujeres) no eran considerados ni libres ni iguales y la mayoría fueron excluidos del sistema político de sus respectivas sociedades.

Desde esta perspectiva histórica, se puede constatar que la democracia moderna es una concepción filosófica y una práctica política de muy reciente data. Si se analiza nuestra historia humana en períodos de larga duración, es posible afirmar que la democracia, de los modernos, recién está en sus etapas iniciales, haciendo su primer aprendizaje, con todo lo que ello significa a nivel de experimentación y de errores cometidos.

II. DEMOCRACIA

1. Concepto

Es inevitable, para hacer referencia conceptual a la democracia, partir de su definición etimológica. En este sentido, democracia se divide en dos vocablos griegos: *demos* y *krátos*.

71

Los términos mencionados anteriormente hacen referencia a pueblo y poder, respectivamente.

Así, puede mencionarse que democracia, etimológicamente refiere al poder del pueblo (Cincotta, 1999, pág. 1).

Tal cual se ha mencionado con anterioridad, la Democracia se define como el ejercicio de la soberanía popular para las decisiones estatales. Giovanni Sartori (1987), señalaba que la democracia sólo es posible mientras que los ideales y valores del pueblo se encuentren vigentes (pág. 19).

Por otro lado, Bobbio (1994) concebía a la democracia como un conjunto de reglas aplicables a cualquier proceso en las que se tiene como regla principal la regla de la mayoría. Esta definición es apropiada en el sentido de que la democracia busca siempre la elección de los intereses de la mayoría, sin embargo, es muy limitante en cuanto la democracia no busca solo la toma de decisiones frente a los procesos, sino frente a cualquier decisión que sea pertinente para el Estado (pág. 19).

Delhumeau (1970) observa la democracia de una manera completamente distinta, al señalar que la democracia es una técnica para organizar a la sociedad en base a la libertad, el respeto y la unidad de los habitantes, con la finalidad de que esta organización provoque la participación de todos sus miembros en busca del bien común dentro de un contexto de cultura política. Esta definición otorga, sin lugar a dudas, un entendimiento bastante específico sobre la democracia en base a la organización y la búsqueda del bien común, tal cual sucede en todo Estado (págs. 33-34).

Zakaria (1997) señala que la democracia no por necesidad es un Estado en sí mismo, sino que implica la competencia entre opiniones y perspectivas, lo cual podría terminar siendo una dictadura de la mayoría. De igual modo, merece mención que no toda democracia posee gobernabilidad o congruencia estatal efectiva que de garantía a la vida cotidiana donde se pueda coexistir en confianza. También pues es posible observar margen de error en la democracia cuando la participación de los ciudadanos no posee suficiente información civil ni política (págs. 22-43).

72

Dentro de la democracia es increíblemente importante mencionar que existen principios inviolables para que sea posible un Estado en el que se ejerza la democracia: *la prosperidad, la autodeterminación, el derecho de inclusión y a las instituciones democráticas* (Dahl, 1999, pág. 60).

Cuando nos referimos a *prosperidad*, estamos refiriéndonos a que la democracia permite que los seres humanos tengan cada vez mejores oportunidades para incrementar la satisfacción de sus necesidades o mejorar su estilo de vida. (Dahl, 1999, pág. 60).

Cuando nos referimos a la *autodeterminación*, nos referimos a que las leyes son producto del interés común, esto quiere decir que las leyes no deben ser impuestas, sino desarrolladas por un consenso colectivo (Dahl, 1999, pág. 60).

Cuando nos referimos al *derecho de inclusión*, queremos decir que la democracia no es exclusiva de unos cuantos, sino que debe tener en cuenta a la población en general (Dahl, 1999, pág. 60).

Cuando nos referimos a las *instituciones democráticas*, nos referimos a que todos deben tener acceso igualitario a las instituciones que conforman un Estado (Dahl, 1999, pág. 60).

A fin de cuentas, podemos decir que la democracia puede resultar un término familiar para casi todas las personas, sin embargo, el poder de la democracia ha existido a lo largo de la historia y sigue evolucionando y floreciendo alrededor de todo el planeta.

Debemos afirmar que las personas que coexisten en una sociedad de carácter democrático tienen el deber de salvaguardar su libertad y exponer sus ideales, de acuerdo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

2. Características

Hablar de democracia implica ver más allá que un mero conjunto de instituciones, se trata pues de un grupo de valores, rasgos específicos y expresiones que se manifiestan en distintas comunidades culturales, sociedades estatales. Cincotta (1999) ha identificado seis rasgos principales que caracterizan a toda sociedad democrática (págs. 4-5); estos rasgos son a *grosso modo*:

- La democracia representa un modelo de gobernar en el que cada ciudadano adulto puede ejercer poder y responsabilidad cívica, sea esto de manera directa o mediante representantes que se eligen con libertad.
- La democracia está basada en principio de un gobierno de mayorías que se compone por derechos individuales. El gobierno democrático evita que los gobiernos se centralicen y sean capaces de todo. Por esto, la democracia busca la descentralización en niveles regionales o federales, teniendo en cuenta que debe existir un acceso corriente a la comunicación entre todo el pueblo.
- La democracia comprende que dentro de sus funciones más importantes se encuentra la de proteger derechos humanos de carácter

básico, tales como la libertad de expresión y la libertad religiosa. Debe existir pues un plano de igualdad y debe otorgarse la oportunidad de que el pueblo se organice y participe normalmente de la vida política, económica y de carácter cultural.

- La democracia tiene dentro de su normal desenvolvimiento la característica de presentar elección de representantes de manera libre y equitativa, para que cualquier ciudadano pueda elegir a quien le represente.
- La democracia busca que sus ciudadanos no solo tengan derechos, sino que estos también cumplan con determinados deberes tales como la participación activa en el sistema político, la protección de sus derechos y libertades.
- La democracia se encuentra comprometida con la responsabilidad de respetar los valores de la tolerancia, colaborar con el pueblo y comprometerse con el mismo.

III. CRITERIOS NECESARIOS EN UN GOBIERNO DEMOCRÁTICO

La democracia se caracteriza, como ya se ha mostrado, por la igualdad política. En este sentido, para que dicha igualdad pueda perpetrarse, es necesario el establecimiento de ciertos criterios. En medio de la gran maleza de ideas que giran en torno a lo que es la democracia, es necesario identificar criterios que tienen que satisfacerse para que la asociación popular otorgue igualdad. Estos criterios han sido desarrollados desde la perspectiva de Dahl (1999) y se exponen a continuación (págs. 47-49):

a) Participación efectiva

Previamente a la adopción de una política por la sociedad, los habitantes que conforman la sociedad tienen que tener oportunidades similares y efectivas para que sus perspectivas sobre el desenvolvimiento político se conozcan por otros habitantes.

b) Igualdad de voto

Una vez que ha llegado el momento en el que se adopta la decisión sobre la política, los miembros deben tener igual compromiso y oportunidad para emitir su decisión, y cada perspectiva debe tener el mismo valor, esto es, los votos deben valer lo mismo.

c) Alcance de una comprensión ilustrada

Dentro de la limitación razonable sobre lo que interesa al tiempo, cada habitante de la sociedad debe poseer la misma oportunidad para que se instituya la política alternativa y se conozcan las consecuencias de su decisión.

d) Ejercicio del control final sobre la agenda

Cada miembro de la sociedad tiene que poseer la oportunidad de tomar la decisión sobre cómo se llevan a cabo las decisiones que se incorporan en la agenda. Así, el proceso de democracia que se exigen en los anteriores criterios no se limita jamás. Los cambios deben ser pues inducidos por los miembros.

e) Inclusión de los adultos

Cada uno de los adultos o al menos la mayoría de estos tienen que estar constantemente en residencia de la democracia. Tienen que poseer los derechos que la ciudadanía posee en los criterios anteriores. Esta idea se basa en que todos los adultos deben poseer el mismo tratamiento, por lo cual no se debe excluir a ningún adulto de los procesos democráticos.

IV. VENTAJAS DE LA DEMOCRACIA

Fuera de todas las restricciones filosóficas que se hayan formulado con respecto a la viabilidad de la democracia, lo cierto es que la democracia funciona. Aunque no otorgue los perfectos lineamientos para cumplir con el fin del Estado, presenta sí varias ventajas, las cuales describiremos desde la perspectiva de Dahl (1999, págs. 71-72):

- La democracia contribuye con evitar que el gobierno se rija por autócratas frívolos y pervertidos.
- La democracia otorga la garantía de que sus miembros tendrán un catálogo de derechos fundamentales que les asisten y que otros gobiernos no pueden garantizar.
- La democracia da la seguridad a sus miembros de que podrán tener libertad personal de forma más asegurada que en cualquier otra alternativa.
- La democracia contribuye con aquellos miembros que deseen proteger sus intereses fundamentales.
- Solo la democracia proporciona una oportunidad perfecta para que sus miembros puedan determinarse con autonomía y libertad, basados en sus propias elecciones.
- Solo la democracia es capaz de otorgar la oportunidad perfecta para que sea ejercida la responsabilidad moral en relación al interés común.
- La democracia provoca que el desarrollo de la humanidad se ejerza de manera más amplia.
- Solo la democracia es capaz de dar fomento a la igualdad política o al menos es la que más se acerca.
- La democracia de carácter representativo es moderna y no induce a ningún tipo de conflicto bélico.
- Los países que gozan de democracia tienen a la vez mayor prosperidad que los países que no gozan de democracia.

V. DEMOCRATIZACIÓN Y REPRESENTACIÓN¹

Ahora bien, el funcionamiento de una democracia no se mide solo a partir de la celebración de elecciones libres y del progreso de las

¹ <https://www.revistaciendiascinep.com/home/democracia-y-democratizacion-en-el-peru/>

instituciones estatales. Tiene que ver también con la democratización de los bienes públicos, es decir, con factores como el acceso equitativo a los servicios básicos, la igualdad de oportunidades de desarrollo, y el reconocimiento de libertades y derechos básicos.

En este sentido, la post-pandemia ha evidenciado que las brechas sociales en el Perú son profundas, dado que la atención del Estado ha sido tremendamente desigual, según el ámbito social y geográfico de cada ciudadano. El Perú ha registrado la terrible tasa de quinientos muertos de COVID-19 por cada cien mil habitantes, habiendo muchos de ellos fallecido simplemente por falta de oxígeno medicinal. Y en el ámbito educativo, basta decir que las clases virtuales se ven enormemente limitadas por la brecha digital del país, que hace que en el medio rural más del 60% de peruanos no tenga acceso a internet. Es verdad que, en la lucha contra la pobreza, en general, los gobiernos sucesivos han logrado importantes avances, como también en el aspecto de la promoción de libertades y derechos ciudadanos. De cierto modo, estos avances están detrás de la reacción de los jóvenes, la cual el año pasado, a pesar de la pandemia y la represión, logró detener la arremetida antidemocrática del Parlamento. Nada de esto impide, sin embargo, reconocer que aún existe en el Perú un notable déficit en democratización de la vida ciudadana.

Aquí radica, con toda evidencia, el origen de la crisis de representación que, como en buena parte de América Latina, experimenta el sistema político en el Perú. Las grandes mayorías no se reconocen en una clase política que, incluso en tiempos de bonanza macroeconómica, no ha conseguido reducir sustancialmente las brechas sociales que dividen al país. Y, naturalmente, vinculada a ello está la crisis de los partidos políticos tradicionales, que hace que ninguno de ellos sea capaz de incorporar las expectativas puestas por la ciudadanía en sus dirigentes.

Este deterioro de la institucionalidad política y su consecuente crisis de representación, han conducido, entonces, a que el grueso del electorado se decante por líderes que se desmarcan explícitamente de la tradición partidaria, que propugnan cambios radicales e inmediatos, y que establecen liderazgos personalistas: los llamados outsiders.

VI. DEMOCRACIA Y PARTIDOS POLÍTICOS

Definitivamente, en la concepción y práctica moderna, la democracia está vinculada a los llamados partidos políticos.

Para el tratadista argentino Guillermo O'Donnell (2000)², la Democracia es una dualidad entre:

- 1) El conjunto de condiciones para elegir y ser electo; y,
- 2) La manera de organizar a la sociedad con el objeto de asegurar y expandir los derechos de los individuos.

Según Virgilio Isaac Hurtado Cruz, director de la ESEG del Jurado Nacional de Elecciones (JNE), “los Partidos buscan ser una expresión de los intereses de la comunidad y compiten para conseguir, a través de las elecciones, cargos públicos. No existe democracia sin partidos políticos, la función electoral del partido es complementada por su papel de representación”³.

78

Hurtado, citando la Ley de Partidos Políticos, sostiene que: “Los partidos políticos expresan el pluralismo democrático” y se fundamentan en el hecho de que “Los ciudadanos que integran el cuerpo de electores suelen ubicarse dentro de los diversos sectores del quehacer social, generando la existencia de grupos que por sus propias particularidades son diferentes entre sí”, así como “la pluralidad de los grupos que existen en la sociedad se ven expresadas en las formas de participación política, siendo una de ellas la creación y afiliación a organizaciones políticas como los partidos”⁴.

En síntesis: los partidos políticos son instituciones fundamentales para la participación política de la ciudadanía y base del sistema

2 O' Donnell G. & Wolfson L. (2000). Teoría democrática y política comparada. en la *Revista de Desarrollo Económico*, Vol. 39, N° 156. IDES. pp. 519-570.

3 https://portal.jne.gob.pe/portal_documentos/files/informacioninstitucional/escuelaelectoral/Martes%20Electtorales%20-%20Exposiciones/ee2011/ene_250111.pdf

4 https://portal.jne.gob.pe/portal_documentos/files/informacioninstitucional/escuelaelectoral/Martes%20Electtorales%20-%20Exposiciones/ee2011/ene_250111.pdf

democrático porque canalizan la voluntad popular que se manifiesta en las urnas.

Esto en teoría, pues los partidos políticos (regidos por normas y procedimientos que en el papel son casi perfectos) en la práctica están conformados por seres humanos de carne y hueso que tienen sus defectos y virtudes, y muchas veces –según se demuestra a la luz de hechos reales– incurrir en delitos que muchas veces no son ni siquiera sancionados por el Poder Judicial y que son denunciados por la prensa independiente.

Según las normas vigentes: “La actuación de los partidos debe darse dentro del marco constitucional, legal y democrático. Los partidos deben actuar con lealtad a la constitución y a la democracia”, pero esto muchas veces no es así, de allí la importancia del periodismo de investigación.

VII. ACCIONES NECESARIAS⁵

En este contexto inquietante e incierto, ¿qué se puede hacer para disminuir los riesgos para la democracia? Una prioridad clave es fomentar la vigilancia prodemocrática de los procesos políticos por parte de agrupaciones ciudadanas, medios de comunicación y el público en general.

79

En particular, las organizaciones de la sociedad civil que tienen como objetivo defender y fomentar la democracia deben aprovechar la oportunidad y canalizar la participación de jóvenes hacia una agenda democrática y a favor de la institucionalidad. Deben trabajar para fortalecer su capacidad organizativa para agregar demandas ciudadanas y coordinar diversas agendas ciudadanas. Además, la sociedad civil debe utilizar más intensamente las redes sociales como medio alternativo y complementario a la organización y movilización tradicional, ya que demostraron ser una herramienta exitosa para coordinar iniciativas dispersas y generar un mensaje unificado.

Los medios de comunicación privados de Perú también deben sumarse al reto ciudadano. Desde la transición democrática del 2000, las

5 <https://carnegieendowment.org/2021/02/17/es-pub-83797>

principales empresas y conglomerados mediáticos privados han asumido que los ciudadanos sólo quieren distraerse y han renunciado a su deber de proporcionar información política de alta calidad y de promover la deliberación pública. Las emisoras de radio y televisión pueden ser cruciales para la creación de espacios abiertos para la deliberación y, por lo tanto, ayudar a fomentar debates políticamente informados entre el público en general.

Un segundo gran desafío es encontrar formas de disminuir la brecha de representación entre los ciudadanos y las autoridades electas, canalizando el renovado interés de los jóvenes en la política –como lo demuestran las protestas– hacia una participación política más organizada. Esto podría oxigenar las organizaciones políticas existentes o crear otras nuevas. Romper el círculo vicioso de la despolitización de la sociedad y la vigencia de perspectivas anti políticas entre los ciudadanos es clave para fortalecer la democracia.

Una tercera prioridad es impulsar la agenda de reforma política pendiente durante el próximo proceso electoral, particularmente en lo que respecta a la regulación de las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo. Y, finalmente, dentro de la vasta agenda de fortalecimiento del Estado, será difícil pero crucial aprovechar el momento ciudadano a favor de la reforma política para impulsar una reforma liderada por civiles. La gran pregunta aquí, como en muchas de las otras áreas, es quién estará dispuesto y será políticamente capaz de hacerlo.

BIBLIOGRAFÍA

- Astudillo, D. (2021) Democracia y democratización en el Perú. Revista 100 días. Recuperado de: <https://www.revistaciendiascinep.com/home/democracia-y-democratizacion-en-el-peru/>
- Bobbio, N. (1994). El futuro de la democracia. Fondo de Cultura Económica.
- Chagua Córdova, J. A., & Dionisio Macha, D. L. (2021). Análisis de la Incompatibilidad de la Democracia en un Estado Constitucional de Derecho en el Perú. Tesis.

- Cincotta, H. (1999). La democracia, en síntesis. Chicago, Estados Unidos: Oficina e Programas de Información Internacional Departamento de Estado de Estados Unidos, en <http://usinfo.state.gov>
- Dahl, R. (1999). La democracia una guía para los ciudadanos. Taurus.
- Delhumeau, A. (1970). México: Realidad política de sus partidos. México D.F., México: Instituto Mexicano de Estudios Políticos.
- Fontenoy, C. F. (2012). El significado de la democracia. Panorama, 6(11), 165-175.
- Muñoz, P (2021) La democracia peruana en busca de representación. Carnegie Endowment for International Peace. Recuperado de: <https://carnegieendowment.org/2021/02/17/es-pub-83797>
- Sartori, G. (1987). Teoría de la Democracia: el debate contemporáneo. Patria.
- Zakaria, F. (1997). The rise of liberal Democracy. Universidad de Princeton en Foreign Affairs, Vol. 76, número 6.

Principios democráticos en un Estado Constitucional

Democratic principles in a Constitutional State

 IVÁN ALEXANDER VÁSQUEZ RAMOS*

Resumen

Este texto tiene como objetivo profundizar en los principios democráticos en el marco del Estado constitucional, analizando cómo estos principios son fundamentales para la protección de los derechos y las libertades individuales en una sociedad democrática. En particular, se abordarán los fundamentos de los principios democráticos, la relación entre democracia y Estado constitucional, los desafíos y amenazas que enfrentan ambos principios y la importancia de proteger y fortalecer la democracia en el marco del Estado constitucional. El autor espera proporcionar una comprensión más profunda de la importancia de los principios democráticos en la protección de los derechos y las libertades individuales en un Estado constitucional, y destacar la necesidad de seguir trabajando en la promoción y protección de estos principios fundamentales en nuestras sociedades modernas.

83

Palabras clave

Principios democráticos, participación ciudadana, derechos humanos, Estado Constitucional, instituciones del Estado.

Abstract

The purpose of this text is to deepen the understanding of democratic principles within the framework of the constitutional State, analyzing how these principles are fundamental for the protection of individual rights and

* Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Miembro del Programa Nacional de Enseñanza Legal para la Inclusión Social del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2021). Abogado principal del estudio jurídico Vásquez y asociados (2012), página web: vasquezlegal.wordpress.com

liberties a democratic society. It will address the foundations of democratic principles, the relationship between democracy and the constitutional state, the challenges and threats facing both principles and the importance of protecting and strengthening democracy within the framework of the constitutional state. The author hopes to provide a deeper understanding of the importance of democratic principles in the protection of individual rights and freedoms in a constitutional state and highlight the need to continue working on the promotion and protection of these fundamental principles in our modern societies.

Keywords

Democratic principles, citizen participation, human rights, Constitutional State, government institutions.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS. III. ESTADO CONSTITUCIONAL. IV. RELACIÓN ENTRE DEMOCRACIA Y ESTADO CONSTITUCIONAL. V. DESAFÍOS Y AMENAZAS A LA DEMOCRACIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

1. Contexto y relevancia del tema

La democracia es un concepto fundamental para la organización política de las sociedades modernas, y en un Estado constitucional se convierte en un principio clave que garantiza la protección de los derechos y las libertades individuales. En un mundo en constante cambio, donde la estabilidad política y la protección de los derechos fundamentales son fundamentales, la importancia de comprender los principios democráticos en el contexto del Estado constitucional nunca ha sido tan relevante.

En este contexto, este texto tiene como objetivo profundizar en los principios democráticos en el marco del Estado constitucional, analizando cómo estos principios son fundamentales para la protección de los derechos y las libertades individuales en una sociedad democrática. En particular, se abordarán los fundamentos de los principios democráticos, la relación entre democracia y Estado constitucional, los desafíos y amenazas que enfrentan ambos principios y la importancia de proteger y fortalecer la democracia en el marco del Estado constitucional.

Con este análisis, esperamos proporcionar una comprensión más profunda de la importancia de los principios democráticos en la protección de los derechos y las libertades individuales en un Estado constitucional, y destacar la necesidad de seguir trabajando en la promoción y protección de estos principios fundamentales en nuestras sociedades modernas.

II. PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS

1. Definición de democracia

85

La democracia es un sistema político en el que el poder reside en el pueblo, que ejerce su soberanía a través de la participación activa y libre en la toma de decisiones políticas y en la elección de sus representantes¹.

En un Estado democrático, se reconoce y protege el derecho de todos los ciudadanos a participar en la vida política, a expresar sus opiniones, a organizarse y a elegir libremente a sus representantes, con el objetivo de lograr un bien común en igualdad de condiciones. La democracia implica una separación de poderes y el respeto por las leyes y las instituciones, así como la protección de los derechos y las libertades individuales. En este sentido, la democracia se convierte en un principio fundamental en el marco de un Estado constitucional, que busca proteger y garantizar los derechos fundamentales de sus ciudadanos a través de la Constitución y las instituciones democráticas.

¹ Real Academia Española, s.f., definición 1.

2. Fundamentos de los principios democráticos

Los principios democráticos tienen su fundamento en la idea de que el poder político debe estar en manos del pueblo y en que todas las personas tienen igualdad de derechos y oportunidades para participar en la vida política y tomar decisiones que afectan a sus vidas². Estos principios se basan en tres fundamentos principales: la libertad, la igualdad y la fraternidad³.

La libertad es uno de los fundamentos esenciales de la democracia, ya que permite a las personas expresar sus opiniones y tomar decisiones sin coacción externa. La libertad individual es esencial para el ejercicio de los derechos políticos y para la toma de decisiones informadas y autónomas. En este sentido, la libertad se considera un valor intrínseco de la democracia, ya que permite a las personas tomar decisiones y expresar sus opiniones sin miedo a represalias.

La igualdad es otro fundamento clave de los principios democráticos. La democracia se basa en la idea de que todas las personas tienen los mismos derechos y oportunidades para participar en la vida política y tomar decisiones que afectan a sus vidas. En este sentido, la igualdad se convierte en un valor fundamental para la construcción de una sociedad justa y equitativa, donde todas las personas tienen acceso a los mismos derechos y oportunidades.

La fraternidad es el tercer fundamento de los principios democráticos y se basa en la idea de que todas las personas deben trabajar juntas en beneficio del bien común. La fraternidad se convierte en un valor esencial en la democracia porque permite la colaboración y el diálogo entre las personas con ideas y opiniones diferentes. La fraternidad se convierte en un valor clave para el fortalecimiento de la democracia y la construcción de una sociedad más justa e igualitaria.

- 2 Ver al respecto Instituto Interamericano De Derechos Humanos (IIDH), Estudios Básicos de Derechos Humanos I, San José, 1994; Camargo, Pedro Pablo, Derechos Humanos y democracia en América Latina: análisis comparativo, Bogotá, 1996; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos humanos y democracia representativa, Washington, 1965.
- 3 Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Centro de Asesoría y Promoción Electoral, Diccionario electoral. IIDH, San José, Costa Rica, 2000.

En suma, los fundamentos de los principios democráticos se basan en la libertad, la igualdad y la fraternidad, tres valores esenciales que, enfatizamos, permiten el desarrollo de una sociedad justa, equitativa y comprometida con el bien común. Estos valores fundamentales son esenciales en un Estado constitucional, ya que, recalamos, garantizan la protección de los derechos y las libertades individuales de las personas y permiten la construcción de una sociedad democrática y participativa.

3. Participación ciudadana en la democracia

La participación ciudadana es un elemento fundamental de la democracia, ya que permite a los ciudadanos involucrarse activamente en la toma de decisiones políticas y en la construcción de una sociedad más justa e igualitaria. En un Estado constitucional, la participación ciudadana se convierte en un principio clave, ya que garantiza la legitimidad y la transparencia en la toma de decisiones políticas y permite la construcción de una sociedad más inclusiva y democrática⁴.

La participación ciudadana puede adoptar muchas formas, desde la votación en elecciones hasta la organización y la participación en grupos y movimientos sociales. En el marco de un Estado constitucional, la participación ciudadana puede manifestarse a través de la presentación de iniciativas populares, la participación en audiencias públicas, la presentación de denuncias y la organización y participación en procesos de consulta ciudadana. Todas estas formas de participación ciudadana permiten que los ciudadanos tengan una voz en la toma de decisiones políticas y que sus opiniones e intereses sean tenidos en cuenta por las autoridades políticas.

En un Estado constitucional, la participación ciudadana también implica el respeto por los derechos y las libertades individuales de los ciudadanos, así como el acceso a la información y la transparencia en la toma de decisiones políticas. La participación ciudadana es esencial para el fortalecimiento de la democracia y para la construcción de una sociedad

4 Comisión Económica para América Latina y El Caribe. (2009). *Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública*. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Iberoamericana-de-Participacion-06-2009.pdf>.

más justa e igualitaria, ya que permite a los ciudadanos involucrarse activamente en la toma de decisiones políticas y en la construcción de una sociedad más inclusiva y democrática.

En síntesis, la participación ciudadana es un principio fundamental en el marco de un Estado constitucional, ya que garantiza la legitimidad y la transparencia en la toma de decisiones políticas y permite la construcción de una sociedad más inclusiva y democrática. La participación ciudadana es esencial para el fortalecimiento de la democracia y para la protección de los derechos y las libertades individuales de los ciudadanos, y se convierte en un elemento clave en la construcción de una sociedad más justa e igualitaria.

III. ESTADO CONSTITUCIONAL

1. Definición de Estado constitucional

Un Estado constitucional es una forma de organización política en la que la Constitución es la norma suprema que establece los principios, valores y derechos fundamentales que rigen la vida política, social y jurídica de un país. En un Estado constitucional, las instituciones del Estado y los ciudadanos están sujetos al imperio de la norma y las decisiones políticas se toman de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Constitución⁵.

5 Sobre el concepto (o mejor, sobre los conceptos) de Constitución la literatura es obviamente inmensa. Cfr. por ejemplo Crisafulli, V., "Costituzione", Enciclopedia del novecento, I, Roma, 1975; De Vergottini, G., "Costituzione", en Bobbio, N. y Matteucci, N. (eds.), Dizionario di politica, Turín, 1976, pp. 274 y ss. (hay traducción al castellano en la editorial Siglo XXI, de México); Burdeau, G., Traité de science politique, IV. Le statut du pouvoir dans l'état, París, 1983, cap. I; Bastid, P., L'idée de constitution, París, 1985; Modugno, F., "Il concetto di costituzione", Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati, I, Milán, 1977, pp. 199 y ss.; id., "Costituzione (teoria generale)", Enciclopedia giuridica, X, Roma, 1988; id., Appunti per una teoria generale del diritto, Turín, 1988, pp. 57 y ss.; Zagrebelsky, G., Società, stato, costituzione. Lezioni di dottrina dello stato, Turín, 1988, pp. 75 y ss.; Barberis, M., "Progetto per la voce 'costituzione' di una enciclopedia", Filosofia politica, 1991, pp. 351 y ss.; S. Bartole, "Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)", Digesto, IV ed. (Discipline pubblicistiche), VI, Turín, 1991; Comanducci, P., Assaggi di metaetica, Turín, 1992, pp. 155 y ss.; id., "Ordine o norma? Su alcuni concetti di costituzione nel Settecento", Studi in memoria di Giovanni Tarello, I. Saggi storici, Milán, 1990, pp. 173 y ss.; Guastini, R., Quindici lezioni di diritto costituzionale, II ed., Turín, 1992, pp. 9 y ss.;

El Estado constitucional es una forma de Estado democrático, ya que la Constitución es el resultado del proceso democrático de elaboración y aprobación por parte de los representantes elegidos por el pueblo. Además, la Constitución establece las bases para la participación ciudadana y la protección de los derechos fundamentales, garantizando que el poder político se ejerza de manera responsable y justa.

En un Estado constitucional, las instituciones del Estado están diseñadas para garantizar la separación de poderes y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. La Constitución establece los límites y responsabilidades de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y define los mecanismos para garantizar el control y la rendición de cuentas de los mismos.

En abreviación, el Estado constitucional es una forma de organización política en la que la Constitución es la norma suprema que establece los principios, valores y derechos fundamentales que rigen la vida política, social y jurídica de un país. Es una forma de Estado democrático que garantiza la separación de poderes y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

2. Elementos que conforman el Estado constitucional

El Estado constitucional es un modelo de organización política que se basa en la primacía de la Constitución como norma suprema y en la separación de poderes, con el objetivo de garantizar la protección de los derechos fundamentales y la democracia. Los elementos que conforman el Estado constitucional⁶ son:

- a) La Constitución: es el documento que establece los principios y valores fundamentales del Estado, así como los derechos y deberes de los ciudadanos. Es la norma suprema del ordenamiento jurídico

Floridia, G. G., "Qu'est-ce que... la constitution?", I viaggi di Erodoto, 18, 1992, pp. 48 y ss.; id., "Costituzione": il nome e le cose", Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica, 1994, pp. 131 y ss.; Dogliani, M., Introduzione al diritto costituzionale, Bologna, 1994, pp. 11 y ss.; Furet, F., Halévi, R., La monarchie républicaine, Paris, 1996, cap. I.

6 GARCÍA TOMA, Víctor. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima: Editorial Adrus, S.R.L. págs.162-170.

y tiene como objetivo garantizar la protección de los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de derecho.

- b) La separación de poderes: es el principio fundamental que establece la independencia y autonomía de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Cada poder tiene sus funciones específicas y está sujeto al control y equilibrio de los otros poderes, lo que garantiza la protección de los derechos fundamentales y la democracia.
- c) El Estado de derecho: es un principio fundamental que establece que todas las personas, incluyendo los gobernantes, están sujetas a la ley. En un Estado de derecho, la ley es la que rige el comportamiento de todos los actores políticos y sociales, y garantiza la protección de los derechos fundamentales y la democracia.
- d) Los derechos fundamentales: son aquellos derechos que son inherentes a la persona humana y que deben ser protegidos por el Estado. Estos derechos incluyen la libertad de expresión, el derecho a la privacidad, el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a un juicio justo, entre otros.
- e) La democracia: es un principio fundamental que establece que el poder político emana del pueblo y se ejerce a través de mecanismos democráticos como las elecciones, la participación ciudadana y la transparencia en la toma de decisiones políticas.
- f) El control y la rendición de cuentas: son elementos fundamentales del Estado constitucional que garantizan la transparencia y la responsabilidad de los actores políticos. El control se refiere a la capacidad de las instituciones y la sociedad civil para supervisar el desempeño de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, mientras que la rendición de cuentas se refiere a la obligación de los gobernantes de justificar sus acciones ante los ciudadanos.

En simplificación, los elementos que conforman el Estado constitucional son la Constitución, la separación de poderes, el Estado de derecho, los derechos fundamentales, la democracia y el control y la rendición de cuentas. Todos estos elementos son fundamentales para garantizar la protección de los derechos fundamentales y la democracia en un Estado constitucional.

3. Importancia de la Constitución en el Estado constitucional

La Constitución es un elemento fundamental en el Estado constitucional, ya que establece los principios y valores fundamentales del Estado, así como los derechos y deberes de los ciudadanos. Es la norma suprema del ordenamiento jurídico y tiene como objetivo garantizar la protección de los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de derecho⁷.

En un Estado constitucional, la Constitución es la ley fundamental que establece los límites al poder político y garantiza la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Además, la Constitución define la estructura del Estado y establece los poderes y competencias de cada una de las instituciones políticas, como el poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

La importancia de la Constitución en el Estado constitucional radica en que es la norma suprema que establece los límites al poder político y garantiza la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En este sentido, la Constitución se convierte en un instrumento fundamental para garantizar la democracia, ya que establece los mecanismos y procedimientos necesarios para la toma de decisiones políticas de manera transparente y participativa.

Además, la Constitución también es importante porque establece los mecanismos para la resolución de conflictos y la protección de los derechos fundamentales. En este sentido, la Constitución es la herramienta fundamental para garantizar la estabilidad política y social de un Estado.

En extracto, la Constitución es un elemento fundamental en el Estado constitucional, ya que establece los principios y valores fundamentales del Estado, así como los derechos y deberes de los ciudadanos. Es la norma suprema del ordenamiento jurídico y tiene como objetivo garantizar la

⁷ IDEA Internacional. (2011). *A Practical Guide to Constitution Building* [Una guía práctica para la elaboración constitucional] (Estocolmo: IDEA Internacional). <https://www.idea.int/publications/catalogue/practical-guide-constitution-building>, fecha de consulta: 22 de marzo de 2023.

protección de los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de derecho. La Constitución es la herramienta fundamental para garantizar la estabilidad política y social de un Estado.

IV. RELACIÓN ENTRE DEMOCRACIA Y ESTADO CONSTITUCIONAL

1. La Constitución como garante de la democracia

La Constitución es uno de los elementos más importantes en la garantía de la democracia en un Estado constitucional. La democracia se basa en la idea de que el poder político radica en el pueblo, y que las decisiones políticas deben ser tomadas de manera participativa y transparente⁸. La Constitución establece los principios y procedimientos necesarios para garantizar esta participación ciudadana en la toma de decisiones políticas.

92

En primer lugar, la Constitución establece los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluyendo el derecho a la libertad de expresión, el derecho al voto, el derecho a la asociación y el derecho a la protesta pacífica. Estos derechos son esenciales para garantizar la participación ciudadana en el proceso político y permiten a los ciudadanos expresar sus opiniones y hacer oír su voz.

Además, la Constitución establece los mecanismos para la elección de los representantes políticos, incluyendo las elecciones libres y periódicas y la posibilidad de referendos populares. La elección de representantes políticos es un aspecto esencial de la democracia, ya que permite a los ciudadanos elegir a aquellos que mejor representen sus intereses y visiones.

La Constitución también establece los procedimientos para la toma de decisiones políticas, incluyendo la separación de poderes y el sistema de control y equilibrio entre ellos. Esto garantiza que ningún poder político

8 Aguiar, Asdrúbal. (2012). *Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos Sobre La Democracia 1987-2012*. Observatorio Iberoamericano de la Democracia, pp. 18-20.

tenga un control absoluto sobre el proceso político y que se tomen las decisiones de manera equilibrada y justa.

Por último, la Constitución establece los mecanismos para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos y para la resolución de conflictos políticos. Esto permite garantizar la estabilidad política y social del Estado y evitar la violencia y la opresión.

En resumen, la Constitución es un elemento esencial en la garantía de la democracia en un Estado constitucional. Establece los derechos fundamentales de los ciudadanos, los mecanismos para la elección de representantes políticos, los procedimientos para la toma de decisiones políticas y los mecanismos para la protección de los derechos fundamentales y la resolución de conflictos políticos. La Constitución es un garante de la democracia, ya que establece los principios y procedimientos necesarios para garantizar la participación ciudadana en el proceso político y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

2. Separación de poderes y democracia

La separación de poderes es un principio fundamental de la democracia y es esencial para garantizar que los ciudadanos tengan una participación efectiva en la toma de decisiones políticas. En un Estado constitucional, la separación de poderes se refiere a la división de las funciones del Estado en tres poderes independientes: el poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial⁹.

El poder ejecutivo está encargado de la administración del Estado y es responsable de llevar a cabo las políticas públicas y las leyes aprobadas por el poder legislativo. El poder legislativo, por su parte, está encargado de la elaboración y aprobación de las leyes y tiene la responsabilidad de controlar las acciones del poder ejecutivo. Finalmente, el poder judicial es responsable de la aplicación de las leyes y de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

9 Renew Democracy Initiative. (s.f.). *Defining Democracy: Separación de Poderes*. <https://rdi.org/definiendo-la-democracia/separacion-de-poderes-2/>.

La separación de poderes es esencial en la democracia, ya que evita que una sola persona o grupo tenga un control absoluto sobre el Estado y garantiza que las decisiones políticas sean tomadas de manera equilibrada y justa. Además, permite que los ciudadanos tengan la posibilidad de controlar el poder político y asegura que se respeten los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En un Estado constitucional, la separación de poderes está garantizada por la Constitución y es responsabilidad de las diferentes ramas del poder asegurar que se respeten estos límites. Por ejemplo, el poder legislativo puede controlar las acciones del poder ejecutivo mediante el control político y la aprobación de leyes. El poder judicial, por su parte, tiene la capacidad de revisar las decisiones políticas y de anular aquellas que sean contrarias a la Constitución o a las leyes.

En abreviación, la separación de poderes es esencial en la democracia y es un elemento fundamental en el Estado constitucional. Garantiza que las decisiones políticas sean tomadas de manera equilibrada y justa y permite que los ciudadanos tengan una participación efectiva en el proceso político. La separación de poderes está garantizada por la Constitución y es responsabilidad de las diferentes ramas del poder asegurar que se respeten estos límites.

3. Derechos y libertades individuales en la democracia y el Estado constitucional

En la democracia y en el Estado constitucional, los derechos y libertades individuales son esenciales para garantizar la dignidad y la autonomía de cada persona y son una condición necesaria para el ejercicio efectivo de la ciudadanía. Estos derechos y libertades son reconocidos y protegidos por la Constitución y son una de las bases fundamentales de la democracia y del Estado de derecho¹⁰.

10 Organización de las Naciones Unidas. (s.f.). *Estado de derecho - Democracia y derechos humanos*. <https://www.ohchr.org/es/democracy/rule-law-democracy-and-human-rights>.

Los derechos individuales incluyen aquellos relacionados con la vida, la libertad, la propiedad, la igualdad, la privacidad, la libertad de expresión, la libertad religiosa, entre otros. Estos derechos tienen un carácter universal e inalienable, lo que significa que todas las personas tienen derecho a ellos y que no pueden ser cedidos o limitados por el Estado o por otros individuos.

Las libertades individuales, por otro lado, se refieren al derecho de las personas a actuar de manera autónoma y sin interferencias externas siempre y cuando no afecten a los derechos de otros individuos. Las libertades individuales incluyen la libertad de pensamiento, la libertad de expresión, la libertad de asociación, la libertad de circulación y la libertad de elección, entre otras.

En la democracia y en el Estado constitucional, estos derechos y libertades individuales son protegidos por el Estado a través de leyes, políticas y mecanismos institucionales que garantizan su pleno ejercicio y su protección ante posibles violaciones. Además, en muchos países, existen mecanismos de control y de protección de los derechos humanos, como los tribunales constitucionales y los órganos internacionales de supervisión, que garantizan que estos derechos sean respetados y protegidos en todo momento.

En suma, los derechos y libertades individuales son fundamentales en la democracia y en el Estado constitucional, ya que garantizan la autonomía, la dignidad y la igualdad de todos los ciudadanos. Es por ello que la protección y promoción de estos derechos es una responsabilidad esencial del Estado y un compromiso ético y político de todos los actores sociales en la construcción de una sociedad justa, libre y democrática.

V. DESAFÍOS Y AMENAZAS A LA DEMOCRACIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

1. Amenazas internas y externas a la democracia

En todo Estado constitucional, la democracia puede enfrentar amenazas tanto internas como externas que pueden poner en peligro sus

principios y fundamentos. Es importante conocer estas amenazas y estar atentos a ellas para poder proteger y fortalecer la democracia.

Entre las amenazas internas a la democracia¹¹, se encuentran la corrupción, la falta de transparencia y la debilidad institucional. La corrupción puede debilitar la confianza de los ciudadanos en el Estado y en sus instituciones, así como socavar la integridad del proceso electoral. La falta de transparencia y la opacidad en la gestión del Estado pueden generar desconfianza en los ciudadanos y fomentar la impunidad. La debilidad institucional, por su parte, puede generar una concentración de poder en manos de unos pocos y una falta de equilibrio entre los poderes del Estado, lo que puede amenazar la separación de poderes y el Estado de derecho.

Entre las amenazas externas a la democracia¹², se encuentran la influencia de actores extranjeros en los procesos electorales y la propagación de ideologías extremistas y autoritarias. La influencia de actores extranjeros puede manifestarse a través de la interferencia en los procesos electorales, la propaganda y la manipulación de la opinión pública. La propagación de ideologías extremistas y autoritarias puede fomentar la polarización y el extremismo político, lo que puede amenazar la estabilidad y la cohesión social.

Para hacer frente a estas amenazas, es fundamental fortalecer las instituciones democráticas, garantizar la transparencia y la rendición de cuentas, y fomentar la participación ciudadana. Además, es necesario que la comunidad internacional coopere y colabore en la defensa de la democracia y de sus principios fundamentales, mediante la promoción de la democracia, el fortalecimiento de las instituciones y la protección de los derechos humanos en todo el mundo.

En síntesis, las amenazas internas y externas a la democracia son una realidad a la que se enfrentan todos los Estados constitucionales. Es necesario estar alerta y trabajar de manera conjunta para proteger y

11 Mires, F. (2006). *Los diez peligros de la democracia en América Latina*. https://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S1012-25082006000100002&script=sci_arttext

12 Nueva Inglaterra. (04 de noviembre de 2022). *Cuáles son las complejas amenazas que enfrenta el sistema de votación en EEUU*. <https://www.telemundonuevainglaterra.com/noticias/decision/amenazas-sistema-votacion-estados-unidos-elecciones/2246405/>.

fortalecer la democracia y sus principios fundamentales, como la separación de poderes, la protección de los derechos humanos y la participación ciudadana.

2. La necesidad de proteger y fortalecer la democracia en el Estado constitucional

La democracia es un sistema político que se basa en la participación ciudadana, la libertad de expresión, la igualdad ante la ley y la protección de los derechos humanos. En un Estado constitucional, la democracia es un valor fundamental, y es necesario protegerla y fortalecerla para asegurar la estabilidad y el bienestar de la sociedad¹³.

Una de las razones por las que es importante proteger y fortalecer la democracia es porque garantiza que las decisiones que afectan a la sociedad sean tomadas de manera justa y equitativa. La democracia implica la participación ciudadana en la toma de decisiones, lo que significa que todos los ciudadanos tienen una voz y un voto en los asuntos que les afectan. Esto asegura que las decisiones sean tomadas de manera transparente y democrática, y que se tenga en cuenta la opinión de todos los ciudadanos, independientemente de su origen, género, raza, religión o cualquier otra característica.

Además, la democracia es fundamental para proteger los derechos humanos y las libertades individuales. En un Estado constitucional, la Constitución y las leyes establecen las garantías y los derechos de los ciudadanos, y el sistema democrático garantiza que estos derechos sean respetados y protegidos. Sin democracia, existe el riesgo de que los derechos y las libertades de los ciudadanos sean violados o ignorados, lo que puede dar lugar a la opresión y la discriminación.

También es importante proteger y fortalecer la democracia para garantizar la estabilidad y el progreso económico y social. La democracia promueve la innovación, la creatividad y la diversidad de opiniones, lo que

13 Lozano Bedoya, C.A. (2013). *¿Qué es el Estado social y democrático de derecho?* Imprenta Nacional de Colombia, págs. 16-20.

puede generar soluciones más efectivas y creativas a los desafíos sociales y económicos. Además, la democracia promueve la estabilidad política y la confianza en las instituciones, lo que puede fomentar la inversión y el crecimiento económico.

Sin embargo, la democracia también enfrenta amenazas internas y externas, como la corrupción, la polarización política, la falta de transparencia y la influencia extranjera en los procesos electorales. Por lo tanto, es importante proteger y fortalecer la democracia mediante la promoción de la transparencia, la rendición de cuentas, la participación ciudadana y el fortalecimiento de las instituciones democráticas.

En resumen, la democracia es fundamental para un Estado constitucional, ya que garantiza la participación ciudadana, protege los derechos humanos y las libertades individuales, y promueve la estabilidad y el progreso económico y social. Es importante proteger y fortalecer la democracia mediante la promoción de los principios democráticos y el fortalecimiento de las instituciones democráticas.

VI. CONCLUSIONES

■ Reflexión final sobre la importancia de los principios democráticos en el Estado constitucional

En conclusión, los principios democráticos son fundamentales en un Estado constitucional. La participación ciudadana, la separación de poderes, la protección de los derechos y libertades individuales, la existencia de una Constitución y la vigilancia constante para proteger y fortalecer la democracia son elementos clave que deben ser preservados y promovidos. Es importante reconocer que la democracia no es estática y enfrenta amenazas tanto internas como externas. Por lo tanto, es responsabilidad de todos los ciudadanos mantener y mejorar los valores democráticos para garantizar un Estado justo y equitativo que proteja los derechos de todos los ciudadanos. La democracia es un proceso continuo y evolutivo que requiere atención y compromiso constante para asegurar su supervivencia y prosperidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, Asdrúbal. (2012). *Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos Sobre La Democracia 1987-2012*. Observatorio Iberoamericano de la Democracia, págs. 18-20.
- Comisión Económica para América Latina y El Caribe. (2009). *Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública*. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Iberoamericana-de-Participacion-06-2009.pdf>.
- García Toma, Víctor. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima: Editorial ADRUS, S.R.L. págs.162-170.
- IDEA Internacional. (2011). *A Practical Guide to Constitution Building* [Una guía práctica para la elaboración constitucional] (Estocolmo: IDEA Internacional). <https://www.idea.int/publications/catalogue/practical-guide-constitution-building>, fecha de consulta: 22 de marzo de 2023.
- Lozano Bedoya, C. (2013). *¿Qué es el Estado social y democrático de derecho?* Imprenta Nacional de Colombia, págs. 16-20.
- Mires, F. (2006). *Los diez peligros de la democracia en América Latina*. Recuperado de: https://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S1012-25082006000100002&script=sci_arttext
- Organización de las Naciones Unidas. (s.f.). *Estado de derecho - Democracia y derechos humanos*. <https://www.ohchr.org/es/democracy/rule-law-democracy-and-human-rights>.
- Renew Democracy Initiative. (s.f.). *Defining Democracy: Separación de Poderes*. Recuperado de: <https://rdi.org/definiendo-la-democracia/separacion-de-poderes-2/>.

El Estado Constitucional como garantía de los derechos fundamentales y su papel en la consolidación de la democracia en el Perú

The constitutional state as guarantee of fundamental rights and its role in the consolidation of democracy in Peru

 LUIS MÁXIMO ROSADO HUAMÁN*

Resumen

El autor aborda la importancia del Estado Constitucional y la democracia en el Perú, haciendo énfasis a la necesidad de proteger y promover los derechos fundamentales. En este sentido, primero hace una descripción y análisis de los términos Constitución y Derechos, así como de las teorías en torno a estos. Luego, realiza un análisis de la relación entre el estado constitucional y los derechos fundamentales, para después establecer los mecanismos que existen para velar por el cumplimiento de estos últimos. Mas adelante, desarrolla el rol que cumplen los derechos fundamentales para la construcción y fortalecimiento del sistema democrático, y en esta línea, señala los desafíos que aún enfrenta la consolidación de la democracia en el Perú.

Palabras clave

Consolidación de la democracia, participación ciudadana, protección de los derechos fundamentales, principios constitucionales.

* Abogado con Maestría en Educación Superior de la Universidad Nacional del Centro del Perú.

Abstract

The author discusses the importance of the Constitutional State and democracy in Peru, emphasizing the need to protect and promote fundamental rights. In this sense, he first makes a description and analysis of the terms Constitution and Rights as well as the theories about them. Then, he makes an analysis of the relationship between the constitutional state and fundamental rights, to later establish the mechanisms that exist to ensure the fulfillment of the latter. Later, he develops the role that fundamental rights play in the construction and strengthening of the democratic system, and in this line, he points out the challenges that still face in the consolidation of democracy in Peru.

Keywords

Consolidation of democracy, citizen participation, protection of fundamental rights, constitutional principles.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. EL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. III. EL PAPEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA. IV. RETOS Y DESAFÍOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

En el Perú, la consolidación de la democracia se fundamenta en la protección y promoción de los derechos fundamentales. El Estado Constitucional es un marco legal crucial para garantizar la protección de los derechos humanos y la separación de poderes, lo que conduce a un sistema justo y equitativo para todos los ciudadanos. Sin embargo, a pesar de estos avances, aún existen desafíos en la implementación efectiva de estas garantías. La corrupción, la falta de independencia de poderes y la impunidad son problemas

que obstaculizan la consolidación de la democracia en el Perú. Por eso, es fundamental que el Estado, la sociedad civil y los ciudadanos trabajen juntos para superar estos desafíos y lograr una sociedad más justa e igualitaria. La participación activa y la vigilancia ciudadana son esenciales para garantizar el respeto y protección de los derechos humanos y la consolidación de la democracia. Es por eso que la promoción y protección de los derechos fundamentales en el Perú es una responsabilidad compartida entre el Estado y la sociedad en general. Juntos podemos trabajar para lograr un país más justo, equitativo y democrático para todos los peruanos.

II. EL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. La Constitución

El término “Constitución” tiene diversos significados en el lenguaje jurídico y político. Es común distinguir cuatro significados principales. En primer lugar, se utiliza para denotar todo ordenamiento político de tipo “liberal”. En segundo lugar, se refiere a un conjunto de normas jurídicas fundamentales que caracterizan e identifican todo ordenamiento. En tercer lugar, se utiliza simplemente para consultar un documento normativo con ese nombre o un nombre equivalente. Y en cuarto lugar, se refiere a un texto normativo con ciertas características “formales” y un régimen jurídico específico (Guastini, 2001).

En el ámbito del derecho, el término “Constitución” se refiere a un conjunto de normas fundamentales que identifican y caracterizan cualquier ordenamiento jurídico. Pero, ¿qué hace que una norma sea considerada fundamental? La respuesta es subjetiva y depende del punto de vista de cada persona. Algunas normas pueden regular la organización del Estado y el ejercicio del poder estatal, incluyendo la función legislativa, ejecutiva y jurisdiccional, así como la conformación de los órganos que ejercen esos poderes. Otras pueden regular las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, incluyendo los derechos de libertad. También hay normas que regulan la producción normativa, derivan poderes normativos, determinan las formas de formación de los órganos a los que esos poderes son conferidos y regulan los procedimientos de ejercicio de esos poderes. Además, están

las normas que expresan los valores y principios que informan todo el ordenamiento. Por ello, se puede afirmar que las normas fundamentales de cualquier ordenamiento incluyen aquellas que determinan la “forma de Estado”, la “forma de gobierno” y las que regulan la producción normativa. Cada Estado tiene su propia Constitución, ya sea liberal o iliberal, escrita o consuetudinaria, recogida en un único documento o no (Guastini, 2001).

Podemos decir que hay diferentes tipos de derechos constitucionales y no todos pueden ser considerados fundamentales en un sentido técnico. Para que un derecho sea fundamental, debe tener una protección reforzada y una supergarantía o garantía adicional que lo proteja aún más. En cada orden constitucional, se asignan diferentes niveles de protección a ciertos derechos, lo que significa que la característica de derecho fundamental puede variar dependiendo del derecho en cuestión y su grado de importancia dentro del orden social y político que establece la Constitución. Es importante señalar que, en la doctrina española, se considera fundamental que un derecho tenga reconocimiento en fuente constitucional para ser considerado como tal. No obstante, existen constituciones, como la italiana, que no aceptan la categoría jurídica de derechos fundamentales. Por lo tanto, el concepto de derechos fundamentales puede variar en función del ordenamiento constitucional de cada país. Además, existe una diferencia entre los derechos fundamentales y los derechos humanos, ya que algunos tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Perú se han incorporado a su Carta de Derechos, lo que significa que estos derechos son constitucionales por remisión incorporativa (Chinchilla, 2009). En el caso de los derechos que aún no han sido incorporados en la Constitución, la dogmática constitucional puede ser utilizada para argumentar a favor de su inclusión en base a principios y valores constitucionales, así como a los compromisos internacionales asumidos por el país. De esta manera, se puede fortalecer la protección de estos derechos y garantizar su reconocimiento y respeto efectivo en el marco constitucional y legal del país (Alexy, 2003).

2. Estado Constitucional

El Estado constitucional es un modelo político que se basa en la protección de las libertades individuales y colectivas. Su objetivo es crear un ambiente de libertad, orden y justicia social a través de la imparcialidad y

mediación entre el derecho y la moral. Para entender mejor este modelo, es necesario estudiar diferentes corrientes teóricas, como el neoconstitucionalismo, que surge como resultado de la necesidad de superar el derecho nazi y el surgimiento de los tribunales y cortes constitucionales. La jurisprudencia constitucional peruana es un ejemplo de cómo se protegen las libertades fundamentales. El Estado constitucional democrático busca consolidar una sociedad más justa y equitativa. Además, es importante destacar que el enfoque constitucional no solo es relevante en Perú, sino en todo el mundo. La protección y promoción de las libertades fundamentales y la justicia social son objetivos comunes de los Estados constitucionales democráticos. Sin embargo, el camino para alcanzar estos objetivos puede variar según el contexto histórico, político y social de cada país (Bechara, 2011).

Las constituciones democráticas modernas contienen dos tipos de normas: las que organizan los poderes del Estado y las que limitan y dirigen ese poder. Esta última categoría incluye los derechos fundamentales, que son de gran importancia en el marco jurídico vigente. Existen dos teorías básicas para la construcción de los derechos fundamentales: la “teoría de las reglas”, que considera que las normas que protegen los derechos fundamentales no se distinguen esencialmente de otras del sistema jurídico, y la “teoría de los principios”, que sostiene que las normas iusfundamentales no se agotan en proteger frente al Estado determinadas posiciones del ciudadano descritas en abstracto, sino que se insertan en un marco más amplio. En este sentido, los derechos fundamentales no solo limitan el poder del Estado, sino que también cumplen una función más amplia en la sociedad (Alexy, 2010).

3. El derecho

Los derechos son un conjunto de razones normativas que guían y justifican nuestra conducta y nos permiten criticar o censurar, exigir o demandar acciones u omisiones de otros, e imponer deberes o conferir facultades. El problema radica en definir qué clase de razones morales son los derechos. Una idea clave es que los derechos son finalidades políticas individualizadas, lo que nos permite distinguirlos de otros bienes o valores morales o políticos que no pueden ser distribuidos entre los individuos. Cuando decimos que algo es valioso, bueno o un bien, y que alguien tiene

derecho a reclamar, ejercer, disfrutar o poseerlo de manera individual o colectiva, estamos individualizando ese bien o valor. La idea de subjetivizar algo implica atribuir a un sujeto específico un deber o un derecho, lo que permite individualizar tanto deberes como derechos. La titularidad de los derechos surge como resultado de este proceso de individualización o distribución de bienes, valores, oportunidades, etc. (Parceró, 2001).

Por otro lado, los derechos humanos son una serie de obligaciones legales y jurídicas impuestas a los Estados para garantizar que toda la población tenga la posibilidad de vivir una vida digna, sin discriminación o limitaciones que les impidan desarrollarse plenamente, con bienestar y felicidad. Estos derechos forman parte de un esfuerzo para construir sociedades democráticas donde se respeten nuestros derechos y libertades fundamentales, que incluyen no solo el derecho a la vida, la participación política, la libertad de expresión y de pensamiento, la libertad religiosa, el derecho a no ser detenidos sin motivo, y el derecho a no ser torturados o maltratados por la autoridad, sino también las condiciones de vida en las que nos encontramos. Para vivir con dignidad, los seres humanos necesitamos además de un hogar, alimentos, ropa, educación, salud y empleo, entre otras necesidades básicas (Molina T. et al., 2008).

En ese sentido, los derechos fundamentales se definen por su importancia jurídica especial y por la protección reforzada que el ordenamiento jurídico les otorga. Esta protección puede ser invocada contra cualquier actuación de los órganos judiciales y administrativos, el poder legislativo e incluso el poder constituyente, y es muy superior a la que se otorga a otras situaciones de legítima prerrogativa individual. Es importante destacar que el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo un rastreo jurisprudencial que ha permitido la identificación de nuevos derechos fundamentales, que no estaban contemplados en la Constitución Política del Perú y en otras normas, lo que demuestra la necesidad de una revisión constante del marco legal para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales.

La teoría de los derechos fundamentales se enfoca en los derechos fundamentales reconocidos en una constitución específica, y se distingue de las teorías histórico-jurídicas y de las teorías teórico-jurídicas en términos de su enfoque y objeto de estudio. Sin embargo, también hay conexiones y posibles contribuciones entre estas diferentes teorías, y es importante

diferenciar adecuadamente cada una de ellas para comprender su relación. Además, una teoría sobre derechos fundamentales válidos puede beneficiarse de los conocimientos teórico-jurídicos y contribuir al desarrollo de la teoría general de los derechos fundamentales a través del análisis de su materia (Alexy, 1993).

En la Constitución Política del Perú, los derechos fundamentales se encuentran en el capítulo I (Congreso Constituyente Democrático, 1993), y se refieren a situaciones ventajosas que están respaldadas por un conjunto de garantías que fortalecen su eficacia y representan la máxima capacidad de reclamación moral en la vida de un Estado. Para que un derecho sea considerado fundamental, debe expresar un imperativo axiológico y constituir un asidero del orden político, además de tener una estructura normativa que permita su protección mediante los mecanismos del derecho positivo del país. La identificación de un derecho fundamental se basa en su fundamentación axiológica y su aptitud jurídica para la super-garantía, que actúa como límite y freno a favor de otros principios de organización estatal y en favor de una realidad que no puede ser forzada más allá de sus posibilidades (Chinchilla, 2009).

Los derechos fundamentales son la base del sistema jurídico y su plena protección es esencial para alcanzar un verdadero Estado Constitucional de Derecho. Para lograrlo, es necesario que la vigencia de estos derechos se extienda a todos los ámbitos del país como factores preponderantes. La protección de los derechos fundamentales es una tarea que compete a todas las autoridades, independientemente de su nivel jerárquico, y es responsabilidad de todos garantizar que se respeten y protejan en todo momento. (Rodríguez, 2009).

4. Estado Constitucional y derechos fundamentales

El Estado constitucional democrático se basa en la protección de las libertades individuales y colectivas como sus pilares fundamentales. En el proceso de garantizar estas libertades, se crean garantías fundamentales que establecen los paradigmas de un Estado que se rige por los principios de libertad, orden y justicia social. Estas garantías fundamentales son esenciales para la protección efectiva de los derechos y libertades de

los ciudadanos, y establecen límites y restricciones al poder del Estado en su capacidad para interferir con las libertades individuales y colectivas. En consecuencia, la protección de las libertades y garantías fundamentales es fundamental para el mantenimiento de un Estado constitucional democrático sólido y justo (Bechara, 2011).

Por otro lado, según Añón (2002), el Estado constitucional se define por la protección de la persona como valor. Los derechos fundamentales son la pieza fundamental del modelo de Estado constitucional y son considerados como límites o prohibiciones para el legislador, lo que significa que tienen un contenido constitucionalmente predeterminado y no pueden ser cercenados por el legislador, salvo habilitación expresa.

Los derechos fundamentales son garantías institucionales, normas objetivas del sistema jurídico y derechos subjetivos, y tienen una especial fuerza o resistencia jurídica frente a la acción de los poderes públicos. Sin embargo, no existen fronteras nítidas entre los derechos constitucionales y sus límites, y no es posible formular un catálogo taxativo de los supuestos de hecho y sus excepciones correspondientes a los enunciados de derechos constitucionales

108

Tal como se señaló líneas arriba, la relación entre el Estado Constitucional y los derechos fundamentales es estrecha e inseparable, ya que el Estado Constitucional se establece para proteger estos derechos y son considerados una limitación al poder del Estado. La función del Estado Constitucional es garantizar que los derechos fundamentales de las personas sean respetados y protegidos, incluso frente a posibles abusos del poder público. Por lo tanto, se puede concluir que el Estado Constitucional es una herramienta clave para la garantía de los derechos fundamentales de las personas y que ambos conceptos están intrínsecamente relacionados. Sin un Estado Constitucional fuerte y comprometido con la protección de los derechos fundamentales, la garantía de estos derechos estaría en peligro y la sociedad estaría expuesta a posibles abusos del poder estatal.

5. Estado derecho, democracia y derechos humanos

La democracia es uno de los valores y principios fundamentales de las Naciones Unidas, que incluye el respeto de los derechos humanos y

las libertades fundamentales, así como el principio de celebrar elecciones periódicas y genuinas mediante sufragio universal. Estos valores son fundamentales para la democracia y están consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece un conjunto de derechos políticos y libertades civiles que son esenciales para las democracias auténticas (Naciones Unidas, 2008). Por otro lado, los derechos económicos, sociales y culturales también son esenciales para la democracia, y están consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en otros instrumentos posteriores de derechos humanos. Estos derechos colectivos, como los de los pueblos indígenas, las minorías y las personas con discapacidad, son igualmente importantes, ya que garantizan una distribución más equitativa de la riqueza, así como la igualdad y la equidad en el acceso a los derechos civiles y políticos. En conjunto, estos valores y principios son fundamentales para el desarrollo y el mantenimiento de las democracias auténticas (Naciones Unidas, 2023).

6. Análisis de los mecanismos que ofrece el Estado Constitucional para garantizar y proteger los derechos fundamentales.

109

6.1. La constitución y su rol para garantizar y proteger los derechos fundamentales

La Constitución juega un papel fundamental en la protección y garantía de los derechos fundamentales, otorgándoles una posición preferente sobre otros intereses jurídicos que no tienen la misma jerarquía. Esto resulta clave para evitar que se restrinja o limite el contenido esencial de los derechos fundamentales, tal como lo establece la Constitución. Es importante destacar que, aunque los bienes jurídicos pueden ser utilizados para limitar los derechos fundamentales, estos no pueden ser desplazados por otros intereses jurídicos de menor rango (Guzmán, 2021).

6.2. La separación de poderes y su rol para garantizar y proteger los derechos fundamentales

El papel de la separación de poderes es fundamental para garantizar y proteger los derechos fundamentales, ya que el principio de separación

de poderes distribuye las funciones del Estado entre diversos detentadores de poder estatal que se influyen mutuamente. Esto impide comportamientos arbitrarios y permite controlar el poder político a través de los controles mutuos. Además, este principio puede manifestarse con diferentes intensidades en diferentes estados, lo que permite configurar distintos sistemas de gobierno y adaptarlos a las necesidades de cada sociedad. En definitiva, la separación de poderes es clave para asegurar la protección de los derechos fundamentales y garantizar el funcionamiento democrático de un Estado (Guzmán, 2021).

6.3. El control constitucional y su rol para garantizar y proteger los derechos fundamentales

El control constitucional es un pilar fundamental del Estado de Derecho y la democracia debido a su rol en la protección y garantía de los derechos fundamentales. Para lograr este objetivo, se utilizan diversas herramientas y órganos que se basan en la Constitución como parámetro de evaluación. Es importante mencionar que la interpretación amplia de los derechos fundamentales ha permitido que el control constitucional tenga un alcance más amplio, convirtiéndose en un mecanismo de control ordinario de la actividad administrativa, no solo limitado a los actos de los poderes públicos (Rodríguez, 2009).

III. EL PAPEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA

1. Importancia de los derechos fundamentales en la construcción y consolidación de un sistema democrático

La relación entre democracia y derechos humanos puede ser tensa en algunos aspectos, ya que en ocasiones la democracia y los derechos humanos pueden estar en desacuerdo. No obstante, desde la perspectiva del neoconstitucionalismo, los derechos humanos son una parte fundamental de todo régimen democrático y su contenido ético tiene una importancia superior a la elección democrática de los legisladores. Aunque los derechos humanos pueden poner límites a la democracia, esto no significa que

estén en contra de ella, ya que una verdadera democracia reconoce que la realización de los derechos humanos es esencial para su propia legitimidad y cumplimiento de los valores éticos y políticos (Villaseñor, 2015).

Muy a pesar de ello, los derechos fundamentales son esenciales en la construcción y consolidación de un sistema democrático, ya que son la base de la protección y garantía de la dignidad humana, la libertad y la igualdad. En este sentido, los derechos fundamentales aseguran la participación ciudadana en la toma de decisiones, el respeto a las minorías y la limitación del poder del Estado. Además, los derechos fundamentales tienen una dimensión colectiva, ya que protegen la igualdad de oportunidades y el acceso a los bienes y servicios públicos. En definitiva, los derechos fundamentales son la piedra angular de la democracia y su respeto es esencial para la construcción y consolidación de un sistema político justo y equitativo.

2. Análisis de cómo la garantía de los derechos fundamentales contribuye a una sociedad más justa y equitativa

111

La garantía de los derechos fundamentales es un pilar fundamental en la construcción de una sociedad justa y equitativa. Como se ha mencionado, estos derechos deben ser protegidos no solo en beneficio del individuo, sino también en consideración a su relevancia pública y su importancia para el sistema en su conjunto. Es importante tener en cuenta que la protección de estos derechos no solo depende del titular del derecho, sino también de los poderes públicos del Estado, que tienen la responsabilidad de velar por su contenido y garantizar su efectividad (Nikken, 2010).

En este sentido, la garantía de los derechos fundamentales se convierte en un tema crucial para alcanzar una sociedad más justa y equitativa. La protección de estos derechos no solo es una obligación jurídica, sino también ética y moral. Al garantizar estos derechos, se promueve la igualdad y la no discriminación, creando un ambiente de confianza y seguridad que permite a los individuos vivir con libertad y dignidad. Además, es importante tener en cuenta que la protección de los derechos fundamentales es un requisito indispensable para lograr una sociedad justa

y equitativa, donde todas las personas tengan las mismas oportunidades y se fomente la justicia social. Por tanto, la protección y promoción de los derechos fundamentales es una tarea de toda la sociedad, y es fundamental que todos asumamos nuestra responsabilidad en su salvaguarda (Molina T. et al., 2008).

Es relevante destacar los deberes de protección en la salvaguarda de los derechos fundamentales y cómo pueden ser llevados a cabo por los poderes públicos, tomando en cuenta las particularidades de cada caso. En algunos casos, la protección de un derecho puede desvincularse del poder de decisión del titular, como en la protección frente a uno mismo. Es importante enfatizar la importancia pública de los derechos y su protección no solo en beneficio individual, sino también en consideración a su valor para el sistema en su conjunto. No obstante, la “doble configuración” de los derechos fundamentales plantea la problemática de una posible pérdida de libertad de los individuos en manos de un Estado paternalista, por lo que es esencial vigilar para evitar una deriva totalitaria del derecho en nombre de los mismos derechos. En este sentido, es crucial analizar las particularidades de la estructura principal de los derechos fundamentales y sus relaciones en casos de colisión para garantizar una sociedad justa y equitativa (Mora Sifuentes, 2018).

3. Relación entre derechos fundamentales y la participación ciudadana y la transparencia en la gestión pública

La relación entre los derechos fundamentales y la participación ciudadana y la transparencia en la gestión pública es esencial para lograr una sociedad democrática y justa. La participación ciudadana es un derecho fundamental que permite a las personas ejercer su derecho a la libertad de expresión y a la toma de decisiones en los asuntos públicos. La transparencia en la gestión pública es fundamental para garantizar la rendición de cuentas y la responsabilidad de los funcionarios públicos, y permite a los ciudadanos tener acceso a la información y conocer cómo se están tomando las decisiones que les afectan. En conjunto, estos elementos contribuyen a una sociedad más justa y equitativa, en la que los ciudadanos tienen voz en la toma de decisiones y pueden exigir que sus derechos sean respetados.

La transparencia y el acceso a la información son elementos cruciales para asegurar la participación ciudadana y el desarrollo sostenible, ya que prácticas eficaces de acceso a la información son fundamentales para que las personas ejerzan su derecho de participación ciudadana y para crear un sistema democrático en el que los ciudadanos sean parte activa de la gestión de los asuntos públicos. Aunque hay un marco normativo, político e institucional que garantiza el acceso a la información pública y considera la participación ciudadana como un eje articulador de la gestión pública, es paradójico que exista un sistema que evade un compromiso real y una acción efectiva de transparencia. Por esta razón, los derechos de acceso a la información y participación ciudadana, junto con el derecho de acceso a la justicia ambiental, fueron reconocidos en 1992 en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo. La participación informada de todos los actores ambientales de una sociedad es esencial para enfrentar adecuadamente los retos de la sostenibilidad, especialmente sus dimensiones sociales. En línea con esto, el Perú y otros gobiernos de América Latina y el Caribe están negociando un Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe para fortalecer la democracia ambiental, la realización del derecho a vivir en un medio ambiente sano y sostenible y responder a la demanda de mayor igualdad, inclusión y participación ciudadana como un mecanismo de prevención y mitigación de la creciente conflictividad socioambiental en la región, lo cual es esencial para lograr una implementación efectiva de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) (Barragán, 2017).

IV. RETOS Y DESAFÍOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El Estado Constitucional peruano se enfrenta a importantes desafíos en la protección de los derechos fundamentales. Aunque existe un marco normativo que debería garantizar dicha protección, en la realidad se evidencia la coexistencia de un sistema que evade el compromiso real y una acción efectiva de transparencia, lo que limita la efectividad de dichas garantías.

1. Identificación de los principales desafíos que enfrenta el Estado Constitucional en la protección de los derechos fundamentales

En el Perú, se pueden identificar varios desafíos que enfrenta el Estado Constitucional en la protección de los derechos fundamentales, entre ellos destacan:

- **Debilidad institucional.-** La falta de competencia política está estrechamente relacionada con la falta de promoción del Estado de Derecho en el sistema político. El Estado de Derecho se compone de principios fundamentales como la igualdad ante la ley, la seguridad jurídica y la independencia de la justicia, los cuales están relacionados con los derechos políticos y las libertades civiles, elementos esenciales para una sociedad democrática. Sin embargo, la corrupción puede afectar negativamente estos principios y limitar la competencia política (Rodríguez, 2011). A pesar de que la Constitución Política del Perú establece mecanismos para proteger los derechos fundamentales, como el Tribunal Constitucional y la Defensoría del Pueblo, estas instituciones han enfrentado obstáculos que han limitado su capacidad de protección efectiva.
- **Corrupción.-** La corrupción es un problema muy preocupante para los peruanos, ya que afecta la legitimidad de las instituciones públicas. Una forma de medir su incidencia es a través del índice de percepción. De acuerdo al Barómetro de las Américas de **Latin American Public Opinion Project**, el 36% de la población peruana señala a la corrupción como el principal problema del país, por encima de otros temas como la economía, la seguridad y la inestabilidad política. Este resultado también fue registrado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática en el semestre octubre 2019 – marzo 2020, donde la corrupción se mantuvo como el principal problema del país con un 60.6%. En los informes previos de esta institución, se observa que desde el año 2017 hasta la actualidad, la corrupción se ubica por encima de la delincuencia como el principal problema del Perú. Por lo tanto, es crucial abordar este problema para fortalecer la confianza en las instituciones y en la democracia (IDEHPUCP PUCP, 2021).

- **Desigualdad social y económica.-** El Perú es un país con altos niveles de desigualdad en distintas dimensiones, incluyendo género, etnia y región. La concentración de la riqueza en pocas manos y la falta de esfuerzos del Estado para reducir la desigualdad son factores críticos que afectan la legitimidad de la democracia y generan una ciudadanía crítica. La percepción generalizada es que se gobierna en beneficio de grupos poderosos y que las grandes empresas tienen más poder que el Estado. La confianza en el Poder Judicial y el Congreso es extremadamente baja (Francke, 2023).

El Perú tuvo un progreso económico notable en las últimas dos décadas, mejorando diversos indicadores sociales. Sin embargo, la pandemia generó un retroceso en varios de estos frentes y evidenció las debilidades estructurales que obstaculizan el desarrollo económico del país, como la informalidad y las desigualdades de género en el mercado laboral. Aunque algunas respuestas del gobierno fueron acertadas, otras fueron cuestionables o dañinas, especialmente en el ámbito de la salud pública. Además, se requiere un sistema de protección social que brinde una cobertura adecuada a la mayoría de la población (Jaramillo, 2022).

- **Debilidad en la implementación de políticas públicas.-** El sistema de planeamiento del Gobierno no se conecta con las necesidades de la población, lo que resulta en planes ineficaces que no se alinean con el presupuesto público. Además, la estructura de organización y funciones de las entidades públicas es ineficaz y no está diseñada para cumplir sus objetivos de manera oportuna y responsable. La producción de bienes y servicios es inadecuada debido a la falta de recursos y capacidades, y la desarticulación entre los sistemas administrativos. Por otro lado, la articulación gubernamental es débil debido a la falta de mecanismos de coordinación efectivos entre las instituciones, lo que dificulta la descentralización nacional (Chanamé, 2017).
- **La situación de los pueblos indígenas al bicentenario de la independencia peruana.-** Es fundamental que en el Perú se realice una reflexión crítica sobre la situación de los pueblos indígenas, quienes han sido históricamente marginados y han sufrido los mayores

impactos de la inoperatividad del Estado durante la emergencia sanitaria. A pesar de los avances en la formulación de planes y políticas interculturales, es necesario promover su participación efectiva en la toma de decisiones y su derecho a la autodeterminación en el desarrollo económico, social y cultural. Para ello, el diálogo horizontal entre el Estado y los pueblos indígenas debe ser una herramienta esencial para armonizar propuestas y garantizar una buena gobernanza, evitando así conflictos y contribuyendo a la paz social en un país aún fracturado (Arévalo, 2021).

V. CONCLUSIONES

- La consolidación de la democracia en el Perú depende en gran medida de la protección y promoción de los derechos fundamentales por parte del Estado y su respeto por las instituciones democráticas. Para que la democracia sea sólida, se requiere la protección de los derechos humanos y la separación de poderes. Solo de esta manera se puede garantizar un sistema justo y equitativo para todos los ciudadanos, independientemente de su origen, género, religión o cualquier otra característica.
- Aunque el Estado Constitucional es un marco legal importante para la protección de los derechos fundamentales y la consolidación de la democracia, aún existen desafíos en la implementación efectiva de estas garantías. La corrupción, la falta de independencia de poderes y la impunidad son problemas que obstaculizan la consolidación de la democracia en el Perú. Por eso, es importante que el Estado, la sociedad civil y los ciudadanos trabajen juntos para superar estos desafíos y lograr una sociedad más justa e igualitaria.
- La promoción y protección de los derechos fundamentales en el Perú no es solo responsabilidad del Estado, sino también de la sociedad civil y los ciudadanos. La participación activa y la vigilancia ciudadana son esenciales para garantizar el respeto y protección de los derechos humanos y la consolidación de la democracia. Es necesario que la sociedad se involucre y trabaje en conjunto para lograr un país más justo y equitativo para todos los peruanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de estudios constitucionales.
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de principios*. Universidad externado de Colombia.
- Alexy, R. (2010). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *El Canon Neoconstitucional*, pp.106–116.
- Añón, J. M. (2002). *Derechos fundamentales y Estado Constitucional*. Universidad de Valencia.
- Arévalo, A. (2021). Desafíos y retos del Derecho a la llegada del Bicentenario. *Revista La Voz Jurídica*.
- Barragán, D. (2017, July 3). *Transparencia y participación ciudadana: derechos fundamentales para avanzar en la construcción del desarrollo sostenible | La iniciativa de acceso*. The Access Initiative. <https://accessinitiative.org/blog/transparencia-y-participacion-ciudadana-derechos-fundamentales-para-avanzar-en-la-construccion-del-desarrollo-sostenible/>
- Bechara, A. Z. (2011, December 5). Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy. *Saber, Ciencia y Libertad*, pp. 63–76.
- Chanamé, C. (2017). *4 deficiencias de la Gestión Pública en Perú que se deben resolver*. <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/4-deficiencias-de-la-gestion-publica-en-peru-que-se-deben-resolver>
- Chinchilla, T. (2009). *¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales?: Las nuevas líneas de la jurisprudencia*. Temis.
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú*.
- Francke, P. (2023). *Desigualdad y democracia*. IDEHPUCP PUCP. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/desigualdad-y-democracia/>

Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional* (M. Carbonell, Ed.; Primera). Doctrina jurídica contemporánea.

Guzmán, C. (2021). *La Constitución y su importancia como fuente de derecho*. <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/la-constitucion-y-su-importancia-como-fuente-de-derecho>

IDEHPUCP PUCP. (2021). *La percepción de la corrupción en el Perú en los últimos años*. IDEHPUCP PUCP. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/la-percepcion-de-la-corrupcion-en-el-peru-en-los-ultimos-anos/>

Jaramillo, M. (2022). *Políticas públicas, recuperación económica y debilidades estructurales. Desafío Perú*. Instituto Peruano de Economía. <https://www.ipe.org.pe/portal/politicas-publicas-recuperacion-economica-y-debilidades-estructurales-desafio-peru/>

Molina T., L. (Molina T., Inter-American Institute of Human Rights., Sweden. Styrelsen för internationellt utvecklingssamarbete., & Norway. Direktoratet for utviklingshjelp. (2008). *Campaña educativa sobre derechos humanos de las personas afrodescendientes : elementos básicos de derechos humanos: guía introductoria*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Mora Sifuentes, F. M. (2018). La influencia de los derechos fundamental en el ordenamiento: su dimensión objetiva. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 50(150), 1215–1258. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2017.150.11838>

Naciones Unidas. (2008). *La democracia y los derechos humanos*. www.ohchr.org.

Naciones Unidas. (2023). *Estado de derecho - Democracia y derechos humanos* | OHCHR. <https://www.ohchr.org/es/democracy/rule-law-democracy-and-human-rights>

Nikken, P. (2010). La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista IIDH*, pp. 55–140.

Parcero, J. A. C. (2001). *Derechos morales: concepto y relevancia*.

- Rodríguez, M. del R. (2009, January 11). Protección, reconocimiento y eficacia de los derechos fundamentales en las constituciones locales. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, pp. 217–234.
- Rodríguez, V. (2011). La debilidad institucional en el Perú: ¿la falta de competencia política limita el fortalecimiento institucional? *Quipukamayo*, 19.
- Villaseñor, I. (2015). La democracia y los derechos humanos: una relación compleja. In *Foro Internacional* (Vol. 222, Issue 4).

Derechos de participación ciudadana en el Perú: ¿es necesaria la reserva de escaños para su ejercicio pleno?

**Citizen participation rights in Peru:
is the reservation of seats an essential condition
for their full exercise?**

 ROBERTO CABRERA SUÁREZ*

Resumen

El presente artículo desarrolla la importancia de la inclusión y la participación ciudadana en los sistemas democráticos, en el contexto de la diversidad cultural y étnica del Perú. En este sentido, señala que la reserva de escaños para grupos étnicos minoritarios es un mecanismo adecuado para asegurar la igualdad de derechos y la participación ciudadana de los mismos. Para ello, el autor considera necesaria una reforma constitucional que garantice que los miembros de los pueblos indígenas tengan una representación proporcional y adecuada en las instancias de gobierno. Asimismo, considera que la autodeterminación de los pueblos no solo es un derecho fundamental, sino que aun esta pendiente su implementación para elaborar legislaciones más inclusivas.

121

Palabras clave

Democracia inclusiva, representación política, inclusión de minorías, derechos colectivos.

* Abogado, Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales por la Universidad Castilla - La Mancha, Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, Máster en Cultura Jurídica por la Universidad de Girona, Maestro en Gestión Pública y Doctor en Derecho.

Abstract

This article develops the importance of inclusion and citizen participation in democratic systems, in the context of Peru's cultural and ethnic diversity. In this sense, it points out that the reservation of seats for ethnic minority groups is an adequate mechanism to ensure their equal rights and citizen participation. To accomplish that, the author considers that a constitutional reform is necessary to ensure that members of indigenous peoples have a proportional and adequate representation in governmental bodies. Likewise, he considers that the self-determination of peoples is not only a fundamental right, but that its implementation is still pending in order to elaborate more inclusive legislation.

Keywords

Inclusive democracy, political representation, inclusion of minorities, collective rights.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. RESPECTO A LOS PROYECTOS DE LEY PLANTEADOS EN FAVOR DE ESCAÑOS RESERVADOS PARA COMUNIDADES INDÍGENAS EN EL PERÚ III. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL RESPECTO A LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA DE LAS COMUNIDADES MINORITARIAS. IV. SOBRE LA NECESIDAD DE ESTABLECER ESCAÑOS RESERVADOS EN FAVOR DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS. V. A MODO DE CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

La relación entre democracia y pluralismo cultural es un tema de gran importancia en la actualidad, especialmente en el contexto de sociedades cada vez más diversas. La cuestión se ha abordado desde diferentes enfoques, pero se ha planteado una tensión entre la idea de una democracia homogénea y la necesidad de reconocer la diversidad cultural para garantizar la igualdad de derechos de todos los ciudadanos, independientemente de su origen étnico o lingüístico.

En el caso de las transiciones democráticas en el África subsahariana y los levantamientos populares en el mundo árabe, se ha puesto de manifiesto la necesidad de construir democracias inclusivas, que reflejen la diversidad cultural de la sociedad y promuevan la participación ciudadana. En Iberoamérica, por su parte, la implementación de los catálogos de derechos en las cartas políticas ha sido una forma de reconocer la importancia de garantizar la igualdad de derechos a todos los ciudadanos, independientemente de su origen cultural.

Sin embargo, la tradición intelectual y científica occidental ha tendido a establecer la construcción de la nación como condición previa a la democracia, lo que puede llevar a la exclusión de grupos culturales minoritarios. Es por ello que resulta necesario replantearse esta noción de prerequisite y buscar nuevas formas de construir democracias inclusivas y plurales, que reconozcan la diversidad cultural y promuevan la igualdad de derechos de todos los ciudadanos.

Hay un interés global en fomentar la participación ciudadana en democracias tanto consolidadas como emergentes. En las últimas dos décadas se ha producido un avance en la aplicación de herramientas de democracia directa y deliberativa en todo el mundo. Smith G. (2009). No obstante, a raíz de diagnósticos que señalan la ineficacia de las estructuras existentes, se está llevando a cabo un debate activo acerca de si la implementación de más herramientas participativas realmente puede solucionar los problemas de déficit democrático.

Después de la creación del Comité de Expertos sobre Trabajo Indígena en la OIT en 1926, el enfoque de los temas laborales se fue ampliando gradualmente a otras áreas, como las preocupaciones ambientales, educativas y culturales, bajo el objetivo más amplio de promover la autonomía de los pueblos indígenas dentro de los estados-nación. Esta evolución de la perspectiva ha sido plasmada en varios acuerdos, entre los cuales destacan el Convenio 107 de la OIT de 1957, enfocado principalmente en los derechos indígenas a la tierra, y el Convenio 169 de la OIT de 1989, el cual reconoce la necesidad de la representación política de los pueblos indígenas en la toma de decisiones que les afectan directamente. Sohn, Louis B., et al. (1974).

En el caso de los países de América Latina, por ejemplo, la implementación de políticas de reconocimiento y valoración de la diversidad cultural ha sido una demanda histórica de los movimientos indígenas. Estos grupos han luchado por la inclusión de sus demandas y la promoción de políticas que reconozcan sus derechos y permitan la preservación de sus culturas y modos de vida.

En este sentido, la cuestión de la compatibilidad entre democracia y pluralismo cultural sigue siendo objeto de debate y reflexión en el ámbito académico y político. Es importante tener en cuenta que la democracia no es un modelo homogéneo y cerrado, sino que debe ser adaptada y transformada para dar respuesta a las necesidades y demandas de sociedades diversas y complejas.

La cuestión de la compatibilidad entre democracia y pluralismo cultural es relevante para aquellos países que tienen en su seno diversas identidades culturales que compiten por el poder político y la representación. En estos casos, es necesario preguntarse si es posible construir un sistema político democrático que garantice la participación y representación de todas las identidades culturales presentes.

En el Perú, esta discusión es especialmente relevante debido a la presencia de numerosas identidades culturales y étnicas, como los pueblos indígenas, que históricamente han sido excluidos del sistema político y han sufrido discriminación. En este contexto, los derechos de participación ciudadana y el ejercicio de los mismos adquieren una importancia crucial para garantizar una democracia inclusiva y representativa.

Uno de los mecanismos que en su momento buscó ser implementado en el Perú, para garantizar la participación y representación de los pueblos indígenas, es la reserva de escaños en el Congreso. Esta medida ha sido objeto de controversia y debate en distintos espacios, pero su objetivo es garantizar que estas identidades culturales tengan una voz en la toma de decisiones políticas y la construcción de políticas públicas que afectan sus intereses.

Conforme lo señala Htun M. (2016), en países como Bolivia y Ecuador, el movimiento indígena ha obtenido una significativa representación

en diversas instituciones estatales, como el ejecutivo nacional, la cámara de diputados, el senado y la asamblea constituyente. En Bolivia, en 2011, un cuarto de los diputados y un sexto de los senadores eran indígenas, lo que demuestra una presencia importante de este sector en la política del país. Por otro lado, en Ecuador, solo el 5% de los diputados eran indígenas en 2013, lo que refleja una menor representación política de esta población en el país. Este fenómeno enfatiza la necesidad de una inclusión más amplia de los pueblos indígenas en la política estatal para asegurar una representación equitativa y justa de los diferentes sectores de la sociedad en los poderes del Estado.

Coincidimos con Stoiber M. (2011), en el sentido de que la democracia tiene como objetivo garantizar la libertad individual y la igualdad, siendo la ampliación de la autodeterminación individual en el contexto de decisiones colectivas. Se trata de una idea impulsada por individuos que participan activamente en las decisiones que les conciernen.

Lijphart (1999) aborda el enfoque de inclusión de minorías en sociedades segmentadas, donde coexisten grupos distintos cuyas demandas están más orientadas a la separación que a la interdependencia. Su ideal normativo de la democracia de concordancia se basa en compartir el poder y la participación de todos los grupos relevantes. Para lograr esto, sugiere que los sistemas de mayorías calificadas deben reemplazar un sistema de voto por mayoría cuando el consenso social básico se ve afectado. Además, argumenta que la representación proporcional y las grandes coaliciones deberían complementarse con la autonomía o los derechos de veto, si las políticas son sensibles para algunos grupos étnicos.

En sociedades segmentadas, considera suficientes las mayorías calificadas, mientras que, para las minorías étnicas, defiende la idea de la autonomía y los derechos de veto. La idea de Lijphart de dimensiones de campos políticos (issue-dimensions) es útil para identificar líneas de conflictos ideológicos en sociedades segmentadas y aborda conflictos regionales entre el centro y la periferia de un país mediante la concesión de derechos de autonomía para la periferia.

Aunado a ello, Kymlicka (1995) sostiene que los derechos colectivos pueden ser concedidos a las minorías étnicas sin comprometer la

libertad individual, lo que está en línea con la concepción de democracia elegida. Su argumento se basa en los principios de igualdad y libertad, y se centra en la preservación de la cultura de los grupos minoritarios dentro del Estado. Kymlicka propone la representación especial de las minorías ante las presiones externas de los grupos mayoritarios y sugiere un sistema de votación proporcional con un umbral de representación bajo para mejorar la igualdad en el proceso político. Sin embargo, esta igualdad formal a menudo no es suficiente debido a las desventajas económicas que experimentan las minorías. Por lo tanto, Kymlicka defiende la representación minoritaria garantizada a través de un número fijo de escaños legislativos, con quien coincidimos.

II. RESPECTO A LOS PROYECTOS DE LEY PLANTEADOS EN FAVOR DE ESCAÑOS RESERVADOS PARA COMUNIDADES INDÍGENAS EN EL PERÚ

Desde que entró en vigencia nuestra actual carta política, en los últimos 30 años solo se han planteado dos iniciativas legislativas referidas a la posibilidad de que minorías étnicas puedan ser representadas ante el parlamento, conforme se puede apreciar a continuación:

126

Proyecto de Ley	Nombre	Estado	Texto propuesto
02965/2017-CR	Ley de reforma constitucional que crea dos escaños y el distrito electoral especial de los pueblos afroperuanos.	Se acumuló a los proyectos 1869, 2574, 2965, 3134, 3226, 3308, 3996, 4111, 4185, 4227, 4362, 4365, 4410, 4485, 4542, 4651, 4652, 4769, 4813, 4859, 5183, 5264, 5404, 5547, 5616, 5644, 6123, 6132, 6259, 6281, 6404, 6497	Artículo 90-B.- La Cámara de Senadores es elegida por un periodo de cinco (5) años, y cuenta con un número de sesenta (60) Senadores. Treinta senadores son elegidos en distrito electoral único, y treinta senadores son elegidos en distrito electoral múltiple. Para la elección de estos últimos, el territorio de la República se divide en 30 circunscripciones electorales, una por cada departamento, una por la provincia constitucional del Callao,

		del periodo parlamentario 2016-2021, que proponen la restitución de la bicameralidad en el parlamento peruano. Esta propuesta no logró obtener los 2/3 del número legal de congresistas, y pese a haber sido aprobada por el pleno del congreso, no ha sido sometida a referéndum por el temor de algunos grupos políticos a que no se apruebe en las urnas la propuesta principal, misma que consiste en el retorno a la bicameralidad.	una por Lima Provincias, una por los peruanos residentes en el extranjero, una por las comunidades campesinas, una por las comunidades nativas y una por las comunidades afrodescendientes.
05326/2015-C	Ley de reforma constitucional que crea cuatro escaños y el distrito electoral especial de los pueblos indígenas u originarios del Perú	No se elaboró dictamen por una Comisión del Congreso, al no haber sido asignado a una.	Artículo Único. Modificación del artículo 90 de la Constitución Política del Perú Modificase el artículo 90 de la Constitución Política del Perú, a fin de crear cuatro (04) escaños y el Distrito Electoral Especial de los Pueblos Indígenas u Originarios del Perú, quedando redactado en los siguientes términos: “Artículo 90.- [...] El número de congresistas es de ciento treinta y cuatro (134). El Congreso de la República se elige por un periodo de cinco años mediante un proceso electoral organizado conforme a ley. Los candidatos a la Presidencia de la República no pueden integrar la lista de candidatos a congresistas. Los candidatos a vicepresidentes pueden ser simultáneamente candidatos a una representación en el Congreso.

Conforme se puede apreciar, las propuestas legislativas destinadas a abordar la representación de las minorías étnicas no han logrado su materialización. Esto puede deberse a diversas razones, entre las que se incluyen la falta de consenso político, la falta de voluntad política, los intereses partidistas, la falta de sensibilidad hacia las necesidades de las minorías étnicas, y la falta de conciencia sobre la importancia de la representación equitativa y de calidad.

El interés político a menudo juega un papel importante en la materialización de propuestas legislativas. Cuando los políticos no ven un beneficio directo en la aprobación de medidas que aborden la representación de las minorías étnicas, es posible que no prioricen su avance.

Para los políticos, abordar la representación de las minorías étnicas puede no resultar atractivo debido a que, al ser comunidades minoritarias, no tendrían un gran número de votos que pudieran influir en la elección de candidatos. Además, los miembros de estas comunidades a menudo se encuentran lejos de los centros urbanos, lo que dificulta la ubicación de mesas de sufragio cercanas.

128

Estos factores estructurales, que son conocidos por los candidatos, pueden llevar a que eviten visitar o interactuar con estas comunidades durante sus campañas políticas. La falta de un gran número de votos potenciales, la lejanía geográfica y la dificultad en la logística para llegar a estas comunidades pueden influir en que los candidatos no prioricen la representación de las minorías étnicas en sus agendas políticas. Esto puede resultar en una falta de atención a las necesidades y demandas de estas comunidades en el proceso político.

III. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL RESPECTO A LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA DE LAS COMUNIDADES MINORITARIAS

Es importante destacar que la representación de las minorías étnicas es un tema crucial para la construcción de una sociedad inclusiva y justa, y la falta de avance en propuestas legislativas puede perpetuar la marginación y discriminación de estas comunidades. Es necesario trabajar en la concientización y sensibilización de los políticos y la sociedad en

general sobre la importancia de abordar la representación de las minorías étnicas de manera equitativa y garantizar una participación significativa en la toma de decisiones políticas.

El reconocimiento del pueblo indígena u originario, también conocido como comunidades campesinas y nativas, está establecido en la legislación nacional del Perú, específicamente en el artículo 89 de la Constitución Política. Según este artículo, el Estado Peruano tiene la obligación de reconocer y proteger la pluralidad étnica y cultural de la Nación, tal como se establece en el artículo 2 numeral 19 de la norma suprema.

Esto implica que el Estado tiene la responsabilidad de garantizar los derechos y la dignidad de las comunidades indígenas u originarias, así como de promover su participación activa y significativa en la toma de decisiones políticas que afecten sus intereses.

El reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación es un principio fundamental que busca asegurar la inclusión y la equidad de las comunidades indígenas en el marco legal y político del Perú. Es importante que el Estado cumpla con esta obligación y promueva activamente la participación y representación de las minorías étnicas en la vida política y social del país, garantizando así una sociedad más justa y equitativa para todos.

La participación activa de los pueblos indígenas en la política es un derecho fundamental reconocido a nivel internacional. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo 5, establece claramente que los pueblos indígenas tienen el derecho de conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales. Al mismo tiempo, también tienen el derecho de participar plenamente, si así lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Este reconocimiento implica que el Estado tiene la obligación de proteger y garantizar el ejercicio de este derecho por parte de los pueblos indígenas. Esto incluye la creación de mecanismos y condiciones que permitan una participación efectiva y significativa de las comunidades indígenas en la toma de decisiones políticas que los afecten. Esto implica la

promoción de espacios de diálogo, consulta y participación, así como la eliminación de barreras y obstáculos que impidan el pleno ejercicio de este derecho.

La participación política de los pueblos indígenas no solo es un derecho, sino que también es una oportunidad para enriquecer la democracia y garantizar una representación inclusiva y equitativa en los procesos de toma de decisiones. La diversidad étnica y cultural de un país es un activo que debe ser valorado y promovido en la construcción de políticas públicas y en la conformación de instituciones políticas y gubernamentales.

La protección y promoción de la participación política de los pueblos indígenas es esencial para asegurar una sociedad justa, equitativa y democrática en la que se respeten los derechos y la dignidad de todas las personas, sin importar su origen étnico o cultural.

Además, la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas religiosas y lingüísticas establece en su artículo 2, numeral 2.3, que las personas que formen parte de minorías tienen el derecho de participar activamente en la toma de decisiones a nivel nacional y, cuando sea aplicable, a nivel regional en lo que respecta a la minoría a la que pertenecen o a las regiones en las que residen, siempre que esto sea compatible con la legislación nacional.

Este principio reconocido en la Declaración subraya la importancia de asegurar la participación activa y efectiva de las personas pertenecientes a minorías en la toma de decisiones que afecten sus vidas y comunidades. Este derecho se extiende tanto a nivel nacional como a nivel regional, garantizando que las voces de las minorías sean escuchadas y tomadas en cuenta en la elaboración de políticas y decisiones que puedan tener un impacto directo en su bienestar.

La participación efectiva implica no solo tener la oportunidad de expresar opiniones, sino también ser parte integral del proceso de toma de decisiones, con capacidad real para influir en las políticas y acciones gubernamentales. Esto implica que las personas pertenecientes a minorías deben tener acceso a información relevante, recursos y mecanismos adecuados que les permitan participar de manera significativa y en igualdad de condiciones con otros sectores de la sociedad.

La Declaración destaca también la importancia de tener en cuenta las particularidades culturales, religiosas y lingüísticas de las minorías en el proceso de toma de decisiones. Esto implica reconocer y respetar su identidad y cosmovisión, y garantizar que sus formas de organización y participación sean respetadas y consideradas en el marco legal y político del país.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes establece en su artículo 3 que los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin enfrentar obstáculos ni discriminación. Este derecho incluye el derecho a ser elegido, el cual debe ser plenamente garantizado por el Estado, en cumplimiento no solo con la Constitución Política del Perú, sino también con la Convención Americana de Derechos Humanos, el Protocolo de Derechos Civiles y Políticos, y otras normas internacionales en materia de derechos humanos.

Es fundamental que los pueblos indígenas puedan ejercer plenamente su derecho a ser elegidos en igualdad de condiciones con otros ciudadanos, sin enfrentar discriminación o barreras injustas. Este derecho es reconocido por diversas normas internacionales de derechos humanos, y debe ser respetado y protegido por los Estados en coherencia con sus obligaciones internacionales.

131

La protección y garantía del derecho a ser elegido para los pueblos indígenas y tribales no solo es un mandato legal, sino también un paso importante hacia la inclusión y la participación efectiva en la toma de decisiones políticas y en la defensa de sus derechos. El Convenio 169 de la OIT es una herramienta relevante en este sentido, que busca promover y proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales en el ámbito internacional.

IV. SOBRE LA NECESIDAD DE ESTABLECER ESCAÑOS RESERVADOS EN FAVOR DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

En la actualidad, los pueblos indígenas u originarios tienen la posibilidad de participar en la elección de sus representantes en niveles

nacional, regional y local. Sin embargo, su derecho a ser elegidos no está plenamente asegurado, lo que hace necesario llevar a cabo una reforma constitucional que vaya más allá de simplemente equipararlos con los miembros de la población occidental. Es importante garantizar una participación efectiva y significativa de los miembros de los pueblos indígenas, mediante una igualdad diferenciada que tome en cuenta sus particularidades culturales y sociales.

En este sentido, la reforma constitucional debería asegurar que los miembros de los pueblos indígenas tengan una representación proporcional y adecuada en las instancias de gobierno, de manera que puedan ser elegidos y ocupar cargos de autoridad en igualdad de condiciones con otros ciudadanos. Esto implica no solo el derecho a votar en elecciones, sino también el derecho a ser elegidos como autoridades en sus propias comunidades, territorios y a nivel nacional.

Asimismo, es importante reconocer y respetar los sistemas de gobierno y formas de toma de decisiones propias de los pueblos indígenas, y asegurar su participación activa en la elaboración y aplicación de políticas y programas que los afecten. Esto implica la consulta y consentimiento previo de los pueblos indígenas en decisiones que afecten sus derechos, territorios y recursos

La inclusión de representación parlamentaria propia para los pueblos indígenas u originarios en el Congreso de la República no solo fortalecería el Estado Democrático, sino que también representa un acto de justicia y reparación histórica hacia estos pueblos que han sido excluidos y discriminados durante décadas.

Los pueblos indígenas son los primeros habitantes originarios del Perú y han enfrentado numerosos desafíos, como altos niveles de pobreza, desnutrición y falta de acceso a servicios básicos como educación, salud y saneamiento, lo que ha afectado significativamente su calidad de vida y la existencia misma de sus comunidades.

La presencia de representantes indígenas en el Congreso de la República permitiría que estas voces sean escuchadas y tomadas en cuenta en la toma de decisiones y en la elaboración de políticas públicas. Esto

contribuiría a asegurar que las necesidades, realidades y visiones de desarrollo de los pueblos indígenas sean consideradas en la agenda política, y se promueva una mayor equidad y justicia social.

Al mismo tiempo, la presencia de representantes indígenas en el Congreso también puede contribuir a la promoción y defensa de los derechos de los pueblos indígenas, así como a la elaboración de políticas y programas que aborden las desigualdades y vulnerabilidades que enfrentan estas comunidades. Esto puede incluir medidas para mejorar el acceso a servicios básicos, fortalecer la economía indígena, promover la participación y consulta de los pueblos indígenas en la toma de decisiones que los afecten, y garantizar el respeto a sus derechos territoriales y culturales.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) ha señalado que Perú cuenta con más de 85 pueblos indígenas, ocupando el tercer lugar en toda América Latina, después de Brasil y Colombia, representando aproximadamente el 24% de la población indígena en la región. Según datos del Ministerio de Cultura, el Viceministerio de Interculturalidad ha reconocido hasta la fecha 55 pueblos indígenas u originarios, con una población estimada de 1,693,310 habitantes, lo que representa una parte significativa de la población total del país.

133

Sin embargo, aún existen comunidades campesinas y nativas en Perú que no han sido reconocidas como pueblos indígenas, lo que representa una tarea pendiente del Estado. Es importante que se realice un compromiso serio para determinar con precisión y de acuerdo con el Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas la cantidad total de pueblos indígenas en el país. Hasta la fecha, solo se han reconocido 55 pueblos, lo que significa que aún hay acciones por desplegar para identificar y reconocer a más comunidades indígenas.

Es oportuno precisar, la relación de los pueblos indígenas y la región dónde se encuentra ubicado, conforme al cuadro siguiente:

N°	Pueblo Indígena	Regiones
1	Achuar	Loreto
2	Aimara	Puno, Moquegua, Tacna
3	Amahuaca	Madre de Dios, Ucayali
4	Arabela	Loreto
5	Ashaninka	Ayacucho, Cusco, Huánuco, Junín, Pasco, Ucayali
6	Asheninka	Pasco, Ucayali
7	Awajún	Amazonas, Cajamarca Loreto, San Martín, Ucayali
8	Bora	Loreto
9	Capanahua	Loreto
10	Cashinahua	Ucayali
11	Chamicuro	Loreto
12	Chapra	Loreto
13	Chitonahua	Ucayali
14	Ese eja	Madre de Dios
15	Harakbut	Cusco Madre de Dios
16	Lkitu	Loreto
17	Iñapari	Madre de Dios
18	Isconahua	Ucayali
19	Jaqaru	Lima
20	Jíbaro	Loreto
21	Kakataibo	Huánuco, Ucayali
22	Kakinte	Cusco, Junín
23	Kandozi	Loreto
24	Kichwa	Cusco, Loreto, Madre de Dios, San Martín
25	Kukama Kukamiria	Loreto, Ucayali
26	Madija	Ucayali
27	Majuna	Loreto
28	Marinahua	Madre de Dios

29	Mashco Piro	Madre de Dios, Ucayali
30	Mastanahua	Ucayali
31	Matsés	Loreto
32	Matsigenka	Cusco Madre de Dios, Ucayali
33	Muniche	Loreto
34	Murui-muinani	Loreto
35	Nahua	Ucayali
36	Nanti	Cusco
37	Nomatsigenga	Junín
38	Ocaina	Loreto
39	Omagua	Loreto
40	Quechuas	Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Junín, Lambayeque, Lima, Moquegua, Pasco, Puno
41	Resígaro	Loreto
42	Secoya	Loreto
43	Sharanahua	Ucayali
44	Shawi	Loreto, San Martín
45	Shipibo-konibo	Huánuco, Loreto, Madre de Dios, Ucayali
46	Shiwilu	Loreto
47	Tikuna	Loreto
48	Urarina	Loreto
49	Uro	Puno
50	Vacacocha	Loreto
51	Wampis	Amazonas, Loreto
52	Yagua	Loreto
53	Yaminahua	Ucayali
54	Yanesha	Huánuco, Junín, Pasco
55	Vine	Cusco, Loreto, Madre de Dios, Ucayali

Asimismo, se detalla la población estimada por pueblo indígena, conforme al cuadro siguiente:

N°	Pueblo Indígena	Lengua Indígena	Población estimada que vive en las comunidades	Población por lengua materna indígena CPV 2007	
1	Quechuas	Quechua	1,153,733	Quechua	3,360,331
2	Aimara	Aimara	121,873	Aimara	443,248
3	Ashaninka	Ashaninka	102,978	Ashaninka	67,724
4	Awajún	Awajún	62,460	Otra lengua	174,410
4	Awajún	Awajún	62,460	Considerando el dato de lenguas indígenas para quechuas y aimaras	
5	Kichwa	Kichwa	49,496		
6	Shipibo-konibo	Shipibo-konibo	31,244		
7	Shawi	Shawi	25,810		
8	Kukama kukamiria	Kukama kukamiria	20,313		
9	Yagua	Yagua	16,172		
10	Matsigenka	Matsigenka	13,118		
11	Achuar	Achuar	11,653		
12	Wampis	Wampis	10,237		
13	Asheninka	Ashaninka	9,005		
14	Nomatsigenga	Nomatsigenga	8,249		
15	Yanesha	Yanesha	7,795		
16	Tikuna	Tikuna	7,409		
17	Yine	Vine	6,600		
18	Urarina	Urarina	5,732		
19	Murui-muinani	Murui-muinani	5,621		
20	Harakbut	Harakbut	4,188		
21	Kakataibo	Kakataibo	2,613		
22	Kandozi	Kandozi-chapra	2,480		
23	Cashinahua	Cashinahua	2,419		
24	Matsés	Matsés	1,838		
25	Bora	Bora	1,195		
26	Chapra	Kandozi - chapra	1,090		

27	Secoya	Secoya	921	Considerando el dato de lenguas indígenas para quechuas y aimaras
28	Mashco Piro	Vine	750	
29	Kakinte	Kakinte	620	
30	Jaqaru	Jaqaru	604	
31	Capanahua	Capanahua	588	
32	Ese eja	Ese eja	588	
33	Ikitu	Lkitu	519	
34	Sharanahua	Sharanahua	486	
35	Madija	Madija	417	
36	Shiwilu	Shiwilu	384	
37	Yaminahua	Yaminahua	315	
38	Amahuaca	Amahuaca	301	
39	Nahua	Nahua	285	
40	Isconahua	Isconahua	240	
41	Majuna	Majuna	190	
42	Jíbaro	Achuar	168	
43	Chitonahua	Chitonahua	100	
44	Ocaina	Ocaina	97	
45	Nanti	Nanti	94	
46	Mastanahua	Mastanahua	79	
47	Arabela	Arabela	65	
48	Chamicuro	Chamicuro	63	
49	°magua	Omagua	50	
50	Resígaro	Resígaro	37	
51	Marinahua	Marinahua	20	
52	Muniche	Muniche	8	
53	Iñapari	Iñapari		
54	Uro	Uro (lengua extinta)		
55	Vacacocha	Awshira (lengua extinta)		
TOTAL			1,693,310	4,221,283

Fuente: Base de Datos de Pueblos Indígenas del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura

De acuerdo con la información previamente expuesta, es imperativo que los pueblos indígenas u originarios sean representados de manera efectiva y directa en el parlamento nacional, para asegurar la protección y garantía de sus derechos, así como para canalizar sus demandas a través de sus propios representantes indígenas u originarios.

De acuerdo con Stavenhagen, R. (2002), ha habido un “despertar indígena” consistente al aumento del poder político y la visibilidad de las comunidades originarias en américa latina. Este cambio se dio principalmente después de la elección de Evo Morales como el primer presidente indígena en 2005 en Bolivia, quien implementó políticas a favor de los pueblos indígenas y logró cambiar significativamente la política de dicho país. ¿No es momento entonces de apostar decididamente por una mejor representatividad de nuestras comunidades indígenas para fortalecer la consolidación de nuestro Estado Constitucional en el Perú?

La inclusión de representantes indígenas u originarios en el parlamento permitirá tener un conocimiento preciso de sus necesidades y demandas, en consonancia con su cosmovisión y formas de vida. Esto promoverá una interacción recíproca entre la sociedad occidental y los pueblos indígenas u originarios, en el marco de normas nacionales e internacionales que protejan sus derechos fundamentales.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

- La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Yatama Vs Nicaragua establece que el Estado tiene la responsabilidad de asegurar el pleno ejercicio de los derechos políticos, incluyendo a grupos sociales como las comunidades indígenas. La Corte sostiene que el Estado debe regular el ejercicio de estos derechos de manera acorde con los principios de igualdad y no discriminación, y adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio.
- Simplemente reconocer formalmente estos derechos no cumple con la obligación de garantizarlos, sino que se requiere que el Estado tome medidas concretas considerando la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran algunos sectores o grupos sociales.

- En consecuencia, el Estado Peruano tiene la obligación de implementar medidas necesarias para asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas u originarios. La creación de escaños y de un distrito electoral especial para estos pueblos es una medida que contribuye a este objetivo y está en línea con el Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas, el Derecho Comparado y las sentencias obligatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud del principio de convencionalidad.
- Esta discusión no es nueva. Los escaños reservados y las cuotas han sido fundamentales para garantizar que las castas y las tribus tengan voz en la India y que las minorías étnicas estén representadas en Croacia.
- Los acuerdos entre el Estado y los pueblos originarios constituyen una pieza crucial para legitimar la solidez del sistema democrático. Estos acuerdos para compartir el poder han demostrado ser clave para resolver las tensiones en países históricamente opuestos a los movimientos secesionistas. Si se introducen lo suficientemente pronto, pueden prevenir conflictos violentos cuando aumentan las tensiones.
- El reconocimiento de la diversidad etnocultural, especialmente de los grupos y minorías organizados políticamente activos y culturalmente diferenciados, fue visto como una severa amenaza a la unidad del Estado, desestabilizando la unidad política y social lograda tras las históricas luchas por la emancipación en América Latina. Aplicar políticas multiculturales no es fácil, y quienes se oponen a estas políticas critican las intervenciones multiculturales en muchos aspectos. Algunos creen que estas políticas socavan la construcción de un Estado-nación cohesivo con una identidad cultural homogénea, el proyecto político dominante del siglo XX.
- Otros críticos, a menudo liberales clásicos, argumentan que las distinciones grupales, como escaños reservados en los parlamentos para grupos étnicos o beneficios únicos para acceder a puestos de trabajo, contradicen los principios de igualdad individual. Legitimar estas

afirmaciones corre el riesgo de consolidar prácticas antidemocráticas en nombre de la “tradición” y la “autenticidad”.

- Debemos recordar que el elemento fundamental del Estado es la población, y la población está conformada por todas las personas que habitan nuestro territorio estatal. Así, la reconocida capacidad de todas las personas para tomar parte activa en las decisiones de autorregulación social a través del sistema democrático exige el consenso y el diálogo permanente entre iguales para contrarrestar las asimetrías de todo tipo.
- Oportunamente agregamos que la discusión de los escaños reservados también debe sujetarse, por ejemplo, a la regla de la paridad. El que los pueblos originarios tengan una representación específica dentro del debate parlamentario no es una elección parlamentaria, no es una elección política, pero es política en el sentido de desarrollar programas para competir políticamente.
- Supongamos que queremos que la legislación de nuestro país contribuya a la cohesión social, al desarrollo integral y al fortalecimiento de la cultura de la legalidad. En ese caso, la visión multicultural debe estar presente. Los pueblos indígenas no tienen una visión única sobre temas específicos; sí tienen una visión de cómo se ven a sí mismos como pueblos indígenas dentro del Estado nacional y cuál podría ser el aporte que harían al diseño político institucional de sus países. Lograr la legitimidad de nuestros Estados democráticos constitucionales es factible en la medida en que incluyamos al mayor número de personas en la toma de decisiones.
- El Estado debe garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en el ejercicio y distribución del poder, lo cual está señalado en muchos de los textos constitucionales vigentes. Sin embargo, debemos consolidar esos pronunciamientos y consagrar la participación de los pueblos indígenas en toda la organización estatal.
- La autodeterminación de los pueblos como derecho humano, sin duda, es una excelente reforma complementaria olvidada. Es una tarea pendiente ayudar a remediar el incumplimiento de este compromiso, permitiendo construir una legislación desde una perspectiva más inclusiva, participativa y multicultural.

Referencias bibliográficas

- Kymlicka, W. (1995). *Multicultural Citizenship*. Oxford University Press.
- Lijphart, A. (1999). *Patterns of Democracy*. New Haven: Yale UP.
- Htun, M. (2016). *Inclusion without representation in Latin America: Gender quotas and ethnic reservations*. Cambridge University Press.
- Smith, G. (2009). *Democratic Innovations: Designing Institutions for Citizen Participation (Theories of Institutional Design)*. Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511609848
- Sohn, L. B., Cumming, P. A., Deloria, S., Sitton, S. N., Willemsen-Diaz, A., Kershen, D. L., Nanda, V. P., & Strickland, R. J. (1974). The Rights of Indigenous Peoples: A Comparative Analysis. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 68, 265–301. <http://www.jstor.org/stable/25657838>
- Stavenhagen, R. (2002). Indigenous peoples and the state in Latin America: An ongoing debate. *Multiculturalism in Latin America: Indigenous rights, diversity and democracy*, 24-44.
- Stoiber, M. (2011). *Die Qualität von Demokratien im Vergleich*. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG.

Los partidos políticos y su influencia en el fortalecimiento del Estado constitucional

Political parties and their influence on the reinforcement of the Constitutional State

 RAÚL GUTIÉRREZ CANALES*

Resumen

Este trabajo analiza la importancia de los partidos políticos en el fortalecimiento del Estado constitucional y la democracia en América Latina. Se señala que la crisis de los partidos políticos y de la representación es un aspecto que debilita directamente al sistema democrático. Asimismo, se establece que los partidos políticos son el medio para la representación objetiva de las instituciones con legitimidad democrática. Por ello, el autor considera importante que los partidos adapten sus reglamentos y actividades a los valores que integra la Constitución. Para lograr ello, se propone revisar el papel que están desempeñando los partidos políticos y establecer mecanismos adecuados y razonables de control a sus acciones.

143

Palabras clave

Representación democrática, debilitamiento de la institucionalidad, valores constitucionales, control de partidos políticos.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor del Congreso de la República del Perú. Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor del Doctorado en Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola y de la Escuela de Posgrado de la UPC.

Abstract

This paper analyzes the importance of political parties in strengthening the constitutional state and democracy in Latin America. It points out that the crisis of political parties and representation is an aspect that directly weakens the democratic system. Likewise, it is established that political parties are the means for the objective representation of institutions with democratic legitimacy. Therefore, the author considers it is important that the parties adapt their regulations and activities to the values included in the Constitution. To achieve this, it is proposed to review the role being played by political parties and to establish adequate and reasonable control mechanisms for their actions.

Keywords

Democratic representation, weakening of institutions, constitutional values, control of political parties.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y SUEFECTO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL. III. LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y LA PERMANENCIA DEL PROCESO DEMOCRÁTICO. IV. EL INTERÉS PÚBLICO EN LA FUNCIONALIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. V. LA SOCIALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PARTIDARIA, LA TRANSPARENCIA Y EL CONTROL DE LA DEMOCRACIA INTERNA. VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos la democracia en América Latina se ve debilitada por una crisis de institucionalidad. Hay una manifiesta pérdida de confianza en este régimen político por parte de la ciudadanía que no es un asunto producto de una concreta coyuntura sino, más bien, de una larga data histórica de demandas sociales que los gobiernos no atienden

eficientemente. De este modo, la visión del ciudadano es la de identificar a gobernantes de partidos políticos que no resuelven los problemas y, que lejos de privilegiar el interés público, están sumergidos en cuestionamientos de todo orden; lo que provoca no solo un descontento pasajero de campaña electoral sino la desconfianza en el propio modelo democrático organizado, es decir, en el sistema político en sí mismo.

En tal sentido, es imperioso dirigir la mirada hacia los mecanismos idóneos que hagan frente a la problemática citada, los que tienen relación directa con el fortalecimiento de la institucionalidad en el Estado de derecho y en el régimen democrático constitucional. La crisis de los partidos políticos y de la representación es un asunto fundamental en el debilitamiento de la vigencia de la democracia y, por tanto, su estimación por parte de los gobiernos y las políticas públicas deberían configurar una temática prioritaria.

II. LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y SU EFECTO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

145

No cabe duda de que nos encontramos en medio de una crisis de la democracia representativa que, en palabras del profesor Manuel Alcántara, tiene su núcleo en el “deterioro del papel clásico de los partidos políticos que sufren una dramática pérdida de identidad y son capturados por parte de candidatos que priman proyectos de marcado carácter personalista”¹. Ciertamente, como consecuencia del desencuentro del rol de los partidos en la garantía de la democracia, surgen propuestas personalistas, contrarias a la institucionalidad, que plantean ataques al sistema político. Y así, ante la desazón ciudadana que no experimenta los beneficios de la democracia, logran captar adeptos o, en su caso, apoyos ante una situación de desesperanza donde nada puede ser peor o donde cualquier proposición de reforma radical justifica asumir el riesgo.

1 Alcántara Sáez, M. (2020). Los partidos y la fatiga de la democracia, especial referencia al caso de América Latina. En revista Derecho Electoral, N° 28, segundo semestre 2019, p. 11. Recuperado de https://www.tse.go.cr/revista/art/28/alcantara_saez.pdf

Por ello, no es coincidencia que la fragmentación partidaria ya se haya vuelto parte de la realidad. El problema no es que surjan nuevas organizaciones políticas (en buena hora que la oferta se diversifique), el problema es que muchas alternativas nacientes se basan en populismos o en liderazgos personalistas que debilitan los fines del régimen democrático. La democracia no puede avalar la destrucción de las instituciones ni retroceder en el avance de la garantía de los derechos fundamentales; menos validar el elemento base del constitucionalismo, que es la limitación del poder o el impedimento de la concentración del mismo. Estas contingencias tienen mayor repercusión en la región latinoamericana, considerando la presencia amplia de la forma presidencialista de gobierno.

La democracia no actúa por sí misma, son las personas o los actores competentes, quienes definen su ocurrencia, progresión, fortalecimiento o, también su debilitamiento. En tiempos contemporáneos ya no son los golpes militares de Estado o el uso de la violencia los que quiebran el orden democrático. Son los liderazgos formales los que banalizan la política e “institucionalizan” la precariedad de las condiciones para la eficacia del sistema democrático, condiciones que recaen negativamente en aspectos como la autorregulación, el control ciudadano o la transparencia en la gestión pública.

Esos liderazgos formales son lo que provienen precisamente de las alternativas que ofrecen los partidos políticos a la ciudadanía para que tenga operatividad la democracia representativa. Pero ¿cuál es la realidad que se ha convertido en una situación constante? La evidencia de una crisis de representación. Y ya no solo de una crisis de representación de las autoridades elegidas por votación popular, sino de una crisis de la democracia en sí misma, lo que, por supuesto, es una problemática que no se debería pasar por alto en ninguna circunstancia. La crisis de representación y de la democracia genera la presencia de discursos intolerantes, de propuestas autoritarias o de fomento de la división de la comunidad, que inevitablemente conducen a que propuestas radicales, demagógicas o antidemocráticas tengan respaldo de varios sectores de la población.

Una muestra del riesgo advertido es lo que el politólogo Fareed Zakaria denominó democracia iliberal a fines de la década de los noventa², precisamente, para identificar al fenómeno de aquellos gobiernos originariamente democráticos y generalmente muy populares, pero que, una vez en el cargo, menoscaban los derechos de las personas, el control entre los poderes y el propio Estado de derecho. Si bien en aquel momento este problema no era significativo, hoy la situación ha cambiado.

Existe una corriente antiliberal que se expresa en un discurso y gobiernos que no creen en el control del poder, en el Estado de derecho, en los límites a las mayorías, ni el pluralismo ni la alternancia de los mandatos. Y los casos ya no corresponden solo a presidentes con algunas de estas características, como fueron recientemente Donald Trump (EE.UU.) o Jair Bolsonaro (Brasil), sino que se extienden a gobernantes que cumplen de forma integral y con proyección con los elementos configuradores de una democracia iliberal. Son los casos europeos de Viktor Orbán en Hungría y Andrzej Duda en Polonia; y para situarnos en América Latina, somos testigos de la política de gobierno que desarrolla Nayib Bukele en El Salvador, quien cuenta, a casi cuatro años de gestión, con más del 90% de aprobación popular, habiéndose convertido en un paradigma de eficacia exportable, donde solo importan los resultados (en desmedro de la autonomía de los órganos jurisdiccionales o del atropello irrestricto de derechos) frente a innumerables problemas sociales que la democracia liberal no ha podido solucionar en la región.

Aun cuando se pueda alegar válidamente que habar de “democracia iliberal”, “democratura” (para evidenciar la existencia de dictaduras disfrazadas) o “regímenes híbridos de democracia” configura una distorsión de la democracia en su esencia plural; no se puede desconocer que hay una realidad sobre la cual se debe tomar posición. El ejercicio de la democracia directa debe contribuir a fortalecer la democracia y, en ningún supuesto, debería hacerla disfuncional o ponerle una careta que permita trasgredir sus atributos mínimos.

2 Zakaria, F. (1997). The rise of illiberal democracy. Foreign Affairs, Recuperado de <https://www.foreignaffairs.com/articles/1997-11-01/rise-illiberal-democracy>

Así las cosas, el mejor camino para tal fin es construir instituciones que hagan frente a cualquier alteración de la democracia y el Estado de Derecho; y, claro está, la institucionalidad se erige y consolida con el fomento del arraigo cultural. El arraigo cultural tiene que ver con la convocatoria de la población en la construcción del Estado constitucional y la ciudadanía comprometida y vigilante. Sin fomento de cultura constitucional y democrática, la dirección será una constante: la fragilidad de la democracia constitucional.

III. LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y LA PERMANENCIA DEL PROCESO DEMOCRÁTICO

En una democracia constitucional no se puede tolerar como afirmaciones válidas que “cada pueblo tiene los gobernantes que merece” o “que los electores se equivocan y votan mayoritariamente mal”, como si la culpa recayera exclusivamente en el ejercicio de un derecho político, como es el derecho de sufragio.

148

Si los electores únicamente pueden votar por las opciones que brindan los partidos políticos ¿no tendrán culpa también los partidos políticos? Si los partidos políticos reciben financiamiento público para garantizar que su desarrollo contribuya al fortalecimiento de la democracia ¿no tendrá culpa también la dirigencia de los partidos políticos que dispone de esos recursos? Si los partidos políticos tienen existencia y vigencia por la autorización del Estado ¿no tendrá culpa también el Estado? Si los partidos políticos incurren en reiteradas acciones de incumplimiento de la democracia interna en sus procedimientos ¿no tendrá también culpa el órgano estatal fiscalizador y garante de la democracia interna en los partidos políticos?

La garantía de los derechos políticos, dentro de los que se encuentra el sufragio, determinan de manera esencial el ejercicio de la ciudadanía. A través de su desarrollo la población legitima el poder y asume la responsabilidad de otorgar representación desde un enfoque del interés general. No es una representación con base en un mandato de naturaleza privada, sino es una representación de naturaleza política. Las autoridades elegidas no actúan en función de los intereses de los electores que votaron a su favor o de los intereses de los partidos que aprobaron sus candidaturas; la

representación es respecto de la nación, de la población en su conjunto. Sus decisiones afectan a todos y no solo a determinados grupos de interés.

Aun cuando el ejercicio del derecho de elegir y ser elegido es de titularidad individual, su práctica conlleva a la inevitable configuración de derechos de ejercicio colectivo, lo que responde al citado interés general que trasciende a cualquier interés particular, tanto del elector en su dimensión subjetiva como del candidato concreto.

Si bien existen sistemas como el mexicano, cuya Constitución reconoce que “el derecho de solicitar el registro de candidatos y candidatas ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos, así como a los ciudadanos y las ciudadanas que soliciten su registro de manera independiente” (artículo 35.II), no se autoriza las candidaturas incondicionales al margen del aval de un colectivo representativo de la población. De aquí, que exista la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales que regula los requisitos para las candidaturas independientes, exigiendo la firma de una cantidad de ciudadanos equivalente a porcentajes mínimos de la respectiva lista nominal de electores.

149

Pese a la citada permisión (de no requerir un partido político para postular), esta posibilidad actúa como una medida excepcional y está muy lejos de ser la regla. La totalidad de los países latinoamericanos tiene partidos políticos y son estos los que canalizan las candidaturas que han definido y definen a los representantes que la población elige. El hecho de que se pueda advertir una crisis de partidos políticos, en algunos países más que en otros, no quiere decir que estos estén condenados a su desaparición. En todo caso, la discusión puede obedecer a su evolución, involución, transformación, aparición de nuevas alternativas, rompimiento de bipartidismos, presencia de outsiders, entre otros; pero los partidos políticos, que no son solo los tradicionales, existen y son vitales para el mantenimiento del proceso democrático.

Los profesores Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, en “Cómo mueren las democracias”³, analizaron diversos casos (incluyendo América Lati-

3 Levitsky, S. & Ziblatt, D. (2018). *Cómo mueren las democracias* (traducción de Gemma Deza Guil). Barcelona: Ariel.

na), afirmando que no hay democracia que corra el riesgo de tener líderes populistas y autoritarios que la puedan destruir desde dentro (una vez en el poder). La solución, entonces, está en encontrar las medidas para enfrentar dicha amenaza. Esas medidas, que atienden a la tolerancia mutua y a la contención institucional, requieren de los partidos políticos, por ser el filtro central de las candidaturas. El sufragio de la población o la reacción ciudadana contra el autoritarismo no bastan, es indispensable que los partidos políticos aseguren limitar a aquellos líderes que expresen características antidemocráticas. Por ello, los autores concluyen que los partidos políticos se constituyen en defensores o guardianes medulares de la democracia.

Y es que la idea de que no hay democracia sin partidos políticos parece ser una realidad antes que una posición o una hipótesis aislada. El problema, en todo supuesto, es cuando esos partidos son precarios, adolecen de institucionalidad o promueven liderazgos antidemocráticos. Si esto ocurre, la problemática tiene carácter público, por su incidencia directa en el derecho de sufragio.

150

Como hemos referido antes, el derecho de sufragio reviste manifiesto interés público. Puede ser un derecho fundamental de titularidad individual, pero su ejercicio colectivo tiene impacto decisivo en la legitimidad de la democracia y del Estado mismo. Entonces, su eficacia adecuada, en un contexto de candidaturas verdaderamente democráticas, es un asunto de interés del Estado y de la sociedad.

A mayor abundamiento, la jurisprudencia interamericana precisa que “el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos (...)”⁴. De este modo, los partidos políticos cumplen un rol imprescindible en la garantía del derecho, pues a través de estos se debería garantizar, conjuntamente con los requisitos legales de elegibilidad, una oferta de candidatos idóneos, con sólidos valores constitucionales y democráticos; esto, claro está, independientemente de la ideología o la línea política con la que convengan.

4 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 6 de agosto de 2008. Caso Castañeda Gutman contra los Estados Unidos Mexicanos, párrafo 143.

Igualmente, el derecho de sufragio, ya sea en su variante de elegir o de ser elegido, como señala el profesor Alberto Dalla “atiende a la formación de la voluntad de los órganos del Estado mediante la elección de sus titulares y a la construcción de mecanismos de representación ciudadana, mediante la intermediación de partidos políticos, todo lo cual es indefectible para la vida de un Estado democrático”⁵.

IV. EL INTERÉS PÚBLICO EN LA FUNCIONALIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Los partidos políticos son actores centrales y efectivos para la formación y manifestación de la voluntad popular. No son simples asociaciones representativas de intereses particulares, hay un interés público que se les debe exigir. Si bien los partidos políticos en su generalidad son personas jurídicas de derecho privado, cumplen una función constitucional pública, que no solo se expresa en asuntos principistas como su contribución al afianzamiento de la democracia, sino también en hechos objetivos, como el financiamiento público por parte del Estado. Es decir, con recursos de la nación se financia sustantivamente la vigencia de los partidos con representación política.

151

Ciertamente, el financiamiento directo (otorgamiento de dinero a los partidos) o indirecto (exenciones tributarias, espacios en medios de comunicación, uso de bienes inmuebles públicos, etc.) son la regla en América Latina. No ha sido un asunto original ni de larga data en la totalidad de la región, pero sí es una muestra del avance en la regulación de los partidos políticos, considerando su importancia para la democracia y la necesidad de institucionalizar condiciones de equidad, así como evitar la presencia de fuentes privadas de origen ilícito. Todos los países de la región han previsto en sus regulaciones mecanismos de financiamiento público de los partidos, lo que implica que se destine a ellos parte del presupuesto público.

5 Dalla Vía, A. (2012). Derechos políticos, normativa electoral y equidad en los procesos electorales. En *Cuadernos de Capel 57, Construyendo las condiciones de equidad en los procesos electorales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 27-28.

Entonces, si los partidos políticos definen la representación objetiva de las instituciones con legitimidad democrática (decisión de la mayoría de la población) y, a la vez, reciben parte del presupuesto público porque su vigencia y continuidad son un asunto de interés público ¿serán indispensables para la forja de la cultura jurídica constitucional? Indiscutiblemente, sí. La ampliación de la democracia, el aumento gradual de la complejidad de los procesos electorales y la introducción de la corrupción y los conflictos de intereses en los partidos, hace necesario que el Estado ponga especial atención a este sector.

Dicho propósito tiene relevancia particular en el caso latinoamericano, pues la problemática de la corrupción no se reduce a la esfera estatal de los partidos y de las representaciones, sino que abarca, con casos como el de la empresa brasilera Odebrecht, una dimensión transnacional. El caso mencionado es una evidencia de la necesidad del uso de la diplomacia estatal en el más alto nivel para asegurar una red de corrupción transfronteriza. Argentina, Colombia, Panamá, México, Venezuela, República Dominicana, Uruguay, Nicaragua o Perú fueron parte del entramado de corrupción de Odebrecht, mediante sobornos, relaciones de cohecho, tráfico de influencias o lavado de activos. Precisamente, Perú es una muestra clara de lo anotado, pues la red de corrupción integró a presidentes, ministros de Estado, gobernadores, alcaldes y candidatos presidenciales. Cuatro de los últimos mandatarios peruanos⁶ estuvieron acusados en el caso, siendo, incluso, que uno de ellos (Alan García) se suicidó antes de ejecutarse una orden judicial de detención.

Cuando la corrupción tiene expresión en los representantes elegidos por votación popular, tiene mayor efecto pernicioso sobre el régimen democrático. Y esta situación no solo comprende a las autoridades que han

6 Los expresidentes de Perú comprometidos con el caso Odebrecht fueron Alejandro Toledo (2001-2006), Alan García (2006-2011), Ollanta Humala (2011-2016) y Pedro Pablo Kuczynski (2016-2018). Debe recordarse que en diciembre de 2016 el Departamento de Justicia de Estados Unidos hizo público el caso de corrupción acerca de la empresa brasilera Odebrecht, que poseía inversiones en algunos Estados del sur del país. Se impulsó a la empresa una multa de 3,500 millones de dólares por sobornos de aproximadamente 788 millones de dólares en distintos países de Latinoamérica. Desde entonces, como era de esperarse, cada país inició las respectivas investigaciones e implementó el trámite de los correspondientes procesos fiscales y judiciales, causando un notorio revuelo mediático por encontrarse inmersos en las investigaciones miembros de las élites política y empresarial.

traicionado el encargo de administrar con probidad la cosa pública, sino también, de modo inevitable, al partido político que permitió su postulación.

Es el partido político el primer responsable en avalar y promover a las futuras autoridades en el marco de una responsabilidad pública dirigida al fortalecimiento del régimen democrático. Si el candidato elegido navega en el delito con su entorno partidario y si esta situación se repite en el tiempo (independientemente del partido que gobierne), el pasivo político no solo lo asume la agrupación partidaria, sino, lamentablemente, el modelo democrático organizado en base a las instituciones partidarias. No estamos hablando de un desgaste natural del partido de gobierno, estamos hablando de un desgaste de la institución partidaria a partir de la desconfianza de la población en un régimen democrático que desvirtúa en la práctica una representación gubernamental legítima.

En tal sentido, entre otros elementos que atender, es indispensable analizar medidas como el financiamiento público de los partidos y el respectivo monitoreo del cumplimiento de su finalidad. El financiamiento público de los partidos políticos debe enmarcarse en la idea de que la democracia cuesta, con lo que debe quedar claro que la distribución de los recursos es para el fortalecimiento de la democracia y no para intereses particulares. Por ello, el financiamiento regularmente no se dirige a las campañas electorales ni a los períodos en que estas se llevan a cabo.

153

En efecto, el financiamiento es para procurar la actividad permanente de los partidos, mediante el trabajo de concientización ciudadana respecto de la importancia de su involucramiento con la actividad política. A través del financiamiento se asegura la continuidad de la pluralidad política en las instituciones del régimen democrático. Es decir, mediante el financiamiento se permite que los partidos políticos cumplan una función esencial de pedagogía con repercusión en la formación de la ciudadanía.

V. LA SOCIALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PARTIDARIA, LA TRANSPARENCIA Y EL CONTROL DE LA DEMOCRACIA INTERNA

La actividad de los partidos políticos no se resume en su desenvolvimiento y procedimientos internos, sino que abarca, fundamentalmente,

su socialización. Los partidos tienen existencia en la medida en que logren más simpatizantes y ciudadanos interesados en sus propuestas. Pero, para que esto tenga operatividad, es inevitable que realicen sus actividades con la participación de los ciudadanos, generando mecanismos e incentivos que resulten atractivos para la población.

Pensar en que su actividad solo se produce en la etapa preelectoral es contradecir su función social en el ámbito del fortalecimiento de la democracia. La democracia no es pasajera o condicionada a una etapa electoral; todo lo contrario, es permanente y ascendente; y trasciende a cualquier período electoral. Más aun, todo período electoral se debería legitimar en la actividad permanente previa que cumplieron los partidos, haciendo uso debido de los recursos públicos.

Por ello, no solo es imprescindible que los Estados implementen efectivos mecanismos de fiscalización periódica del uso adecuado de los recursos del financiamiento público, sino que, además, se generen mecanismos de control que aseguren que los partidos en sus estatutos y procedimientos prioricen los valores democráticos en el marco constitucional.

Es inaplazable que los partidos adapten sus reglamentos y actividades a los valores que integra la Constitución en campos como la democracia representativa y constitucional, la relación entre los partidos y la formación de la ciudadanía, la limitación del poder, la vigencia de los derechos fundamentales, la pluralidad, la inclusión social, entre otros.

Dicha adaptación implica tener dirigentes partidarios idóneos con suficiente conciencia del contenido e importancia del fomento de la cultura jurídica constitucional, como una política estatal transversal que tiene como aliados indiscutibles a los partidos políticos. Entonces, será pertinente que el órgano estatal encargado de la inscripción o de la fiscalización de los partidos, en el marco de sus competencias, realice trabajos de capacitación y evaluación permanentes a las dirigencias partidarias a fin de que estas puedan dar cuenta de los logros alcanzados y de la respectiva proyección en materia de difusión de contenidos de la Constitución y sus valores.

También es indispensable que se fiscalice el efectivo ejercicio de la democracia interna en los partidos y se impulse una política de transparencia en el desarrollo de sus actividades. Es importante que los partidos

trabajen para construir democracia y ciudadanía, pero esto no puede desvincularse de la premisa de que se debe actuar con el ejemplo. Si en su acción interior los partidos solo favorecen a las decisiones de las cúpulas y no permiten la renovación de sus cuadros o la implementación de medidas efectivas de alternancia, pluralidad, libertad e igualdad en la participación de sus militantes, difícilmente se podrán ver cambios palpables.

Por eso, la funcionalidad de los partidos políticos en el marco constitucional y legal no debe quedar fuera del control estatal. No convalidamos que el Estado sea quien dicte la organización y los estatutos partidarios, pero tampoco puede actuar al margen de sus responsabilidades, en tanto dichos asuntos deben guardar conformidad con el modelo democrático y sus valores.

Que los partidos cumplan una función de interés social y sus actividades sean financiadas con el presupuesto de todos los ciudadanos, conlleva necesariamente a que el Estado ejerza una labor más activa de control y fiscalización. La aprobación de sus estatutos y la verificación de su cumplimiento regular, el establecimiento de centros de formación que eviten la posterior improvisación o la imposición de sanciones, son aspectos que no pueden quedar al margen del deber estatal, pues, finalmente, el irregular desempeño de los partidos afecta la vitalidad del régimen democrático.

Si las autoridades una vez en el poder no resuelven los problemas de la sociedad y crean sus propios problemas en terrenos infértiles de confrontación político-partidaria (como suele suceder), los partidos políticos tienen notoria responsabilidad. Entonces, la crisis de representación no es un problema menor, ya que debilita la democracia, y en este escenario los partidos políticos tienen indudable participación dentro de las causas del problema que, en todo supuesto, es una situación que se debe corregir.

El profesor Saúl Mandujano señala que en Latinoamérica es común que los partidos, el Parlamento y los políticos reciban bajas valoraciones en detrimento de la representación política, lo que es grave, pues el sistema democrático se sustenta, precisamente, en los tres elementos descritos⁷.

7 Mandujano Rubio, S. (2004). Obsolescencia o crisis de la representación política en un sistema de partidos. En: *Derecho Constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Miguel Carbonell (coordinador). 1era edición. Ciudad

En tal supuesto, es inexcusable revisar el papel que están desempeñando los partidos políticos, pues son ellos los que permiten las candidaturas e impulsan los liderazgos políticos. La necesidad de renovar los esfuerzos para reducir la desconfianza en los actores vitales de la democracia representativa también pasa por imponer mecanismos adecuados y razonables de control a las acciones de los partidos políticos, “debe revisarse la labor de los partidos políticos y candidatos, debiendo meditar seriamente sobre la limitación de una autonomía excesiva. Legitimar un régimen implica la participación y aceptación de la ciudadanía”⁸.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

- El Estado constitucional requiere condiciones mínimas para tener practicidad, una de ellas es, precisamente, contar con un sistema de partidos políticos armonioso y efectivo con los fines constitucionales de la democracia representativa. Si bien tal condición responde a un proceso de fortalecimiento, los gobiernos deben entender, considerando los riesgos a la democracia en el actual contexto latinoamericano, que se debe colocar este asunto como política pública prioritaria que asegure su sostenibilidad.
- Los partidos políticos juegan un papel relevante, siempre que contribuyan a una democracia funcional y no agoten su configuración en ser meras maquinarias electorales. Por ello, serán necesarias reformas y medidas para asegurar que desde los partidos (hacia adentro y hacia afuera) se cumpla de forma permanente con el fomento de los valores democráticos y constitucionales. Dentro de tales acciones el Estado deberá tener un papel de control más activo, porque del cumplimiento del fin social de los partidos, depende en gran parte el cumplimiento de la tarea mayor de robustecer el modelo democrático.

de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 992.

8 (Mandujano, 2004, pp. 992-993).

BIBLIOGRAFÍA

- Alcántara Sáez, M. (2020). Los partidos y la fatiga de la democracia, especial referencia al caso de América Latina. En revista Derecho Electoral, N° 28, segundo semestre 2019, p. 11. Recuperado de https://www.tse.go.cr/revista/art/28/alcantara_saez.pdf
- Dalla Vía, A. (2012). Derechos políticos, normativa electoral y equidad en los procesos electorales. En Cuadernos de Capel 57, Construyendo las condiciones de equidad en los procesos electorales
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 6 de agosto de 2008. Caso Castañeda Gutman contra los Estados Unidos Mexicanos.
- Levitsky, S. & Ziblatt, D. (2018). Cómo mueren las democracias (traducción de Gemma Deza Guil). Barcelona: Ariel.
- Zakaria, F. (1997). The rise of illiberal democracy. Foreign Affairs. Recuperado de <https://www.foreignaffairs.com/articles/1997-11-01/rise-illiberal-democracy>

Relación entre democracia, Constitución y vigencia de derechos fundamentales de la persona en el Estado peruano

The relation between democracy, Constitution and enforcement of fundamental rights in the Peruvian State

 DORIS CAJINCHO YÁÑEZ*

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo determinar una relación entre la Constitución, los derechos de la persona y la democracia. Para ello, analiza los orígenes de los derechos humanos los cuales generaron de forma paralela el surgimiento de la democracia. Luego se prosigue a revisar el concepto de democracia y cómo se vincula con el contenido constitucional. Asimismo, se señalan los principios que son fundamento del sistema democrático moderno. Finalmente, se establece la relación existente entre el ejercicio de la democracia y los derechos fundamentales.

159

Palabras clave

Derechos fundamentales, principios democráticos, régimen democrático, Estado Constitucional.

* Abogada con Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la UNMSM. Docente de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho y CC.PP. en la Universidad Peruana “Los Andes” (Huancayo).

Abstract

This article aims to identify the link between the Constitution, the rights of the human person, and democracy. For this matter, it analyzes the origins of human rights, which in parallel generated the emergence of democracy. It then goes on to review the concept of democracy and how it is linked to constitutional content. Likewise, the principles that are the foundation of the modern democratic system are pointed out. Finally, the relationship between the exercise of democracy and fundamental rights is established.

Keywords

Fundamental rights, democratic principles, democratic regime, Constitutional State.

Sumario

160

I. INTRODUCCIÓN. II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. III. DEMOCRACIA COMO FENÓMENO HISTÓRICO. IV. DEMOCRACIA Y SU CERCANIA AL CONTENIDO CONSTITUCIONAL. V. PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN EL EJERCICIO DE LA DEMOCRACIA. VI. EJERCICIO DE DEMOCRACIA Y SU ESTRECHA VINCULACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En este punto introductorio esbozaré brevemente el motivo de mi interés en el presente tema, que surgió a razón de tener el privilegio de escuchar al maestro Diego Valadés Ríos en el XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, realizado en la ciudad de Arequipa en setiembre del año próximo pasado, en el cual el jurista realizó un análisis de nuestra democracia, que en estos últimos tiempos se había apreciado desde distintas esferas a raíz de los diversos conflictos políticos que el Perú venía atravesando. En dicha disertación, el profesor Valadés realizó un análisis

sobre democracia compartiendo lo planteado por el maestro Jorge Carpi-
zo, quien señalara que en estos tiempo todo sistema político democrático
constitucional gira en torno a la defensa de los derechos fundamentales,
por tanto, es necesario realizar determinadas reformas sin desvincularse de
los derechos fundamentales, para así lograr una efectiva participación de
cada uno de los órganos en la organización política de un Estado; referen-
cias que realiza el profesor reconociendo la gran influencia que ha genera-
do en él y en Jorge Carpizo el gran maestro Héctor Fix-Zamudio, destacan-
do así su cercanía a las ideas del profesor Jorge Carpizo; ideas postuladas
por estos maestros que me atrevo a compartir íntegramente, ya que en la
actualidad vivimos en una plena vigencia de derechos fundamentales de
la persona humana y una transversalización del Derecho Constitucional en
las distintas disciplinas jurídicas. Por tanto, la democracia y los órganos
de poder no podrían marchar aislados de la defensa de los derechos de la
persona.

En esa línea de ideas, replicando lo establecido por el constitucio-
nalista Lucas Verdú¹, quien señala que la “democracia es un régimen po-
lítico que institucionaliza la participación de todo el pueblo, en la orga-
nización y ejercicio del poder político mediante la intercomunicación y
diálogo permanentes entre gobernantes y gobernados y el respeto de los
derechos y libertades fundamentales dentro de una estructura socioeconó-
mica”, se concibe a la democracia como un proceso dinámico mas no está-
tico, revistiéndose de una concepción progresiva y evolutiva, y en mérito
a ello, genera una posición integral que presenta tres formas: **i)** política-
jurídica, **ii)** de vida; y, **iii)** de liberación del hombre, expuestos con mayor
detenimiento en su momento²; extremos planteados que se comparten, es-
tando a que la democracia surge a raíz de la existencia de las libertades de
la persona en sus diversas manifestaciones. Al respecto, el maestro Bidart
Campos³ establece que la democracia es un estilo de vida, una política
favorable al hombre y a su libertad, vinculando por tanto a la democracia
con las libertades atribuidas a los hombres, en un marco de derechos fun-
damentales; delimitaciones que estamos postulando en el presente trabajo.

1 Lucas Verdú, P. (1976). *Curso de derecho político*. Tecnos.

2 Domínguez Haro, H. (2008). *El derecho a la democracia*. Grijley.

3 Bidart Campos, G. (1972). *Derecho Político*. Editorial Aguilar.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desde tiempos inmemoriales el ser humano está “condenado” a vivir en un mundo de reglas o normas de conductas, que inicialmente surgen como reglas morales para posteriormente generar la aparición de normas jurídicas (variedad de normas)⁴ o normas constitucionales (principios y valores), ya que el Derecho es como el aire, que se encuentran en todas partes⁵; evidenciándose una relación estrecha de la democracia con el Derecho y la Constitución como ley fundamental. La presencia de la Constitución al momento de describir literalmente las libertades de la persona genera una relación estrecha con el constitucionalismo y, por ende, con la democracia.

En ese sentido, la democracia adquiere realidad solo cuando es institucionalizada y formalizada mediante un instrumento máximo que se denomina Constitución⁶; y es en ese momento cuando los derechos (libertades) se positivizan en la carta magna, que surge también la democracia; y, probablemente la Constitución está llamada a compartir el “punto fundamental” de la democracia⁷; relación estrecha de Derecho – Constitución que origina la presencia de la democracia.

Por tanto, estando al constitucionalismo contemporáneo y al proceso de constitucionalización del Derecho⁸, en el que ubicamos los derechos y la separación del poder, sujeto a la reconstrucción de una teoría y práctica democrática, que se origina en el artículo 16º de la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789, que establece: “Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes carece de constitución”; se describe y evidencia de esa manera esa relación estrecha entre democracia y Constitución que se originó del constitucionalismo clásico y liberal.

4 Bobbio, N. (1999). *Teoría general del Derecho*. Temis.

5 Nino, C.S. (2012). *Introducción al análisis del Derecho*. Astrea.

6 García Belaunde, D. (1982). ¿Constitucionalismo democrático o democracia constitucional? *Anuario Jurídico*. Universidad Nacional Autónoma de México.

7 García Jaramillo, L. (2014). *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*. Grijley.

8 Favoreau, L. (2000). *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del Derecho*. Instituto de Estudios Constitucionales.

Estas orientaciones teóricas han originado un Derecho Constitucional de doble connotación: **i)** derecho de la persona; y, **ii)** derecho de organización basada en la dignidad humana⁹. Entendiendo a la democracia como el “derecho a tener y ejercer derechos”, siendo el punto central el ser humano y sus derechos, y no el Estado, aclarando que no es que se está relegando a la estructura de Estado sino más bien que es un cambio de estructura, en el cual los derechos de la persona humana adquieren un papel protagónico en estos tiempos; convirtiéndose un punto de atención el ciudadano y sus derechos, por una ciudadanía democrática, participativa, activa, responsable, multicultural e intercultural¹⁰. Por lo vertido líneas antes, se concluye que a través de este breve trabajo lo que se pretende es determinar una relación estrecha entre la Constitución, los derechos de la persona humana y la democracia.

III. DEMOCRACIA COMO FENÓMENO HISTÓRICO

En este espacio analizaremos brevemente el origen de los derechos humanos que a su vez ha generado el surgimiento de la democracia; por ello analizaremos el origen de los derechos desde dos vertientes: **i) filosófico o teórico**: en este contexto los derechos humanos encuentran su fundamento en el pensamiento de la Ilustración; autores como Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu, nos ofrecen abundantes argumentos en defensa de la dignidad humana frente a la lógica del Estado absolutista que se había venido construyendo desde la Edad Media¹¹ mediante la cual se ejercía la delegación de poder a un monarca; y su acercamiento al tema de los derechos tiene fuertes matices iusnaturalistas, lo cual no pudo haberse originado de otra manera, ya que cuando tales autores escriben sus muy importantes obras, eran escasas o muy débiles las normas jurídicas que regulaban derechos de la persona. En ese tiempo, los discursos planteados por estos autores contenían un fundamento racional o religioso pero no jurídico, ya que dichas ideologías eran medios para generar en los súbditos (gobernados) aceptación de los mandatos de los gobernantes; convirtiendo

9 Asdrubal Aguilar, L. (2014). *El derecho a la democracia*. Editorial Jurídica Venezolana.

10 Rubio Carracero, J. (2007). *Teoría crítica de la ciudadanía democrática*. Trotta.

11 Carbonell, M. (2011). *Una historia de los derechos fundamentales*. Universidad Nacional Autónoma de México.

por tanto a estas fuentes ideológicas en herramientas para hacer; y, **ii) normativo o jurídico**: este se genera producto del Estado constitucional, en los últimos años del siglo XVIII, aspectos que se evidenciaron en Francia y Estados Unidos¹²; generándose tres documentos jurídicos relevantes como la: **i)** Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776), **ii)** Constitución de los Estados Unidos y sus primeras enmiendas (1787-1791)¹³; y, **iii)** Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). De lo planteado, realizando un marco comparativo entre estas dos vertientes descritas, se concluye que el Estado constitucional surge en mérito a los excesos, sobre todo del ejercicio de poder que ejercía el Estado absolutista, originándose dos propósitos básicos, así se tiene que en el artículo 16° de la Declaración de los Derechos del Hombre y el ciudadano prescribe la división del poder y la protección de los derechos humanos, presentándose durante el desarrollo histórico de los derechos humanos algunos documentos constitucionales denominados cuasi normativos como: la Carta Magna de Juan sin Tierra (1215), el Edicto de Nantes (1598), la Petition of Right (1628), y distintas constituciones locales de las colonias inglesas en el territorio de lo que luego sería Estados Unidos. Inicialmente el contenido de las cartas o catálogos de derechos contenían fundamentalmente “libertades”, preservando a favor del individuo libre toda interferencia de la autoridad. Con el transcurso del tiempo, a las libertades clásicas (libertad de expresión, de prensa, de reunión, de tránsito, de religión, entre otros), se fueron añadiendo otros derechos, como los llamados derechos de seguridad jurídica que imponían a las autoridades a crear tribunales y procedimientos para así aplicar la ley a quienes hayan dejado de observar sus deberes. Ya a mediados del siglo XIX se comienzan a extender los derechos de participación política, procurando promover la idea del sufragio universal, surgiendo un derecho nuevo, que solo ejercerían las personas que tuvieran determinado color de piel, que fueran varones, que tuvieran la propiedad de tierras, que supieran leer y escribir, que tuvieran determinados ahorros, entre otros aspectos. Y, a finales del siglo XIX, surgieron mandatos constitucionales para que los poderes públicos asegurasen los llamados derechos sociales: derecho al trabajo, a la tierra, a la vivienda, a la educación, a la salud, a la protección social derivados

12 Blanco Valdés, R. (2006). *El valor de la Constitución*. Alianza Editorial.

13 Bailyn, B. (2012). *Los orígenes ideológicos de la Revolución norteamericana*. Tecnos.

del derecho de empleo o del aseguramiento de la vida en el periodo de la vejez. Es en este contexto histórico que nuevamente recordamos a jurista mexicanos nombrados en la parte inicial de este trabajo, para efectos de realizar una remembranza de la Constitución mexicana de 1917; quien fue una de la primeras a nivel de Latinoamérica que fue capaz en un momento todavía temprano de la historia del Estado constitucional, de recoger como derechos humanos cuestiones vinculadas con los reclamos de trabajadores y campesinos. Ahora bien, la historia de los derechos humanos, como sucede con la mayor parte de las instituciones sociales, ha estado marcada por avances y retrocesos, quedado en algunos casos como simples manifestos de aspiraciones sociales compartidas por millones de personas, pero no como realidades tangibles, coincidiendo en este extremo con los previsto por Norberto Bobbio cuando establece: “Respecto a las grandes aspiraciones del hombre ya vamos en excesivo retraso. Procuremos no incrementarlo con nuestra desconfianza, con nuestra indolencia, con nuestro escepticismo. No tenemos tiempo que perder”¹⁴.

Si bien hasta ahora hemos analizado como la aparición de las distintas libertades de la persona ha originado también la aparición de la democracia, tendríamos que plantearnos como interrogante ¿dónde apareció por primera vez la democracia?; y, sobre ello, cuando indagamos históricamente donde se originó la democracia es más que claro que esta habría aparecido en Grecia; específicamente, en Atenas, durante los siglos IV y V. Tiempo después los griegos exportan la idea de democracia a otros pueblos. En aquellos tiempos la democracia era una forma de gobierno, entendida como una forma de “obedecer la ley dentro de la igualdad”. Mas adelante, la democracia fue criticada y mal interpretada. Cuando Pericles (499-429 a. C.) organiza magistralmente a su pueblo, la democracia se consolida como una forma de vida a través de la cual nace la primera Constitución de Atenas. Solón (640-558 a. C.) fue otro propulsor de la democracia en el pueblo ateniense¹⁵, por lo que podríamos establecer que fue en Atenas donde surge primigeniamente la democracia.

14 Bobbio, N. (2003). *Teoría general de la política*. Trotta.

15 Rodolfo Orlandi, H. (1971). *Democracia y poder. Polis griegas y Constitución de Atenas*. Ediciones Pannedille.

Por tanto, estando a la naturaleza y existencia del hombre como eje central que compatibiliza con el humanismo y la dignidad humana, esta es un principio – derecho de afirmación indesmayable del valor de la condición humana y de reconocimiento de todo hombre – como ser humano y no como cosa u objeto. Entendiendo a “*los hombres que son fines en sí y no medios o instrumentos de otros hombres*”. El ser humano y su dignidad, es el arché y thelos del Estado, de la democracia y de la sociedad; siendo una atribución antropológica del Estado constitucional, una garantía del *status quo* democrático; es un punto de no retorno en el estadio de desarrollo de la civilización humana¹⁶. Por lo que si el hombre no puede subsistir y desarrollarse sin dignidad y libertad, pues le son inherentes. Igualmente, no puede subsistir plenamente sin democracia.

La cultura democrática va de la mano con el derecho y el derecho liberador¹⁷, porque este es un medio importante para el logro del destino propio de cada ser humano; ideologías postuladas sobre esa vinculación estrecha de democracia y los derechos que en el presente trabajo se tomaran en cuenta para el desarrollo del presente trabajo. Siguiendo las ideas postuladas por el profesor Bobbio, en la teoría contemporánea de la democracia existen tres grandes tradiciones de pensamiento político como la: **i) teoría clásica**, transmitida como teoría aristotélica de las tres formas de gobierno; **ii) teoría medieval**, de derivación romana de la soberanía popular; y, **iii) teoría de la tradición republicana moderna**, conocida como teoría maquiavélica¹⁸.

IV. CONCEPTO DE DEMOCRACIA Y SU CERCANIA AL CONTENIDO CONSTITUCIONAL

Para concebir un concepto determinado de democracia citaremos al profesor Borea, el que establece que democracia viene de las raíces griegas “*demos*”, que significa pueblo, y “*kratos*”, que significa gobierno, así de esa forma entendemos que la democracia es el gobierno del pueblo,

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

17 Fernández Sessarego, C. (1988). *El Derecho instrumento de liberación*. Revista San Marcos.

18 Bobbio, N. *Democracia*. (1984). Edición, México.

además el jurista refiere que la democracia puede ser el gobierno del pueblo, pero entendiendo que el pueblo no significaba lo mismo en la época clásica de los helenos que en la actualidad. Pueblo, en su acepción que se refiere a la decisión política, en la era y en el lugar en que se acuña la palabra democracia, significaba en ese entonces como un conjunto de personas, ciudadanos de Atenas, que se consideraban iguales entre sí en tanto que compartían una capacidad o atribución de la que carecían el resto de los habitantes de esa ciudad – estado, entendiendo a esta como la facultad de gobernar a la sociedad en la que vivían¹⁹. Ya cuando con posterioridad se proclaman los derechos de cada persona, se pone una barrera a la acción del gobierno; por cuanto no se puede traspasar esos derechos sin desfigurar al sistema; llegando a abordar en marcos conceptuales respecto a la democracia en la edad moderna como un sistema de gobierno de seres humanos dignos e iguales.

La reaparición de la democracia va de la mano con la aparición de las cartas de derechos de la persona humana; por tanto, las constituciones no sólo son instrumentos de asignación de competencias para los detentadores del poder, ya que son la expresión de la concesión de un poder limitado a los gobernantes; limitación que surge producto de la dignidad de la persona humana y sus derechos no se pueden desconocer y contra los cuales no pueden atentar.

167

En ese sentido, podemos establecer que un concepto de democracia moderna no sólo es el gobierno del pueblo expresado a través de la mayoría de entre los iguales, sino que es el gobierno del pueblo, que si bien inicialmente se generó a través de la postulación de Jean Bodin una soberanía para sustanciar a aquel que ejercía poder absoluto (monarca), posteriormente ya se hablaba de una soberanía popular (democracia), asumida como sociedad de personas humanas con derechos básicos inalienables.

En un gobierno democrático, el pueblo en general, así sea la sociedad que vive en ese territorio, deben mantener como consecuencia de su aplicación esa condición que no es posible alterar con normas que conviertan en inferiores a un grupo y en superiores a los demás; por cuanto es evidente que

19 Borea Odría, A. (2002). *Democracia*. Derecho y Sociedad N° 18. Revista PUCP.

existe una igualdad entre todos, que debe de estar presente en el momento en que se adopta una decisión y, en la democracia, esa igualdad debe de ser una vocación permanente, de igualdad en la ley y ante la ley.

Por lo referido podemos establecer que la democracia es un sistema político y de organización social en el que se otorga poder de decisión en la conducción del Estado (soberanía) al pueblo, que **es expresión de la voluntad de la mayoría**; poder que puede otorgarse de forma directa o indirecta (democracia); y, en aplicación de la democracia, se logra que las instituciones ejecuten y defiendan la voluntad del pueblo, siendo la democracia una de las formas de gobierno predominantes en el mundo actual, y es a través de este sistema que se realiza la designación de cargos políticos de los poderes ejecutivo y legislativo, los cuales se someten a consulta o votación popular, teorías que hasta la actualidad también se vienen aplicando en el Estado peruano.

V. PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN EL EJERCICIO DE LA DEMOCRACIA

168

Para que exista un sistema democrático moderno el Estado se guía por determinados principios como:

1. Soberanía popular

La soberanía popular surge como contraposición de la soberanía, ya que el poder se direccionaba a la nación y no al pueblo. En cuanto a su origen este se remonta al siglo XVI con Jean Bodin, quien aportó una serie de preceptos que debían aplicarse al poder que ejercía el rey de Francia, sin la existencia de la división de poderes todavía, ya en el año 1762,

Rousseau incorporó nuevamente la idea de la soberanía, pero con un enfoque diferente, otorgándole una unidad histórica de personas con los mismos hábitos y costumbres que deciden formar un Estado, sin que nadie posea poder para ejercerlo contra otro. De tal manera que es el pueblo quien se encarga de constituir el Estado, ejerce control y puede cambiarlo si considera oportuno. En ese entendido los gobernantes son servidores del pueblo.

Por tanto se entiende que el poder político emanar del pueblo, en mérito a la soberanía puede transferirse a los representantes políticos su representación, existiendo hasta la actualidad –como así surgió en su momento históricamente para su ejercicio– determinadas condiciones mínimas, como en la actualidad se presentan, como condición una edad determinada (mayoría de edad), por lo que este principio es el soporte básico para el ejercicio de la democracia en un estado.

2. El Estado de derecho

Se entiende a este principio de gobernanza por el que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente y se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, siendo compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos, garantizando estas instituciones en su ejercicio primacía e igualdad ante la ley, existencia de separación de poderes, participación social. El Estado de derecho contempla: i) la estructura formal de un sistema jurídico y la garantía de libertades fundamentales a través de leyes generales aplicadas por jueces independientes (división de poderes); ii) libertad de competencia en el mercado garantizada por un sistema jurídico; iii) división de poderes políticos en la estructura del Estado; y iv) la integración de los diversos sectores sociales y económicos en la estructura jurídica²⁰.

El Estado de derecho apareció cuando en los estados modernos se luchó para que la personalización del poder del monarca diera paso a una organización política y administrativa regida por formas jurídicas establecidas con normas que la sociedad avale. La idea de limitar al Estado fue propuesta por Georg Jellinek²¹.

20 Bobbio, N. (2002). *Diccionario de política*, 13°. Edición Siglo XXI.

21 Jellinek, G. (1954). *Teoría general del Estado*. Editorial Albatros.

3. La igualdad

Este principio determina que todos los individuos son iguales ante la ley, por lo que los ciudadanos deben recibir un trato justo y equitativo y no deben ser discriminados por raza, etnia, sexo, entre otras características. En ese mismo sentido en cuanto a su vinculación con la democracia, la igualdad origina un derecho en la persona humana que es su derecho a elegir y ser elegido. Este principio genera la presencia de una igualdad entre individuos iguales sin mayor distinción. Como podemos apreciar ya no existe la concurrencia de esos presupuestos que generaban diferencias inicialmente.

VI. EJERCICIO DE DEMOCRACIA Y SU ESTRECHA VINCULACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Cuando escuchamos democracia casi siempre lo asociamos temas como organizaciones políticas, campañas electorales, publicidad que realizan los candidatos, jornada electoral, conteo de votos, trabajo de los congresistas, jefes de estado. Estas referencias establecidas en efecto, es parte de lo que se debe entender por democracia. Ahora bien, los regímenes democráticos contemporáneos suelen caracterizarse como “democracias constitucionales”²², por cuanto se trata de una forma de organización política que busca ser democrática y, para lograrlo, se dota de un texto jurídico denominado Constitución. Esta norma fundamental tiene dos tipos de contenidos: **i) los derechos de las personas o de los ciudadanos y ii) la división de poderes**; siendo estos dos elementos integrantes de lo que se suele llamar el “contenido mínimo” de toda Constitución.

Planteando como regla básica de funcionamiento de la democracia, los contenidos constitucionales que acabamos de señalar que refuerzan la forma en que se entiende el significado de la propia democracia. Siendo así, las constituciones establecen: **a)** cómo se debe competir por alcanzar los puestos de representación popular (presupuestos de la contienda electoral), y **b)** la forma en que se deben ejercer tales puestos y las facultades de sus titulares. Estos presupuestos descritos suponen una “dimensión formal” de la democracia, vinculada con:

22 Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo*. Trotta

- i. quién gobierna; y,
- ii. cómo gobierna²³.

Por ello se entiende que, a nivel constitucional, un catálogo de derechos humanos añade una dimensión ya no formal, sino “sustancial” al régimen democrático, de tal manera que las constituciones establecen mandatos que obligan a las autoridades a “abstenerse” o “hacer” ciertas conductas o cosas.

Por lo que la dimensión sustancial de la democracia no se refiere a procedimientos y elecciones, sino al contenido del régimen democrático: lo que la democracia puede realizar para mejorar la vida de los seres humanos, siendo que los derechos humanos son la mejor forma de expresión de todos los valores que caracterizan a un sistema político democrático; la expresión de valores tan democráticos como la igualdad, la libertad, la seguridad jurídica, los derechos de los pueblos, la tolerancia religiosa, entre otros, por lo que al establecer que en la Constitución existe una lista de derechos fundamentales, lo que en realidad estamos haciendo es “juridificar” la democracia: darle forma jurídica y otorgarle de esa manera sustancia y contenido²⁴.

171

De tal manera, nos atrevemos a afirmar que los conceptos de democracia y de constitucionalismo se nutren recíprocamente y dependen uno de otro. El constitucionalismo juridifica y a la democracia le da forma expresa a través de la normatividad jurídica; mientras que la democracia es el régimen que hace posible que se materialicen en la práctica los valores de libertad, igualdad y seguridad jurídica, que conforman la columna vertebral del constitucionalismo.

De esta manera la democracia asegura los iguales derechos de todas las personas y el principio de la soberanía; convirtiéndose así a la persona humana como el verdadero soberano y titular de los derechos de libertad, de igualdad y sociales, que le permiten desarrollar una vida dotada de sentidos y significados elegidos por él mismo y por nadie más. Compartimos lo postulado por el maestro Luigi Ferrajoli quien apunta que los derechos

23 Ferrajoli, L. (2009). *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*. Trotta.

24 Aragón Reyes, M. (2009). *Estudios de Derecho Constitucional*. Edición, CEPC.

fundamentales son “fragmentos de soberanía”, que nos convierten a todas y cada una de las personas en seres autónomos, capaces de tomar las decisiones más importantes de nuestras vidas, tanto en la esfera privada como en la pública²⁵ a través del ejercicio del derecho a elegir, para que, en ejercicio de esa soberanía popular, le otorgamos a nuestro representantes políticos una delegación de funciones específicamente de representación en el fiel cumplimiento de las funciones políticas.

VII. CONCLUSIONES

- De este breve trabajo una primera conclusión a la cual se llega es que la democracia es un régimen político que institucionaliza la participación de todo el pueblo, en la organización y ejercicio del poder político mediante la intercomunicación y diálogo permanentes entre gobernantes y gobernados y el respeto de los derechos y libertades fundamentales dentro de una estructura socioeconómica.
- En un Estado la democracia adquiere presencia cuando es institucionalizada y formalizada mediante un instrumento máximo que se denomina Constitución²⁶; y, probablemente la Constitución está llamada a compartir el “punto fundamental” de la democracia²⁷; relación estrecha de derecho – Constitución que originan la presencia de la democracia.
- Los derechos humanos como origen encuentran su fundamento en los pensamientos de la Ilustración, en autores como Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu, quienes ofrecen abundantes argumentos en defensa de la dignidad humana frente a la lógica del Estado absolutista que se venía construyendo desde la Edad Media, mediante la cual se ejercía la delegación de poder a un monarca. Su acercamiento al tema de los derechos tiene fuertes matices iusnaturalistas.
- El Estado constitucional surge a razón de los excesos del absolutismo respecto al ejercicio de poder originando dos propósitos básicos

25 Ferrajoli, L. (2009). *Principia Iuris*. Trotta.

26 García Belaunde, D. (1982). ¿Constitucionalismo democrático o democracia constitucional? En: *Anuario Jurídico*. Universidad Nacional Autónoma de México.

27 Dworkin, R. (2007). *La democracia posible, principios para un nuevo debate político*. Paidós.

como son: la división del poder y la protección de los derechos humanos.

- Un concepto genérico de democracia en palabras del profesor Bórea sería el gobierno del pueblo, expresado a través de la mayoría de entre los iguales, siendo un gobierno del pueblo el integrando por una sociedad de personas humanas con derechos básicos inalienables.
- En un estado para que exista un sistema democrático moderno debe contener de terminados principios como: soberanía popular, estado de derecho e igualdad.
- La democracia asegura iguales derechos de todas las personas; y, el principio de la soberanía; la presencia del verdadero soberano y titular de los derechos de libertad, igualdad y sociales.
- La democracia por tanto siempre se encontrará relacionada estrechamente con los derechos de la persona humana; y por ende con la constitución como norma fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

- Aragón Reyes, M. (2009). *Estudios de Derecho Constitucional*. Edición, CEPC.
- Bobbio, N. (2002). *Diccionario de política*, 13°. Edición Siglo XXI, México.
- Borea Odria, A. (2002). *Democracia. Derecho y Sociedad* N° 18. Revista PUCP.
- Dworkin, R. (2007). *La democracia posible, principios para un nuevo debate político*. Paidós.
- Ferrajoli, L. (2009). *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*. Trotta.
- García Belaunde, D. (1982). ¿Constitucionalismo democrático o democracia constitucional? En: *Anuario Jurídico*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Jellinek, G. (1954). *Teoría general del Estado*, Editorial Albatros.

La Independencia Judicial: Entre la Democracia y el “Iliberalismo” Constitucional

The Judicial Independence: Between Democracy and Constitutional “Illiberalism”

 JHONATHAN ÁVILA ROMERO*

Resumen

El objetivo de este trabajo es analizar el concepto de independencia judicial en sus diferentes dimensiones. Para ello será necesario esbozar las distintas posturas doctrinales sobre dicho concepto. Esto permitirá entender que la independencia judicial opera, en la mayoría ocasiones, como un principio jurídico en los términos de la teoría del profesor Robert Alexy, por lo que en caso de entrar en conflicto con otros principios será de aplicación el análisis de proporcionalidad. Ello hará posible determinar cómo ciertos actos o comportamientos de otros órganos constitucionales pueden afectarla en diferentes niveles de intensidad. Para ello, los casos de Polonia y Hungría servirán como ejemplos del constante asedio que viven tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional, en el marco de lo que ahora se conoce como iliberalismo constitucional. Precisamente por la novedad del término “iliberalismo constitucional” será necesario explicar su incidencia con la democracia.

175

Palabras clave

Función jurisdiccional, independencia judicial, Estado iliberal, liberalismo constitucional.

* Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

Abstract

This project's goal is to analyze the concept of independence judiciary, in its different dimensions. In order to do that its necessary to outline the different postures in doctrine about that concept. This allows us to understand that the independence judiciary works as a law principle in terms of the theory of the professor Robert Alexy and in case of conflict with other principles, the proportionality test will be applied to the case. This will make possible to determine how certain acts or behaviors of other constitutional bodies can affect it at different levels of intensity. To this purpose, the cases of Poland and Hungary will serve as examples of the constant pressure on both the Judiciary and the Constitutional Court, within the framework of what is now known as constitutional illiberalism. Precisely because of the novelty of the term "constitutional illiberalism", it will be necessary to explain its impact on democracy.

Keywords

176

Jurisdictional function, judicial independence, illiberal state, constitutional liberalism.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO Y DIMENSIONES DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL. III. EL ILIBERALISMO CONSTITUCIONAL. IV. EL CASO DE HUNGRÍA. V. EL CASO DE POLONIA. VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Los ordenamientos jurídicos están en constante cambio. La manera en que entendemos instituciones como "Democracia", "Constitución" o "Derechos Fundamentales" ha variado considerablemente con el transcurrir de los años. Estas variaciones han permitido que dichas instituciones puedan transitar entre el fortalecimiento o el debilitamiento de sus cimientos.

Lo propio sucede con los derechos humanos cada vez más protegidos por la justicia nacional e internacional. Lo mismo ocurre con los derechos sociales o las violaciones a derechos fundamentales susceptibles de ser investigadas y sancionadas; la impunidad en plena era digital es complicada, a diferencia de lo que ocurría en el siglo anterior.

En la actualidad, los ordenamientos jurídicos comparten en buena medida la consecución de tres objetivos: 1) La vigencia efectiva de los derechos fundamentales, 2) La supremacía de la Constitución y 3) El control y límite del poder político. En dicho contexto, cobran especial relevancia los órganos que coadyuvan al logro de dichos objetivos, como el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional o el Poder Legislativo, por mencionar algunos.

Sin embargo, estos objetivos no pueden lograrse en distintos niveles debido a los problemas que se generan entre los órganos constitucionales, que deberían ser los primeros en colaborar para lograr los señalados fines constitucionales. Así, puede verse que en los ordenamientos jurídicos de Polonia y Hungría se han producido ataques consecutivos a los órganos judiciales con la finalidad de trastocar su independencia en detrimento de la democracia constitucional.

El objetivo de este trabajo es analizar el concepto de independencia judicial en sus diferentes dimensiones. Para ello será necesario esbozar las distintas posturas doctrinales sobre dicho concepto. Esto permitirá entender que la independencia judicial opera, en la mayoría ocasiones, como un principio jurídico en los términos de la teoría del profesor Robert Alexy, por lo que en caso de entrar en conflicto con otros principios será de aplicación el análisis de proporcionalidad.

Una vez precisado el concepto de independencia judicial será posible determinar cómo ciertos actos o comportamientos de otros órganos constitucionales pueden afectarla en diferentes niveles de intensidad. Para ello, los casos de Polonia y Hungría servirán como ejemplos del constante asedio que viven tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional, en el marco de lo que ahora se conoce como iliberalismo constitucional. Precisamente por la novedad del término “iliberalismo constitucional” será necesario explicar su incidencia con la democracia.

II. CONCEPTO Y DIMENSIONES DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

La función judicial se destaca por ciertas virtudes imprescindibles, pues forman parte de lo que podríamos denominar el contenido necesario del rol de juez. No es posible concebir a un juez que esté a favor de una de las partes sin que previamente haya analizado los medios probatorios puestos a su alcance. Tampoco es acorde a la función judicial buscar beneficios por las decisiones que se adopten. En dicho escenario, no hablamos de un tercero independiente o imparcial, sino de alguien que ha traicionado las virtudes básicas del juzgador.

En el Estado Constitucional, la función judicial exige la independencia del tercero resolutor de los conflictos que se generan en el ordenamiento jurídico. Nuestra Constitución de 1993 es clara en ese aspecto, el artículo 139, inciso 2 establece que es un principio y derecho de la función jurisdiccional: “La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional”.

178

Pero más allá del sustento normativo, la independencia judicial hunde sus raíces en la tesis de la separación de poderes, ya que es una tesis ínsita al Estado Constitucional de Derecho. Como apuntala Laporta, la aplicación de la ley tiene que ir al margen del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, máxime si dicho mecanismo institucional ha sido uno de los menos cuestionados y permanece firme desde los orígenes del liberalismo. En tales circunstancias, el Poder Judicial se configura como una institución autónoma, en tanto tiene el deber de aplicar los documentos normativos, a pesar que contravenga los intereses de otros órganos constitucionales, caso contrario acabaría siendo juez y parte de sus propios intereses (Laporta, 2019, pág. 107).

Como no podía ser de otra manera, el Estado Constitucional ha servido de tierra fértil para consolidar la separación de poderes, puesto que solo en este tipo de estado encontramos una dimensión sustancial de la democracia, que requiere de un tercero imparcial garante de la dinámica democrática. La Constitución no es solo el documento normativo ubicado en la más alta jerarquía del sistema de fuentes, sino es el parámetro de la función jurisdiccional que se decanta por la búsqueda de la verdad de los

hechos y en el buen conocimiento y leal aplicación de la legalidad (Andrés Ibáñez, 2012, pág. 48). Por consiguiente, este tercero resolutor de las controversias y que busca asegurar la supremacía de la Constitución, debe contar al menos con independencia para ejercer sus competencias.

Delimitar la independencia judicial no es asunto sencillo, principalmente porque no existe unidad ni en la doctrina ni en la jurisprudencia sobre su conceptualización. Por ello, es que se trata de un concepto poliédrico, donde se puede visualizar piezas distintas que generan no sólo discusiones, sino también confusiones, mayormente porque se enfoca predominantemente en una de las caras del poliedro y se ignoran las demás (Laporta, 2019, pág. 107). Así, la independencia judicial es un lienzo en blanco donde pueden coincidir diversos colores que definirán el perfil del juez.

Nuestro Tribunal Constitucional, en el expediente 00023-2003-PI, ha advertido que la independencia judicial es la ausencia de vínculos de sujeción político o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial. Por ello destaca que el “principio” de independencia judicial tiene tres perspectivas: a) Independencia Orgánica, vinculada a la garantía del órgano que administra justicia; b) Independencia funcional, que opera en la actuación del juez; y c) Independencia como capacidad subjetiva, referida a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia.

Algunos autores vinculan la independencia con imparcialidad, entienden que ambos conceptos están ligados a las competencias del Poder Ejecutivo en la medida que operan como un freno al poder político ejercido por el referido órgano. Sin embargo, la independencia no cumpliría un fin en sí mismo, sino que tiene un carácter instrumental; es decir, su objeto es salvaguardar la imparcialidad judicial, puesto que es un rasgo distintivo del proceso judicial (Cappelletti, 2009, pág. 53).

Desde una perspectiva analítica, la independencia judicial tiene dos dimensiones. Linares, ha señalado que la primera busca evitar el acecho de cualquier fuente de coerción; mientras que la segunda está referida a la aplicación del derecho en cada caso concreto (Linares, 2003, pág. 116).

Por su parte, Andrés Ibáñez plantea que la función jurisdiccional se caracteriza por ser cognoscitiva, no política, no representativa, no participativa, sujeta a la ley y la Constitución, garante de los derechos fundamentales y, por consiguiente, un contrapoder. Precisamente, la sujeción a la ley y a la Constitución hace que su relación con los otros órganos constitucionales sea únicamente a través del cauce de la sumisión a los documentos normativos señalados. En ese sentido, la independencia judicial es una garantía que sienta las bases de otras garantías y es en ese aspecto, una meta-garantía (Andrés Ibáñez, 2012, pág. 49).

Dentro de la independencia judicial es posible distinguir entre independencia externa e interna. La primera está referida a la protección frente a otros órganos que ejercen poder; la segunda resguarda la inmisión desde la propia institución. Asimismo, es posible deslindar la independencia desde una perspectiva institucional, referida al marco organizativo, y la independencia desde una óptica funcional dirigida a proteger el concreto ejercicio de la función. La combinación de estos cuatro ámbitos, permite delinear el perfil del juez en un Estado Constitucional (Andrés Ibáñez, 2012, págs. 50-57).

En opinión de Biglino Campos, quien sigue al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la independencia judicial se caracteriza por tener dos dimensiones: 1) La dimensión externa exige que el órgano no esté sometido a ninguna institución pública o un tercero; 2) La dimensión interna, está asociada al concepto de imparcialidad e implica un distanciamiento con las partes procesales, es decir, aquí nos encontramos en el marco de un proceso judicial (Biglino Campos, 2023).

Para Craig, la independencia judicial también puede entenderse desde una dimensión externa e interna. La primera permite que las cortes ejerzan sus funciones con plena autonomía, sin estar subordinadas por otra institución y sin recibir instrucciones u órdenes de cualquier índole. La segunda está vinculada a la imparcialidad en el proceso y busca garantizar que las partes tengan igualdad de condiciones para discutir sus pretensiones; por tanto, requiere únicamente la estricta aplicación de la ley y la Constitución. Añade este autor que la independencia judicial incide en la planificación de la vida de los ciudadanos en la medida que la predictibilidad de las decisiones judiciales permitirá saber las

consecuencias jurídicas de sus acciones; con jueces independientes se garantiza la aplicación adecuada de los documentos normativos (Craig, 2019, págs. 3-12).

También es posible concebir la independencia judicial desde diferentes teorías del Derecho (Aguiló Regla, 2012, págs. 168-171), como puede apreciarse en el siguiente cuadro, elaborado a partir de las ideas del profesor Aguiló Regla:

Formalismo	Positivismo Normativista	Post-positivismo principialista
El juez independiente es estricto aplicador de los documentos normativos formales, las cuales permiten que el sistema jurídico sea cerrado y completo. En consecuencia, es avalatorio en la toma de sus decisiones.	El juez independiente aplica las reglas que establece el sistema jurídico. En caso de no estar regulada la solución de un caso, se activa la discrecionalidad judicial, la cual impregnará subjetividad a la decisión adoptada.	La independencia se enfoca en el juez, no tanto en la aplicación de la ley. En dicho contexto, el ordenamiento jurídico está compuesto por reglas y principios, cuyas disputas se resuelven mediante la subsunción y ponderación, respectivamente. Asumir la existencia de principios, implicaría que la dimensión valorativa y justificativa de las decisiones judiciales adquiere mayor relevancia.

Más allá de la teoría que se elija para explicar el Derecho, algunas dimensiones de la independencia judicial pueden operar como reglas y otras como principios, como explicaremos más adelante.

En este contexto de reglas y principios, es importante anotar que la independencia judicial puede entenderse desde tres ámbitos: subjetiva, objetiva y estatutaria. Así, como entiba Bustos Gisbert “no es lo mismo el derecho a un juez independiente que la configuración constitucional de un poder judicial independiente ni que la garantía de la independencia individual del juez” (Bustos Gisbert, 2022, pág. 342). Estos tres aspectos se encuentran intrínsecamente vinculados en la medida que la reducción o ampliación de un ámbito, incide en el otro.

La garantía subjetiva no es otra cosa que el derecho a un juez independiente, lo cual implica no ser objeto de presiones internas o externas. Esta dimensión subjetiva, puede concretizarse en cuatro formas, que, si bien no son exhaustivas, sirven de ejemplo (Bustos Gisbert, 2022, págs. 363-365):

- a) La forma de nombramiento de los jueces. Aquí hay que diferenciar entre la forma en que son nombrados los jueces del Poder Judicial (por la Junta Nacional de Justicia) y la manera en que son elegidos los jueces del Tribunal Constitucional (por el Congreso de la República). Si bien la forma de elección es importante, la manera del ejercicio es aún más relevante, pues allí se podrá evaluar si existe algún nexo con quienes lo eligieron, que puede traducirse en sentencias favorables para ellos.
- b) Duración y condiciones del mandato. Se ha discutido que el mandato de los jueces no puede ser tan corto, pues no se podrían fijar y asentar las líneas jurisprudenciales necesarias que permitan predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales. A la par, aceptar una duración larga y expresa se contrapone a la provisionalidad de los jueces, situación más que complicada para el justiciable en la medida que ello contribuye con la demora en la solución de sus controversias. De la misma manera, son relevantes las reglas de asignación de expedientes, pues se debe atender a la complejidad del caso, más que al número que tiene cada despacho judicial; no es lo mismo un caso donde solo hay un litigante por cada parte procesal, a que se encuentren diez personas por cada una de ellas.
- c) Interdicción de presiones externas e internas sobre la decisión del juez. Si bien demostrar la existencia de dichas presiones es complicado, serán los indicios quienes contribuyan para la apariencia o no de independencia. Desde la perspectiva interna, ello podría apreciarse en la conformación de salas y asignación de expedientes de acuerdo a los intereses que se estén discutiendo. Según el enfoque externo, Bustos puntualiza supuestos flagrantes como declaraciones públicas de miembros de otros poderes o de otros jueces o incluso del Poder Judicial.
- d) Apariencia de independencia. Para evaluar la apariencia, es necesario un observador externo quien pueda considerar, que los justiciables pueden razonable y objetivamente pensar que el tribunal que decide la controversia es independiente o no. A razón

de ello, el observador externo debe seguir los tres criterios señalados previamente los cuales operan como una suerte de test de independencia.

La dimensión objetiva de la independencia judicial es reconocer al Poder Judicial como un poder distinto a los demás y que no está vinculado a las partes procesales. Este último aspecto, es precisamente donde se puede hablar en estricto de imparcialidad. Así, el deber de imparcialidad impone al juzgador el deber de resolver la controversia al margen de sus prejuicios e intereses en el objeto del proceso y de las partes procesales (Papayannis, 2019, pág. 148).

Finalmente, la dimensión estatutaria nace de los derechos y deberes propios del ejercicio del cargo de juez; de allí que su naturaleza sea compleja pues si bien es un derecho del juez, también es un derecho del justiciable a que el juez disponga de tales elementos en la configuración de su status y también un derecho a que la división de poderes respete la autonomía del Poder Judicial o Tribunal Constitucional para delimitar su contenido (Bustos Gisbert, 2022, pág. 359).

183

La independencia judicial puede operar como regla cuando su aplicación es un todo o nada, en buena cuenta no permite una graduación de que regula el enunciado normativo. Por ejemplo, si la normativa indica que se debe tener 5 años como mínimo para postular al cargo de juez especializado, no es factible una interpretación por debajo de ese mínimo requerido. El requisito son los 5 años o no se puede postular a la plaza, es un todo o nada.

Corresponde ahora vincular la independencia judicial con el modelo contemporáneo de constitucionalismo y cómo el análisis de proporcionalidad incide en ello.

En la actualidad, las cortes constitucionales han puesto al análisis de proporcionalidad como el mecanismo preferido para resolver los conflictos constitucionales, que pueden generarse entre los clásicos derechos fundamentales como libertad o igualdad, como también entre los principios formales, caracterizados por tener como objeto de optimización a las decisiones legales prescindiendo de su contenido.

Los principios, dentro de la difundida teoría de Alexy¹, se caracterizan por ordenar que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de sus posibilidades jurídicas y fácticas existentes. De allí que estos mandatos pueden optimizarse, es decir, en su aplicación tienen diferentes grados de intensidad, por lo que en algunas controversias el principio P1 puede resultar victorioso frente al principio P2, pero en otros supuestos, el principio P1 puede resultar vencido frente al principio P2. En otras palabras, algunas veces el derecho a la igualdad puede vencer, en otras puede perder, pues ningún principio es absoluto. Esta teoría de principios tiene conexión directa con el análisis de proporcionalidad y sus tres subprincipios. Ello es así, porque las posibilidades jurídicas de un principio dependen del principio con el que se enfrente; entonces para arribar al grado de satisfacción de un principio y al grado de afectación del otro, es necesario realizar el análisis de proporcionalidad (Alexy, 2007, págs. 67-68, 91-92).

En dichas circunstancias, los Tribunales Constitucionales han preferido un modelo de derechos fundamentales, donde los conflictos entre los mismos se resuelven bajo la aplicación del análisis de proporcionalidad. Esta herramienta poseería la neutralidad y la capacidad de racionalidad necesaria para determinar de la mejor manera el contenido de los derechos fundamentales y en una democracia constitucional legítima con mayor vigor la toma de decisiones por parte de los órganos constitucionales.

Si la independencia judicial tiene las características de un principio, entonces puede ser entendido como un mandato de optimización que puede cumplirse dentro de sus posibilidades fácticas, jurídicas y empíricas. En consecuencia, los tres ámbitos que componen la independencia judicial se concretizan, como mandatos de optimización distintos, de acuerdo al contenido que cada uno de ellos tiene, conforme lo hemos explicado previamente.

Entender la independencia judicial como un principio se explica mejor en los casos donde la independencia judicial ha estado bajo constantes embestidas. Los casos de Polonia y Hungría son los que mejor

1 Esta teoría ha sido discutida en diferentes ámbitos, si bien el presente trabajo no tiene por objeto revisar todas las críticas realizadas, sobre el debate se puede consultar: (García Amado, 2010) y (García Amado, J. A., Dalla-Barba, R. G., 2022).

ejemplifican los ataques a este principio. Sin embargo, previamente es necesario explicar el contexto constitucional donde se han producido estas arremetidas, por ello es imprescindible tratar, al menos brevemente, sobre el iliberalismo constitucional que explicaremos en el siguiente apartado.

III. EL ILIBERALISMO CONSTITUCIONAL

Las democracias liberales buscan afianzar los tres objetivos que en el exordio de este trabajo señalamos, es decir, la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, la supremacía de la Constitución y el control y límite del poder político. Todo ello bajo el manto protector de un documento normativo que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico, documento que usualmente es la Constitución. En buena cuenta, estos objetivos se pueden conseguir en mayor o menor medida en lo que se ha denominado liberalismo constitucional.

En 1997, Fareed Zakaria ponía sobre la mesa una controversia: “Imaginemos que las elecciones han sido declaradas libres y justas, pero los ganadores son racistas, fascistas y separatistas”. Lamentablemente, dicho dilema se ha extendido en todo el mundo, pues los regímenes democráticamente elegidos, a menudo reelectos en más de una ocasión y confirmados por referéndum, desechan los límites y el control al poder político que ejercen, lo que a su vez implica el menoscabo y despojo de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Como apuntalaba el profesor Zakaria: “Desde Perú a Palestina, desde Sierra Leona o Eslovaquia, desde Pakistán a Filipinas, vemos el surgimiento de un fenómeno preocupante en la vida internacional: la democracia iliberal” (Zakaria, 1997, pág. 22).

185

La democracia iliberal puede existir dentro de un sistema constitucional, de hecho, la mayoría lo hace cambiando algunos aspectos que son esenciales para el constitucionalismo, a pesar de seguir manteniendo una Constitución. Como ha señalado el profesor Sajó, las democracias iliberales no son conocidas por tener sus propias teorías constitucionales, sino que afirman que sus gobiernos son simplemente constitucionales y democráticas, básicamente por los siguientes argumentos (Sajó, 2021, pág. 23):

- Dichos gobiernos iliberales son tan democráticos y constitucionales como cualquier otro Estado, sólo que más populares y, por tanto, más genuinos.
- Son una variante dentro de las posibles democracias constitucionales, a pesar que defiendan valores constitucionales más tradicionales a diferencia de los liberales.
- Respetan el Estado de Derecho.

Si bien para algunos, este concepto es un callejón sin salida, pues su propia estructura lingüística denota contradicción. Desde esa perspectiva, no se puede hablar de democracia si no hay pesos y contrapesos entre los órganos constitucionales, no se asegura la libertad de prensa, entre otros. Pese a ello, líderes de distintos países han mostrado su intención de romper con los dogmas e ideologías que propugna Occidente, lo que el hasta ahora presidente de Rusia, Vladimir Putin ha denominado “orden liberal internacional”. Así, líderes como Putin u Orbán pervierten tanto el término liberalismo como democracia con la finalidad de legitimar sus agendas; por ello es necesario el término iliberalismo para calificar a este tipo de regímenes (Rosenbalt, 2022, págs. 24-25).

En la actualidad, la comunidad internacional está de acuerdo en que la democracia es la mejor manera que tiene un gobierno para legitimarse. A razón de ello, es que se prefiere mantener el sistema democrático no solo para conseguir los objetivos que ya hemos anotado, sino también para conseguir el aval del pueblo, pues siempre quien acaba de ganar las elecciones se presenta como un gobierno más democrático que su predecesor. Además, en el ámbito internacional, presentarse como una democracia, aún con déficits, es mejor que presentarse como una dictadura.

Las democracias no son perfectas, tienen varios asuntos por mejorar como la forma de realizar elecciones más transparentes, mejorar el sistema de partidos políticos o tener mecanismos más eficientes para la rendición de cuentas de quienes ostentan el poder.

A pesar de ser la forma más aceptada de ejercer el poder, la democracia no está exenta de ataques. En efecto, los ataques a la democracia constitucional pueden ser rápidos o lentos, calificarlos de una u otra forma

permitirán que los remedios legales para hacerle frente, tengan que ser necesariamente distintos. Un golpe de estado supone adjudicarse poderes de emergencia y apoyo militar, esto se hace de manera célere pues se pretende una ruptura democrática rápida; en este supuesto nos encontramos ante un *colapso democrático*. Por el contrario, si el menoscabo de la democracia se hace de manera paulatina, mermando a los órganos constitucionalmente autónomos a efectos de asegurar la vigencia y permanencia del poder político en una sola mano, nos encontramos en una *erosión democrática* (Ginsburg & Huq, 2018, pág. 39).

Volviendo al iliberalismo, varios estados pueden calzar dentro de dicho concepto. De hecho, Viktor Orbán, primer ministro de Hungría, el 26 de julio de 2014 declaraba lo siguiente²:

“Lo que sucede hoy en Hungría, puede interpretarse en que el actual liderazgo político ha intentado que el trabajo y los intereses personales, que deben ser reconocidos, están íntimamente ligados a la vida de la comunidad y de la nación, y que esa relación debe ser preservada y reforzada. En otras palabras, la nación húngara no es simplemente un grupo de individuos, sino una comunidad que debe organizarse, reforzarse y, de hecho, construirse. Y en ese sentido, **el nuevo estado que estamos construyendo en Hungría es un estado iliberal, un estado no liberal**. Ello no rechaza los principios fundamentales del liberalismo, como la libertad, podría enumerar algunos más, pero eso no convierte a esta ideología en el elemento central de la organización estatal, sino que incluye un enfoque diferente, especial, nacional.” (énfasis agregado).

187

Claramente, las acciones posteriores del ministro de Hungría no hicieron más que atacar directamente los cimientos de la democracia y rechazar los principios básicos del liberalismo. Efectivamente, se han disminuido las posibilidades de que el Parlamento pueda controlar los actos del Poder Ejecutivo, ha atacado directamente derechos fundamentales como

2 La traducción es nuestra. El discurso completo está disponible en: <https://2015-2019.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-speech-at-the-25th-balvanyos-summer-free-university-and-student-camp>

la libertad de prensa o el principio de independencia judicial e incluso ha aprovechado medidas de emergencia para lesionar derechos humanos.

Explicado el contexto del iliberalismo constitucional, es necesario mostrar cómo afecta a la independencia judicial en los países que pueden ser calificados en dicho contexto, por lo que nos centraremos brevemente en Hungría y Polonia.

IV. EL CASO DE HUNGRÍA

El 23 de junio de 2016, la Gran Sala Europea de Derechos Humanos emitió la sentencia sobre el caso *Baka v. Hungría*³. Allí se decidió que Hungría violó el derecho de acceso a un tribunal de justicia y a la libertad de expresión (artículos 6.1 y 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, respectivamente), de András Baka, ex presidente de la Corte Suprema de Hungría.

188

El 22 de junio de 2009, András Baka, luego de una larga trayectoria como juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fue elegido presidente del Tribunal Supremo por el Parlamento de Hungría por un periodo de seis años, es decir, hasta el 22 de junio de 2015.

En abril de 2010, la “Alliance of Fidesz – Hungarian Civic Union” y el “Christian Democratic People’s Party” obtuvieron la mayoría parlamentaria, lo que permitió que emprendieran cambios constitucionales. El demandante, en su calidad de presidente de la Corte Suprema, manifestó que dichos cambios constitucionales incidían negativamente en el Poder Judicial, como por ejemplo el proyecto de ley que ordenaba la nulidad de algunas decisiones judiciales dictadas en el marco de unos disturbios producidos en el 2006; o como la propuesta de reducir la edad de jubilación obligatoria de los jueces (de 70 a 62 años).

Asimismo, el 25 de abril de 2011 se estableció que el máximo órgano judicial sería la Curia, dejando de lado el nombre de “Corte Suprema”,

3 La sentencia en su integridad se encuentra publicada en: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-163113%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-163113%22]})

es decir, sería un cambio únicamente de nombre. Sin embargo, se presentaron proyectos de ley que pretendieron terminar, y eventualmente lo consiguieron, el mandato del presidente de la Corte Suprema, en tanto la Curia nacería con un nuevo titular. En este punto, es necesario destacar que en Hungría se estaba discutiendo una nueva Constitución, que reemplazaría a la de 1949, dicha discusión culminó con la aprobación de la Constitución de 2011, la cual entró en vigencia en el 2012. De hecho, en las disposiciones relativas al cierre de entidades de dicha Constitución en el artículo 14.2 se estableció: “El mandato del presidente de la Corte Suprema y del presidente y de los miembros del Consejo Nacional de Justicia finalizará con la entrada en vigor de la Ley Fundamental”. En consecuencia, el periodo del demandante como presidente de la Corte Suprema finalizó abruptamente.

Ahora bien, el demandante sostuvo que no se le permitió defenderse de la destitución y, por tanto, se vulneró su derecho de acceder a un tribunal. El impedimento de acceder se debió a que su terminación prematura fue incluida en la nueva Constitución, lo cual impedía su impugnación ante cualquier tribunal de justicia, incluido el Tribunal Constitucional. Impedir al recurrente acceder a un tercero imparcial, vulneró el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

189

La Gran Sala, también destacó que, al incumplir su mandato como presidente, el recurrente fue trasladado a un puesto de menor grado y remuneración. El hecho de que fuese presidente de la Corte Suprema y ejerza principalmente funciones de coordinación y representación no lo priva de la independencia judicial de la que gozan otros jueces. En el presente caso, no existía sustento jurídico para terminar anticipadamente el mandato del recurrente, máxime si en su propia legislación se establecían los supuestos donde se puede separar a los jueces del cargo. Asimismo, la protección del derecho del demandante a cumplir su mandato completo estaba respaldada por los principios de independencia judicial e inamovilidad de los jueces.

De igual manera, si bien no lo dice expresamente, la Gran Sala considera que se ha vulnerado la independencia judicial en su vertiente estatutaria en tanto la denegatoria de acceso a un tribunal, específicamente a iniciar un proceso, constituye un elemento inherente a lo regulado en el

artículo 6.1 del Convenio que protege las garantías tanto en la organización y composición del Tribunal, más aún en el desarrollo del proceso.

Para el presente artículo, importa destacar la violación clara al principio de independencia judicial tanto en su dimensión externa como estatutaria, como ya ha quedado sentado en los párrafos precedentes. En efecto, la dimensión externa se afectó cuando el Parlamento impidió que el demandante cumpliera con su mandato, en especial si la nueva Constitución permitió la aplicación retroactiva de una de sus disposiciones normativas. En ese sentido, si se demostró la vulneración del artículo 6.1 del Convenio, también se vulneró la dimensión estatutaria, pues se impidió el ejercicio de sus funciones como presidente de la Corte Suprema y tampoco tuvo la oportunidad de cuestionar dicha separación.

El iliberalismo constitucional sumado a un proceso constituyente legitimó formalmente el menoscabo a la independencia del Poder Judicial; en suma, una constituyente iliberal puede presentar muchos más retrocesos que avances, a pesar de presentarse con un atuendo democrático.

V. EL CASO DE POLONIA

Con fecha 24 de junio de 2019, la Gran Sala del Tribunal de Justicia emitió la sentencia del caso Comisión Europea contra República de Polonia⁴, en donde se condenó al mencionado estado por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 19 del Tratado de la Unión Europea, apartado 1, párrafo segundo, al prever tanto la aplicación de la medida de reducción de la edad de jubilación de los jueces en ejercicio del Tribunal Supremo, nombrados con anterioridad al 3 de abril de 2018, así como por atribuir al presidente de la república la facultad discrecional para prorrogar la función jurisdiccional en activo de los jueces de dicho Tribunal una vez alcanzada la nueva edad de jubilación.

El 20 de diciembre de 2017, el presidente de la república de Polonia promulgó la “Nueva Ley del Tribunal Supremo”, que entró en vigencia el

4 La sentencia en su integridad se encuentra publicada en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62018CJ0619>

3 de abril de 2018. Dicho documento normativo, en su artículo 37 señalaba que los jueces del Tribunal Supremo se jubilarán el día en que cumplan 65 años, salvo que presenten una declaración, con una antelación máxima de 12 meses y mínima de 6 meses antes de alcanzar los 65 años. En dicha declaración deben manifestar su deseo de continuar en el cargo y acreditar que su estado de salud no es inconveniente para ello, siempre que el presidente de la república de Polonia conceda una autorización de prórroga de sus funciones. A su turno, el artículo 111 de la mencionada ley señaló que los jueces que hayan alcanzado 65 años a la fecha de entrada en vigor de la ley o los cumplan en los siguientes tres meses, pasarán a estar en situación de jubilación desde el día siguiente al transcurso del plazo de tres meses, salvo que el presidente de la república los autorice a seguir desempeñando el cargo.

En la sentencia, se menciona que la independencia judicial tiene dos aspectos. El primero de ellos es el externo, que supone la autonomía en el ejercicio de las funciones judiciales, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto de terceros. El segundo de ellos es de orden interno, el cual se asocia al concepto de imparcialidad y se refiere a la equidistancia que debe guardar el órgano de que se trate con respeto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de dicho litigio, en buena cuenta, exige respeto de la objetividad y la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea la estricta aplicación de las normas jurídicas (párrafo 72 y 73).

Desde esa perspectiva, el Tribunal de Justicia argumenta que si bien se puede fomentar el establecimiento de una estructura de edades equilibradas, facilitando el acceso a personas jóvenes, ello no se advierte en la exposición de motivos del documento normativo impugnado. De igual manera, la facultad discrecional del presidente para conceder hasta dos prórrogas consecutivas a aquellos jueces que superen los 65 años de edad, en realidad es una forma de apartar a un grupo determinado de jueces, que no eran acordes al régimen. De hecho, acortar el ejercicio de funciones de dichos jueces afectó a un tercio de ellos, especialmente a su “Presidenta Primera”, cuyo mandato de seis años establecido por la Constitución fue reducido al entrar en vigor la cuestionada ley. Como subrayó el mencionado Tribunal, esto supuso una profunda reestructuración de la composición del Tribunal Supremo como resultado de una reforma dirigida específicamente a este

órgano constitucional, lo cual suscitó dudas sobre el verdadero carácter de esta reforma y las finalidades que realmente perseguían.

Como puede apreciarse el menoscabo a la independencia judicial en sus tres ámbitos fue debidamente acreditado. Por un lado, la independencia externa se vio afectada con la injerencia del Poder Ejecutivo para otorgar prórrogas a los jueces que a pesar de cumplir la edad de 65 años tuvieran la voluntad de continuar en el cargo. Claramente, esta potestad presidencial se traducía en otorgar la autorización a quienes no tenían críticas al régimen y, eventualmente, pudieran legitimar las reformas que haga el régimen. Por otro lado, la independencia interna, también se afectó en la medida que los jueces que hubieran obtenido el permiso presidencial eran más proclives a fallar a favor de los intereses del Ejecutivo en los casos que conocían; el compromiso del juez frente a una de las partes era latente. Finalmente, la independencia estatutaria, también se vio comprometida, pues al afectar a un tercio de los jueces del Tribunal Suprema, no solo supuso una reestructuración del órgano señalado, sino que estos jueces dejaban de tener todos esos derechos y deberes inherentes a la función jurisdiccional.

VI. CONCLUSIONES

- Los estados constitucionales contemporáneos están en constante cambio. Estos cambios no necesariamente implican mejoras, sino también retrocesos. La lucha por controlar y limitar el poder político no es tarea sencilla, pues ello repercute no sólo en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino también en el sistema democrático.
- Si bien la democracia es un concepto jurídico indeterminado, existe consenso en considerarla como el medio por el cual un gobierno adquiere legitimidad tanto con el pueblo como con otros estados. En este contexto, un sistema democrático permite controlar el ejercicio del poder político, no solo del gobierno de turno, sino también de los otros órganos constitucionales. En efecto, los tres clásicos poderes junto a los órganos constitucionalmente autónomos trabajan bajo

determinadas normas de competencia a efectos que puedan cooperar entre ellas, pero también limitarlas si así se requiere.

- No obstante este escenario democrático, algunos países como Hungría, Polonia, Turquía, Venezuela o Bolivia están girando hacia una democracia iliberal, que también funciona bajo una Constitución. La calificación a un estado como iliberal no es baladí, puesto que llegan al poder bajo unas elecciones transparentes, con pocos cuestionamientos, pero que a lo largo de los años va cambiando radicalmente.
- Identificar un estado iliberal no es tarea sencilla, salvo el caso de Hungría que se calificó como tal, por lo que luchar contra ello se dificulta. La detección es complicada porque tienen una legitimidad de origen y los ataques a las instituciones democráticas no son directas o totales, sino paulatinas; en términos de Ginsburg nos enfrentamos a una erosión democrática.
- Uno de los objetivos preferidos del iliberalismo constitucional es el menoscabo del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. Reducción de salarios, disminución de la edad de jubilación, impedir el cumplimiento de mandatos para el ejercicio del cargo de juez o como titular de su entidad, solicitar permisos al presidente de la república para continuar ejerciendo el cargo son algunos ejemplos del constante asedio a la judicatura que tienen por finalidad el quiebre de su independencia.
- En dicho contexto, han sido los Tribunales Internacionales quienes se han visto en la obligación de tutelar la independencia judicial, siendo los casos de Hungría y Polonia son claros ejemplos de ello.
- A pesar de ser un concepto poliédrico, la independencia judicial puede entenderse desde diferentes ámbitos: 1) Externa, 2) Interna y 3) Estatutaria. La primera está referida a la no injerencia por parte de otros órganos estatales o de cualquier tercero; la segunda se entiende como imparcialidad e impide que el juez esté directa o indirectamente relacionado con las partes procesales o con el objeto del litigio; la última está referida al ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes inherentes al cargo de juez. Estos tres aspectos se encuentran

íntimamente relacionados, puesto que la incidencia positiva o negativa en uno de ellos, repercutirá en los otros. Desde esa perspectiva, la independencia judicial opera por niveles, se examina caso a caso, ya que su afectación no siempre es total. Así, ocurrirán supuestos donde se vulnere levemente de la independencia externa, pero la interna y estatutaria puedan ser gravemente dañadas. Estas repercusiones graduales, hacen que la independencia pueda ser entendida como un principio, es decir, como mandatos de optimización que dependen de sus posibilidades fácticas y jurídicas.

- Si la independencia judicial es un principio, entonces, los conflictos con otros principios deberán resolverse con el análisis de proporcionalidad, el cual determinará la intensidad de la afectación del mencionado principio. Sin embargo, este último aspecto no ha sido aún desarrollado por la judicatura a pesar de tener la oportunidad. Hacerlo daría más racionalidad y precisaría mejor las caras del poliedro llamado independencia judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló Regla, J. (2012). Aplicación del derecho, independencia e imparcialidad. *Novos Estudos Jurídicos*, 161-172.
- Andrés Ibáñez, P. (2012). La independencia judicial y los derechos del juez. En A. Saiz Arnaiz (director), *Los derechos fundamentales de los jueces* (págs. 46-63). Madrid: Marcial Pons.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Biglino Campos, P. (2023). Los retos a la independencia judicial. En M. Aragón Reyes, D. Valadés, & J. Tudela Aranda (coordinadores), *Derecho constitucional del siglo XXI: Desafíos y oportunidades* (págs. 377-396). Madrid: Fundación Manuel Giménez Abad.
- Bustos Gisbert, R. (2022). *Independencia judicial e integración europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Cappelletti, M. (2009). *La responsabilidad de los jueces*. Lima: Communitas.
- Craig, P. (2019). Definition and conceptualisation of the rule of law and the role of judicial independence therein. En P. Craig, S. Adam, N. Diaz Abad, & L. Salazar, *Rule of law in Europe* (págs. 1-14). Bruselas: The European Judicial Training Network.
- García Amado, J. A. (2010). *El derecho y sus circunstancias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- García Amado, J. A., Dalla-Barba, R. G. (2022). *Principios jurídicos. El debate metodológico entre Robert Alexy y Ralf Poscher*. Lima: Palestra.
- Ginsburg, T., & Huq, A. (2018). *How to save a constitutional democracy*. Chicago: University Chicago Press.
- Laporta, F. (2019). Sobre la independencia del juez. *Claves de Razón Práctica* (265), 102-115.
- Linares, S. (2003). La independencia judicial: conceptualización y medición. En G. Burgos (editor), *Independencia judicial en América Latina ¿De quién? ¿Cómo?* (págs. 107-166). Bogotá: ILSA.
- Papayannis, D. (2019). Independencia, imparcialidad y neutralidad en la aplicación del derecho. En M. Vias-Dumas & D. Martínez Zorrilla (coordinadores), *Pensando al juez* (págs. 131-150). Madrid: Marcial Pons.
- Rosenbalt, H. (2022). The History of Illiberalism. En A. Sajó, R. Uitz, & S. Holmes, *Routledge Handbook of Illiberalism* (págs. 16-32). New York: Routledge.
- Sajó, A. (2021). *Ruling by cheating. Governance in illiberal democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Zakaria, F. (1997). The rise of illiberal democracy. *Foreign Affairs*, 22-43.

La vacancia presidencial por permanente incapacidad moral. Pasado, presente y futuro

The presidential vacancy due to permanent moral incapacity. Past, present and future

 ARTURO CRISPÍN SÁNCHEZ*

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo desarrollar el significado de la causal de vacancia por “permanente incapacidad moral”, teniendo en cuenta los antecedentes de su presencia desde la Constitución de 1839 hasta la Constitución vigente de 1993. Asimismo, se analizan los casos en los que se utilizó esta figura en contra de varios presidentes y se comenta la ocasión en la que el Tribunal Constitucional, dentro de un proceso competencial, decidió no pronunciarse sobre dicha figura. Finalmente, el autor establece su postura con respecto a qué debería suceder con la vacancia por “permanente incapacidad moral”, proponiendo que son necesarias las reformas constitucionales al respecto.

197

Palabras clave

Constitución, incapacidad moral, vacancia presidencial, impeachment, reforma constitucional.

* Coordinador ejecutivo de *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*. Estudios de maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Expasante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José, Costa Rica.

Abstract

The purpose of this article is to develop the meaning of the “permanent moral incapacity” vacancy cause, taking into account the antecedents of its presence from the Constitution of 1839 to the current Constitution of 1993. It also analyzes the cases in which this figure was used against several presidents and comments on the occasion in which the Constitutional Court, within a competence process, decided not to rule on this figure. Finally, the author establishes his position regarding what should happen with the vacancy for “permanent moral incapacity”, proposing that constitutional reforms are necessary in this regard.

Keywords

Constitution, moral incapacity, presidential vacancy, impeachment, constitutional reform.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. LA VACANCIA PRESIDENCIAL POR “PERMANENTE INCAPACIDAD MORAL” EN NUESTRAS CONSTITUCIONES. III. EL USO DE LA VACANCIA EN NUESTRA HISTORIA CONSTITUCIONAL Y EL CASO DE SEIS EXPRESIDENTES. IV. LA OPORTUNIDAD PERDIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN UN PROCESO COMPETENCIAL. V. LA VACANCIA FRENTE A UN GOLPE DE ESTADO FALLIDO: ERRORES EN LA ARGUMENTACIÓN DE LA DEFENSA DEL EXPRESIDENTE Y DESAFÍOS PARA LA JUSTICIA ORDINARIA, CONSTITUCIONAL E INTERAMERICANA. VI. LA PENDIENTE E INEVITABLE REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA VACANCIA PRESIDENCIAL

I. INTRODUCCIÓN

Nuestra historia constitucional refleja el tránsito circular en el uso de instituciones políticas como la vacancia presidencial, cuyo uso adecuado puede constituir una importante institución que permita la salvaguarda

de las bases de nuestra institucionalidad democrática, pero en el lado opuesto, su instrumentalización arbitraria puede generar, antes que un control y balance de poderes, escenarios de inestabilidad política y responder a intereses de alianzas o agrupaciones parlamentarias mayoritarias, antes que atender propiamente los intereses de la ciudadanía.

Manuel Vicente Villarán (1998) mencionaba que “El Ejecutivo y el Legislativo no son dos ruedas que marchan aparte, sino dos órganos que concurren a la realización del mismo propósito, de un solo objeto” (p. 363); sin embargo, esta búsqueda de colaboración de poderes ha sido excepcional a lo largo de nuestra historia constitucional. La vacancia presidencial ha sido utilizada en algunos casos con mayor justicia que en otros, pero continúa abierto el debate y pendiente la solución en torno a una de sus causales específicas: la “permanente incapacidad moral”.

Es así que la intención de las siguientes líneas es aproximarnos al significado de la “permanente incapacidad moral” y el sentido que debería ostentar en la actualidad, considerando su inserción por vez primera en la Constitución de 1839 hasta su continuidad en nuestra vigente Constitución de 1993 y los casos específicos en que se utilizó la vacancia en contra de diferentes presidentes a lo largo de nuestra historia constitucional (desde el primero hasta el último). Lo señalado, sin perjuicio del momento en que el Tribunal Constitucional decidió no pronunciarse (oportunidad perdida) en el marco de un proceso competencial y el rol que deberán desempeñar ahora los jueces constitucionales e interamericanos frente al golpe de Estado fallido propiciado por el expresidente Pedro Castillo.

De tal manera, a la luz de las lamentables experiencias que dan cuenta de la fragilidad de nuestras instituciones democráticas, brindaremos nuestra posición sobre lo que debería suceder con la vacancia por “permanente incapacidad moral”, argumentaremos a favor de las reformas constitucionales que son inevitables y enfatizaremos en la necesidad de adoptar mecanismos efectivos —como el adelanto de elecciones como reinicio político— para contribuir con la gobernabilidad democrática de nuestro país.

II. LA VACANCIA PRESIDENCIAL POR “PERMANENTE INCAPACIDAD MORAL” EN NUESTRAS CONSTITUCIONES

La vacancia presidencial -tal y como la concebimos en nuestro país- tiene sus raíces más lejanas en Inglaterra, en la conocida institución del *impeachment*. Esta institución habría influenciado diferentes países alrededor de Europa, Norteamérica y América Latina, pero cada uno con rasgos particulares en su diseño y tratamiento.

En Estados Unidos, cuyo modelo fue el que influencia de manera más contundente el consagrado en nuestro país, los delegados de la Convención de Filadelfia importaron la institución del “juicio político” de la ley inglesa, donde había sido un dispositivo para disciplinar y destituir a los ministros del Rey y que durante siglos erigió un poder central de responsabilidad parlamentaria (Ginsburg, Huq y Landau, p. 109).

En dicho país, su ámbito de aplicación incluyó a diferentes funcionarios estatales, dentro de los que se encuentra el Presidente, vicepresidente, e incluso, los jueces, cuando estos incurren en acciones que involucran traición, cohecho y otros delitos o faltas graves.

La excepcionalidad de la utilización del *impeachment* contra presidentes, lo evidenciaría la historia constitucional norteamericana, con casos muy puntuales donde se inició el procedimiento de destitución -de naturaleza esencialmente política- en contra de mandatarios como Johnson, Nixon, Clinton y Trump, pero sin lograr éxito por diferentes razones en cada caso en concreto. Como bien enfatizaba Díez-Picazo (1996), el *impeachment* “es el mecanismo último a que el poder legislativo puede recurrir para liberar al país de aquellos miembros y agentes del poder ejecutivo, incluido el Presidente, que se hayan hecho indignos de permanecer en el cargo a causa de ‘delitos y faltas graves’” (p. 99).

Ahora bien, una mirada al tratamiento nacional que ha recibido la institución de la vacancia presidencial nos remonta a la Constitución de 1834.

Recordemos que esta Constitución si bien reprodujo –en su mayoría- diversas disposiciones de la Constitución de 1828 “La madre de las

Constituciones”, reflejó la búsqueda de imponer restricciones a los poderes de la Presidencia de la República, debido a la experiencia sufrida con el gobierno autoritario de Agustín Gamarra (Pareja Paz-Soldán, 1966, p. 78), el cual se caracterizaba por su afán expansionista. Así, se introduce la figura de la vacancia del presidente de la República en los siguientes términos:

Constitución de 1834.

Art. 80º.- **El Presidente de la República vaca por muerte**, admisión de su renuncia, **perpetua imposibilidad física**, destitución legal y término de su período constitucional. (El énfasis es nuestro).

En esta primera fórmula se destaca únicamente la “imposibilidad física” –no moral– como causal de vacancia presidencial.

La causal referida a la “imposibilidad moral” se introduciría en la Constitución de 1839. La denominada “Constitución de Huancayo” logró regir doce años, reforzó los poderes presidenciales y fue claramente centralista. Vicente Villarán (1998) resalta que mediante esta Carta Fundamental se limitó la responsabilidad del presidente durante su mandato, introduciéndose la causal referida a los actos contra la unidad e independencia nacional debido a los acontecimientos relacionados a la Confederación Perú-Boliviana (p. 548). Sin perjuicio de ello, podemos observar a diferencia de la Constitución anterior, una división entre vacancia de hecho y de derecho. En este segundo grupo, se encuentra la causal referida a la “perpetua imposibilidad física o moral”:

Constitución de 1839.

Art. 81º.- La Presidencia de la República **vaca de hecho** por muerte, o por cualquier pacto que haya celebrado contra la unidad e independencia nacional; **y de derecho** por admisión de su renuncia, **perpetua imposibilidad física o moral**, y término de su período constitucional. (El énfasis es nuestro)

En la Constitución de 1856, y como respuesta a su predecesora, se reforzaron los poderes del Legislativo y se disminuyó la autoridad del Ejecutivo, a pesar del desagrado de Ramón Castilla, pero quien logró acceder a la presidencia con el apoyo de políticos liberales que impulsaron precisamente dicha Constitución. Entre las medidas incorporadas se encuentran

la delegación al Congreso de la facultad desaprobando los nombramientos militares del Ejecutivo, con la intención que el presidente no obtenga su apoyo y se evite la dominación militar (Vicente Villarán, 1998, p. 559). Otra modificación que refleja el reforzamiento de los poderes legislativos, y esta vez en el ámbito de la vacancia presidencial nos la brinda Pareja Paz-Soldán (1966), quien enfatiza en la facultad de la Cámara de Diputados de acusar al presidente por impedir la reunión del Congreso, intentar disolverlo o suspender sus sesiones (p. 97).

Respecto a la causal moral de vacancia presidencial, observamos el cambio de términos de “perpetua imposibilidad” por simplemente “incapacidad”, conservándose lo referido a la connotación moral o física. Así, el texto consagró lo siguiente:

Constitución de 1856.

Art. 83º.- *La Presidencia de la República vaca de hecho:*

1º.- *Por muerte.*

2º.- *Por celebrar cualquier pacto contra la independencia o integridad nacional.*

3º.- *Por atentar contra la forma de Gobierno.*

4º.- *Por impedir la reunión del Congreso, suspender sus sesiones o disolverlo.*

Vaca de derecho:

1º.- *Por admisión de su renuncia.*

2º.- ***Por incapacidad moral o física.***

3º.- *Por destitución legal.*

4º.- *Por haber terminado su período.*

(El subrayado es nuestro)

La Constitución de 1860 fue la de mayor duración en nuestra historia constitucional. Esta pretendió encontrar un punto medio entre el tono presidencialista o de mayor poder parlamentario de sus predecesoras inmediatas. El fallecido magistrado Ramos Núñez (2019) mencionaba que “El conflicto ideológico entre conservadores, a cuya cabeza se hallaba un hombre de talento y acción, Bartolomé Herrera, de un lado, y los liberales de otro, como los hermanos Pedro y José Gálvez, el jurista Manuel

Toribio Ureta, habría de generar un producto intermedio: la Constitución de 1860” (p. 71).

En el ámbito de la vacancia presidencial, se dispuso la reincorporación del adjetivo “perpetua” y la añadió a la incapacidad moral. Asimismo, puede observarse que en esta Constitución se redujeron las causales de vacancia en comparación con su antecesora:

Constitución de 1860.

Artículo 88.- La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte:

1. ***Por perpetua incapacidad, física o moral del Presidente.***
2. *Por la admisión de su renuncia.*
3. *Por sentencia judicial que lo declare reo de los delitos designados en el artículo 65.*
4. *Por terminar el período para que fue elegido.*

(El énfasis es nuestro)

203

Cuando Luis Felipe Villarán (2016) comenta la Constitución de 1860, señala que “Las causas de vacancia de la presidencia y de suspensión de su ejercicio, consignadas en los artículos 88 y 93 de la Constitución, se justifican por sí mismas” (p. 367). Asimismo, de una lectura de la citada disposición puede observarse una remisión al artículo 65, donde se abordan las excepciones a la prohibición de procesabilidad del presidente durante el ejercicio del cargo, a propósito del cual menciona que:

“[e]s [...] indispensable garantizar la independencia del poder ejecutivo. La excesiva facilidad para acusar al presidente, haría vacilante y débil su acción; el presidente sería el subordinado del tribunal o jurado encargado de juzgarlo; el periodo presidencial sería incierto, y la oposición dispondría de un arma formidable contra el gobierno” (Villarán, 2016, p. 378).

La Constitución de 1867, impulsada por Mariano Ignacio Prado, presentó un tono parlamentario –muy similar a su antecedente de 1856- y pretendió un régimen con mayor protagonismo y autoridad legislativa; sin embargo, solo sobrevivió meses, pues el contexto en que surgió fue el de

un contexto bélico en el que la revolución conservadora triunfó a cargo del General Diez Canseco. En torno a la vacancia presidencial se volvieron a ampliar las causales para su configuración -lo cual tiene lógica con la posición que deseaban para el Parlamento en el esquema de poderes- y en lo referido a la vacancia por la causal de incapacidad moral se volvió a retirar el adjetivo “perpetua”¹. Sin perjuicio de ello, recordemos que esta Constitución tuvo duración corta, restaurándose la Constitución de 1860 hasta 1920.

Durante la denominada “Patria Nueva” de Augusto B. Leguía, se promulgó la Constitución de 1920 con un acentuado perfil social, derivado de la influencia de la “Constitución Socialista de Weimar y su aspecto nacionalista de la Constitución mexicana de Querétaro” (Pareja Paz-Soldán, 1966, p. 170). Como advierten Henry Pease y Gonzalo Romero (2013) a propósito de esta Carta Fundamental, “las garantías sociales estaban dirigidas a ciertos grupos sociales, especialmente a los más marginados, lo cual le daba a Leguía ciertas herramientas para conseguir el apoyo de este sector” (p. 65).

En relación al tratamiento de la vacancia presidencial, la Constitución de 1920 modificó el término “perpetuo”, incorporando así el adjetivo “permanente” de la incapacidad física y moral, así como destacó en que el poder político y legitimado para considerar la configuración de dicha causal de vacancia era el Congreso de la República. Esto último, resaltaría la autonomía e independencia del Parlamento para la correspondiente interpretación y determinación de vacancia física o moral, según sea el caso. Así, la Carta Fundamental estableció que:

- 1 La **Constitución de 1867** estableció lo siguiente:
Art. 79°.- La Presidente de la República vaca de hecho:
 - 1.- Por muerte del Presidente.
 - 2.- Por celebrar cualquier pacto contra la independencia o integridad nacional.
 - 3.- Por atentar contra la forma de gobierno.
 - 4.- Por impedir la reunión del Congreso, suspender sus sesiones o disolverlo.*Art. 80°.- Vaca de derecho:*
 - 1.- Por admisión de su renuncia.
 - 2.- **Por incapacidad moral o física.**
 - 3.- Por haber terminado su periodo.
 - 4.- Por sentencia judicial que lo declare reo del delito que motivó su suspensión conforme al artículo 79°, incisos 2°, 3° y 4°.

Constitución de 1920.

Art. 115°.- La presidencia de la República vaca, además del caso de muerte:

1°.- Por permanente incapacidad física o moral del Presidente declarada por el Congreso;

2°.- Por admisión de su renuncia;

3°.- Por sentencia judicial que lo declare reo de los delitos designados en el artículo 96°.

(El subrayado es nuestro).

Después de la caída de Leguía, el militar Sánchez Cerro asumió el poder y designó una Comisión conformada por distinguidos juristas que se encargaría de la elaboración de un proyecto de nueva Constitución, lo cual derivaría en el conocido “Anteproyecto Villarán” de 1931, el cual luego serviría de fuente para la Constitución de 1933, aunque esta última no terminaría consagrando la totalidad de sus propuestas.

Chirinos Soto (1991) decía sobre esta Carta Fundamental que “los constituyentes de 1931 tuvieron el propósito de implantar el régimen parlamentario [...] Un parlamentarismo no tan atenuado después de todo porque las Cámaras, capaces de derribar ministros, nunca pueden ser disueltas” (p. 60). Por otro lado, el exmagistrado Ramos Núñez (2019) destacó que “Si la Constitución de 1856 es reconocida por los importantes aportes desde la perspectiva liberal, la Carta del 33 será igual de determinante por el reconocimiento de los derechos de carácter social” (p. 95).

La redacción de la vacancia presidencial contenida en la Constitución de 1933² fue muy similar a su antecesora, aunque agregó la causal referida a la salida del presidente del territorio sin permiso del Parlamento,

2 **Constitución Política de 1933.**

Artículo 144.- *La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte:*

1. ***Por permanente incapacidad física o moral del Presidente declarada por el Congreso;***

2. *Por la aceptación de su renuncia;*

3. *Por sentencia judicial que lo condene por los delitos enumerados en el artículo 150;*

4. *Por salir del territorio de la República sin permiso del Congreso; y*

5. *Por no reincorporarse al territorio de la República vencido el permiso que le hubiere concedido el Congreso.*

así como por su no retorno de acuerdo al plazo concedido. Sobre el asunto del presente trabajo, vale decir que cuando Paz-Soldán (1966) analiza el artículo 144 de esta Constitución, señala que: “La incapacidad física puede estar determinada por locura, idiotez o parálisis. Lo moral por corrupción, venalidad o prodigalidad. Pero no basta que exista la incapacidad, sino que tiene que ser declarada por el Congreso” (p. 238).

La Constitución de 1979 fue el resultado de una Asamblea Constituyente presidida por Víctor Raúl Haya de la Torre, la cual llegó a consensos pluralmente y representó un cierre a un largo período -poco más de una década- de gobiernos militares. Esta Carta Fundamental contuvo diversos aportes de enorme relevancia constitucional, como la economía social de mercado, la protección de los derechos sociales y la consagración del Tribunal de Garantías Constitucionales.

En torno a las causales de vacancia contempladas por el Constituyente, la fórmula final fue la siguiente:

206

Constitución Política de 1979.

Artículo 206. *La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte por:*

1. ***Incapacidad moral o permanente incapacidad física declarada por el Congreso.***
2. *Aceptación de la renuncia por el Congreso.*
3. *Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no reincorporarse al cargo al vencimiento de este, y*
4. *Destitución al haber sido sentenciado por alguno de los delitos mencionados en el Artículo 210.*

(El énfasis es nuestro).

En su momento, Bernales Ballesteros y Marcial Rubio (1985) se pronunciaron sobre esta disposición de la Constitución, expresando su preocupación por la amplitud de la causal referida a la “incapacidad moral”:

“Es clara la proposición en cuanto a la permanente incapacidad física y no requiere comentario. La incapacidad moral parece también una proposición necesaria, pero de más compleja aplicación que la

anterior. ¿En qué consiste la incapacidad moral? Pueden darse en efecto situaciones públicas que hagan evidente tal incapacidad hasta el extremo de interferir las funciones presidenciales y hacer aconsejable su remoción. No puede descartarse sin embargo el peligro de apreciaciones subjetivas por enemistad política de un Congreso mayoritariamente hostil. El caso aún cuando improbable ameritaba una redacción más precisa y cuidadosa” (El énfasis es nuestro) (p. 364).

Evidentemente, en este contexto todavía no podían predecir que el significado de la permanente incapacidad moral sería objeto de amplio debate posteriormente y que sería utilizado en diversas oportunidades por el Congreso para colocar en aprietos al Ejecutivo en escenarios de crisis políticas.

La Carta de 1993 emitida durante el régimen fujimorista fue elaborada de manera elitista y cerrada, en abierto contraste a su antecesora. Esta Carta Fundamental restituyó el modelo unicameral del Parlamento, y confirmó predeciblemente amplios poderes al Ejecutivo, aunque conservó las cláusulas de determinación de responsabilidad del presidente. Asimismo, uno de los rasgos singulares de la Constitución fue el establecimiento del rol subsidiario del Estado en la economía.

207

Pedro Planas (1992) señaló cuando se impulsaba la creación de la Carta de 1993 que:

“Ninguna Asamblea Constituyente sesiona dentro de una campana de vidrio, aislada de la realidad política del momento. No puede transportarse [...] así no más como modelo, a la Constituyente de 1979. Ella tuvo la irrepetible ventaja de estar presidid[a] por un gobierno militar interesado en transferir el poder a la civilidad y que no intervino directamente en la Constituyente [...] Caso muy distinto al del señor Fujimori, quien quiere imponernos no sabemos qué tipo de reformas constitucionales y hacer una nueva Constitución que lleve su nombre y apellido” (p. 364).

La Constitución de 1993 no insertó cambios sustanciales en la fórmula de su antecesora sobre la vacancia presidencial. La disposición normativa que reguló las causales de vacancia presidencial fue el artículo 113 de la Constitución, la cual perdura hasta nuestros días de la siguiente manera:

Constitución Política de 1993.

Artículo 113.- *La Presidencia de la República vaca por:*

- 1. Muerte del Presidente de la República.*
- 2. Su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso.*
- 3. Aceptación de su renuncia por el Congreso.*
- 4. Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no regresar a él dentro del plazo fijado y*
- 5. Destitución, tras haber sido sancionado por alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 117 de la Constitución.*

(El énfasis es nuestro).

Cuando Chirinos Soto (1995) comentó esta disposición, advirtió que, a diferencia de la Carta de 1979, se había introducido esta vez el adjetivo “permanente” no solo a la incapacidad física sino también a la incapacidad moral. Asimismo, enfatizó sobre el carácter “desdoroso” de los actos que podrían acarrear la vacancia presidencial bajo esta causal (p. 230).

En tal sentido, una mirada sobre nuestras Constituciones y el contexto en el cual surgieron a lo largo de nuestra historia, nos permite observar cómo ha variado progresivamente la regulación de la vacancia presidencial. En muchos casos, la ampliación o reducción de las causales de vacancia han girado en torno a los intereses del gobierno de turno y al tono presidencialista o parlamentario que los Constituyentes han pretendido dotar a cada Carta Fundamental.

Sin perjuicio de ello, hemos observado como en el transcurso del tiempo desde la Constitución de 1839 ha sido casi uniforme la presencia de la “incapacidad moral permanente”, aunque variando en términos (originalmente se consagró con el término “imposibilidad”) y también en torno al rasgo de persistencia que debe caracterizar al impedimento físico o moral (en ocasiones, se consignó el término “perpetuo” y, en otras, simplemente se retiró).

Ahora bien, el debate que se ha abierto en los últimos años en torno al significado de la “permanente incapacidad moral” nos obliga a no solo observar lo que las Constituciones han regulado sobre este asunto, sino

también el tratamiento que ha recibido esta institución a lo largo de nuestra historia constitucional.

Un sector de la doctrina nacional en la actualidad ha argumentado que esta causal habría sido resultado de la influencia que el Derecho francés tuvo en nuestros Códigos y en las Constituciones del S. XIX, por lo que la incapacidad moral debería entenderse como una de índole mental; pero en las líneas anteriores podemos observar también que diferentes constitucionalistas de otras épocas tenían una interpretación distinta sobre esta causal. De modo que, consideramos importante observar cuál ha sido el tratamiento -en los hechos- de esta institución en el caso de anteriores presidentes de la República y, después de ello, brindar nuestra posición sobre lo que debería ser el futuro manejo de la vacancia por permanente incapacidad moral.

III. EL USO DE LA VACANCIA EN NUESTRA HISTORIA CONSTITUCIONAL Y EL CASO DE SEIS EXPRESIDENTES

209

A lo largo de nuestra historia constitucional, podemos observar el uso de la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral -aunque no siempre bajos dichos términos y con el resultado de la destitución- en contra de seis expresidentes de la República en escenarios de alta tensión política.

Así, encontramos el caso de José de la Riva Agüero en el contexto de consolidación temprana de la independencia de nuestro país; el caso Guillermo Billinghurst en el marco de un gobierno populista pero con fuerte oposición parlamentaria; el caso Alberto Fujimori Fujimori en un escenario de postconflicto armado interno, corrupción, violación de derechos humanos y renuncia del gobernante desde el exterior; la renuncia de Pedro Pablo Kuczynski frente a un inminente segundo pedido de vacancia presidencial luego que se destaparan acusaciones en su contra por presuntos actos de corrupción; la vacancia de Martín Vizcarra, quien llegó al poder vía sucesión presidencial y cuya destitución del cargo generó fuertes críticas en su momento, aunque posteriormente se vio notoriamente desprestigiado por acceder a la vacuna de manera clandestina durante la crisis sanitaria, siendo incluso inhabilitado por el Parlamento; y, finalmente, el

reciente caso de Pedro Castillo, quien desempeñó el cargo presidencial brevemente, con múltiples denuncias por presuntos actos de corrupción, generando su vacancia y procesamiento penal luego que llevara a cabo un golpe de Estado fallido.

A continuación, abordaremos cada caso en particular.

1. *José de la Riva Agüero y Sánchez Boquete*

El primer presidente de nuestro país fue vacado. José de la Riva Agüero fue nombrado presidente por una composición minoritaria del Congreso de su época, en un contexto de inestabilidad política, en el cual se llevó a cabo la proclamación de la Constitución de 1823 –la cual no logró entrar en vigencia- y donde recién se delineaba el régimen de gobierno del país. El poder político de José de la Riva Agüero, además de gozar de un mínimo respaldo parlamentario, se enfrentó a la concentración de poder militar que se delegó a favor de Sucre y Simón Bolívar³.

210

A propósito de este contexto histórico, Lizardo Alzamora (2004) comentó que:

“Con la división del Congreso, las Bases era un instrumento ilusorio y el Congreso, encargado de su supervigilancia, un fantasma de sí mismo. Con el fortalecimiento del poder nominalmente militar de Sucre, él quedaba convertido en árbitro de la situación y la ley militar en Código del país. Con la llegada en Bolívar, en fin, todo asomo de legislación y de gobierno quedaba relegado a segundo término. No primaba sino la voluntad del Libertador, la cual, no tardaría en manifestarse de manera rotunda” (p. 213).

De esta manera, en un contexto hostil para Riva Agüero, en donde, además, “la suerte de las armas no fue favorable al Perú; no obstante, la

3 Al respecto, vale recordar lo señalado por Elizabeth Hernández (2019) respecto a que “El Congreso fue el que invitó primero a Bolívar a venir al Perú, saltándose la autoridad de Riva Agüero. El Congreso fue, por tanto, uno de los que atizó la rivalidad y la discordia entre ambos personajes. Riva Agüero con ello incrementó su hondo rechazo a los colombianos, a lo que Sucre contribuyó con sus acciones políticas, consideradas por Riva Agüero como intrigas” (p. 111).

actividad y patriotismo del Presidente” (Villarán, 1998, p. 490), el Congreso procedió a destituir a Riva Agüero, a fin de “allanar el camino de Simón Bolívar” (Hernández, 2019, p. 125). De tal manera, emitió un decreto “exonerando” al presidente del gobierno:

“Teniendo en consideración lo expuesto verbalmente por el Presidente de la República a los Señores Presidente y dos Diputados del Soberano Congreso, asegurándoles que estaba llano a dimitir el mando y retirarse al punto que la Representación Nacional designase; y siendo indispensable tomar las medidas necesarias para conservar la unión y activar la cooperación de todas las autoridades y ciudadanos para el grande objeto de salvar la patria y afianzar su libertad, ha venido en decretar y decreta:

1º Que el Gran Mariscal Don José de la Riva Agüero queda exonerado del gobierno

2º Que se expida al Gran Mariscal Don José de la Riva Agüero, pasaporte para que pueda retirarse del territorio de la República, y al punto de acordarse el supremo poder militar, luego que le haya dado la instrucción necesaria sobre todo lo relativo a guerra y hacienda, y dejando apoderado instruido que responda de la residencia, según las leyes.” (El énfasis es nuestro)⁴.

Así, el caso de José de la Riva Agüero se convirtió en el primer antecedente en torno a la destitución de un presidente a nivel nacional y su vacancia -aunque no estaba propiamente regulada en dichos términos, pero sus efectos serían similares a los de la “exoneración” del cargo- en un contexto histórico donde todavía se estaban construyendo las bases para la independencia del país, se adolecía de una mala relación entre el Ejecutivo y el Legislativo y el poder militar desempeñaba un papel determinante.

4 El decreto expedido por el Congreso Constituyente del Perú contra Riva Agüero puede verse en la compilación realizada por los historiadores De la Puente Candamo y Deustua Pimentel (2018, p. 338) publicada por el Congreso de la República y otras instituciones a nivel nacional.

2. *Guillermo Billinghurst Angulo*

El segundo antecedente histórico en torno al uso de la vacancia lo encontramos en el siglo XX, concretamente en el gobierno de Billinghurst. La victoria electoral del “Pan grande” encuentra escenario en la confrontación existente entre los civilistas y los demócratas, luego del primer gobierno de Augusto B. Leguía. El corto gobierno del expresidente Billinghurst se caracterizó por impulsar medidas como la jornada laboral de ocho horas y al encontrar resistencias en el Parlamento, decidió gobernar por decretos y con ayuda de su popularidad con las masas (Pease y Romero, 2013, p. 56).

En dicho escenario de relaciones problemáticas entre el Ejecutivo y el Legislativo –dado el bloqueo en sede parlamentaria de las medidas impulsadas por Billinghurst– el descrédito de los congresistas, la radicalización de las protestas de diversos sectores de la ciudadanía y los rumores que el presidente podría llevar a cabo la disolución del Parlamento a pedido de las diferentes manifestaciones provincianas (Salinas, 2014, pp. 379-381), devino en que finalmente se lleve a cabo el golpe de Estado en su contra por el coronel Óscar Benavides, a través de la denominada “reacción constitucional” (Salinas, 2014, pp. 393-397).

Al respecto, Enrique Chirinos Soto señalaba que “Del golpe de estado, en la variante Legislativo contra Ejecutivo, tenemos ejemplo en la historia del Perú. Es el que da el 4 de febrero de 1914 la guarnición de Lima, a órdenes del entonces coronel Oscar R. Benavides con respaldo de la mayoría parlamentaria, para obtener, a viva fuerza, la dimisión del Presidente de la República, don Guillermo Billinghurst. Ese golpe representa la primera interrupción y la primera intromisión del ejército en la serie –habría que decir feliz- de gobiernos civiles y constitucionales que se inicia con Nicolás de Piérola en 1895” (Chirinos Soto, 1991, p. 166).

Luego del golpe de estado, se publicó un manifiesto titulado “El Congreso de la República a la Nación”, que habría sido suscrito por los diversos partidos políticos con la finalidad de ser publicado cuando Billinghurst disolviera el Parlamento (Salinas, 2014, pp. 399-400). Este manifiesto establecía lo siguiente:

“Y teniendo en consideración la serie de delitos perpetrados por el jefe del Poder Ejecutivo, que causan irreparable daño a la nación y que **revelan absoluta incapacidad moral para regir los destinos del Perú**, el Congreso ejerce la atribución que le confiere el inciso 12 del artículo 59 de la Constitución y de conformidad con el artículo 88 de la misma, declara:

- 1º Que ha vacado la Presidencia de la República porque don Guillermo Billinghurst está absolutamente incapacitado para continuar ejerciendo el mando que le confirió el Congreso en 1912 y en el cual cesa desde este momento;
- 2º Que don Guillermo Billinghurst queda fuera de la Constitución y de las leyes, conforme al precedente parlamentario de 23 de julio de 1872”⁵ (El énfasis es nuestro).

En tal sentido, si bien lo que se sucedió en este caso fue propiamente un golpe de Estado militar, puede observarse que uno de los caminos que estaba dispuesto a adoptar el Congreso de la República en caso se pretendiera disolver el Parlamento, era la vacancia del presidente por incapacidad moral. La base normativa a la que se alude en el manifiesto citado *supra*, es la referida a la facultad de vacar al presidente que ostentaba el Congreso en la Constitución de 1860. Como se puede observar, se acudiría a la incapacidad moral, no interpretada en términos de salud física o mental, sino sobre la base de acciones del Ejecutivo que generarían un daño a la Nación.

3. *Alberto Fujimori Fujimori*

Uno de los antecedentes acaecidos a finales del siglo XX, fue el caso del expresidente Alberto Fujimori. Su gobierno se caracterizó por la corrupción generalizada, la violación de derechos humanos, la compra de medios de prensa, la disolución inconstitucional del Parlamento, el resquebrajamiento de la institucionalidad democrática y autonomía de diferentes entidades del Estado, entre otros lamentables hechos.

5 Véase lo publicado por el diario *El Comercio*, con fecha 4 de febrero de 1914.

En el ocaso de su gobierno, el expresidente –en aquel entonces presionado por los escándalos de corrupción que involucraban a su anterior asesor Montesinos- viajó con la autorización del Congreso hacia la Cumbre de Líderes del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) y la Décima Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado, en Brunei y Panamá. Sin embargo, una vez en el extranjero decidió variar su itinerario y culminó viajando a Japón, desde donde renunciaría por medios informales a la jefatura del Estado.

Es así que, el Congreso, a pesar de poder invocar el inc. 4 del art. 113 de la Constitución y aplicar la vacancia por abandono del cargo al no retornar al país en el plazo concedido para su viaje, decidió rechazar la renuncia y proceder a la vacancia del expresidente por su permanente incapacidad moral (Eguiguren, 2007, p. 222).

Al respecto, el congresista Ferrero Costa, mencionó lo siguiente durante la sesión del Congreso que declaró la vacancia del expresidente:

214

“Es precisamente por el afán de perpetuarse en el poder que encarga a Montesinos –o que comparte con él, o que deja hacer a él– un operativo mediante el cual modifica la voluntad popular para lograr en el Congreso una mayoría que el pueblo no le había concedido con el voto. ¿Y cuándo termina esto? En el momento en que, frente a los acontecimientos, frente a la vergüenza, frente a la desgracia, el mandatario que debía responder al Perú entero, porque era nuestro Presidente, dice: ‘Me voy’. Y desaparece, con la indignación de su gabinete, con el descontento de sus congresistas, con la renuncia de gente de su confianza que no aguanta más que no haya tenido, por lo menos, el coraje de venir a decirnos que había decidido irse”⁶.

De esta manera, mediante la R. Leg. N° 009-2000-CR, se declaró la permanente incapacidad moral del expresidente Fujimori, conforme a lo establecido en el artículo 113 inciso 2 de la Constitución Política y

6 Véase el acta de la sesión del Congreso de la República que declara la vacancia de la Presidencia de la República. Segunda legislatura ordinaria de 2000. 4ta Sesión (Matinal), martes 21 de noviembre de 2000, p. 128.

se dispuso la sucesión presidencial conforme al artículo 115 de la Carta Fundamental. La comprensión de la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral en este caso fue claramente por motivos indignos y deshonrosos para la investidura presidencial y los múltiples indicios de actos ilícitos cometidos durante su administración, pero sobre los que todavía no había decisión judicial en sede ordinaria. De tal manera, Valentín Paniagua asumiría transitoriamente la encargatura del mando presidencial.

4. *Pedro Pablo Kuczynski*

El expresidente Pedro Pablo Kuczynski no fue vacado, pero renunció ante la inminencia de una segunda moción de vacancia en su contra, por tal motivo consideramos importante referirnos también a su caso en el presente análisis.

Recordemos que desde el inicio de su gobierno fueron predecibles los problemas que iba a enfrentar al ganar las elecciones y tener una mínima representación política al interior del Congreso. Es más, este órgano del Estado tenía una conformación mayoritaria conformada por el partido de oposición (fujimorista). Su gobierno fue corto y decepcionante para muchos que mantuvieron grandes expectativas sobre lo que podría aportar al país considerando su formación profesional en materia económica. El expresidente intentó gobernar en un escenario de permanente confrontación con el Congreso y en el que fue sometido a dos procesos de vacancia presidencial por incapacidad moral.

El primer pedido de vacancia presidencial en contra de Pedro Pablo Kuczynski fue motivado por los pagos que se habrían desembolsado años antes a favor de las empresas First Capital y Westfield, vinculadas al exmandatario, por la empresa Odebrecht. Esta última empresa admitió en Estados Unidos haber brindado sobornos a diversas autoridades peruanas durante años. Sin perjuicio de lo mencionado, este pedido de vacancia no alcanzó los ochenta y siete votos requeridos para su concreción.

Posteriormente, a pesar de los diferentes cuestionamientos por la ciudadanía y movimientos de derechos humanos, Kuczynski decidió indultar a Alberto Fujimori, lo cual posteriormente generaría diferentes pronunciamientos en sede judicial, constitucional e interamericana que

devendrían en la suspensión de sus efectos. El Congreso de la República, por su parte, decidió presentar un segundo pedido de vacancia en su contra por presuntos actos de corrupción llevados a cabo por el exmandatario cuando fue ministro durante el gobierno de Toledo.

No obstante, la estocada final del gobierno de Kuczynski fue la divulgación de videos que evidenciaban la negociación de votos con parlamentarios a fin que el primer pedido de vacancia no tuviese éxito. Así, *ad portas* de llevarse a cabo el debate sobre el inminente segundo pedido de vacancia presidencial, Kuczynski decidió renunciar al gobierno. En ese escenario, Martín Vizcarra asumiría el cargo, abriendo paso a un nuevo escenario de alta tensión política en el país.

5. *Martín Vizcarra Cornejo*

Martín Vizcarra accedió a la presidencia vía sucesión presidencial. Durante su gobierno impulsó medidas de reforma política y electoral, experimentó la interpelación y censura de diferentes ministros frente a lo que utilizó como contrapeso la cuestión de confianza para el sometimiento de diversas propuestas legislativas. Frente al entrapamiento político que sostuvo con el Congreso, propuso el adelanto de elecciones generales; sin embargo, dicha medida tampoco prosperó.

Uno de los momentos decisivos del gobierno se encontró en la respuesta a la búsqueda del Congreso de elegir magistrados del Tribunal Constitucional sobre la base de un procedimiento cuestionable. El Ejecutivo presentó una cuestión de confianza más para reformar el procedimiento, lo que culminó con un rechazo fáctico por el Parlamento –bastante discutido– y, su posterior disolución, lo cual fue validado por el Tribunal Constitucional.

En un segundo momento de su gobierno, debemos destacar que gobernó a través de decretos de urgencia durante el interregno parlamentario hasta la entrada en funcionamiento del Congreso extraordinario, se enfrentó a la fase inicial de la crisis sanitaria desatada por la pandemia y finalmente, fue sometido en este período a dos pedidos de vacancia presidencial por el nuevo Parlamento.

El primero tuvo como justificación las contrataciones irregulares que se habrían llevado a cabo a favor de Richard Cisneros y el destape de una serie de audios que comprometerían al exmandatario en la búsqueda de coordinar las respuestas que se brindarían en el curso de las investigaciones realizadas por el Ministerio Público. Frente a ello, se presentó una demanda competencial y una medida cautelar ante el Tribunal Constitucional (profundizaremos en el proceso competencial en un apartado siguiente), recibiendo una respuesta desestimatoria en torno a la solicitud cautelar y brindando oportunidad a que el Parlamento continúe con el procedimiento de vacancia, el cual no logró el número mínimo de votos.

Sin perjuicio de lo mencionado, posteriormente se presentó un segundo pedido de vacancia presidencial, esta vez motivado por presuntos actos de corrupción cometidos cuando fue gobernador regional muchos años antes de su gobierno⁷. Paralelamente, el Tribunal Constitucional continuó esperando la respuesta a la demanda competencial por el Congreso y, finalmente, el 9 de noviembre de 2020 se lograron los votos para la materialización de la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral⁸. Posteriormente, el Alto Tribunal mediante decisión de mayoría declarararía la sustracción de la materia y, por lo tanto, improcedente la demanda competencial.

Lo señalado, abriría paso a la efímera encargatura del despacho presidencial en manos de Manuel Merino, en aquel entonces presidente del Congreso, quien recibió el rechazo de la ciudadanía en su labor como presidente transitorio. En el marco de las protestas en su contra, incluso fallecieron jóvenes de la generación “Bicentenario”. En dicho contexto, Manuel Merino terminaría renunciando, se renovó la mesa directiva del Congreso y Francisco Sagasti asumiría el cargo presidencial, con lo que se cerraría el ciclo de “tres presidentes en seis días”.

7 Véase la moción de Orden del Día N° 12684.

8 Véase la Resolución del Congreso N° 001-2020-2021-CR, de fecha 10 de noviembre de 2020.

6. *Pedro Castillo Terrones*

El 7 de diciembre del 2022, el expresidente Pedro Castillo brindó un mensaje a la Nación *ad portas* de que el Congreso de la República votara una nueva moción de vacancia en su contra⁹. El gobierno había recibido múltiples cuestionamientos debido a los serios indicios de la comisión de actos de corrupción, generando incluso una denuncia constitucional formulada por la Fiscal de la Nación¹⁰; sin embargo, la votación por el Pleno del Congreso era incierta (no se tenía seguridad de que el Parlamento lograría los ochenta y siete votos necesarios para su vacancia).

En dicho escenario, el expresidente anunció sorpresivamente el cierre del Congreso de la República y la reorganización de las diferentes instituciones del Estado (Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Ministerio Público y Junta Nacional de Justicia). Asimismo, anunciaba la instauración de un “gobierno de emergencia excepcional”, convocaba en el más breve plazo a un nuevo “Congreso con facultades constituyentes para elaborar una nueva Constitución” y disponía toque de queda a nivel nacional, entre otras medidas extraordinarias.

Inmediatamente, la ciudadanía y las diferentes autoridades estatales reaccionaron en contra del presidente por el quiebre del orden constitucional, en lo que constituía un golpe de estado fallido¹¹. Pedro Castillo, sin el apoyo de las fuerzas armadas ni policiales, pretendió rápidamente buscar asilo en la embajada de México, lo cual fue frustrado por las autoridades policiales, terminando detenido en una comisaría del Cercado de Lima.

-
- 9 Sobre este asunto y el referido a la instrumentalización de la cuestión de confianza durante el gobierno de Castillo, me he pronunciado en Crispín Sánchez (2023, pp. 146-166).
- 10 En esta denuncia constitucional formulada por la Fiscal de la Nación, de fecha 11 de octubre de 2022, recordemos que se solicitó un control de convencionalidad sobre el artículo 117 de la Constitución con base en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, a fin que la acusación constitucional contra el presidente no se restrinja a los supuestos regulados expresamente en la citada disposición constitucional.
- 11 Véase el especial que coordinamos para la revista *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional* N° 182, de febrero de 2023, donde abordamos diferentes episodios y controversias de relevancia constitucional durante el gobierno de Pedro Castillo, incluyendo el golpe de Estado fallido.

De manera paralela a su detención, el Pleno del Congreso de la República –con ciento un votos a favor- dispuso su vacancia por permanente incapacidad moral¹². Acto seguido, el Juzgado de Investigación Preparatoria declararía la legalidad de su detención, se dispuso diez días de detención judicial por flagrancia y el Congreso levantaría la prerrogativa del antejuicio político mediante un procedimiento *sui generis* por la presunta comisión flagrante de delitos como rebelión, conspiración, abuso de autoridad y delito contra la paz pública, declarando haber lugar a la formación de la causa penal. Posteriormente, la Corte Suprema confirmaría la imposición de prisión preventiva en contra del expresidente por dieciocho meses y la medida de comparecencia con restricciones en contra de su anterior primer ministro Aníbal Torres.

De tal manera, Castillo se encuentra en la actualidad privado de libertad en el mismo centro penitenciario donde se encuentran expresidentes como Fujimori y el recientemente extraditado Alejandro Toledo. Asimismo, la exvicepresidenta Dina Boluarte asumió el mando de un gobierno severamente criticado por el uso excesivo de la fuerza frente a las protestas que se llevaron a cabo en nuestro país con el objetivo de que se adelanten elecciones generales.

219

IV. LA OPORTUNIDAD PERDIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN UN PROCESO COMPETENCIAL

Una mención que -por separado- consideramos merece nuestro pronunciamiento es el rol que desempeñó el Tribunal frente al proceso competencial y la solicitud de tutela cautelar que inició el expresidente Martín Vizcarra cuando fue por vez primera sometido a un procedimiento de vacancia.

Como señalamos anteriormente, el 9 de noviembre de 2020, en un contexto de crisis sanitaria y alta tensión política en el país, se concretó la vacancia por permanente incapacidad moral de Martín Vizcarra. La

12 Véase la Resolución del Congreso 001-2022-2023-CR, Resolución del Congreso que declara la permanente incapacidad moral del presidente de la República, de fecha 7 de diciembre de 2022.

vacancia del expresidente fue impulsada por los presuntos actos de corrupción que habría llevado a cabo cuando fue gobernador regional y se materializó con ciento y cinco votos a favor de los parlamentarios elegidos extraordinariamente (postdisolución).

Recordemos que previamente, el Ejecutivo había interpuesto una demanda competencial y una solicitud de medida cautelar contra el primer pedido de vacancia presidencial motivado por las irregularidades en la contratación de un funcionario del Estado, Richard Cisneros. La demanda buscaba el esclarecimiento de la causal relativa a la “permanente incapacidad moral” y a través de la cautelar pretendía la paralización del procedimiento parlamentario hasta que se resolviera la controversia de fondo.

El Tribunal Constitucional rechazó la medida cautelar antes de la votación del primer pedido de vacancia en el Parlamento. La ponencia de la medida cautelar, a cargo de la exmagistrada Ledesma Narváez, justificó su decisión en que:

220

“[L]as declaraciones públicas de los voceros parlamentarios, congresistas y líderes de partidos políticos, realizadas durante la presente semana, en el sentido de que no votar[ían] por la vacancia de la Presidencia de la República” (auto 2, cautelar, Exp. N° 002-2020-CC/TC, f. j. 34).

Asimismo, recomendó exhortar al Parlamento elevar el número de votos requeridos para la declaratoria de vacancia en el último año de gobierno, hasta cuatro quintas partes (4/5) del número legal de Congresistas, atendiendo a la relevancia que ostenta el cargo presidencial (auto 2, cautelar, Exp. N° 002-2020-CC/TC, f. j. 30), aunque en este extremo no alcanzó la mayoría de votos.

Evidentemente, el criterio del rechazo de la medida cautelar fue criticable pues, como hemos enfatizado anteriormente (Crispín Sánchez, 2020, p. 44), este no fue un argumento jurídico sino una mera conjetura¹³.

13 He manifestado anteriormente mi coincidencia con lo señalado en el voto singular del exmagistrado Espinosa-Saldaña, cuando enfatizó que “el chisme, el rumor o la especulación de un(a) respetable líder(eza) político(a) no es fuente de Derecho”. (f. j. 4). En similar criterio, el

Asimismo, la propuesta de elevación cualificada de votos fue interesante como propuesta para evitar el uso arbitrario y abusivo de la vacancia por agrupaciones parlamentarias mayoritarias, aunque técnicamente esto no debió estar formulado en un auto de medida cautelar.

Atendiendo a los hechos, el primer intento de vacancia promovido en aquel momento no prosperó; sin embargo, el otorgamiento de la medida cautelar pudo suspender el procedimiento hasta un pronunciamiento de fondo del Tribunal Constitucional, lo cual hubiese evitado la formulación del segundo pedido de vacancia, el cual finalmente sí logró reunir los votos necesarios. Lo señalado, hubiese evitado el caos político, el gobierno de tres presidentes en seis días y el retraso en la atención a la ciudadanía frente a la pandemia.

Ahora, vayamos al proceso principal. La demanda competencial fue admitida a trámite, trasladada al Congreso para el ejercicio de su derecho a la defensa y recién el 11 de noviembre, luego de la vacancia presidencial, el Parlamento brindó respuesta estratégicamente en el último día del plazo concedido. De esta manera, el Tribunal programó audiencia de vista de la causa para el miércoles 18 de noviembre¹⁴, un día después de asumir funciones Francisco Sagasti como presidente transitorio. El 20 de noviembre del 2020, el Tribunal Constitucional publicaría su sentencia sobre la vacancia, con una lamentable decisión de mayoría a favor de la sustracción de la materia.

El fallo de mayoría fue suscrito por los magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Miranda Canales. El razonamiento de los magistrados fue de carácter extremadamente formal: si la demanda

profesor Eguiguren (2020) mencionó en una entrevista que le realicé “Si yo fuese magistrado y tuviese que votar, podría pensar igual ¿esto saldrá o no saldrá?, ese sería mi razonamiento. Pero llegar a colocarlo como un condicionante de que no hay urgencia porque no se alcanzarán los votos, me parece especulativo y peligroso” (p. 22).

14 A diferencia del caso de la disolución del Parlamento, en esta ocasión no hubo publicidad de la deliberación del Pleno del Tribunal, proyecto que impulsó durante su gestión la exmagistrada Ledesma. Esto fue una oportunidad desaprovechada para abrir el debate, lo cual fue agravado con la interrupción en plena audiencia pública hacia una Clínica Jurídica que se presentó como *amicus curiae* por el hecho de que quien sustentaba era un estudiante. En fin, estas cuestiones evidencian los desafíos que todavía tenemos pendiente en nuestra justicia constitucional.

fue competencial fue presentada contra el primer pedido de vacancia y no tuvo éxito, entonces la demanda debía ser declarada improcedente pues se había producido la sustracción de la materia. Los magistrados sorprendentemente sostuvieron que:

“se trata[ba] de una decisión que cierra el [...] proceso conforme a la Constitución y a la ley, poniendo fin a la incertidumbre sobre el sentido y las consecuencias que, en el momento actual, una decisión de este Tribunal podría tener sobre la titularidad del Poder Ejecutivo y la gobernabilidad del país” (STC Exp. N° 00002-2020-CC/TC, f. j. 8)¹⁵.

Esto claramente no atendió al artículo 113 del Código Procesal Constitucional del 2004 que facultaba al Tribunal Constitucional, declarar la nulidad de aquellos actos viciados de incompetencia, lo cual no significaba que el expresidente sea repuesto, considerando aspectos como la seguridad jurídica, estabilidad democrática y los efectos a futuro que podría proyectar la decisión. Asimismo, ignoró la relevancia que ostentaba el esclarecimiento del significado de la causal de “permanente incapacidad moral” a fin de evitar el uso arbitrario y abusivo de la vacancia presidencial y contribuir a la gobernabilidad del país.

De esta manera, el Tribunal Constitucional abdicó de su función de integración social de los poderes públicos en la solución de este caso (Crispín Sánchez, 2020, p. 48).

La posición en minoría fue suscrita por los magistrados Ramos Núñez y Ledesma Narváez, mediante su voto conjunto, así como por el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera mediante su voto singular.

El criterio de los magistrados Ramos Núñez y Ledesma Narváez consideraron en el plano formal que debía impulsarse el proceso y concluir con una sentencia, en virtud de la aplicación de las reglas del proceso de inconstitucionalidad (art. 112 del CPConst. del 2004). Asimismo, consideraron que debían pronunciarse conforme al art. 113 del Código sobre

15 Vale precisar que Miranda Canales únicamente se desistió de dicho fundamento; sin perjuicio de ello, coincidió con la sustracción de la materia.

la nulidad de aquellos actos viciados de incompetencia y de aquellos que surjan como su consecuencia.

Respecto al fondo del asunto, los magistrados llevaron a cabo una mirada al uso de la vacancia presidencial en la historia constitucional y determinaron que esta permitía inferir que “al Presidente se le puede vacar por actos o por conductas, que, a pesar de no configurarse como delitos de función o infracciones a la ley fundamental, ponen en entredicho el valor que representa para la Nación el cargo de Presidente de la República”¹⁶. No obstante, consideraron que existía una ausencia de claridad en torno al carácter “permanente” de la incapacidad moral, que no fue reconocido en la totalidad de Constituciones en nuestra historia.

Ahora bien, este voto conjunto pretendió brindar condiciones mínimas para el uso de la vacancia presidencial. Así, se propuso que esta atendiera a hechos de la mayor gravedad, que generen un evidente desequilibrio social y que no sea utilizada como mecanismo de control político o para debatir la comisión de delitos. A nivel de procedimiento parlamentario, se enfatizó la importancia de garantizar el derecho a la defensa, que se eleve la votación a cuatro quintas partes (4/5) del número legal de miembros del Parlamento para su concreción, se requiera segunda votación y no proceda en el último año del ejercicio de la Presidencia.

223

Así, consideraron que la demanda debía ser declarada fundada, por lo que la interpretación de la vacancia por permanente incapacidad moral debía regir hacia el futuro e improcedente el extremo que se solicitaba garantizar el ejercicio de las competencias de Martín Vizcarra como presidente.

Por su lado, el magistrado Espinosa-Saldaña coincidió con el voto singular conjunto de sus colegas en las consideraciones de procedencia de la demanda competencial; no obstante, discrepó en el fondo.

Así, abordó la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, interpretándola desde su influencia en el Derecho Francés y

16 STC Exp. N°00002-2020-CC/TC, Voto singular conjunto de los magistrados Ramos Núñez y Ledesma Narváez, f.j. 27.

nuestros antecedentes históricos a nivel constitucional, aunque con una mirada particular.

Sobre los antecedentes históricos de los gobiernos de Riva Agüero y Billinghurst, consideró que no encajaban en lo que se considera como vacancia presidencial por incapacidad moral, enfatizó que la incapacidad moral tenía orígenes en el derecho privado francés y que en los diferentes debates constituyentes fue frecuente la discusión en torno a su significado. De tal manera, concluyó que, a través de una interpretación histórica, la permanente incapacidad moral se refería a una enfermedad mental definitiva que padecía el presidente y era declarada por el Parlamento. Así, debía realizarse una interpretación aditiva, en el sentido que correspondía que esta causal sea declarada expresamente y determinada mediante dictamen médico.

Asimismo, a fin de no generar “vacíos indeseables” rescató la relevancia de la “suspensión presidencial” contenida en el artículo 114 de la Constitución, a fin de encausar en dicha vía los supuestos de grave inmoralidad o insoportable desempeño en el cargo del Jefe de Estado, considerando que el procedimiento para ello podría ser uno especial, con garantías del debido proceso y proponiendo una elevación de votos para su utilización.

Finalmente, enfatizó en dos cuestiones importantes en el ámbito del proceso competencial. Sobre los efectos nulificantes, las sentencias del Tribunal Constitucional no tendrían efectos retroactivos y el Congreso habría subsanado la inconstitucionalidad de sus acciones a nivel de sucesión presidencial a través del cambio de mesa directiva, el establecimiento de una comisión de investigación en torno a los actos de Manuel Merino, entre otros. Asimismo, resaltó que debía modificarse el plazo para la contestación de la demanda en los procesos competenciales, pues finalmente, esto podría retrasar y arriesgar la efectividad de las decisiones del Alto Tribunal.

Así, podemos observar cómo los votos singulares, tanto de los magistrados Ramos y Ledesma –de manera conjunta- así como del magistrado Espinosa-Saldaña en individual, discreparon en torno a la lectura histórica del uso de la vacancia, así como la interpretación de la “incapacidad moral

permanente”. Sin embargo, ofrecieron diferentes salidas interpretativas y brindaron una respuesta necesaria al problema de fondo, en contraste con el fallo de mayoría que adoptó una decisión formal e indiferente a las relaciones entre los poderes del Estado y las consecuencias que generó en la ciudadanía (crisis política en medio de una emergencia sanitaria).

V. LA VACANCIA FRENTE A UN GOLPE DE ESTADO FALLIDO: ERRORES EN LA ARGUMENTACIÓN DE LA DEFENSA DEL EXPRESIDENTE Y DESAFÍOS PARA LA JUSTICIA ORDINARIA, CONSTITUCIONAL E INTERAMERICANA

Después de que Pedro Castillo brindara su mensaje a la Nación, intentando autoritariamente cerrar el Congreso, reorganizar diferentes organismos constitucionalmente autónomos, establecer un toque de queda, entre otras medidas dirigidas a concentrar el poder en el Ejecutivo, y luego de recibir el rechazo de las fuerzas del orden, en lo que entendemos como un golpe de estado fallido, decidió buscar asilo en la embajada de México, lo cual se vio frustrado con su detención.

225

Paralelamente, no fue difícil para el Congreso llevar a cabo un procedimiento rápido y de emergencia, donde se brindó la posibilidad de uso de la palabra los portavoces de las agrupaciones parlamentarias y se lograron ciento un votos a favor de la vacancia. Sorprendente, a pesar de la notoriedad de los hechos acontecidos, hubo seis votos en contra y diez abstenciones. El 7 de diciembre de 2022, el mismo día del mensaje, se publicaría en *El Peruano* la resolución que determinó la vacancia del expresidente:

RESOLUCIÓN DEL CONGRESO QUE DECLARA LA PERMANENTE INCAPACIDAD MORAL DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y LA VACANCIA DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, ante la grave situación generada por el Presidente de la República, Pedro Castillo Terrones, por pretender disolver el Congreso e impedir su funcionamiento de forma inconstitucional;

Que, en mensaje a la Nación, realizado el día de hoy, el ciudadano Pedro Castillo Terrones ha intentado **usurpar funciones públicas, impedir el funcionamiento de los poderes del Estado y violentar el orden establecido por la Constitución Política;**

Que el artículo 46 de la Constitución Política establece que **nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes**, y que son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas;

Que, **ante la flagrancia de los actos delictivos cometidos por el ciudadano Pedro Castillo Terrones**, corresponde que se adopten las medidas contempladas por la Constitución Política en defensa de la democracia y el estado de derecho;

Que el Pleno del Congreso en la sesión de la fecha, luego del debate y votación correspondiente, ha adoptado el siguiente acuerdo en salvaguarda del orden constitucional y el estado de derecho:

226

HA RESUELTO:

Artículo 1. Declaración de permanente incapacidad moral del presidente de la República

Declárase la permanente incapacidad moral del presidente de la República, José Pedro Castillo Terrones, según lo establecido en el inciso 2 del artículo 113 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 117 de la Carta Política.

Artículo 2. Declaración de vacancia de la Presidencia de la República

Declárase la vacancia de la Presidencia de la República y, en consecuencia, la aplicación del régimen de sucesión establecido en el artículo 115 de la Constitución Política del Perú¹⁷ (el énfasis es nuestro).

17 Véase la Resolución del Congreso 001-2022-2023-CR, Resolución del Congreso que declara la permanente incapacidad moral del presidente de la República, de fecha 7 de diciembre de 2022.

Como se puede observar, el Pleno consideró como fundamentos de la vacancia, la usurpación de funciones públicas, la intervención en el funcionamiento de los poderes del Estado, la violación del orden constitucional y la flagrancia de los actos delictivos cometidos por el expresidente. La amplitud de la causal de la permanente incapacidad moral permitió en este caso que el atentado contra las bases democráticas del Estado cometido por Pedro Castillo pudiera ser objeto de vacancia.

Ahora bien, el procedimiento parlamentario *sui generis* de la vacancia de Castillo no siguió el modelo previsto tradicionalmente para estos casos (art. 89-A del Reglamento del Congreso), sino más bien constituyó una medida excepcional frente a un escenario de manifiesto atentado contra la Constitución y grave riesgo para la democracia en nuestro país. Es así que, la celeridad y la flexibilización de las reglas de su tramitación se justificó en la búsqueda de garantizar la estabilidad democrática, el principio de separación de poderes y la protección de los derechos fundamentales de la ciudadanía (libertad de reunión, acceso a la justicia, derecho a la paz, entre otros) frente a un notorio golpe de Estado fallido. De lo contrario, continuar de manera rígida y formal lo establecido reglamentariamente, con los plazos y demás reglas que este estipulaba para casos en escenarios de normalidad constitucional, hubiese supuesto colocar en riesgo la institucionalidad democrática del país frente a otras medidas autoritarias.

Desde nuestro punto de vista, la Corte Suprema hizo bien cuando ratificó la medida de prisión preventiva impuesta al expresidente y se pronunció sobre el carácter excepcional del procedimiento parlamentario llevado a cabo por el Congreso para el levantamiento de la prerrogativa del antejuicio político, cuyo razonamiento también resulta aplicable para el procedimiento de vacancia.

En dicho pronunciamiento se enfatizó que la resolución que levantó la prerrogativa del antejuicio político del expresidente debía analizarse de manera conjunta con la resolución de vacancia, pues esta detallaba las razones que sustentaban la gravedad de las acciones cometidas por el expresidente. Asimismo, se consideró frente a una situación excepcional donde se tornaba imprescindible garantizar la supremacía constitucional, se podía adoptar –dentro de ciertos cánones– una acusación constitucional

bajo pautas sumarísimas y de simplificación procedimental (Recurso de apelación N° 51-2023/Suprema, fundamento sexo, punto 4).

Lo señalado, sin dudas, constituye un aspecto importante a considerar a futuro, pues las reglas tradicionales previstas tanto para el procedimiento de vacancia como para la prerrogativa del antejuicio político en casos donde puede existir controversia sobre la conducta del jefe de Estado, son superadas claramente en aquellos escenarios donde este infringe la Constitución, pretende concentrar todo el poder y resulta manifiesto su atentado contra el orden constitucional. La celeridad del procedimiento y la reducción de plazos en esta excepción dentro de la excepcionalidad que involucra *per se* la vacancia es crucial.

Ahora bien, vale destacar que la defensa técnica de Castillo ha acudido a la activación de diversos mecanismos procesales a fin de evitar su prisión preventiva, obtener su liberación e incluso, retornar al cargo presidencial. Es importante pronunciarnos sobre algunos argumentos errados que se han llevado a cabo sobre el golpe de estado fallido del expresidente y el importante papel que deberán desempeñar los jueces en esta controversia.

Una mirada aislada y sesgada sobre este asunto –al menos en lo referido al ámbito constitucional– la encontramos en el informe del exjuez interamericano Eugenio Raúl Zaffaroni presentado hacia la Corte Suprema¹⁸. Este enfatiza como un factor importante a considerar el racismo presente a nivel nacional, defiende como hipótesis que el mensaje a la nación del expresidente constituyó una proclama política y que habría sido destituido sin las garantías correspondientes en el procedimiento parlamentario.

Un error de entrada, lo ubicamos cuando Zaffaroni contextualiza su informe, aludiendo al colonialismo originario de nuestra región, al racismo de nuestro país y a la identificación de Pedro Castillo como campesino y el énfasis de ello en su pugna política. Brinda la apariencia de que

18 Véase el informe del experto Eugenio Raúl Zaffaroni, presentado con fecha 9 de febrero de 2023, luego del planteamiento del recurso de casación por la defensa técnica del expresidente Castillo en el Exp. N° 09223-2022.

la argumentación fuera que las acciones adoptadas contra el expresidente hubiesen sido derivadas de su origen étnico o racial.

En nuestro país es innegable que el problema de la discriminación¹⁹ constituye un problema estructural, e incluso, podría deslizarse la idea que diversos medios de prensa fueron indiferentes al expresidente durante la contienda electoral precisamente por su origen. No obstante, aludir a este problema estructural como un elemento a considerar en las acciones que se han adoptado en contra del expresidente constituye un salto argumentativo enorme. Castillo fue destituido y procesado por intentar quebrar el orden democrático del país, donde no entra ninguna consideración sobre su origen o raza.

Lo que hubiese sido importante considerar como un criterio de contexto es el circuito de corrupción generalizada que se ha destapado en nuestro país en los últimos años. Todos los anteriores gobernantes con vida –e incluso algunos candidatos con respaldo político considerable– se encuentran procesados o condenados penalmente por la presunta comisión de actos de corrupción fuera de cualquier consideración respecto a su origen. Véase el caso del condenado expresidente Fujimori, el suicidio de Alan García cuando iba a ser detenido en el marco de una detención preliminar, la detención domiciliaria contra Pedro Pablo Kuczynski, la reciente extradición de Alejandro Toledo, entre otros; lo que demuestra que nuestro país se encuentra avanzando –aunque de manera lenta– en el procesamiento de anteriores gobernantes involucrados en actos de corrupción y que el caso de Pedro Castillo constituyó una respuesta inmediata y eficaz frente a su intento de quebrantamiento del orden constitucional –donde incluso pretendió ordenar la detención de la autoridad del Ministerio Público que lo investigaba– y su propósito de obtener asilo en la embajada de México, evitándose así para el mismo Estado un largo, complejo y costoso proceso que hubiese involucrado la búsqueda de su posterior sometimiento a la justicia.

19 El Tribunal Constitucional incluso recientemente se pronunció sobre la construcción de muros que dividían injustificadamente a la ciudadanía limeña entre algunos distritos, generando estigmatización y segregación social con un trasfondo económico. Para tales efectos, véase la STC Exp. N° 01606-2018-PHC/TC (Caso “Muro de la vergüenza”).

Zaffaroni incurre en un segundo error cuando parte de dos hipótesis equivocadas y las asume como únicas, señalando que el discurso del expresidente fue el resultado de un engaño realizado por alguien de su entorno de confianza o que fue un acto de protesta frente a su inminente e inevitable destitución²⁰. Así, descarta la existencia de otros móviles como, por ejemplo, la simple búsqueda del expresidente de concentrar todo el poder en sí mismo, en una actitud claramente autoritaria y fuera del marco constitucional, anulando cualquier decisión incómoda para su gobierno. Incluso, pretendió recortar derechos fundamentales con medidas como el toque de queda a fin de reprimir cualquier protesta durante su gobierno.

Sin perjuicio de lo mencionado, aún bajo las hipótesis del exjuez interamericano, no tiene en cuenta que las autoridades públicas deben siempre guiar sus conductas en el marco de la legalidad y constitucionalidad. La presunta inminente destitución —no existía seguridad sobre la cantidad de votos que podría alcanzar el Pleno del Congreso, lo cual incluso fue así referido por los abogados que lo defenderían en el hemiciclo el día del mensaje a la nación— no habilitaba el quebrantamiento de un principio tan básico como el de separación de poderes y el debilitamiento de las frágiles bases democráticas del Estado.

Difícilmente podríamos inclinarnos por la hipótesis que plantea Zaffaroni respecto al mensaje a la Nación como proclama política o acto de protesta, cuando el expresidente pretendió sin éxito materializar las medidas anunciadas en su discurso a través de llamadas a las fuerzas del orden. Incluso, sus propios ministros —quienes se supone compartían la política general del gobierno— argumentaron el desconocimiento de las acciones adoptadas por el expresidente y rechazaron automáticamente —algunos antes que otros— el intento de quebrantamiento del orden democrático.

Asimismo, vale preguntarnos ¿Se puede pretender brindar la apariencia de protesta a un mensaje presidencial que buscaba socavar la autonomía de instituciones democráticas y recortar derechos fundamentales —incluyendo la misma protesta ciudadana— a través de toques de queda?

20 Zaffaroni incluso asegura en su informe que habría que diferenciar entre lo que es una rebelión (o autogolpe de estado) y lo que es una “teatralización con finalidad de proclama política” (p. 14).

Está muy alejado de la realidad pensar que se puede brindar un discurso en representación del pueblo recortando al mismo tiempo sus derechos fundamentales.

Finalmente, el argumento referido a la ausencia de garantías mínimas en el procedimiento parlamentario de destitución y/o de levantamiento del antejuicio político para su procesamiento penal también es superado por la realidad.

El argumento enfocado en el procedimiento, de carácter rigurosamente formal, pierde de vista que esta controversia requiere ser resuelta a la luz de los principios básicos de interpretación constitucional, considerando que los procedimientos parlamentarios en estas circunstancias excepcionales pueden flexibilizarse cuando de lo que se trata es precisamente de resguardar la institucionalidad democrática y los derechos de la ciudadanía.

Como adelantamos *supra*, existe una reglamentación específica para la tramitación de los procedimientos parlamentarios, pero han sido diseñados para casos acaecidos en un contexto de normalidad constitucional. Las etapas y plazos que estos procedimientos disponen no pueden ser utilizados para que un presidente que adoptó medidas autoritarias y pretendió brindar un golpe de Estado sin éxito, tenga mayor tiempo y otra oportunidad para colocar en mayor peligro la estabilidad democrática del país. Lo mismo sucede con la prerrogativa del antejuicio político, esta inmunidad presidencial se desnaturaliza o pierde su finalidad constitucional cuando pretende ser utilizada como mecanismo de impunidad de manera notoria y flagrante. Así, la evaluación de la validez de estos procedimientos debe llevarse a cabo a la luz de principios básicos como el de unidad, corrección funcional, función integradora y fuerza normativa de la Constitución.

Ahora bien, saliendo de estos argumentos erróneos desde el punto de vista constitucional contenidos en el informe de Zaffaroni, es importante advertir la enorme irresponsabilidad que supone activar diferentes mecanismos legales a nivel nacional e internacional, sobre la base de un discurso abiertamente equivocado, con distorsiones sobre lo acontecido y una mirada aislada del problema.

La defensa del expresidente ha anunciado su intención de acudir al Tribunal Constitucional y al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a fin de cuestionar el procedimiento parlamentario de destitución del expresidente y obtener su reposición en el cargo presidencial²¹. No obstante, los argumentos son abiertamente cuestionables y carecen de rigurosidad frente a un asunto que involucra la estabilidad democrática de un país.

Considérese como ejemplo el argumento ampliamente difundido referido a que el discurso del 7 de diciembre fue escrito o motivado por el mismo Pueblo. ¿El propio pueblo, además de derribar y pretender reorganizar diferentes instituciones autónomas, se impondría un toque de queda que restrinja sus propios derechos? Lo mismo sucede con el argumento referido a que el uso de la vacancia presidencial en contra de Castillo fue “racista” y la utilización de esta institución habría servido hace mucho para “criminalizar indígenas”, lo cual queda derribado con las líneas que hemos abordado extensamente *supra* sobre el uso de la vacancia en nuestra historia constitucional.

232

Más allá de lo señalado, resulta un escenario muy lejano que se expida una decisión que ordene reponer a Castillo en el cargo presidencial a fin que este se defienda ante el Congreso y luego del cumplimiento de las etapas y plazos tradicionales pueda ser destituido del cargo. Esa pretensión no es comprensiva de la magnitud del daño e incertidumbre que ocasionaría en la seguridad jurídica y estabilidad política del país, con la predecible repercusión negativa en los derechos fundamentales de la ciudadanía que sufriría los estragos de la paralización de la maquinaria del Estado.

He ahí el papel valioso que deberán desempeñar los jueces ordinarios, constitucionales²² e interamericanos.

21 Véase esta intención y las cuestionables declaraciones del abogado Guido Croxatto en diarios locales <https://elcomercio.pe/politica/justicia/pedro-castillo-y-el-golpe-las-inconsistencias-de-su-defensa-internacional-noticia/> e internacionales: <https://elpais.com/internacional/2023-03-17/el-abogado-de-pedro-castillo-no-fue-un-golpe-de-estado-fue-un-hecho-atipico.html>. En estas incurre en graves errores, como negar que se haya realizado un golpe de Estado, que el mensaje a la Nación representaba al pueblo, que la vacancia fue utilizada para criminalizar indígenas, que Pedro Castillo debería ser repuesto en el cargo, entre otras imprecisiones más.

22 Véase, por ejemplo, la reciente decisión de la Primera Sala Constitucional (Exp. N° 08912-2022), donde se confirmó la improcedencia de un hábeas corpus a favor de Pedro Castillo,

De llegar un caso hasta el Tribunal Constitucional, no debería desaprovecharse la oportunidad para esclarecer la excepcionalidad que orientó el desarrollo de los procedimientos parlamentarios de vacancia y el levantamiento del antejuicio político, considerando los principios y derechos que se encontraron en tensión como la estabilidad democrática, la separación de poderes, los derechos fundamentales de la ciudadanía, entre otros. Asimismo, debe delimitarse el uso de estos mecanismos en sede parlamentaria para el futuro, a fin de racionalizar su utilización en las relaciones entre el Ejecutivo y Legislativo, integrando a los poderes y contribuyendo con la gobernabilidad del país.

Por su lado, desde el SIDH se deberá considerar el principio de subsidiariedad y la reacción rápida del Estado para restablecer la institucionalidad democrática del país. La CIDH ha dado un buen primer paso reconociendo que lo realizado por el expresidente Castillo el 7 de diciembre del 2022 constituyó un rompimiento del orden constitucional y que es necesario que se delimiten diferentes instituciones de naturaleza política (CIDH, 2023, p. 29). Esto descarta la posibilidad que adopten una medida cautelar²³ y/o emitan un informe de fondo en el futuro que sea favorable a Castillo en los términos de la pretensión de reposición en el cargo. No obstante, en la eventual evaluación de diferentes pretensiones relacionadas, los miembros de la CIDH deberán tener especial diligencia para evitar decisiones que sean perjudiciales para la estabilidad democrática del Estado.

pero se exhorta al Congreso de la República a que se regule un procedimiento de acusación constitucional de los altos funcionarios comprendidos en el artículo 99 de la Constitución, que incurran en flagrancia o cuasi flagrancia delictiva. En este fallo, se advierte la finalidad de la prerrogativa de la inmunidad presidencial y lo irrazonable que es pretender su utilización después de atentar contra el ordenamiento jurídico constitucional (fundamento décimo sexto).

- 23 En algún momento se pretendió alegar los criterios de la medida cautelar otorgada por la CIDH al caso Petro Urrego (M.C. N° 374-13) para el caso de Pedro Castillo; no obstante, esto sería incorrecto. No solo porque estos difirieron en el cargo que ostentaron –lo cual por sí mismo generaría que una medida cautelar a favor del expresidente tenga un efecto muy diferente en términos democráticos– sino por el contexto y los hechos que involucraría cada caso, especialmente si tenemos en cuenta que en el caso Castillo nos referimos a una manifiesta ruptura del orden constitucional y la intención de intervenir en otros poderes públicos.

Todo lo mencionado es de manera independiente a las acciones que se desarrollaron con posterioridad durante el gobierno de Dina Boluarte, el cual se ha encontrado fuertemente comprometido con el uso excesivo de las fuerzas del orden en contra de los protestantes. Estas cuestiones también deberán ser evaluadas en un futuro por las autoridades jurisdiccionales correspondientes.

VI. LA PENDIENTE E INEVITABLE REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA VACANCIA PRESIDENCIAL

En el ámbito académico se han producido distintas interpretaciones sobre el artículo 113 inciso 2 de la Constitución Política desde diferentes perspectivas: histórica, etimológica, semántica, teleológica, entre otras. Así, la doctrina constitucional nacional ha formulado propuestas para el tratamiento adecuado de la “permanente incapacidad moral”, desde su reforma hasta su eliminación. Lo mencionado se ha expresado en diferentes proyectos de ley.

234

A continuación, nos referiremos a algunas de las posturas más importantes y brindaremos también nuestra propia posición sobre este asunto.

Hace más de veinte años, durante el gobierno de transición del ex-presidente Valentín Paniagua, la Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional propuso como reforma de la vacancia por permanente incapacidad moral su reemplazo por una causal de acreditación objetiva, como sería la “(...) d. incapacidad permanente, física o **mental**, declarada por el Congreso, previo dictamen médico” (el énfasis es nuestro) (Ministerio de Justicia, 2001, p. 58). Aunque vale rescatar que proponía también la incorporación de una cláusula referida a la “e. conducta incompatible con la dignidad del cargo”. Asimismo, proponía una cantidad diferente de votos mínimos en función de cada causal y se eliminaba la inmunidad presidencial contenida en el artículo 117.

Mucho tiempo después, en el escenario de crisis política durante el gobierno de Vizcarra, se conformó la Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política, la cual desde una perspectiva crítica de la amplitud de la vacancia por permanente incapacidad moral, propuso su eliminación

(2019, p. 50). Para sustentar dicha medida, se argumentó que la historia de la incorporación de la incapacidad moral permanente se relacionaba con la incapacidad mental y que su utilización para el cuestionamiento de la gestión o la idoneidad para el cargo del presidente quiebran el modelo presidencial.

Ahora bien, sobre los trabajos más relevantes sobre esta institución no podemos dejar de observar las tesis de los profesores Francisco Eguiguren Praeli y Abraham García Chávarri. El primero ha propuesto el abandono de la redacción ambigua de la causal bajo análisis y la ampliación de los supuestos del art. 117 de la Constitución referido a la prohibición de procesabilidad del presidente durante el ejercicio del cargo (Eguiguren, 2007, pp. 239-241). Así, ha sostenido que se establezca la causal de permanente incapacidad física o mental permanente, bajo acreditación de dictamen médico y que se amplíe las causales de acusación durante el mandato presidencial a delitos graves de función (corrupción, enriquecimiento ilícito, organización criminal), violaciones a los derechos humanos, graves infracciones de la Constitución, delitos comunes dolosos, entre otros (Eguiguren, 2021, pp. 167 - 168).

235

El segundo, ha argumentado que la amplitud de la vacancia por incapacidad moral –a diferencia de las causales objetivas de vacancia reguladas en el artículo 113– resulta contradictoria con la inmunidad presidencial, quebrantando así el modelo presidencial, el cual se encuentra dirigido a que el jefe de Estado cumpla con su mandato en un periodo fijo y que pueda ser acusado únicamente en situaciones extraordinarias y específicas (García Chávarri, 2013, pp. 117 - 118). Así, enfatiza que la configuración de esta causal de vacancia podría ser aplicable a “aquellas conductas graves que, sin ser delitos ni infracciones de un juicio político, deterioren a tal magnitud la dignidad presidencial que hagan que no pueda ser posible que su titular se mantenga en su cargo” (García Chávarri, 2013, p. 122).

Desde una perspectiva semántica de la incapacidad moral permanente, podríamos mencionar la posición del profesor Bernal Ballesteros cuando sostiene que esta involucra aquellas conductas reprochables socialmente y que contravienen la dignidad del cargo (2018, pp. 87-88). En el mismo sentido, Chirinos Soto argumentaba que el presidente podría cometer actos que no son delictivos, pero poseen carácter “desdoroso”

para la alta magistratura que desempeña, por lo que en estos casos podría acudir a la incapacidad moral permanente (1995, p. 230).

Desde una interpretación histórica, con énfasis en la etimología y origen del término, Omar Cairo ha entendido que la referencia a la “incapacidad moral” se refiere a la “incapacidad mental”, pues ese habría sido su significado en el momento de su inserción en las Constituciones del S. XIX (2017, p. 17).

Una posición similar asumiría Leysser León, aunque desde una mirada del Derecho Civil, cuando señaló a través de un *amicus curiae* que el art. 113 inc. 2 de la Constitución se refiere “a los casos en que el primer mandatario, como consecuencia de una situación sobrevenida, se vea afectado en su salud mental o física, y de manera irreversible”²⁴.

En la misma línea de ideas, el magistrado Espinosa-Saldaña consideró en su voto singular que la “incapacidad moral” debía entenderse como “incapacidad mental grave” y que a través de una interpretación aditiva, la misma debía ser declarada expresamente para que no haya margen de duda (ff. jj. 62-68).

Por otro lado, desde una interpretación también histórica pero comprensiva del uso de la vacancia en la práctica parlamentaria y en contra de diferentes expresidentes -con la cual estamos de acuerdo- encontramos el voto conjunto de los exmagistrados Ramos Núñez y Ledesma Narváez cuando argumentan que a lo largo de nuestra historia constitucional habría un entendimiento de la incapacidad moral propiamente como idoneidad ética o de conductas que deben ser coherentes con la representación de la presidencia (f. j. 27). En tal sentido, proponen parámetros que para que el uso de la vacancia sea excepcional, como la votación mínima para su procedencia de cuatro quintas partes (4/5) del número legal de miembros del Parlamento, el requerimiento de segunda votación y su improcedencia en el último año del ejercicio de la presidencia.

24 Véase el *amicus curiae* presentado por Leysser León en el marco del proceso competencial referido a la vacancia por permanente incapacidad moral, de fecha 20 de noviembre de 2020.

Finalmente, no cabe dejar de lado algunos *amicus curiae* emitidos en el marco del último proceso competencial que resolvió el Tribunal Constitucional.

El presentado por César Landa y diferentes profesores de la PUCP, enfatizan en la ausencia de regulación de causales específicas que configurarían la “incapacidad moral permanente” y la oportunidad de que el Tribunal adopte una interpretación razonable y adecuada sobre el asunto. Así, argumentan a favor de un estándar de control judicial estricto y el cumplimiento de garantías en torno al debido procedimiento y los derechos políticos del presidente de la República²⁵. Asimismo, la Clínica Jurídica de Discapacidad de la misma universidad presentó un importante trabajo donde, desde la perspectiva del modelo social de discapacidad, argumentan que no cabría una interpretación de la incapacidad moral permanente como “incapacidad mental”, pues ello posibilitaría la vacancia de un presidente por el único hecho de tener discapacidad, lo que sería estigmatizante y vulneraría su derecho a la igualdad y a la participación política²⁶.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, la vacancia por permanente incapacidad moral debe ser eliminada. La amplitud de esta causal y la subjetividad con la que ha sido maniobrada por nuestra clase política en los últimos años, tal y como hemos observado anteriormente, dan cuenta que puede propiciar su uso abusivo en sede parlamentaria. Esta causal ha sido utilizada para responder a múltiples escenarios, incluso involucrando hechos que correspondían a presuntos hechos cometidos muchos años antes que los gobernantes llegaron a la presidencia.

Así, cobra sentido recordar lo señalado por Díez-Picazo (1996), quien mencionaba que la clase política norteamericana cuando maneja el *impeachment* reconoce la enorme importancia de que esta no sea utilizada a fin de custodiar la gestión del gobierno de turno o para manifestar

25 Véase el *amicus curiae* presentado por César Landa, Ericka García-Cobián, David Lobatón, Elena Alvites, Pedro Grández, Patricia Garcés y Juan Carlos Díaz en el marco del proceso competencial referido a la vacancia por permanente incapacidad moral, de fecha 16 de setiembre de 2020.

26 Véase el *amicus curiae* presentado por la Clínica Jurídica de Discapacidad de la PUCP en el marco del proceso competencial referido a la vacancia por permanente incapacidad moral, de fecha 11 de noviembre de 2020.

simplemente la inconformidad política con el presidente (pp. 96-99). No obstante, a nuestra clase política todavía le falta madurar y ser consciente del uso adecuado de este mecanismo excepcional.

En el reemplazo de esta causal debe incorporarse la vacancia por incapacidad “mental” permanente, previo dictamen médico que determine que esta es de tal gravedad que imposibilite al gobernante continuar en la dirección de las políticas generales del gobierno. Así, se brindaría una causal de remoción objetiva y se evitaría también prejuicios sobre las personas con discapacidad y el respeto de sus derechos políticos.

Ahora bien, como hemos visto *supra*, recordemos que en diferentes Constituciones de nuestra historia también se ha previsto como causal de vacancia aquellos escenarios donde se atenta contra la forma de gobierno, se impide el funcionamiento o se disuelve el Congreso, lo cual se explica por la constante aparición de líderes políticos autócratas en aquellas épocas. No obstante, si tenemos en cuenta los hechos acaecidos en el caso de Castillo, no estamos lejos todavía de gobernantes que puedan llevar a cabo medidas autoritarias e incluso que luego pretendan acudir a mecanismos legales para evitar su responsabilidad o cuestionar el procedimiento.

En tal sentido, es importante considerar la inclusión en el art. 113 de la Constitución, de una causal de vacancia que se refiera a aquellos escenarios donde el gobernante intente quebrar el orden constitucional de manera manifiesta, acudiendo a las fuerzas del orden e interviniendo en otros poderes públicos y/o organismos constitucionales autónomos sin ninguna cláusula habilitante para ello más que el afán de concentrar todo el poder. En estos escenarios de grave peligro democrático, es de especial relevancia una respuesta rápida, para lo cual debería también diseñarse un procedimiento especial a nivel reglamentario, siempre bajo la consideración que se trata de una circunstancia eminentemente excepcional. Lo mencionado, evitaría incertidumbre en estos escenarios y el entrampamiento en litigios innecesarios a nivel interno e internacional.

Bajo estas consideraciones, no debería elevarse el número mínimo de votos para la procedencia de la vacancia. En el supuesto que estos

hubiesen sido elevados, por ejemplo, a 4/5 del número legal de miembros del Congreso, la vacancia no hubiese podido funcionar contra acciones manifiestamente fuera del cauce democrático, como lo evidencian los ciento un votos a favor de la vacancia del expresidente Castillo. Bastaría con que el presidente cuente con un mínimo respaldo parlamentario, para evitar que incluso acciones antidemocráticas no determinen su responsabilidad.

Ahora bien, lo señalado no puede perder de vista, que estas modificaciones a la vacancia, deben llevarse de la mano de diferentes reformas sobre la parte orgánica de la Constitución. Así, debe considerarse, por mencionar un ejemplo, que luego de la vacancia de un presidente no necesariamente viene la calma y/o la estabilidad democrática. Luego de ello, pueden llevarse a cabo protestas contra el nuevo gobierno –tal cual ha sucedido recientemente- y exigirse la celebración de nuevas elecciones políticas. En tal sentido, la Constitución debería brindar un *reset button* (Ginsburg, Huq y Landau, 2021, p. 160) que permita que después de la vacancia quien asuma el cargo solo lo realice de manera transitoria y convoque a elecciones generales de manera inmediata. Lo señalado permitiría evitar diferentes riesgos, como lo son una vacancia estratégica promovida por una mayoría parlamentaria, incluso en posible alianza con los vicepresidentes del gobierno; y también incentivaría que mediante la participación política de la ciudadanía, se restablezca la estabilidad política, eligiendo a los nuevos representantes del Ejecutivo como del Legislativo. Sobre esto profundizaremos seguramente en un próximo trabajo.

Finalmente, no queremos dejar de enfatizar que la solución al problema que ha involucrado a la vacancia, se encuentra más allá del diseño de la norma, sino involucra principalmente su uso adecuado y razonable por el Congreso de la República. Nuestra historia constitucional nos ha demostrado que se ha utilizado como una válvula de escape frente a entrampamientos políticos, pero debería funcionar como mecanismo excepcional cuando se encuentre de por medio una situación objetiva y predecible que amerite verdaderamente la salida del presidente. Esperemos que pronto se lleven a cabo las reformas constitucionales correspondientes y se construyan caminos para una mejor gobernabilidad del país.

BIBLIOGRAFÍA

- Alzamora Silva, Lizardo (2004). *Estudios Constitucionales*. Lima: Editora jurídica Grijley.
- Bernales Ballesteros, Enrique y Rubio Correa, Marcial (1985). *Constitución y sociedad política*. Lima: Mesa Redonda editores.
- Bernales Ballesteros, Enrique (2018). “La atribución congresal de vacar al Presidente de la República”. *La vacancia por incapacidad moral. Una mirada a la experiencia peruana y comparada*. García Belaúnde, Domingo y Tupayachi Sotomayor, Jhonny (coords.). 2ª edición. Lima: Instituto Pacífico.
- Cairo Roldán, Omar (2017). “La responsabilidad del presidente de la República en el Perú”. *Pensamiento Constitucional* (22), pp. 9-20.
- Chirinos Soto, Enrique (1991). *Cuestiones Constitucionales 1933-1990*. Lima: Fundación M.J. Bustamante De la Fuente.
- Chirinos Soto, Enrique. (1995). *Constitución de 1993. Lectura y comentario*. Lima: Nerman S.A.
- CIDH. (2023) *Situación de Derechos Humanos en Perú en el contexto de las protestas sociales*. Washington D.C.: OEA, CIDH.
- Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política (2019). *Hacia la democracia del Bicentenario*. Lima: Konrad Adenauer Stiftung.
- Crispín Sánchez, Arturo (2020). “Vacancia presidencial y caída del gobierno de transición ¿El Tribunal Constitucional cumplió con su función integradora?” *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional* (155), pp. 43-49.
- Crispín Sánchez, Arturo (2023). “Idas y venidas en la cuestión de confianza. La instrumentalización de la cuestión de confianza durante el gobierno de Castillo y la cautelar del Tribunal Constitucional”. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional* (182), pp. 146-166.
- De la Puente Candamo, José y Deustua Pimentel, Carlos (2018). *Vida y obra de José de la Riva Agüero. Primer presidente del Perú*. Nueva colección documental de la Independencia del Perú. Vol. 1. Lima: Congreso de

la República, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Asociación por la Cultura y la Educación Digital.

Díez-Picazo, Luis María (1996). *La criminalidad de los gobernantes*. Las letras de Drakontos. Barcelona: Crítica.

Eguiguren Praeli, Francisco (2007). *La responsabilidad del presidente. Razones para una reforma constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Eguiguren Praeli, Francisco (2020). “Demanda competencial, medida cautelar y vacancia presidencial”. Entrevista realizada por Arturo Crispín Sánchez. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional* (153), pp. 13-25.

Eguiguren Praeli, Francisco (2021). *Las relaciones entre el gobierno y el Congreso en el régimen político peruano*. Lima: Palestra editores.

García Chávarri, Abraham (2013). “La vacancia por incapacidad moral del presidente de la República”. Tesis para optar el grado académico de magíster. Lima: PUCP.

Ginsburg, Tom; Huq, Aziz y Landau, David (2021). “The comparative constitutional law of presidential impeachment”. *The University of Chicago Law Review* (88), pp. 81-164.

Hernández García, Elizabeth (2019). *José de la Riva Agüero y Sánchez Boquete (1783-1858). Primer presidente del Perú*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.

Ministerio de Justicia (2001). *Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú*. Lima: Ministerio de Justicia, Konrad Adenauer Stiftung

Pease García, Henry y Romero Sommer, Gonzalo (2013). *La política en el Perú del Siglo XX*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Planas, Pedro. (1992) *Rescate de la Constitución*. Lima: Abril S.A. editores.

Pareja Paz-Soldán, José (1966). *Derecho Constitucional Peruano*. Biblioteca de Derecho. 4ª edición. Lima: Ediciones Librería Studium.

Ramos Núñez, Carlos (2019). *La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales.

Salinas Sánchez, Alejandro (2014). *La época del “Pan Grande”. Billinghurst presidente 1912-1914*. Lima: Seminario de Historia Rural Andina, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Villarán, Manuel Vicente (1998). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Villarán, Luis Felipe (2016). *La Constitución peruana comentada*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales.

Las reformas constitucionales necesarias para fortalecer el Estado Constitucional de Derecho

The necessary constitutional reforms to reinforce the Constitutional State under the rule of Law

 LUIS ANDRÉS ROEL ALVA*

Resumen

Esta ponencia desarrolla los límites que existen para la reforma constitucional, la necesidad de realizar ciertas reformas a nuestra Constitución Política y por último las propuestas de reformas constitucionales que reflexionamos pueden servir para reducir las dificultades por las que actualmente transita nuestro Estado Constitucional de Derecho.

243

Palabras clave

Constitución, reforma constitucional, Estado Constitucional, cambios sociales límites de la reforma constitucional.

Abstract

This project explains the limits that exists for the constitutional reform, the need to make certain reforms to our Constitution and finally, the propositions for Constitutional reforms that we consider to be useful to reduce the difficulties that our Constitutional State of Laws is going through nowadays.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director Fundador de la Revista Estado Constitucional. Profesor universitario de pregrado y posgrado.

Keywords

Constitution, constitutional reform, Constitutional State, social changes, limits of constitutional reform,

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONSTITUCIÓN Y SU POSIBILIDAD DE REFORMA. III. CONTEXTO SOCIAL-POLÍTICO Y NECESIDAD DE REFORMAS CONSTITUCIONALES. IV. REFORMAS CONSTITUCIONALES PROPUESTAS Y NECESARIAS PARA NUESTRO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

244

En esta investigación consideramos importante tomar en cuenta la necesidad de establecer y plantear reformas constitucionales para fortalecer el Estado Constitucional de Derecho que hoy se encuentra en crisis; y es que decir lo contrario sería negar que hemos tenido en muy breve tiempo situaciones de enfrentamiento social y de crisis política que nos han llevado tener en menos de diez (10) años un aproximado de seis (6) presidentes de la República cuando el periodo constitucional de un presidente es de cinco (5) años.

Son estas situaciones de crisis, oportunidades propicias para presentar propuestas con el propósito de prevenir e impedir que vuelvan a ocurrir, las que expuestas desde el foro académico se dirijan al foro en donde se toman las decisiones políticas, como lo son tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo.

En relación a este último podemos decir que lo que vamos a exponer en la presente ponencia se encuentra sustentado en el documento presentado al entonces Ministro de Justicia y Derechos Humanos, José Tello Alfaro, el 12 de enero de 2023, en el cual se expusieron mis propuestas de reformas constitucionales, legales y de normativa de desarrollo

constitucional que tendrían como objetivo mejorar la efectividad de los derechos políticos, optimizando la representación nacional y la democracia en un Estado Constitucional de Derecho.

Efectivamente, creemos que las propuestas que vamos a plantear en base a nuestra experiencia profesional, académica e incluso parlamentaria en el periodo complementario 2020-2021, son planteamientos que tienen un sustento tanto académico como empírico, de las posibles soluciones que pudieran revertir la crisis que estamos viviendo en nuestro Estado.

De esta forma, esta ponencia desarrolla los límites que existen para la reforma constitucional, la necesidad de realizar ciertas reformas a nuestra Constitución Política y por último las propuestas de reformas constitucionales que reflexionamos pueden servir para reducir las dificultades por las que actualmente transita nuestro Estado Constitucional de Derecho.

II. LA CONSTITUCIÓN Y SU POSIBILIDAD DE REFORMA

245

1. La Constitución y su capacidad de adecuarse a las nuevas realidades

Para empezar esta ponencia consideramos importante establecer que nuestro constituyente eligió para nuestra nación un modelo de Estado Constitucional de Derecho. Ciertamente, este modelo estatal se encuentra determinado en el artículo 51° de nuestra Constitución Política¹, en donde se establece que esta Norma Fundamental es la norma suprema dentro de nuestro Estado. Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional (TC), en cuanto Supremo Interprete de nuestra Constitución², ha declarado lo siguiente:

1 Constitución Política

“Artículo 51°.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

2 Cabe señalar que esta denominación de Supremo Intérprete de nuestra Constitución se encuentra expresamente determinada en la siguiente normativa específica del Tribunal Constitucional:

- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N.º 28301 y modificatorias.
“Artículo 1°.- Definición

“(…) la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51°), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45°) o de la colectividad en general (artículo 38°) puede vulnerarla válidamente”³.

A partir de lo anterior, podemos afirmar que este modelo de Estado Constitucional de Derecho se exterioriza como un modelo estatal que va más allá del paradigma legal establecido por el Estado Legal de Derecho, sustentado en el principio de legalidad, puesto que este modelo evolucionado busca no sólo el respeto irrestricto de las leyes, sino que, además, establece que la Constitución es la norma jurídica suprema que vincula a todos los poderes públicos y privados, dotando a la misma de una supremacía incuestionable.

246

En este mismo sentido, al asumir dicho modelo de Estado, se determina a su vez que la Constitución es la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, es así como el Tribunal ha determinado lo siguiente:

“El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma

El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República”.

- Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, Resolución Administrativa N.º 095-2004-P-TC y modificatorias.

“Artículo 1º.- Control e interpretación constitucional

El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la Constitución. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Sólo está sometido a la Constitución y a su Ley Orgánica”.

3 STC. Exp. N.º 5854-2005-PA/TC, fundamento jurídico 6.

política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto”⁴.

Acorde a lo expresado por nuestro TC, nuestra Constitución Política se erige como la norma fundamental que da sentido al Estado, teniendo como premisa fundamental el respeto irrestricto a los derechos fundamentales reconocidos en ella. Es así como la Constitución se transforma en la norma suprema que dota de sentido a las demás normas que se encuentran en el sistema, procurando así que las normas de menor rango no transgredan o desobedezcan lo señalado en su texto.

En esta misma línea de argumentación, podemos afirmar que la Constitución es la norma suprema de nuestro Estado, no solo porque es un elemento básico del modelo estatal asumido por el constituyente para nuestro país, sino porque, además, es la norma que representa la voluntad popular. Al respecto, nuestro TC ha señalado lo siguiente:

“En efecto, afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder. Pretender que el Tribunal Constitucional se adhiera a esta tesis, equivale a pretender que abdique del rol de guardián de la Constitución que el Poder Constituyente le

*ha confiado (artículo 201° de la Constitución). Tentativa que, como será sencillo de entender, jamás será de recibo en sede de este Colegiado” (subrayado nuestro)*⁵.

Así, podemos decir que la Constitución como norma suprema y fundamental tiene una calidad de perenne en el tiempo, pudiendo solo ser reformada por el poder constituyente y no por los poderes constituidos (entre los cuales se encuentra el Congreso de la República), salvo que estas reformas sean solo parciales, como detallaremos a continuación.

2. La reforma parcial de la Constitución Política de 1993

Siguiendo con la línea argumentativa iniciada en esta ponencia, debemos afirmar que el Supremo Interprete de la Constitución ha determinado que nuestra Norma Fundamental puede modificarse, pero solo de forma parcial y en materias que no desnaturalicen su obra, esto es, la Constitución misma.

248

Estos límites que determina el TC se realizan a partir de la interpretación del artículo 206° de nuestra Constitución, que establece el marco normativo constitucional para realizar la reforma constitucional. Esta disposición constitucional establece lo siguiente:

“Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum.

Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

5 STC. Exp. N.º 5854-2005-AA/TC, fundamento jurídico 7.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral”.

Ahora, de la revisión de lo que establece este artículo 206° de la Constitución Política del Perú, advertimos que existen dos modalidades a través de las cuales se puede realizar la reforma de la Constitución, una aprobación íntegramente realizada por el Congreso de la República y otra conjuntamente entre este último y la ciudadanía, esto es:

1. A través de la votación superior a los dos tercios del número legal de congresistas en dos legislaturas ordinarias sucesivas, con lo cual puede hacerse o no referéndum; o,
2. A través de la votación por mayoría absoluta del número legal de miembros del Congreso y ratificado mediante referéndum.

249

De la misma forma, esta disposición constitucional determina quiénes son las personas que pueden promover la reforma de la constitución:

1. El Presidente de la República, con aprobación del Consejo de ministros;
2. Cualquiera de los Congresistas de la República; y,
3. El cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.

Al respecto, habíamos hecho mención del inicio del presente apartado que existen unos límites a la reforma constitucional establecidos por el TC, cuya jurisprudencia ha determinado que solo se puede hacer de forma parcial y solo sobre elementos no esenciales de la Constitución, es decir, que no modifiquen la esencia de la obra del poder constituyente.

En razón a estos límites, y en específico del primero de ellos a los que hemos hecho mención, se ha señalado que:

“La cuestión de los límites [de la reforma constitucional] está estrechamente vinculada con el poder constituyente –que en su momento fue el ‘Congreso Constituyente Democrático’ (sic)– y el poder revisor –en nuestro caso, el Congreso nacional–, y las características que los diferencian. El primero tiene la calidad de soberano, y una vez que, como fruto de esa soberanía, surge la Constitución, se transforma, convirtiéndose en poder jurídico.

El segundo, por su parte, al ser un poder creado y limitado, puede revisar la Constitución, y adoptar aquellos preceptos que a lo largo de la vida constitucional requieren cambios en función a la realidad que regulan, pero no puede destruir la Constitución, ni menos aún vulnerar su esencia, o como se ha venido denominando, ‘contenido fundamental’”⁶.

En relación con la segunda restricción establecida por el TC, respecto de los límites a los contenidos inmodificables que posee nuestra Norma Fundamental, éste ha declarado lo siguiente:

*“Los límites que caracterizan al órgano reformador pueden ser **formales** y materiales, siendo los límites formales aquellos referidos a **todos y cada uno de los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospere.***

A su vez, los límites materiales se refieren a los contenidos de la Constitución; con ellos no se indica la presencia de condicionamientos de

6 STC. Exps. N.º 0050-2004-AI/TC; N.º 0051-2004-AI/TC; N.º 0004-2005-PI/TC; N.º 0007-2005-PI/TC y N.º 0009-2005-PI/TC, fundamento jurídico 21.

tipo procedimental, sino algo mucho más trascendente: la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma”⁷ (subrayado y resaltado nuestros).

Continuando con este mismo sentido argumentativo, y a modo de conclusión, citamos lo expuesto por el propio TC, el cual ha declarado lo siguiente sobre la reforma constitucional:

“El Congreso de la República, como se ha expuesto, es uno de los órganos que puede efectuar la reforma parcial de la Constitución, y tal competencia está regulada en el artículo 206° de la Carta.

*Evidentemente, la competencia para reformar parcialmente la Constitución no puede entenderse como la constitucionalización de un poder constituyente originario, sino como la condición de un poder constituyente derivado y, en esa medida, como un poder constituido, sujeto por lo tanto a un régimen especial de limitaciones (procedimentales, formales y materiales)”*⁸.

251

De esta forma, podemos aseverar, a partir de lo expuesto, que existe la posibilidad de modificar la Constitución a través del procedimiento de reforma constitucional, donde lo que se busca es actualizar y mantener vigente a la Constitución coherentemente con la realidad en la que se desenvuelve, a través de cambios parciales.

Y es que el mismo constituyente peruano ha puesto un cerrojo para que no se modifique totalmente su obra o la esencia de esta, por lo que no siendo la reforma constitucional determinada en el artículo 206° de la Constitución no es un camino para eliminar o desaparecer la misma Norma Fundamental.

7 STC. Exp. N.º 0489-2006-HC/TC, fundamento jurídico 24.

8 STC. Exp. N.º 0014-2002-AI/TC, fundamento jurídico 108.

III. CONTEXTO SOCIAL-POLÍTICO Y NECESIDAD DE REFORMAS CONSTITUCIONALES

La presente investigación jurídica se origina dentro de un contexto social-político crítico, el cual exige que se asuman medidas relevantes y de gran impacto en nuestro Estado Constitucional de Derecho, que estén dirigidas tanto a mejorar y reformar la estructura del Estado como a mejorar la efectividad y ejercicio de los derechos políticos de todos los peruanos.

Ciertamente, nos encontramos ante un gran problema en la actualidad puesto que nuestro Estado Constitucional de Derecho se encuentra en entredicho por una severa crisis de las instituciones públicas en razón a que las personas que forman parte de estas instituciones públicas no han podido satisfacer las exigencias sociales y no han cumplido a cabalidad con la finalidad de estas instituciones dentro de nuestro Estado Constitucional de Derecho

252

De esta forma, a partir de este contexto, consideramos necesario el planteamiento de ciertas reformas constitucionales, con el objetivo de responder a las necesidades y exigencias de la ciudadanía y del propio Estado. En relación con lo que proponemos debemos advertir que todas nuestras sugerencias se encuentran dentro de los límites constitucionales previamente expuestos, por lo que son propuestas constitucionalmente validas.

También, debemos advertir que varios de nuestros planteamientos tienen por objeto realizar reformas estructurales y establecer límites para acceder a ciertos cargos de altos funcionarios, como son las propuestas de reforma del Congreso de la República como de la protección constitucional a la figura jurídica del Presidente de la República.

Y es que en estos casos planteamos que ambas instituciones son las que más críticas han obtenido a lo largo de los últimos diez (10) años y requieren de reformas constitucionales profundas para que se fortalezcan y con ello a toda la estructura de nuestro denominado Estado Constitucional de Derecho peruano.

Una prueba de esta afirmación es el número de Presidentes de la República que han sido vacados de su cargo desde que la vigencia de la Constitución Política de 1993 (aplicando alguno de los supuestos del artículo 113° de misma Norma Fundamental) y la última disolución del Congreso de la República, lo cual demuestra la fragilidad de ambas instituciones que son fundamentales para el buen funcionamiento del Estado.

Por tales motivos, nos atrevemos a plantear propuestas de reforma constitucional con el objeto no solo de fortalecer los poderes estatales previamente mencionados, sino también, a su vez, mejorar el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos y la calidad de vida de estos.

IV. REFORMAS CONSTITUCIONALES PROPUESTAS Y NECESARIAS PARA NUESTRO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

En este apartado vamos a desarrollar las propuestas normativas que requieren una reforma constitucional, porque son planteamientos que deberán ser insertados en nuestra Constitución Política de 1993 para alcanzar el objetivo de la presente investigación, que es fortalecer nuestro Estado Constitucional de Derecho.

253

Para este objetivo vamos a seguir la línea argumentativa expuesta previamente respecto de los límites que posee la reforma constitucional, establecidos tanto en el artículo 206 de nuestra Constitución como en la jurisprudencia el TC peruano, por lo que todas, si en un momento son planteadas y aprobadas, cumplirían con esta exigencia constitucional.

Cabe señalar que varias de las propuestas de reforma constitucional planteadas en el presente apartado han sido en su momento desarrolladas como propuestas legislativas en el periodo como Congresista de la República (Periodo Complementario 2020-2021), y que, por diversos motivos, no pudieron concretizarse, a diferencia de otras que sí pudieron materializarse. En ese sentido, proponemos lo siguiente:

1. Retorno al Congreso Bicameral

En relación con esta propuesta, opinamos necesario que el Congreso de la República actual retorne a su diseño histórico constitucional de tener dos Cámaras: 1) una Cámara de Diputados (distritos electorales) y 2) una Cámara de Senadores (distrito único nacional).

Al respecto, debemos señalar que esto sería volver a nuestro modelo histórico constitucional de Parlamento, puesto que, conforme se sostuvo en nuestro Proyecto de Ley N.º 06281:

“De acuerdo a nuestra historia, las Constituciones en el Perú han establecido predominantemente un sistema parlamentario de corte bicameral.

De esa manera, este diseño ha prevalecido en las Constituciones de 1828, 1860, 1933 y 1979 –las cuales son las Constituciones con mayor vigencia en nuestra historia constitucional– con lo cual se puede afirmar que el sistema tradicional utilizado en nuestro país ha sido la bicameralidad.

Solo las Constituciones de 1867 y 1993 establecieron un parlamento unicameral”⁹.

Cabe precisar que las atribuciones constitucionales actuales se distribuirían entre ambas Cámaras y en algunos casos (designación de funcionarios, vacancia presidencial, censura de ministros de Estado, acusaciones constitucionales, aprobación de reformas constitucionales entre otros) la Cámara de Senadores deberá ratificar lo aprobado o acordado por la Cámara de Diputados¹⁰.

9 Proyecto de Ley N.º 06281/2020-CR, *Proyecto de Ley de reforma constitucional que establece la Bicameralidad en el Congreso de la República*. Exposición de Motivos, p. 1. Disponible en Internet: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/Proyectos_Firmas_digitales/PL06281.pdf

10 Proyecto de Ley N.º 06281/2020-CR, *Proyecto de Ley de reforma constitucional que establece la Bicameralidad en el Congreso de la República*. Exposición de Motivos, pp. 5-10.

De igual forma, se deben aumentar el número de curules y que estos se distribuyan conforme al número de población de cada Distrito Electoral, siendo los encargados de plantear este aumento y distribución los entes que conforman el Sistema Electoral (Oficina Nacional de Procesos Electorales-ONPE, Registro Nacional de Identificación y Estado Civil-RENIEC y Jurado Nacional de Elecciones-JNE).

A modo de terminar este acápite, debemos mencionar que creemos que es una de las reformas constitucionales más relevantes y necesarias para nuestro Estado Constitucional de Derecho, otorgando un mayor autocontrol del Parlamento a través de un órgano propio que sería el Senado.

2. Imprescriptibilidad de todos los delitos de corrupción

Al respecto, opinamos que se debe modificar el artículo 41° de la Constitución Política del Perú estableciéndose que:

“No hay plazo de prescripción de la acción penal en caso de delitos de corrupción cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en todos los supuestos sobre delitos contra la administración pública y corrupción, conforme al principio de legalidad penal¹¹.”

255

De esta forma, consideramos que se debe reformar este articulado determinando que todos los delitos de corrupción deben ser imprescriptibles, puesto que no debemos darle la potestad al legislador de hacer distinciones en estos graves delitos en la normativa legal penal. En este mismo

11 Proyecto de Ley N.º 05513/2020-CR, *Proyecto de Ley de reforma constitucional que modificar el artículo 41 de la Constitución para determinar la obligatoriedad de presentación de las declaraciones juradas de intereses y la imprescriptibilidad de la acción penal contra delitos de corrupción*. Disponible en Internet: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05513_20200615.pdf

sentido argumentativo, en el fundamento de nuestro Proyecto de Ley N.º 5513, se propuso lo siguiente:

“(…) si queremos eliminar la corrupción en todas nuestras instituciones, es necesario que tengamos normas claras, firmes y precisas.

En ese sentido, consideramos que la imprescriptibilidad debe darse en todos los delitos de corrupción, no solo en los más graves, de esa manera superamos las deficiencias de dicha norma constitucional conforme se expuso anteriormente y se desincentiva este tipo de delitos en todos los niveles de gobierno”¹².

Ciertamente nuestra actual regulación debería tener en consideración que los delitos de corrupción son delitos pluriofensivos que atentan contra el Estado peruano y sus ciudadanos, y a estos último en sus derechos fundamentales, puesto que el Estado por actos de corrupción no puede brindarles servicios mínimos que son concreciones a sus derechos por ello:

“(…), podemos concluir que por la gravedad en el daño a derechos fundamentales que la corrupción implica, todos los delitos tipificados como tales deben ser imprescriptibles, lo cual ayudará a dificultar la impunidad y otorgará a los operadores de justicia una herramienta más para la persecución y castigo a estos delitos y sus autores”¹³.

12 Proyecto de Ley 05513/2020-CR, *Proyecto de Ley de reforma constitucional que modificar el artículo 41 de la Constitución para determinar la obligatoriedad de presentación de las declaraciones juradas de intereses y la imprescriptibilidad de la acción penal contra delitos de corrupción*. Exposición de Motivos, p. 4.

13 Proyecto de Ley 05513/2020-CR, *Proyecto de Ley de reforma constitucional que modificar el artículo 41 de la Constitución para determinar la obligatoriedad de presentación de las declaraciones juradas de intereses y la imprescriptibilidad de la acción penal contra delitos de corrupción*. Exposición de Motivos, p. 14.

Por tales motivos, concluimos que esta reforma constitucional pertinente y necesaria para que los funcionarios y Altos Funcionarios de nuestro Estado tengan desincentivos para cometer delitos de corrupción que son tan nocivos para el buen funcionamiento del mismo y para sus ciudadanos.

3. Reforma del artículo 113° de la Constitución

Creemos importante precisar el supuesto determinado en el inciso 2) del artículo 113° de la Constitución Política¹⁴ respecto de la causal de vacancia presidencial por incapacidad moral permanente sea respecto de actos cometidos durante su gestión presidencial.

Pensamos que esto es pertinente porque la idoneidad del Presidente de la República debe ser evaluada en relación al ejercicio de sus funciones presidenciales y en el ejercicio del cargo, y no por actos previos al cargo.

Con ello se evita que las motivaciones en la vacancia presidencial no sean ajenas a la actuación del Presidente de la República como tal, que es el objetivo en sí que se pretende con la figura jurídica de la vacancia, sancionarlo por no cumplir cabalmente con sus funciones presidenciales.

257

4. Reforma del artículo 117° de la Constitución:

Se deben ampliar los supuestos (delitos) por los cuales se puede investigar y procesar a un Presidente de la República durante su mandato. En este sentido, reflexionamos que es pertinente que se incorporen los delitos de corrupción como uno de los delitos que pueden ser materia de investigación y procesamiento al Presidente de la República durante el ejercicio de su mandato presidencial.

Esta propuesta sería coherente con los Tratados Internacionales en materia de lucha contra la corrupción suscritos por el Estado peruano,

14 Constitución Política

“Artículo 113°.- La Presidencia de la República vaca por: (...).

2. Su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso. (...).”

los que exigen ciertas acciones y adecuaciones de nuestra normativa nacional para lograr este objetivo¹⁵, entre los cuales podemos señalar los siguientes:

“i) la Convención Interamericana contra la Corrupción fue aprobada por la Resolución Legislativa N.º 26757 y ratificada por Decreto Supremo N.º 012-97-RE; mientras que ii) la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción fue aprobada mediante Resolución Legislativa N.º 28357 y ratificada por Decreto Supremo N.º 075-2004-RE”¹⁶.

5. Eliminación del voto de confianza de investidura

Otra propuesta de reforma constitucional que planteamos es la modificación de la figura del voto de confianza de investidura, el cual es propio de un modelo parlamentario que no es el planteado por el constituyente peruano y limita la autonomía del Presidente de la República de nombrar a su propio Consejo de Ministros.

A partir de la presente propuesta de reforma constitucional, si el Congreso de la República no está de acuerdo con los Ministros o el Presidente del Consejo de Ministros cuenta con mecanismos de control político, como la interpelación y la censura ministerial.

También, con la eliminación del voto de confianza de investidura se evita el enfrentamiento político inicial entre un nuevo Presidente de Consejo de Ministros y su Gabinete ministerial y el Congreso de la República, del cual podría derivar en el rechazo de todo un Consejo de Ministros y, por ende, en un primer voto de confianza negado por parte del

15 Roel Alva, L. A. (2022). El impacto de la corrupción en la efectividad de los derechos fundamentales de los ciudadanos en el Estado peruano. En: *Gaceta Constitucional*, N.º 179, noviembre. Gaceta Jurídica, pp. 67-87.

16 Roel Alva, L. A. (2022). El impacto de la corrupción en la efectividad de los derechos fundamentales de los ciudadanos en el Estado peruano. En: *Gaceta Constitucional*, N.º 179, noviembre. Gaceta Jurídica, p. 76.

Parlamento (teniendo en cuenta que con dos negaciones de confianza se puede disolver constitucionalmente el mismo¹⁷).

6. La autonomía e independencia de la Procuraduría General de la República

En los últimos tiempos han demostrado que la Procuraduría General de la República requiere ser un órgano constitucional autónomo que tenga una independencia y libertad plena respecto de cualquier Poder estatal u órgano constitucional del Estado, para que pueda ejercer única y exclusivamente la defensa de los intereses del Estado.

En relación a su titular, el Procurador General del Estado, su elección sería a través del Congreso de la República, con un procedimiento de elección por concurso público de méritos regulado en su propia Ley Orgánica, similar al que se planteó en su momento en nuestro Proyecto de Ley N.º 4978/2020-CR¹⁸ y que sus planteamientos se encuentran recogidos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, modificada mediante la Ley N.º 31031¹⁹, en relación con la forma de elegir a los Magistrados del precitado órgano jurisdiccional constitucional.

17 Constitución Política

“Artículo 134°.- El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros. El decreto de disolución contiene la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso. Dichas elecciones se realizan dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución, sin que pueda alterarse el sistema electoral preexistente. No puede disolverse el Congreso en el último año de su mandato. Disuelto el Congreso, se mantiene en funciones la Comisión Permanente, la cual no puede ser disuelta. No hay otras formas de revocatoria del mandato parlamentario. Bajo estado de sitio, el Congreso no puede ser disuelto” (resaltado nuestro).

18 Proyecto de Ley N.º 4978/2020-CR, *Ley que modifica los artículos 8 y 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional sobre la elección por concurso público de méritos de los Magistrados del Tribunal Constitucional*. Disponible en Internet: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL04978_20200331..pdf

19 Ley N.º 31031, *Ley que modifica la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para garantizar la elección meritocrática y transparente de Magistrados del Tribunal Constitucional*.

7. Reforma de las garantías constitucionales (procesos constitucionales)

De igual forma, así como se necesitan hacer reformas constitucionales a la parte orgánica de nuestra Constitución Política también se requiere de reformas en su parte dogmática y en los medios procesales encargados de su defensa.

En ese sentido, proponemos que el proceso constitucional de amparo en materia electoral sea directo ante el Tribunal Constitucional para que de esta forma exista una debida tutela efectiva de los derechos políticos y no se origine la denominada sustracción de la materia²⁰. Efectivamente, en este caso:

“Nuestra propuesta de un proceso constitucional de amparo que sea presentado de forma directa ante el TC, sin que sea previamente conocido por parte del fuero del PJ, pretende modificar el modelo del proceso de amparo vigente; ello en función a que el mismo posee un carácter jurisdiccional compartido, ya que tanto por el PJ como el TC pueden llegar a pronunciarse sobre la misma causa constitucional, y nuestra proposición de amparo directo implica acudir ante el TC como instancia única y excluyente”²¹.

En tal sentido, lo que se requiere es una reforma parcial del modelo del proceso constitucional de amparo para que excepcionalmente, en el supuesto de procesos de amparo contra decisiones de Jurado Nacional de

20 Este planteamiento se realizó en su momento en diferentes investigaciones y publicaciones de índole académico, entre las cuales destaca el publicado en: ROEL ALVA, Luis Andrés. “El amparo directo ante el Tribunal Constitucional”. En: *Pensamiento Constitucional*, Vol. 21, N.º 21, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016. Disponible en Internet: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/18711>

21 Roel Alva, L. A. (2014). Propuesta de reforma del amparo electoral: una propuesta de amparo directo ante el Tribunal Constitucional en un contexto electoral que lo exige. En: Carpio Marcos, E. & Sáenz Dávalos, L. (Coordinadores). *El Amparo en la actualidad. Posibilidades y Límites*. 1er. Ed., Lima: Centro de Estudios Constitucionales/ Tribunal Constitucional, p. 614. Disponible en Internet: <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2019/09/El-amparo-en-la-actualidad-1.pdf>

Elecciones (JNE), estos se resuelvan de forma única y definitiva en una instancia por el Tribunal Constitucional. Ciertamente, nuestra propuesta pretende:

“(...) la reforma parcial del modelo del amparo peruano, el mismo que estará dirigido a un supuesto específico y no a todos, por lo que nuestra propuesta esboza que coexistan en nuestro ordenamiento jurídico un modelo de amparo mixto, el regular (actual) y el directo (nuestra propuesta).

Para tal propósito, proponemos que exista un amparo directo ante el TC que procederá luego de haber agotado la jurisdicción electoral tras una decisión firme del JNE, de tal forma que el proceso no adolezca de diversas etapas procesales que pongan en riesgo el derecho afectado o recurrido”.²²

261

De esta forma, concluimos que con esta reforma en el proceso constitucional de amparo se podrán tutelar de forma más efectiva y eficiente los derechos políticos de los ciudadanos²³.

8. Derecho a la Vivienda Digna

Por último, en relación con las propuestas de reformas constitucionales en la parte material de nuestra Norma Fundamental, creemos que también deben proponerse innovaciones con relación al catálogo de derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución Política.

22 Roel Alva, L. A. (2017). Propuesta de reforma del amparo electoral: una propuesta de amparo directo ante el Tribunal Constitucional en un contexto electoral que lo exige. En: Carpio Marcos, E. & Sáenz Dávalos, L. (Coordinadores). *El Amparo en la actualidad. Posibilidades y Límites*. 1er. Ed., Lima: Centro de Estudios Constitucionales/ Tribunal Constitucional, p. 614.

23 Roel Alva, L. A. (2017). Propuesta de reforma del amparo electoral: una propuesta de amparo directo ante el Tribunal Constitucional en un contexto electoral que lo exige. En: Carpio Marcos, E. & Sáenz Dávalos, L. (Coordinadores). *El Amparo en la actualidad. Posibilidades y Límites*. 1er. Ed., Lima: Centro de Estudios Constitucionales/ Tribunal Constitucional, pp. 627-629.

En tal sentido, somos de la opinión de reiterar nuestra propuesta recaída en el Proyecto de Ley 05839/2020-CR, que planteaba la inclusión del derecho a la vivienda digna, la cual se sustenta en:

“(…), la problemática de un déficit de vivienda es real y concreto para millones de peruanos, situación que en la actual pandemia y crisis económica solo se ha agravado.

La problemática descrita obliga a tomar medidas tanto técnica, ejecutivas e inmediatas, como legislativas que faciliten y fortalezcan medidas o programas del poder ejecutivo con respecto a dicha problemática”²⁴

Consideramos relevante la inclusión de este derecho fundamental en nuestra Constitución Política por las siguientes motivaciones que en su momento se expresaron en la precitada iniciativa legislativa:

262

“En este marco, nuestro proyecto legislativo busca constitucionalizar a nivel de derecho fundamental de las personas el derecho de acceso a la vivienda, la cual debe ser digna y adecuada en los términos expuestos en la primera parte de la presente exposición de motivos.

Adicionalmente, elevamos a garantía constitucional el acceso a servicios básicos e incluso se le otorga un trato preferencial aquellos grupos denominados vulnerables, entre ellos mujeres, niños y personas con habilidades especiales.

Finalmente, el Estado no puede tomar una actitud pasiva para su cumplimiento, debe activamente tomar todas las medidas de política

24 Proyecto de Ley 05839/2020-CR. *Proyecto de Ley que incorpora el derecho fundamental a la vivienda digna*. Exposición de Motivos, p. 14. Disponible en Internet: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05839-20200722.pdf

pública que correspondan para asegurar a la persona el acceso a dicho derecho”²⁵.

Cabe señalar que el 18 de febrero de 2021 fue aprobado en una primera votación la Reforma Constitucional pero el 17 de junio del mismo año no alcanzó número de votos necesarios en la segunda votación, puesto que solo tuvo ochenta y tres (83) votos a favor y no alcanzó los ochenta y siete (87) votos requeridos para su aprobación en la siguiente legislatura²⁶.

Lo interesante es que esta propuesta, que no se logró materializar en nuestra Norma Fundamental, conforme determina el artículo 206° de la Constitución Política²⁷ debió ser ratificada mediante referéndum, pero el Congreso de la República siguiente (la conformación actual del Parlamento peruano, periodo 2021-2016) lo derivó al archivo²⁸.

V. CONCLUSIONES

- En la presente ponencia hemos querido profundizar y ampliar las propuestas de reforma constitucional que en su momento se presentaron ante el entonces Titular del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, las cuales consideramos que de concretizarse en nuestra Norma Fundamental se podría evitar muchos de los problemas actuales de

263

25 Proyecto de Ley 05839/2020-CR. *Proyecto de Ley que incorpora el derecho fundamental a la vivienda digna*. Exposición de Motivos, p. 14.

26 Proyecto de Ley 05839/2020-CR. *Proyecto de Ley que incorpora el derecho fundamental a la vivienda digna*. Expediente Digital. Disponible en Internet: <https://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/clproley2016.nsf/55eff7b6c53dfa5d052578e100829cc9/ab375a10170b5e71052585ae0068b314?OpenDocument>

27 Constitución Política
“Artículo 206°.- **Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.** La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República. La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral” (resaltado nuestro).

28 Proyecto de Ley 05839/2020-CR. *Proyecto de Ley que incorpora el derecho fundamental a la vivienda digna*. Expediente Digital.

nuestro Estado Constitucional de Derecho, que luego derivan en crisis políticas y sociales.

- Ciertamente, y conforme se ha explicado, en nuestro ordenamiento jurídico se permiten reformas o enmiendas constitucionales de forma parcial y limitada, es decir, se encuentra prohibido una reforma total de la Constitución y solo se permiten reformas que no desnaturalicen la esencia de la obra del constituyente.
- En ese sentido, las modificaciones a la Constitución Política planteadas en la presente investigación se encuentran acorde con los límites establecidos para la reforma constitucional conforme determina el artículo 206° de nuestra Norma Fundamental y lo interpretado por nuestro Tribunal Constitucional, puesto que no se plantea una reforma total y los cambios propuestos no transforman lo propio de lo planteado por el constituyente en su obra, la Constitución Política de 1993.
- Por lo que, consideramos que nuestros planteamientos de reformas constitucionales validas (dentro de los límites constitucionales de reforma constitucional) pretenden fortalecer nuestro Estado Constitucional de Derecho que ha devenido en una crisis institucional, por las diversas coyunturas políticas y sociales de la última década.

264

BIBLIOGRAFÍA

Proyecto de Ley 05839/2020-CR. *Proyecto de Ley que incorpora el derecho fundamental a la vivienda digna*. Expediente Digital. Recuperado de: <https://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/clproley2016.nsf/55eff7b6c53dfa5d052578e100829cc9/ab375a10170b5e71052585ae0068b314?OpenDocument>

Roel Alva, Luis Andrés. “El impacto de la corrupción en la efectividad de los derechos fundamentales de los ciudadanos en el Estado peruano”. En: *Gaceta Constitucional*, N.º 179, Noviembre, Lima: Gaceta Jurídica, 2022, pp. 67-87.

Roel Alva, Luis Andrés. (2017). Propuesta de reforma del amparo electoral: una propuesta de amparo directo ante el Tribunal Constitucional en un contexto electoral que lo exige. En: Carpio Marcos, E. & Sáenz Dávalos, L. (Coordinadores). *El Amparo en la actualidad. Posibilidades y Límites*. 1er. Ed., Lima: Centro de Estudios Constitucionales/ Tribunal Constitucional.

Roel Alva, Luis Andrés. (2016). El amparo directo ante el Tribunal Constitucional. En: *Pensamiento Constitucional*, Vol. 21, N.º 21, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/18711>

SECCIÓN MISCELÁNEA

¿Abstractivización del control concreto o concretización del control abstracto?*

Abstraction of concrete control or concretization of abstract control?

 LUIZ GUILHERME MARINONI**

Resumen

En las últimas décadas se ha producido la aparición de una nueva forma de control de constitucionalidad a través de los recursos extraordinarios. Ello ha permitido que las decisiones del Tribunal adquieran otra dimensión, llevando a la doctrina a pensar en precedentes constitucionales. la nueva forma del recurso extraordinario llevó a imaginar que el control concreto se estaría superponiendo al control abstracto. Por otro lado, se ha pasado por alto que, en realidad, el control abstracto o puramente normativo ha dejado de existir, sobre todo a la vista de las nuevas teorías interpretativas de la Constitución y de la apertura de los Tribunales Constitucionales a la facticidad.

El presente texto pretende contribuir a eliminar esta confusión mostrando que el control incidental, en forma de precedentes constitucionales, no sólo no tiene nada que ver con el control abstracto, sino que es indispensable para la propia racionalidad del control difuso de constitucionalidad.

* Traducción de Christian Delgado Suárez

** Profesor Catedrático de la Universidad Federal de Paraná. Presidente de la Asociación Brasileña de Derecho Procesal Constitucional. Miembro Honorario del Presidium de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. (guilherme@marinoni.adv.br).

Palabras clave

Tribunal constitucional, control de constitucionalidad, control abstracto, control concreto, precedente constitucional.

Abstract

In recent decades, a new form of control of constitutionality has appeared through extraordinary appeals. This has allowed the Court's decisions to acquire another dimension, leading the doctrine to think of constitutional precedents. The new form of the extraordinary appeal led to imagine that concrete control would be superimposed on abstract control. On the other hand, it has been overlooked that, in reality, abstract or purely normative control has ceased to exist, especially in view of the new interpretative theories of the Constitution and the opening of the Constitutional Courts to factuality.

270

The present text aims to contribute to eliminate this confusion by showing that incidental control, in the form of constitutional precedents, not only has nothing to do with abstract control, but is indispensable for the very rationality of diffuse control of constitutionality.

Keywords

Constitutional Court, control of constitutionality, abstract control, concrete control, constitutional precedent.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. ¿ABSTRACTIVIZACIÓN O RACIONALIZACIÓN DEL CONTROL INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDAD? III. ¿PUEDEN LA REPERCUSIÓN GENERAL Y EL EFECTO VINCULANTE ELIMINAR EL CASO CONCRETO DE LA RAZÓN QUE INFORMA LA FORMACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL? IV. LA CONCRECIÓN DEL CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD. V. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas se ha producido una transformación del control incidental de constitucionalidad o, más propiamente, la aparición de una nueva forma de control de constitucionalidad a través de los recursos extraordinarios. La repercusión general, unida a la percepción de que el caso concreto brinda la oportunidad de dar sentido a la Constitución, ha permitido que las decisiones del Tribunal adquieran otra dimensión, llevando a la doctrina a pensar en precedentes constitucionales, es decir, en decisiones interpretativas vinculantes o con efectos vinculantes¹.

La nueva configuración de las decisiones constitucionales trajo naturalmente otros incrementos, como, por ejemplo, la modulación de los efectos de las decisiones tomadas en el control incidental y la posibilidad de discutir hechos constitucionales, admitiendo la intervención de *amici curiae*, la realización de audiencia pública y la producción de pruebas - al principio previstas sólo para las acciones de control abstracto.

271

Por ello, la nueva forma del recurso extraordinario llevó a imaginar que el control concreto se salía de los carriles o entraba en el espacio que pertenecería al control abstracto. Por otro lado, curiosamente se ha pasado por alto que, en realidad, el control abstracto o puramente normativo ha dejado de existir, sobre todo a la vista de las nuevas teorías interpretativas de la Constitución y de la apertura de los Tribunales Constitucionales a la facticidad.

El presente texto pretende contribuir a eliminar esta confusión mostrando que el control incidental, en forma de precedentes constitucionales, no sólo no tiene nada que ver con el control abstracto, sino que es indispensable para la propia racionalidad del control difuso de constitucionalidad. Al mismo tiempo, es necesario aclarar que el control que actualmente se realiza a través de acciones directas dista mucho del tradicional control puramente normativo característico de los orígenes de los Tribunales Constitucionales Europeos.

1 Guilherme Marinoni L. (2022). *Precedentes Obrigatórios*. Revista dos Tribunais. pp. 295 y ss.

De hecho, queremos demostrar que las cosas se han invertido, ya que el control incidental que se sirve del precedente constitucional (eficacia vinculante) y del caso concreto es plenamente adecuado, y el control directo, para coexistir junto al incidental, debe ser consciente de la importancia de los hechos para la interpretación constitucional, así como de todas sus consecuencias.

II. ¿ABSTRACTIVIZACIÓN O RACIONALIZACIÓN DEL CONTROL INCIDENTAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD?

Desde la institución de la repercusión general y, en consecuencia, la aparición de precedentes constitucionales, han surgido observaciones e incluso críticas sobre las propiedades que los recursos extraordinarios han adquirido naturalmente para permitir que el control incidental de constitucionalidad cumpla su función adecuada.

Se habla de objetivación o abstracción con la intención de hacer creer que el control incidental, mediante llamamientos extraordinarios, se transformaría en control abstracto. De hecho, sin explicar cómo dejaría de funcionar correctamente el control incidental, pero, curiosamente, aludiendo a técnicas que nunca han pertenecido al patrimonio exclusivo del control abstracto, se argumenta que el uso de la eficacia vinculante en el control incidental, por ejemplo, sería un signo de objetivación o abstracción del control concreto.

Evidentemente, se trata de un malentendido con una pizca de ingenuidad. Se argumenta que la comprensión del significado del precedente constitucional, es decir, la *ratio decidendi* o fundamento determinante del resultado del recurso, capaz de indicar el entendimiento del Tribunal sobre una cuestión constitucional, tendría que ver con el control abstracto.

Ahora bien, el precedente constitucional, o incluso la eficacia vinculante que conlleva, no tiene nada que ver con el control abstracto. De hecho, están a kilómetros de distancia del concepto de exclusión de la ley del ordenamiento jurídico o incluso de la eficacia erga omnes, propia de una decisión de inconstitucionalidad que excluye una norma jurídica del ordenamiento jurídico.

Hay que tener en cuenta que en la tradición del control abstracto se ha buscado la eficacia *erga omnes* en la naturaleza legislativa de la decisión de inconstitucionalidad. La eficacia erga omnes no surgía de la mera asunción de que la decisión de inconstitucionalidad afecta a todos, aunque sean ajenos al proceso en el que se adoptó la decisión -como se asume cuando existe una “representación adecuada”, requisito que se considera indispensable para hacer compatible la acción popular con la garantía constitucional de participación en el proceso².

Kelsen declaró la eficacia general de la decisión de inconstitucionalidad después de haber dejado clara su teoría sobre el control de constitucionalidad. Para Kelsen, una decisión de inconstitucionalidad es un acto de un legislador negativo. No exactamente porque el Tribunal no pueda suplir la omisión del legislador positivo, sino sólo porque el Tribunal, cuando decide, practica un acto que tendría la misma naturaleza que una ley que deroga otra ley o norma jurídica, un simple acto que es lo contrario de producir legislación³. La decisión del Tribunal tendría carácter legislativo con signo contrario, por lo que constituiría un acto de legislación negativa. Kelsen afirma que la decisión que anula la ley, al tener la misma naturaleza que la norma general, tiene por tanto eficacia general o erga omnes.

273

Esto significa que la eficacia general o *erga omnes* que hoy es propia de las decisiones dictadas en el control abstracto brasileño nada tiene que ver con una particularidad exclusiva del control judicial abstracto. De hecho, si la eficacia general se encontraba originalmente en la naturaleza legislativa de la decisión de inconstitucionalidad, en otros sistemas jurídicos y en el derecho brasileño deriva de una construcción teórica basada en una circunstancia intuitiva, ya que la ley es válida para todos o no para nadie⁴.

2 Hansberry v. Lee, 311 U.S. 32, 61 S.Ct. 115, 1940. Ver: Minzner M. (2010). Saving stare decisis: preclusion, precedent, and procedural due process. *Brigham Young University Law Review*. pp. 597 y ss.

3 Kelsen H. (2002). *Jurisdição constitucional*. Martins Fontes. pp. 153 y ss; Fernández Segado. (2009). *La Justicia Constitucional: una Visión de Derecho Comparado*, tomo I. Dykinson. p. 151.

4 En el derecho portugués, Rui Medeiros sustenta que la eficacia *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad no solo es incompatible sino que “también se armoniza perfectamente con la autoridad del caso juzgado”. Medeiros R. (1999). *A decisão de inconstitucionalidade*.

En el derecho brasileño, la doctrina ha sostenido que la cosa juzgada *erga omnes*, propia de la decisión de inconstitucionalidad, sería consecuencia de la sustitución del proceso judicial realizada por el autor de la acción directa. Se afirma así que la cosa juzgada es válida *erga omnes* en virtud de la sustitución procesal que tiene lugar en la persona de la entidad o titular de la acción, que, en nombre propio, actúa como sustituto procesal de la colectividad.

Como puede verse, pretendía trasladar conceptos del proceso civil al proceso constitucional. Ocurre que el instituto de la sustitución procesal se refiere al proceso inter partes, específicamente a las situaciones en las que se protege, en nombre propio, derecho o situación subjetiva de un tercero. En la acción directa no existe el derecho de un tercero o de quien lo sustituya, solicitando la tutela de un derecho subjetivo en nombre propio. Sólo existe la entidad a la que la Constitución atribuye legitimidad para instalar el proceso de control de constitucionalidad de las normas, del que emanan las decisiones que naturalmente benefician a todos.

274

Cabe señalar que la cosa juzgada, en los procesos entre partes, tiene por objeto evitar que el bien de vida entregada a uno de los litigantes pueda serle arrebatado, ya sea cuestionando el objeto litigioso ya decidido, ya sea intentando reabrir la discusión de la propia decisión. Mientras tanto, la definición de la (in)constitucionalidad de la ley, en control abstracto, no confiere ninguna protección a los derechos individuales o incluso transindividuales, sino que tiene la función de proteger el orden jurídico. La prohibición de rediscutir la decisión de (in)constitucionalidad es una cuestión que afecta a la estabilidad y coherencia del derecho objetivo, valores que son obviamente incompatibles con la apertura a la mutación de las decisiones sobre su constitucionalidad.

Por tanto, es fácil comprobar que la eficacia *erga omnes* de las decisiones de inconstitucionalidad se centra exclusivamente en el hecho de que afectan a todos. Y es que la obviedad de que las decisiones de inconstitucionalidad afectan a todos fue precisamente lo que hizo que Kelsen se

convenciera del peligro de atribuir la competencia de control de constitucionalidad a los tribunales ordinarios, dada la imposibilidad de garantizar la unidad del Derecho o el respeto a las decisiones del Tribunal Constitucional en el sistema austriaco⁵. Este peligro, como subraya Francisco Fernández Segado⁶, estaba presente en la elaboración kelseniana y puede relacionarse con las tendencias antidemocráticas ya presentes en ciertos sectores de la judicatura alemana y que podrían extenderse a Austria, habiendo quedado marcada, de forma absolutamente clara, la conciencia de que tal riesgo no podía evitarse debido a la inadmisibilidad de la regla *stare decisis* en el ámbito del *common law*⁷.

Ahora bien, si la eficacia *erga omnes* se consiguió atribuyendo carácter legislativo a la decisión de inconstitucionalidad, y posteriormente se negó expresamente el control difuso bajo la excusa de que el ordenamiento jurídico era insuficiente para garantizar el respeto a las decisiones del Tribunal, resulta demasiado claro que no hay razón para dudar de la atribución de eficacia vinculante a las decisiones sobre el control incidental de constitucionalidad en cualquier ordenamiento democrático.

275

Es muy claro que la misma razón que exige la eficacia *erga omnes* en el control directo no puede prescindir de la eficacia vinculante en el control de constitucionalidad a través de los recursos extraordinarios. Los precedentes constitucionales son el resultado de la institución de la repercusión general en la Constitución (art. 102, § 3, CRFB). Ahora bien, el establecimiento de la competencia para decidir únicamente las cuestiones constitucionales que tengan una repercusión general no puede significar otra cosa que la existencia de un deber de todos de ejercer un control incidental de constitucionalidad, sin permitir que los demás órganos del poder judicial y de los órganos administrativos decidan lo contrario.

5 Kelsen H. (1942). Judicial review of legislation: a comparative study of the austrian and the american Constitution. *The Journal of Politics*, v. 4, pp. 183-200.

6 Fernández Segado F. (2009). *La Justicia Constitucional: una Visión de Derecho Comparado*, tomo I. Dykinson, p. 140.

7 García Belaunde D. (2007). Dos cuestiones disputadas sobre el Derecho Procesal Constitucional. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, v. 7, pp. 139 y ss.

Al fin y al cabo, como dijo Cappelletti, sólo algo como el *stare decisis* puede garantizar la racionalidad del control difuso de constitucionalidad⁸. De lo contrario, una ley podría ser aplicada por un juez un día y al día siguiente no ser aplicada por el tribunal de apelación, o por su colega en otro caso, incluso si el Tribunal Supremo ya hubiera decidido mediante recurso extraordinario. Esto, por supuesto, negaría lo que ha sustentado la propia eficacia erga omnes en el control directo, es decir, la obviedad de que la decisión de (in)constitucionalidad de un Tribunal Supremo concierne a todos, con independencia de dónde se adopte —en control incidental o directo—.

En otras palabras, sería poco menos que absurdo atribuir al Tribunal Supremo la facultad de juzgar recursos extraordinarios sólo cuando se presente una cuestión constitucional de repercusión general, animándole a actuar sólo en casos relevantes para el desarrollo de la Constitución y de la sociedad, y sin embargo limitar la eficacia de sus decisiones a las partes. Esto sería una contradicción evidente.

276

La eficacia *inter partes* no está relacionada con la selección de una cuestión constitucional relevante y una decisión que sea de interés para la sociedad. Cuando la resolución de un recurso extraordinario forma precedente constitucional, estableciendo *ratio decidendi* firmada por la mayoría absoluta de los miembros del Tribunal, el efecto vinculante para los órganos del Poder Judicial y de la Administración Pública es una simple consecuencia. El efecto vinculante del precedente establecido en un recurso extraordinario es consecuencia de la institución de la repercusión general, del papel que desempeña y de la conocida irracionalidad de que el Tribunal pueda decidir una cuestión constitucional sin aplicarla.

También debe recordarse que en Estados Unidos el efecto *stare decisis* de los precedentes constitucionales sólo se estableció en *Cooper v. Aaron*, cuando se decidió que la decisión del Tribunal en *Brown* constituía la ley suprema del país, mientras que el artículo 6 de la Constitución permitía que esta decisión tuviera efectos vinculantes para el Gobernador

8 Cappelletti M. (1968). *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Giuffrè, pp. 62 y ss.

de Arkansas en vista de su juramento de obedecer la Constitución⁹. En otras palabras, el efecto vinculante, en Estados Unidos, no es la simple aplicación del *stare decisis* a los precedentes del *common law*. Se trata, más bien, de la aplicación del efecto vinculante o *stare decisis* a un tipo de precedente que ni siquiera era conocido en la tradición del *common law*, pero que resultó ser, dada la importancia de su objeto -la Constitución- y su repercusión para la sociedad, un acto que no podía dejar de imponerse a todos con efecto vinculante, del mismo modo que una decisión de inconstitucionalidad adoptada en control abstracto.

Vale decir que, contrariamente a lo que se podría suponer, la racionalidad de la revisión judicial americana no deriva propiamente del *common law*, sino de la comprensión de la importancia de las cuestiones constitucionales que, cuando son decididas por el Tribunal Supremo, no pueden ser negadas por los demás órganos del Poder Judicial, así como por las autoridades administrativas.

Un precedente que reconoce la inconstitucionalidad de una ley tiene una eficacia similar a la de una decisión de inconstitucionalidad. El precedente impide la aplicación de la ley declarada inconstitucional, aunque no la elimina del ordenamiento jurídico. Por esta misma razón, el precedente constitucional es incluso más útil que una decisión de inconstitucionalidad tomada en control abstracto, ya que abre la oportunidad de que la ley vuelva a aplicarse ante hechos sociales cambiantes. Ahora bien, al igual que una ley puede sufrir un proceso de inconstitucionalización, puede convertirse en constitucional con el paso del tiempo. En este caso, sólo la técnica de los precedentes constitucionales puede abrir la oportunidad para que el derecho resucite, es decir, para que la norma, que hasta entonces se consideraba derecho muerto, vuelva a aplicarse.

Por tanto, no cabe hablar de abstractivización u objetivización del control concreto cuando se percibe la racionalización de esta forma de control de constitucionalidad a través de la comprensión del significado de los precedentes constitucionales y de su natural eficacia vinculante,

9 Tushnet M. (199). Taking the Constitution away from the Courts. *Princeton University Press*, pp. 7 y ss.

consecuencia de la utilización de la técnica de la repercusión general. La existencia de un precedente constitucional y su eficacia no tienen nada que ver con la abstractivización u objetivización del control constitucional.

Otra forma de ver las cosas resulta incorrecta, derivada de un evidente desconocimiento del derecho procesal constitucional comparado y de una desafortunada confusión entre cosa juzgada inter partes y eficacia vinculante. Pues bien, la cosa juzgada inter partes se refiere a la decisión del recurso, que puede o no convertirse en precedente, adquiriendo eficacia vinculante. La cosa juzgada inter partes se refiere a la decisión, mientras que la cosa juzgada vinculante se refiere al precedente que pueda derivarse de la decisión. Si toda decisión dictada en un recurso extraordinario produce cosa juzgada inter partes, la eficacia vinculante sólo aparece cuando dicha decisión posee las cualidades que le permiten asumir la condición de precedente constitucional. En otras palabras, la eficacia vinculante no es incompatible con el caso concreto y con la cosa juzgada inter partes. Por el contrario, el precedente no sólo respeta siempre el caso concreto y la cosa juzgada inter partes, sino que, de hecho, los presupone.

278

El hecho de que una decisión dictada en un recurso extraordinario constituya un precedente constitucional indica simplemente que la decisión, por afectar a todos, debe ser respetada por los demás órganos del Poder Judicial y de la Administración. Obviamente, esto no significa que el Tribunal, al formar el precedente, no haya decidido sobre la base del caso concreto, protegiendo a los litigantes. La confusión continúa al aludir a los tipos de decisión y a la modulación de los efectos temporales del precedente, imaginando que estas técnicas serían, por alguna razón, exclusivas del control abstracto.

Las decisiones interpretativas, como la modulación de los efectos, ni siquiera constituyen una respuesta al control de constitucionalidad de tipo kelseniano. El control abstracto, o puramente normativo, en el que se investiga en abstracto la compatibilidad de una norma inferior con otra superior, ha llevado a la conclusión de que la comprobación positiva de la incongruencia obliga a anular la norma incompatible, imponiéndose su extracción del ordenamiento jurídico.

El grave problema del vacío legislativo, es decir, la exclusión de la ley del ordenamiento jurídico, dio lugar a la regla que favorece la

conservación de los actos legislativos, evitando la eliminación de la ley cuando ésta pueda ser interpretada en consecuencia y, posteriormente, mediante la reconstrucción de la norma-interpretación de la disposición sobre la base de la Constitución.

Tanto la interpretación conforme como las decisiones reconstructivas -reductivas, aditivas y sustitutivas- resultan del desarrollo de la teoría de la interpretación, o mejor dicho, de la separación entre el texto y la norma, lo que permite atribuir la condición de constitucional o inconstitucional a la interpretación-resultado, entendida como norma. De este modo se ha hecho posible establecer una norma (interpretación) constitucional a pesar de que el instrumento jurídico ofrezca la oportunidad de otras interpretaciones inconstitucionales, y una norma “reconstruida” en el caso de que el instrumento jurídico sólo ofrezca la oportunidad de interpretaciones incompatibles con la Constitución.

En el caso de la interpretación conforme, el mecanismo se preserva estableciendo una norma constitucional (interpretación) que debe ser utilizada por todos. En el caso de una decisión reconstructiva o manipulativa, el mecanismo se preserva mediante la elaboración de una norma (interpretación) que contenga un resultado que el texto y la “interpretación posible” no hacen posible, pero que permite corregir la ley sobre la base de la Constitución, sin que ello signifique la creación de una norma de la competencia del Legislador, sino sólo su adaptación a las reglas constitucionales.

279

Este es el caso, por ejemplo, cuando es necesario añadir protección para un grupo o situación específica que estaba excluido por la ley. Obsérvese que esto ocurre fundamentalmente cuando la protección de las personas sufre más por la eliminación de la ley que por su reconstrucción sobre la base de la Constitución. Es evidente, por tanto, que el problema del vacío legislativo vuelve a salir a la palestra.

En efecto, si el *horror vacui*¹⁰, además de otros valores, dio lugar al principio de conservación de los actos legislativos, ello no sólo transformó

10 Pinardi R. (2007). *L'Horror Vacui nel Giudizio Sulle Leggi*. Giuffrè, pp. 15 y ss.

la forma tradicional de control de constitucionalidad (anulación mediante legislación negativa) en un sistema de naturaleza claramente jurisdiccional, sino que también permitió al Tribunal decidir en función de las necesidades interpretativas de situaciones concretas particulares.

En otras palabras, la aplicación de la teoría que separa texto y norma, al permitir a los Tribunales Constitucionales Europeos preservar el dispositivo, negando una norma y afirmando otra, dio lugar a una función creativa, típica de la judicial review, en la que existe una preocupación por encontrar una decisión capaz de responder a especificidades concretas. Segundo, de hecho, reconoce expresamente que el Tribunal Constitucional italiano, desde los años 50 del siglo pasado, comenzó a utilizar “técnicas jurídicas muy diferentes, propias del control jurisdiccional, como ha sido el caso de la diferenciación entre disposiciones y normas”¹¹.

Como no podía ser de otra manera, las “decisiones intermedias” de los Tribunales Constitucionales comenzaron a reclamar eficacia vinculante con el paso del tiempo, ante la falta de racionalidad de una interpretación conforme a derecho o incluso de una decisión aditiva que pudiera ser denegada por Jueces y Tribunales. O mejor dicho, las decisiones de los Tribunales que no se limitan al binomio constitucionalidad- inconstitucionalidad, porque configuran otra norma (interpretación), no pueden dejar de estar revestidas de eficacia vinculante, en la medida en que, como la decisión de inconstitucionalidad, conciernen a la Constitución y a todos, y deben ser observadas por los órganos del Poder Judicial y de la Administración Pública.

En otras palabras, es el carácter interpretativo o “normativo” de la decisión lo que da lugar a la eficacia vinculante en los tribunales europeos, acercándola a la eficacia de los precedentes del Tribunal Supremo de los EE.UU., que están marcados por el *stare decisis*¹². Nótese que de esta forma

11 Fernández Segado F. (2009). *La Justicia Constitucional: una Visión de Derecho Comparado*, tomo I. p. 140.

12 Francisco Fernández Segado, en una obra sobre el proceso constitucional comparado, intuyó la relación entre las decisiones interpretativas de las Cortes constitucionales europeas y las decisiones, con eficacia de *stare decisis* de la Suprema Corte de los Estados Unidos, subrayando que las decisiones interpretativas “han terminado en la práctica por dar lugar a la eficacia del precedente en términos semejantes a como sucede en el modelo norteamericano” (Fernández Segado F. (2009). *La Justicia Constitucional: una Visión de Derecho Comparado*, tomo I, pp. 155-156).

la eficacia vinculante prácticamente hace desaparecer la importancia de la tan cacareada cosa juzgada erga omnes de la decisión de inconstitucionalidad, que al fin y al cabo es una eficacia (y no una cosa juzgada) obligatoria erga omnes.

Todo esto significa simplemente que los precedentes constitucionales interpretativos gozan de eficacia vinculante en virtud de su naturaleza y de su importancia para todos, y no porque se formen en un determinado sistema de control de constitucionalidad. Es ingenuo suponer que las decisiones constitucionales que no excluyen la ley del ordenamiento jurídico tienen eficacia erga omnes simplemente porque se producen en control concentrado o abstracto. La eficacia vinculante de una decisión interpretativa no tiene nada que ver con el lugar donde se dicta, sino que constituye una consecuencia inevitable de su relevancia en el sistema.

La sentencia dictada en un recurso extraordinario se convierte en precedente porque representa el entendimiento de la mayoría absoluta del Tribunal sobre una determinada cuestión constitucional. Ahora bien, la *ratio decidendi* formada en la sentencia del recurso de casación refleja el sentido que el Tribunal atribuye a la Constitución, y no hay razón para que se considere que tiene menos autoridad que cualquier decisión dictada en el control de concentración. Quienes desconocen la autoridad particular del precedente que presupone la repercusión general de la cuestión constitucional siguen razonando como si el recurso sirviera sólo para dirimir controversias entre partes o para corregir la decisión recurrida, sin darse cuenta de que resolver hoy un recurso extraordinario significa atribuir sentido a la Constitución y contribuir a su desarrollo.

Si el Tribunal, al resolver un recurso extraordinario, dicta una resolución incidental de carácter aditivo -por ejemplo- por mayoría absoluta de votos, no tiene razón de ser limitar la decisión únicamente a las partes, como si otras personas pudieran ser ajenas a un precedente que reconstruye el sentido de la ley a partir de la Constitución, o como si jueces y autoridades administrativas pudieran permanecer indiferentes ante él. Una decisión como ésta, al establecer la *ratio* y, en consecuencia, el precedente, es vinculante en virtud de la razón de ser de la repercusión general y de la propia función del Tribunal Supremo Federal.

De hecho, es tan absurdo hablar de abstracción del control concreto como suponer que el control de constitucionalidad en el recurso extraordinario sólo interesa a las partes. Como el control de constitucionalidad nunca interesa sólo a las partes, se sirve de técnicas decisorias interpretativas y reconstructivas, siempre asociadas a la eficacia vinculante, también en los recursos extraordinarios, es decir, en el control concreto. Sólo cabe la utilización de técnicas que permitan racionalizar el control a través del recurso, sin que el control de constitucionalidad pierda su naturaleza concreta.

Esto es también lo que ocurre cuando pensamos en la modulación de los efectos. La decisión de efectos diferidos aparece también en el control concentrado como una respuesta al horror vacui, presentándose como algo sobrevenido al control de constitucionalidad, que se realiza exclusivamente mediante la anulación de la ley. Sin embargo, no hay razón para imaginar que la limitación de los efectos retroactivos de la decisión de inconstitucionalidad, o incluso el aplazamiento de sus efectos a una fecha o acontecimiento futuros, sea una propiedad del control concentrado.

Si este fuera el caso, no habría ninguna razón para tener decisiones con efectos temporales modulados en el entorno de *stare decisis*. La modulación de los efectos temporales tiene que ver con la confianza justificada o las razones importantes que justifican la conservación de las consecuencias pasadas de una ley que ha sido declarada inconstitucional, o incluso el mantenimiento de sus efectos en el futuro.

Dado que un precedente que declara la inconstitucionalidad de la ley la hace inaplicable, sin excluirla del ordenamiento jurídico, la necesidad de modulación también puede surgir cuando se interpone un recurso extraordinario. Es posible decidir que el precedente no se aplique a determinadas situaciones sustanciales pasadas o a casos en curso, por ejemplo, o decidir que el precedente sólo se aplique a partir de una fecha futura, permitiendo que la ley siga produciendo efectos durante un determinado período de tiempo. Nótese que la limitación de los efectos retroactivos o el aplazamiento de los efectos de la decisión, aplicables en el control abstracto, constituyen exactamente la limitación de los efectos retroactivos

del precedente constitucional o de sus efectos prospectivos en el control concreto.

Por lo tanto, lo que hace necesaria la modulación de efectos en un recurso extraordinario es sólo el hecho de que la repercusión general ha transformado este recurso en un medio que permite al Tribunal formar precedentes constitucionales. Es la propia función del Tribunal, ejercida a través de la sentencia del recurso extraordinario, la que exige ahora la utilización de la técnica de modulación de efectos en el control concentrado. De hecho, la modulación de los efectos temporales no se inserta en la tradición del control de constitucionalidad, por lo que ni siquiera es posible afirmar que constituya una característica del control abstracto. Por el contrario, el sistema kelseniano ignoraba el problema de los efectos temporales¹³. La sentencia del Tribunal Constitucional austriaco fue la anulación de la ley con efectos *ex nunc*. Esta regla sólo se atenuó con la reforma constitucional de 1975, que otorgó al Tribunal austriaco la facultad de retrotraer los efectos de la decisión de inconstitucionalidad.

Al igual que la modulación de efectos es una excepción en el sistema austriaco, obviamente también lo es en el sistema alemán, en el que se aplica la idea de la invalidez de las leyes inconstitucionales. En otras palabras, la modulación de efectos es una excepción no sólo en el sistema concentrado, en el que la ley se anula, sino también en el sistema concentrado, en el que la premisa es que la ley es inválida desde el momento en que se crea. En otras palabras, la modulación de los efectos temporales de la decisión de inconstitucionalidad es una cuestión de necesidad práctica y concreta, que es indiferente a las teorías de la nulidad y anulación de la ley inconstitucional, y —aún más obviamente— a la vía procesal elegida para controlar¹⁴.

La circunstancia de que el control se ejerza directamente o en apelación no importa a la hora de considerar la necesidad de regular los

13 Kelsen H. (1928). La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionnelle). *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, v. 45, p. 243 y ss

14 Schorkopf F. (2005). *Die prozessuale Steuerung des Verfassungsrechtsschutzes: Zum Verhältnis von materiellem Recht und Verfassungsprozeßrecht*, *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 130, n. 3, p. 467.

efectos temporales. Y es que el recurso extraordinario -siempre conviene subrayarlo- se presta a la formación de precedentes constitucionales, y se es plenamente consciente de que el control difuso no funciona -cuando menos- cuando los Tribunales y los Jueces pueden ignorar la interpretación constitucional establecida por el Tribunal Constitucional.

Si el precedente constitucional, en principio, impide la aplicación de la ley, sólo la limitación de sus efectos retroactivos puede salvaguardar adecuadamente situaciones pasadas. Del mismo modo, cuando sólo el aplazamiento de la eficacia del precedente (de inconstitucionalidad) puede preservar determinadas situaciones, la eficacia vinculante es necesaria para protegerlas. Esto significa que el uso de la modulación también es indispensable para la racionalización del control difuso, y queda fuera de toda discusión la abstracción del control concreto por este motivo.

Por último, existe un gran error al hablar de abstracción u objetivación del control concreto cuando, al fin y al cabo, existe una clara preservación del control de constitucionalidad desde el caso concreto, utilizando un mecanismo que amplía la eficacia de la decisión de las partes a todos, vinculando a los órganos del Poder Judicial y de la Administración Pública por la necesidad de racionalizar el control de constitucionalidad.

III. ¿PUEDEN LA REPERCUSIÓN GENERAL Y EL EFECTO VINCULANTE ELIMINAR EL CASO CONCRETO DE LA RAZÓN QUE INFORMA LA FORMACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL?

Pero es importante profundizar aún más en el tema para demostrar que la formación de precedentes constitucionales a través de recursos extraordinarios nunca puede ignorar el caso real. La sentencia del Tribunal, capaz de sentar un precedente constitucional, presupone que se ha reconocido la repercusión general de la cuestión constitucional. Pero, obviamente, no se trata de una cuestión meramente normativa, susceptible de resolverse mediante la mera relación entre la ley y la Constitución. Por el contrario, la cuestión constitucional debe delimitarse, en el momento de deliberar sobre la repercusión general, desde el caso concreto y la duda teórico-jurídica que le concierne.

De acuerdo con la Constitución (art. 102, III, CRFB), corresponde al Supremo Tribunal Federal “juzgar, por medio del recurso extraordinario, las causas decididas...”, lo que significa que el Tribunal debe juzgar el recurso, en los casos previstos en las letras del inciso III del art. 102, y cuando haya repercusión general, para resolver una “causa” o un caso concreto. En otras palabras, lo que legitima a la Corte para juzgar el recurso extraordinario y, en consecuencia, para dictar precedente constitucional, es un caso concreto que expresa una cuestión de repercusión general. Sin un caso que pueda dar lugar a un recurso extraordinario, es evidente que el Tribunal no puede ejercer el control incidental de constitucionalidad.

Pero ¿qué significa no poder decidir a distancia de una causa o de un caso? Significa, básicamente, una prohibición de dar sentido a la Constitución, a través de precedentes vinculantes, sin un caso concreto instituido por cualquiera de las personas. La voluntad popular, instituyendo el caso y ofreciéndolo al Tribunal mediante el recurso, es indispensable para la legitimidad del ejercicio de la jurisdicción constitucional en forma incidental.

Es interesante que esta forma de pensar sobre la legitimidad del Tribunal esté estrechamente relacionada con una cuestión relevante planteada recientemente ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos por el Presidente Roberts, mediante el primer disenso en solitario que ha pronunciado en todo su mandato al frente del Tribunal. La sentencia se dictó en el asunto *Uzuegbunam contra Preczewski*¹⁵ un caso sobre libertad de expresión. En este caso, el Tribunal se enfrentó a una cuestión relacionada con la doctrina de la impugnabilidad, que en pocas palabras significa negar la posibilidad de que alguien acuda a los tribunales sin tener un interés concreto real que satisfacer. Después de que ocho Jueces rechazaran la falta de interés de los demandantes, el Presidente del Tribunal Supremo, Roberts, advirtió que, dado que los demandantes ya habían terminado sus estudios y la institución educativa había cambiado voluntariamente su política sobre la libertad de expresión de los estudiantes, mantener el caso en

15 *Uzuegbunam et al. v. Preczewski et al.*, 592 U. S. (2021).

una demanda simbólica por daños y perjuicios convertiría al Tribunal en un órgano consultivo y a los Jueces en “columnistas de consejos”¹⁶.

Esto, como observó Roberts, no era lo deseado por la Constitución, que, al delinear la separación de poderes, limitó la función de los Tribunales a decidir casos concretos. Haciendo hincapié en el argumento de John Marshall, Roberts recordó que la Constitución (Art. III, Sección 2, Cláusula 1)¹⁷, al establecer la separación del Poder Judicial de los otros poderes del Estado, hizo hincapié en que los tribunales federales sólo pueden decidir “casos y controversias”, es decir, “casos de naturaleza judicial”¹⁸.

Al decir que el Poder Judicial sólo puede decidir casos y controversias, Roberts pretendía subrayar la necesidad de que el Poder Judicial no avanzara sobre el espacio del Poder Legislativo. Tanto es así que, al aludir al conocido pasaje de Hamilton en El Federalista 78 según el cual el Poder Judicial será siempre el menos peligroso de todos los poderes, advirtió que ello depende de que los Tribunales no se dejen investir de la fuerza y la autoridad del Ejecutivo y el Legislativo¹⁹. En el caso de la *judicial review*, esto tendría obviamente mayor relevancia, en la medida en que el control de constitucionalidad, realizado a distancia de un caso instituido por el pueblo y ofrecido a la Corte, podría generar un precedente constitucional con efectos sobre las instituciones democráticas sin que nadie del pueblo lo haya solicitado.

16 Uzuegbunam et al. v. Preczewski et al., 592 U. S. (2021); *dissenting opinion*, Chief Justice Roberts.

17 Art. III, Section 2, Clause 1: “The Judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; - to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls; - to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction; to Controversies to which the United States shall be a Party; - to Controversies between two or more States; between a State and Citizens of another State; between Citizens of different States, - between Citizens of the same State claiming Land under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects”.

18 Uzuegbunam et al. v. Preczewski et al., 592 U. S. (2021); *dissenting opinion*, Chief Justice Roberts.

19 Uzuegbunam et al. v. Preczewski et al., 592 U. S. (2021); *dissenting opinion*, Chief Justice Roberts.

En otras palabras, la razón especial para exigir un caso concreto para que el Tribunal decida estaría en la necesidad de mantener al Poder Judicial a distancia del Legislativo, evitando que el Tribunal Supremo se comporte como un órgano que puede afirmar autoritariamente el significado de la Constitución sin ninguna manifestación o interés popular.

Roberts fue incisivo en este sentido al advertir que si, en la tradición del *common law*, la corona podía solicitar consultas al Tribunal, ello se debía a que el poder del Tribunal derivaba mediata o inmediatamente de la corona, un principio que, en Estados Unidos, los Framers rechazaron explícitamente mediante la separación del Ejecutivo y el Judicial. Según Roberts, es indispensable darse cuenta de que las lecciones aprendidas del *common law* deben atemperarse por las diferencias en el diseño constitucional, hasta el punto de que la estructura y la función de los tribunales ingleses del siglo XVIII son en varios aspectos incompatibles con el papel atribuido al poder judicial en un modelo tripartito de separación de poderes. Ahora bien, la diferencia en la organización constitucional es que permitiría a los Tribunales ingleses ejercer una labor meramente consultiva o asesora, independiente de los conflictos concretos a resolver²⁰.

287

A partir de las observaciones de Roberts, resulta fácil comprender que otorgar al Tribunal el poder de afirmar el significado de la Constitución con fuerza vinculante, independientemente de una decisión basada en un caso concreto, o más bien de la provocación popular, equivale a equiparar un órgano compuesto por personas carentes de capacidad de respuesta popular con un órgano elegido por el pueblo para producir leyes e interpretar la Constitución.

El caso concreto da al Tribunal la facultad de decidir sin confundirse con un órgano consultivo, y más aún la posibilidad de distanciarse del Poder Legislativo. El Tribunal Supremo Federal sólo puede ejercer el control de constitucionalidad, decidiendo con efecto erga omnes y vinculante, cuando es provocado por una acción directa o cuando debe decidir

20 Uzuegbunam et al. v. Preczewski et al., 592 U. S. (2021); *dissenting opinion*, Chief Justice Roberts.

en virtud de un caso concreto que ha dado lugar a una cuestión constitucional de repercusión general.

De este modo, el control de constitucionalidad ejercido a través de un recurso extraordinario es, con independencia de las técnicas procesales que permitan que la decisión llegue a todos, un control que no sólo se produce sobre la base de un caso concreto, sino que tiene al caso concreto como fundamento de su legitimidad.

Otra curiosidad es el hecho de que el Tribunal pueda invocar motivos constitucionales no expresados en el recurso extraordinario, lo que también se considera un indicio de la abstractivización del control concreto. El hecho de que el Tribunal de Justicia esté o no vinculado por los motivos de la petición inicial o del recurso de casación no tiene obviamente nada que ver con el análisis de la compatibilidad entre la ley y la norma constitucional desde una perspectiva exclusivamente normativa o a la luz de un caso concreto. En otras palabras, el hecho de estar o no vinculado por los motivos alegados no interfiere en la naturaleza del control de constitucionalidad. No tiene potestad para desestimar el control de constitucionalidad del caso concreto.

Sin embargo, ni siquiera cabe suponer que el hecho de poder decidir sobre la base de cualquier norma constitucional constituya un privilegio de control abstracto. De hecho, los peligros y beneficios de poder decidir sobre la base de un motivo no invocado siempre estarán presentes, tanto en el control directo como en el control incidental. Si los riesgos tienen que ver con la oficiosidad de la actuación del juez, o mejor, con la desvalorización de la voluntad de quienes recurren a la jurisdicción constitucional, los beneficios derivan de la posibilidad de dar la mejor decisión posible a la acción directa o a la cuestión constitucional planteada en el recurso extraordinario.

Ahora bien, si la “causa abierta” es un concepto establecido en el ámbito del control abstracto para atribuir al Tribunal la facultad de resolver adecuadamente un recurso de inconstitucionalidad, lo mismo ocurre cuando se atribuye al Tribunal la facultad de invocar un motivo no presente en el recurso para resolver la cuestión constitucional planteada en el mismo. Nótese bien: poder decidir sobre la base de un motivo no

planteado en el recurso no es tener la facultad de plantear una cuestión constitucional que no se deriva del recurso. Es simplemente tener la facultad de decidir correctamente la cuestión constitucional que se plantea en el caso concreto.

Por tanto, una vez más vemos que se intenta atribuir a la naturaleza del control de constitucionalidad algo que concierne a una forma o técnica procesal. Pues bien, la técnica procesal es, en principio, neutra y nada tiene que ver con la naturaleza del control de constitucionalidad. Puede aplicarse mejor o con más eficacia a una forma de control que a otra. Pero desde luego no es propiedad de ninguna forma de control de constitucionalidad.

La eficacia vinculante y el carácter no vinculante de los motivos alegados están relacionados con la constatación de una decisión idónea y adecuada, y se aplican a cualquiera de las formas de control, abstracta o concreta. En efecto, si la eficacia vinculante, las resoluciones interpretativas, la modulación de los efectos y la no vinculatoriedad de los motivos se han hecho tan necesarios en el control incidental como en el control directo, ello no es más que una consecuencia de la institución de la repercusión general, es decir, de la nueva comprensión del significado del recurso extraordinario.

289

Sin embargo, esta necesaria resignificación y especialmente su principal resultado, esto es, la eficacia vinculante en el control incidental, no es capaz, obviamente, de eliminar el caso concreto como elemento informativo y legitimador del precedente constitucional.

IV. LA CONCRECIÓN DEL CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD

Al considerar la evolución del control de constitucionalidad y de la interpretación constitucional, además de no poder hablar de abstracción del control concreto, es inevitable ver que se ha producido lo contrario, es decir, la concretización del control abstracto.

Al limitar el control de constitucionalidad a la apreciación de la compatibilidad de las normas -control abstracto- y excluir la facticidad de

la consideración del Tribunal, éste no sólo pretendió preservar su condición de “legislador negativo”, sino que reprodujo la separación entre el ser y el deber-ser, base de la doctrina kelseniana. Esta lógica, necesaria para depurar la ley, impuso la necesidad de situar el control de constitucionalidad como un problema exclusivo de contradicción normativa, indiferente a los hechos²¹. Así, no sólo no importaría, sino que sería impertinente considerar la realidad política y social.

Para validar la metodología kelseniana, ansiosa por excluir todo lo metajurídico de la teoría del derecho, era imprescindible eliminar cualquier razonamiento sobre hechos y valores, es decir, era necesario construir un control “abstracto” o puramente normativo²².

Sin embargo, la indiferencia del control de constitucionalidad en relación con la realidad no ha sobrevivido al tiempo. Se comprendió que la comprensión de las normas constitucionales no sería posible sin tener en cuenta los aspectos fácticos presentes en ellas. Esto culminó en la propia inserción de mecanismos capaces de discutir los hechos en sede de control concentrado, viendo en las audiencias públicas, la producción de pruebas y la participación de amici curiae formas de responder a la importancia de la búsqueda de la verdad en el Estado Constitucional²³.

Ello obedece a la percepción de que las normas constitucionales, para ser aplicadas en función de las necesidades de las personas y de la aparición de nuevos hechos sociales, requieren el análisis de las normas a la luz de la facticidad que les concierne.

Como ha demostrado Konrad Hesse, el contenido de la norma constitucional, como regla, no puede realizarse a partir de lo que contiene. En otras palabras, la realización del contenido de una norma constitucional depende a menudo de la realidad que pretende regular. Así, la interpretación constitucional exige que se tengan en cuenta las particularidades de

21 Kelsen H. (2000). *Reine Rechtslehre*. Österreich. Kelsen H. (2012). *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes.

22 Castillo-Ortiz P. (2020). The dilemmas of constitutional courts and the case for a new design of kelsenian institution. *Law and Philosophy*, v. 39, pp. 617–655.

23 Häberle P. (2008). *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Fabris, pp. 108-114.

las relaciones existenciales concretas sobre las que se centra la norma. En este sentido, se requiere su concreción²⁴.

Para Friedrich Müller²⁵ y Konrad Hesse²⁶ el segmento de realidad regulado por la norma es un componente objetivo constitutivo de la misma.

En vista de ello, no cabía esperar otra cosa que la apertura de los tribunales constitucionales a los hechos. De hecho, dadas las peculiaridades de los hechos morales y del pluralismo democrático, se ha llegado a pensar en la participación popular a través de *amici curiae* como factor legitimador de la jurisdicción constitucional²⁷.

La legislación brasileña introdujo esta forma de ver la interpretación y los hechos (constitucionales) en la realidad del Supremo Tribunal Federal. La Ley 9.868/99 sobre el “trámite y juzgamiento de las acciones directas de inconstitucionalidad y declarativas de constitucionalidad ante el Supremo Tribunal Federal” abrió la oportunidad para la investigación, debate y justificación de los hechos en control abstracto. Tanto el artículo 9, inciso 1º (acción directa de inconstitucionalidad por acción u omisión) como el artículo 20, inciso 1º (acción declarativa de constitucionalidad) de la Ley 9868/99 aluden a la necesidad de esclarecer hechos y producir pruebas para ejercer el control de constitucionalidad por acción.

Como podemos ver, el Supremo Tribunal Federal fue investido con el poder y el deber de investigar, analizar y justificar los hechos con el fin de controlar la constitucionalidad en la acción directamente dirigida a él para este fin. Con ello, se refrendaba expresamente la idea de que la

- 24 Hesse K. (2009). A Interpretação Constitucional. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Saraiva, n. 45.
- 25 Müller F. (2000). *Metodologia do Direito Constitucional*. Revista dos Tribunais; Müller F. (1976). *Juristische Methodik*. Duncker & Humblot.
- 26 Konrad Hesse, A Interpretação Constitucional; Konrad Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung: Freiburger Antrittsvorlesung*, Tübingen: Mohr Siebrek, 1959; Konrad Hesse, *Grenzen der Verfassungswandlung, Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, Berlin (Horst Ehmke, Joseph H. Kaiser, Wilhelm A. Kewenig Eds.), 1973.
- 27 Peter Häberle, *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, Porto Alegre: Fabris, 2002, pp. 13 y ss.

interpretación no puede ser ajena a la facticidad presente en la norma constitucional, y se dejaban claramente de lado los supuestos que sustentaban el control de constitucionalidad de corte kelseniano.

En verdad, si el control abstracto, cuando suponía un mero análisis de compatibilidad entre normas, no podía ignorar la realidad social, hoy es mucho más. Los hechos no pueden seguir siendo ignorados por una decisión constitucional que pretende ser legítima. El Tribunal, incluso en el control abstracto, tiene el deber de tener en cuenta los hechos a la hora de resolver, aunque no se aleguen expresamente o aunque la parte legitimada para ejercitar la acción directa no solicite su aclaración o debate²⁸.

No sólo los hechos, sino también el compromiso con la búsqueda de la verdad constituyen un factor sin el cual la interpretación del Tribunal carece de legitimidad y autoridad y pierde sentido ante la necesidad de un diálogo constitucional. Obsérvese que aunque el Tribunal pretenda decidir a pesar de los hechos, es decir, mediante una decisión puramente normativa, debe abrir la posibilidad de aclarar y debatir los hechos para justificar una decisión normativa ajena a ellos.

En otras palabras, el Tribunal, a diferencia del Juez y del Tribunal ante un caso de hechos controvertidos - y no de hechos constitucionales - no puede decidir sobre la base de que la “cuestión es exclusivamente de derecho”, por lo que no es necesario aclarar los hechos. Los hechos constitucionales, cuando son oscuros y constitutivos de la realidad regulada por la norma, deben ser siempre aclarados, aunque el Tribunal pueda justificar una decisión exclusivamente normativa que prescinda de ellos. Esto se debe a que el Tribunal, al interpretar una norma que afecta a la realidad, debe una justificación a la población y a otras instituciones, que también son titulares de la interpretación constitucional.

Como dijo Zagrebelsky, al introducir la primacía del hecho sobre el derecho en la teoría constitucional, el dato fáctico, es decir, el caso

28 Sobre los hechos en el control de constitucionalidad, inclusive en repercusión general, ver Guilherme Marinoni L. (2022). *Processo Constitucional e Democracia*. Revista dos Tribunais, pp. 685-812.

concreto, es el “resorte” de la interpretación. En ausencia de este “resorte”, la ley sería un mero conjunto de signos inexpressivos puestos sobre el papel, incluso en las constituciones²⁹. Así, si las disposiciones cobran vida a través de la interpretación y son incomprensibles a distancia de las partes fácticas que les conciernen, el control de constitucionalidad es sencillamente inviable cuando no tiene en cuenta la realidad.

Recuérdese que el control concentrado adquirió contornos diferentes en relación con el control de tipo kelseniano cuando se otorgó al juez del caso concreto la facultad de plantear la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional³⁰. Es bien sabido que en el derecho italiano, por ejemplo, cuando se plantea una cuestión de constitucionalidad que perjudica el juicio de mérito, el juez se encarga de remitirla al Tribunal para que decida, de tal forma que el Tribunal realiza el control a partir de una cuestión que se plantea en un caso, aunque el control incidental de inconstitucionalidad sea de su exclusiva competencia.

Desde cierta perspectiva, cabría afirmar que el hecho de que el Tribunal ejerza el control a partir de una cuestión planteada por el juez de la causa no elimina su carácter abstracto, ya que existen dos procesos y juicios autónomos, uno sobre el caso concreto y otro sobre la constitucionalidad de la norma de la que depende que se resuelva el caso. Además, también podría decirse que el caso concreto sólo influye en el momento en que la cuestión constitucional es configurada por el Juez y planteada al Tribunal, pero no en el momento en que el Tribunal, tras admitir la duda constitucional, dicta sentencia.

Francisco Segado, por ejemplo, llega a decir que la concreción relacionada con el planteamiento de la duda constitucional convive con la abstracción de la función desempeñada por el Tribunal. Sostiene que no fallará “al confrontar in abstracto dos normas jurídicas, dilucidando su compatibilidad o contradicción mediante un conjunto de operaciones lógico-silogísticas”, aunque admite que el caso concreto tiene “cierta repercusión

29 Zagrebelsky G. & Marcenò V. (2007). *Giustizia Costituzionale. Storia, principi, interpretazioni*, v. I. Il Mulino, pp. 91-92.

30 Ferreres Comella V. (2004). The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization? *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, pp. 461 y ss.

en el propio juicio constitucional”, pues, llegado el momento de determinar el sentido de los enunciados normativos, puede llegar a ejercer un cierto influjo, por pequeño que sea, el caso litigioso en suspenso en el que se ha suscitado el problema de constitucionalidad y sobre el que posteriormente se ha de pronunciar el juez a quo”³¹.

El error de Segado radica precisamente en la minimización de la influencia (cierta repercusión) que los hechos o la situación concreta ejercen sobre el control de constitucionalidad. Si el control incidental, efectuado por el Tribunal a partir de la invocación de la cuestión de constitucionalidad, se ve influido por los hechos del caso concreto, esto también ocurre cuando el control de constitucionalidad se efectúa en virtud de un recurso interpuesto directamente ante el Tribunal. Esta influencia es inevitable y no resulta exclusivamente de un caso concreto en el que pueda aparecer la cuestión de constitucionalidad.

Los hechos influyen necesariamente en el juicio de constitucionalidad, incluso en el control abstracto, en virtud de que la porción de realidad regulada por la norma la constituye³². Si la realidad o los hechos sociales son un componente objetivo constitutivo de la propia norma, obviamente no hay forma de atribuir sentido a la Constitución, a la hora de realizar el control de constitucionalidad, sin un adecuado conocimiento de los hechos.

Esto significa que el equívoco de Segado tiene fuerza simbólica, pues no sólo refleja una concepción del control incidental de constitucionalidad del Tribunal basada en la duda planteada por el juez del caso³³, sino que también tiene la fuerza de la tradición de la época en

-
- 31 Fernández Segado F. (2009). *La Justicia Constitucional: una Visión de Derecho Comparado*, tomo I, p. 150.
- 32 Böckenförde E. (1999). Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, *Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*. Suhrkamp, pp. 141-156; Böckenförde E. (2006). *Stato, Costituzione, Democrazia*. Giuffrè, pp. 615 y ss.
- 33 Nótese, no obstante, que cuando se alude al control incidental de tipo italiano, en regla en este se entiende una forma de control concreto. Lucio Pegoraro, por ejemplo, afirma: “La ‘via intermedia’ battuta negli ordinamenti sopra citati consiste in ciò: l’organo chiamato a rendere giustizia costituzionale è unico e ‘specializzato’, come in Austria; ma, al pari che negli Stati Uniti, ciascun giudice è interessato all’esercizio del controllo di costituzionalità: egli può, e in certe circostanze anzi deve, operare un preliminare giudizio

que la interpretación constitucional estaba vinculada al positivismo jurídico, pilar de la teoría formal de la Constitución. Y es que sólo la preocupación por la unidad formal del ordenamiento jurídico puede consolar la alegación de que el control de constitucionalidad, pese a realizarse a partir de una cuestión planteada en un caso concreto, no hace más que “confrontar in abstracto las dos normas jurídicas, dilucidando su compatibilidad o contradicción mediante un conjunto de operaciones lógico-silogísticas”³⁴.

Ahora bien, la idea de confrontar las normas en abstracto elimina los elementos de facticidad³⁵, que actualmente se consideran indispensables para la interpretación constitucional. Reducir el control de constitucionalidad a un problema de contradicción normativa es exactamente lo contrario de lo que resulta imprescindible para quienes ven la necesidad de comprender la realidad para atribuir sentido a las normas constitucionales. En otras palabras, no cabe hablar de una confrontación de normas en abstracto cuando el reto del control de constitucionalidad radica en comprender los segmentos de la realidad que son componentes constitutivos de las propias normas de la Constitución.

295

Como vemos, de poco sirve aludir a la hibridación de sistemas de control de constitucionalidad, hablar de mezcla o similares, cuando no se tiene en cuenta la esencia del problema, esto es, la cultura jurídica, reflejo

di conformità alla costituzione della legge da applicare in un caso concreto e, se solo ha il dubbio (o la ragionevole certezza) che vi sia contrasto, investe della questione la Corte costituzionale. Ecco la ragione del *nomen* attribuito a questo modello, ‘concreto’ perché collegato a un caso giudiziario e non a questioni astratte, e ‘incidentale’ poiché si ancora a un incidente o eccezione processuale, e non a un ricorso diretto” (Pegoraro L. (2019). *Sistemi di Giustizia Costituzionale*. Giappichelli, p. 104). En el mismo sentido, Alessandro Pizzorusso, advierte que la importancia de un sistema incidental, no obstante concentrado, está en atribuir “carattere ‘concreto’ al controllo eseguito dalle corti costituzionali quando giudicano su questioni di costituzionalità *sorte nell’ambito de un giudizio civile, penale, ecc.*” (Alessandro Pizzorusso. (1998). *Sistemi Giuridici Comparati*. Giuffrè, p. 247).

34 Fernández Segado F. (2009). *La Justicia Constitucional: una Visión de Derecho Comparado*, tomo I, p. 150.

35 “La Justicia Constitucional pensada en la protección formal de la Constitución consolidó el paradigma del proceso objetivo de lidiar con la normatividad *al margen de la realidad político-social, al punto de sintetizar el dogma de la no remisión fáctica*. Es una directriz de percepción objetiva del conflicto constitucional sin el retorno a la realidad normada y sin crítica a valores”. (Herani R. (2006). *A Prova da Inconstitucionalidade*. Ed. Prismas, p. 131).

de aspectos políticos y sociales, que está detrás de los sistemas de control de constitucionalidad.

La necesidad de hacer hincapié en la superación del control abstracto es mucho más importante que demostrar las diferencias y similitudes de los distintos sistemas de control de constitucionalidad con los modelos austriaco y estadounidense. No sólo porque esta forma de elaborar la teoría hace suponer la existencia (equivocada) de sistemas de control de constitucionalidad correctos o mejores que otros, sino porque el verdadero problema del control de constitucionalidad no tiene que ver con el órgano que lo ejerce ni con la forma en que se impugna y se presenta la constitucionalidad de la ley ante el órgano que realiza el control, sino con la posibilidad de que éste se realice a partir de la valoración, discusión y justificación de la realidad que forma parte de la Constitución.

V. CONCLUSIÓN

296

- Hablar de la abstractivización del control concreto de constitucionalidad con la intención de criticarlo parte de la premisa errónea de que decidir casos constitucionales concretos es algo que sólo importa a las partes del proceso, y que ésta puede ser una de las funciones reservadas hoy al Tribunal Supremo.
- Los precedentes constitucionales son una necesidad del control difuso de constitucionalidad, por lo que el aforamiento de los hechos constitucionales y los modelos de decisión y regulación de los efectos decisorios que no sirvan sólo a las partes se han hecho imprescindibles para el recurso extraordinario. Al fin y al cabo, este recurso se presta a facultar al Tribunal para dar sentido a la Constitución, así como para desarrollarla. Por eso es esencial que el Tribunal pueda discutir los hechos constitucionales y utilizar formas y eficacias decisorias que puedan dar respuestas adecuadas a todas las partes³⁶, incluso en el caso de control incidental.

36 Guilherme Marinoni L. (2022). *Processo Constitucional e Democracia*, p. 1179 y ss.

- Por otro lado, lo que sí se ha observado recientemente es la concreción del control abstracto, especialmente por la necesidad de valorar los hechos sociales para el desarrollo de la Constitución o para la adecuada interpretación de las normas constitucionales, todo ello evidenciando la superación del control de constitucionalidad puramente normativo.

I BIBLIOGRAFÍA

Fernández Segado, F. (2008). *La Justicia Constitucional: una Visión de Derecho Comparado*, tomo I, p. 150.

Müller, F. (2000). *Metodologia do Direito Constitucional*. Ed. Revista dos Tribunais.

Müller, F. (1976) *Juristische Methodik*. Duncker & Humblot, 1976.

Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò (2007), *Giustizia Costituzionale. Storia, principi, interpretazioni*, v. I. Il Mulino, p. 91-92

Hesse Konrad. (2009). A Interpretação Constitucional. Temas Fundamentais do Direito Constitucional. Saraiva, n. 45.

Häberle Peter (2002). *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Fabris, p. 13 y ss.

Víctor Ferreres Comella. (2004). The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization? *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, p. 461 y ss.

El constitucionalismo social dominicano

Dominican social constitutionalism

 HERMÓGENES ACOSTA DE LOS SANTOS*

Resumen

En este trabajo se analizan los textos de las constituciones dominicanas de 1955, 1963, 1966 y 2010 que consagran valores, principios y derechos característicos del constitucionalismo social, con el interés de destacar los progresos y retrocesos que marcan este paradigma en República Dominicana.

Palabras claves

Constitucionalismo social, Cláusula del Estado Social, cuestión social, igualdad, dignidad humana, paternalismo social.

299

Abstract

In this article, the author analyzes the texts of the Dominican Constitutions from 1955, 1963, 1966 and 2010 that establish values, principles and rights, which are distinctive of the social constitutionalism with the means to enlight the progress and regressions that marks the epitome in Dominican Republic.

Keywords

Social constitutionalism, Social State Clause, social question, equality, human dignity, social paternalism.

* Licenciado en Derecho, Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), juez del Tribunal Constitucional de la República Dominicana (2011-2021) y Presidente y fundador del Instituto Dominicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL: CONSTITUCIÓN DE QUERÉTARO Y CONSTITUCIÓN DE WEIMAR. III. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL DOMINICANO. IV. LOS DERECHOS SOCIALES EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

I. INTRODUCCIÓN

Las constituciones influenciadas por la Revolución Americana y la Revolución Francesa tuvieron marcadas por el individualismo: tales constituciones eran de corte liberal. Este modelo hizo crisis en las primeras décadas del siglo pasado, llegándose a la conclusión de que el Estado no solo estaba obligado a abstenerse de perturbar las libertades y los derechos fundamentales, sino también a dar respuestas a las necesidades sociales y espirituales de las personas y, principalmente, a las personas que pertenecen a grupos vulnerables. De esta forma, se comenzó a perfilar lo que hoy conocemos como el constitucionalismo social.

Esta modalidad de constitucionalismo impone al Estado la obligación de remover las estructuras que impiden que determinados grupos sociales satisfagan sus necesidades básicas. Así, el Estado asume obligaciones en el ámbito de la salud, la educación, la vivienda digna, entre otros derechos de naturaleza social. Este modelo de constitucionalismo se consagra por primera vez en la Constitución de Querétaro, México, de 1917 y dos años más tarde en la Constitución de Weimar, Alemania.

Actualmente, muchos países asumen el constitucionalismo social. De manera que lo que originalmente constituyó un fenómeno aislado hoy se ha generalizado. La República Dominicana no ha sido la excepción, pues ya en la Constitución de 1955 se consagraban derechos de carácter social y en la Constitución de 1963 se instituye un verdadero Estado Social y Democrático de Derecho, abandonado, lamentablemente, en 1966 y retomado, afortunadamente, en la Constitución proclamada el 26 de enero de 2010.

En objeto de este ensayo es analizar los valores, principios y derechos que caracterizan el constitucionalismo social que se consagran en las señaladas constituciones, con la finalidad de destacar los avances y retrocesos. Se trata pues, de una investigación teórico-jurídico.

II. ANTECEDENTES DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL: CONSTITUCIÓN DE QUERÉTARO Y CONSTITUCIÓN DE WEIMAR

Las dos constituciones paradigmáticas del constitucionalismo social son la de Querétaro, México, 1917 y la de Weimar, Alemania, 1919. Fueron estas constituciones las que se ocuparon con mayor rigor de la cuestión social. Sin embargo, la preocupación por el tema no comienza en el siglo pasado, sino que existe desde la época romana y, obviamente, constituciones y leyes del siglo XVIII y XIX consagraron derechos de naturaleza social.

Ciertamente, el Estado Romano, se preocupó por paliar las precariedades materiales de las personas y grupos que hoy denominamos vulnerables, tomando medidas como la donación de tierras a la masa pobre (Von Ihering, 1877, p. 379)¹, controlando los precios de productos de primera necesidad, como el trigo, evitando, de esta forma, que los acaparadores vendieran a sobre precio. La estrategia comercial implementada consistía en vender dichos productos a un precio inferior al de mercado, algo similar a lo que se implementa en algunos Estados modernos, entre ellos el Estado dominicano². Medidas similares se tomaron respecto de la sal, acei-

1 Los repartos de tierras a los ciudadanos más pobres fueron dispuestos mediante leyes dictada por Tiberio Graco, en el año 134 a.c., esfuerzo que fue continuado por su hermano Cayo. Véase Carpizo, J. (1979). *La Constitución mexicana de 1917*. Editorial Porrúa, p. 379. Acosta de los Santos, H. (2017). Los derechos sociales y culturales: positivización y protección judicial. Especial referencia al sistema de justicia constitucional. En *Revista Dominicana de Derecho Procesal Dominicana*, No. 3. Año 3, 2017, p. 21.

2 El Instituto Nacional de Estabilización de Precios, institución creada mediante la Ley No. 126-69, de 11 de diciembre, a través de la cual el Estado dominicano realiza una función similar a la que desempeñaba el Estado romano hace siglos: intervenir en el mercado, comprando y vendiendo, para que los precios de los productos se mantengan a un nivel razonable. La referida institución solo interviene en el mercado de los productos agropecuarios.

te, los baños, la conducción del agua y materiales de construcción (Von Ihering, pp. 380-381).

La preocupación del Estado Romano respecto de las necesidades de los grupos vulnerables no solo alcanzó a los productos de primera necesidad, sino que comprendió, además, la cuestión de la deuda, ámbito en el cual controló los intereses que se cobraban y se creó una comisión que promovía acuerdos entre acreedor y deudor (Von Ihering, pp. 381-383).

La tradicional preocupación por la cuestión social continuó en los dos siglos anteriores a las constituciones de Querétaro y de Weimar. En la Constitución francesa de 1793 se previó el derecho al trabajo y la asistencia a las personas que carecía de capacidad para trabajar. También se previó el derecho a la salud (Véase Carpizo, 1979, p. 376; Acosta de los Santos, 2017, p. 19). En espíritu social de la indicada Constitución se mantuvo en la Constitución del año 1848 correspondiente a la Segunda República francesa (Véase Pérez Luño, 1998, pp. 33-38; Acosta de los Santos, 2017, p. 20).

302

Esta tradición fue seguida también en Alemania en el siglo XIX. En este país destaca, para la época, la legislación implementada por el Canciller Bismarck en 1869, en la que se incluyó protección a la salud y a la vida de los trabajadores, reglas para las labores de las mujeres y niños y la licitud de la huelga, aunque, paradójicamente, el patrón podía despedir al trabajador huelguista. Cabe destacar, igualmente, la legislación de 1883, mediante la cual se establecía un sistema de seguros sociales (Véase Carpizo, 1979, p. 379; Acosta de los Santos, 2017, pp. 20-21).

Las constituciones francesas y las legislaciones alemanas señaladas fueron pioneras en la materia, aunque no tuvieron la relevancia y el prestigio de las Constituciones de Querétaro y de Weimar, lo cual se atribuye a que las mencionadas constituciones fueron efímeras (Véase Acosta De los Santos, p. 20). Entiendo que además de la indicada causa, debe tomarse en cuenta que las Constituciones francesas y las legislaciones alemanas señaladas se limitaron a consagrar derechos sociales aislado y no abordaron la cuestión social con el rigor y la consistencia que lo hicieron los constituyentes de Querétaro y de Weimar. A estas dos constituciones me referiré en los párrafos que siguen.

La Constitución de Querétaro, México, fue publicada el 5 de febrero de 2017, y en ella se asumió íntegramente el constitucionalismo social. El constituyente mexicano de la época articuló un verdadero catálogo de derechos sociales, los cuales fueron ampliamente discutido y finalmente regulado con una minucioso asombrosa.

Sin embargo, hay que destacar que, si bien el constituyente de Querétaro puso especial empeño en varios derechos sociales, su mayor énfasis se enfocó en el derecho a la educación y en el derecho trabajo. En torno al primero de estos se previó la gratuidad en el nivel primario; así como su carácter laico. Este último aspecto generó conflictos con la iglesia (Véase Carpizo, 1979, pp. 94-103; Acosta de los Santos, 2017, pp. 22-24).

Igual intensidad tuvo el debate constituyente respecto del derecho al trabajo, el cual quedó finamente regulador con una meticulosidad impresionante. Sobre este derecho interesa destacar que las discusiones se centraron, paradójicamente, no en el contenido del proyecto sino en cuestiones vinculadas a la técnica legislativa, en la medida que lo constituyente se dividieron en dos grupos: unos que consideraban que debía aprobarse un texto que no fuera muy extenso, de manera que se reservaran los detalles para la legislación adjetiva y otros que sostenían que el texto debía ser lo más extenso posible, para que permitiera incluir todos los aspectos relativo a la materia. Finalmente, se llegó al acuerdo de dedicar dos textos al derecho al trabajo, uno para las cuestiones esenciales y otro para regular los detalles. Dichos textos fueron el 5 y el 23 de dicha Constitución (Véase Carpizo, 1979, pp. 108-111 y 120; Acosta de los Santos, 2017, pp. 24-25).

El hecho de haber dedicado dos artículos amplísimos permitió al constituyente de Querétaro prever los aspectos esenciales y los detalles sobre la materia. Cabe desatacar que el contenido de una parte significativa de estos dos textos se adelantó a su época, de manera tal que el hecho de haber pasado más de un siglo no ha sido óbice para que mantengan su vigencia y actualidad (Véase Acosta de los Santos, 2017, p. 25).

En estos textos se estableció, por ejemplo, que la jornada de trabajo no podía ser mayor a ocho horas diarias y/o de seis horas diarias, cuando

se tratara de personas cuya edad oscilara entre 14 y 16 años. En esta misma línea se consagró que para los trabajos nocturnos la cantidad máxima de horas de trabajo debía ser de siete. En lo que respecta a la edad mínima requerida para el trabajo, la misma se fijó en 14 años, al tiempo que se prohibió a los menores de 16 años realizar trabajos insalubres o peligroso y, en sentido general, trabajar después de las diez de la noche (Véase Acosta De Los Santos, 2017, pp. 25-26).

Una labor similar a la realizada por el constituyente de Querétaro de 1917, la acometió el constituyente de Weimar de 1919. Sobre esta Constitución, cabe destacar que en su aprobación influyeron varias fuerzas políticas, pero hubo tres que fueron determinantes: el Partido Social Demócrata que tenía 165 escaños, el Partido Católico Zentrum que tenía 91 escaños y el Partido Demócrata que tenía 75 escaños. Estos tres partidos mayoritarios mantuvieron concepciones políticas divergentes; sin embargo, se mantuvieron unidos con la finalidad de hacerle frente a quienes no estaban de acuerdo con la aprobación de la Constitución: el Partido Nacional Popular, extrema derecha y la extrema izquierda social demócratas independientes (USPD) (Véase Mortati, p. 23; Acosta de los Santos, pp. 27-28).

Esta Constitución tuvo una corta duración de 15 años, lo cual se debió a que fue objeto de cuestionamiento por los partidos de derecho como por los partidos de izquierda (Mortati, p. 18; Acosta de los Santos, pp. 26-27). Sin embargo, el carácter efímero de esta Constitución no fue óbice para que la siguieran otros países europeos que con posterioridad a la Primera Guerra Mundial buscaban fórmulas que aseguraran su estabilidad (Véase Mortati, p. 23; Acosta de los Santos, pp. 27-28).

III. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL DOMINICANO

1. La Constitución de 1955

La Constitución dominicana de 1963 fue la primera en consagrar un Estado Social y Democrático de Derecho, aunque ya en la Constitución de 1955 se consagraban derechos sociales (Jorge García, 2016, p. 99). En efecto, el constituyente de 1955 estableció “(...) que el Estado continuará

con el desarrollo progresivo de la seguridad social, de manera que toda persona llegara a gozar de la adecuada protección contra la desocupación, la enfermedad, la incapacidad y la vejez” (Jorge García, 2016, p. 99).

Destacamos, igualmente, que en los ordinales 14, 15, 16, 17 y 18 del texto constitucional de referencia, el Estado asume responsabilidades en el orden social y, en particular, en lo que respecta a la protección de la familia. En este sentido, se comprometía a promover leyes protectoras de la maternidad, en especial a las madres durante el período comprendido entre el parto y el postparto. En esta misma línea, asumió como uno de los objetivos principales de su política social la reducción constante de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños.³

En el orden de la protección de la familia, se declaraba de alto interés el bien de familia. Igualmente, se asumió el compromiso de estimular el ahorro familiar, y el establecimiento de cooperativas de créditos, de producción de distribución, de consumo o de cualquier otra que fuere de utilidad.⁴

305

Respecto de la seguridad social, el Estado asumió el compromiso de continuar desarrollándola, con la finalidad de lograr que todas las personas lleguen a gozar de protección contra la desocupación, la enfermedad, la incapacidad y la vejez.⁵ Llama mucho la atención el hecho de que para la época ya se tuviera preocupación por la seguridad social, pues no fue sino en el año 2001, cuando se dicta la Ley No. 87, mediante la cual se instituye un verdadero sistema de seguridad social, cuya puesta en funcionamiento, de manera escalonada, es aún más reciente. Pero lo que más sorprende es que el constituyente de 1955 incluyera en el ámbito de la seguridad social el seguro de desempleo, dimensión de la seguridad social que todavía no ha sido implementada en la República Dominicana, a pesar de que se contempla en el párrafo II del artículo 50 de la Ley No. 87-01, de 19 de mayo.⁶

3 Véase artículo 8.14 de la Constitución dominicana de 1955.

4 Véase artículo 8.14 de la Constitución dominicana de 1955.

5 Véase artículo 8.15 de la Constitución dominicana de 1955.

6 Según el párrafo II, del artículo 50 de la Ley 87-01, de 19 de mayo de 2001, el Consejo Nacional de la Seguridad Social debía implementar el seguro de desempleo, pero hasta la fecha no se ha cumplido con este mandato legal.

En lo que concierne a los grupos vulnerables, el Estado asume el compromiso de proteger a los niños, a los “ancianos”, (hoy personas de la tercera edad).⁷ En esta misma línea, el Estado asumió el compromiso de prestar asistencia a los pobres en materia de alimentación, vestimenta y vivienda digna, hasta donde fuere posible.⁸

Finalmente, asume el compromiso de mejorar la alimentación, los servicios sanitarios, y las condiciones de higiene de los establecimientos de trabajo. En materia de salud, el Estado asume el compromiso de procurar los medios para la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidérmicas y endémica y de toda otra índole; así como a dar asistencia hospitalaria gratuita a quien por sus escasos recursos económico así lo requiera.⁹

Sistematizando el contenido del texto constitucional analizado, vemos que el constituyente de 1955 tuvo una considerable preocupación por la preservación y protección de la maternidad. Se advierte preocupación en relación a grupos vulnerables: los niños y los “ancianos”, (personas de la tercera edad) y, en sentido general, por los pobres. Igual preocupación se advierte en el ámbito de la salud, pues el Estado se compromete a dar asistencia médica y hospitalización gratuita a quienes por sus escasos recursos así lo requieran. Mención especial merece la seguridad social, materia en la cual el constituyente de la época se adelantó, pues no solo pensó en proteger contra la incapacidad, la enfermedad, y la vejez, sino, además, contra la desocupación o el desempleo; dimensión de la seguridad social que, como ya se indicó, actualmente se contempla, pero no se ha implementado.

Sin embargo, el texto constitucional comentado acusa deficiencias en materias sociales sensibles, como lo son el derecho al trabajo, el derecho a la educación y la cuestión de la igualdad entre el hombre y la mujer. De la primera solo se indica que el Estado procurará mejorar los lugares de trabajo. En cuanto a la segunda y la tercera, el constituyente guardó silencio absoluto. Las anteriores ausencias ponen en evidencia que el Estado de la época no tenía interés en que la población aprendiera a resolver sus

7 Véase artículo 8.16 de la Constitución dominicana de 1955.

8 Véase artículo 8.17 de la Constitución dominicana de 1955.

9 Véase artículo 8.18 de la Constitución dominicana de 1955.

problemas por sí mismo, sino a que se mantuviera en un estado de dependencia. En suma, se trataba de un Estado paternalista.

Lo anterior contrasta con la mentalidad del constituyente de Querétaro, que 38 años antes centró su atención, precisamente, en el derecho al trabajo y el derecho a la educación. Estos dos derechos generaron debates intensos y fueron regulados rigurosamente, como ya fue indicado.

Finalmente, entiendo que la Constitución de 1955 no puede considerarse de corte social, al estilo de la Constitución de Querétaro y la Constitución Weimar, ya que, si bien hay que reconocer que se ocupó del problema social, también es cierto que lo abordó desde una óptica paternalista y, además, el trabajo y la educación, no fueron contemplados. Distinta es la situación de la Constitución de 1963, en la cual se asumió, de manera integral y holística el paradigma del constitucionalismo social. A esta constitución nos referimos a continuación.

2. Constitución de 1963

307

Al analizar esta Constitución se advierte que sus redactores tuvieron contacto con algunas de las Constituciones que para la época habían asumido el constitucionalismo social, en particular: Querétaro, Weimar y la Constitución cubana de 1940. En relación a esta última hay que destacar que existen coincidencia en temas, como, por ejemplo, la igualdad entre los hijos, sin importar que nacieran dentro o fuera del matrimonio, derecho a huelga, jornada de trabajo justa, validez de las uniones de hecho, posibilidad de divorcio, igualdad de salario entre la mujer y el hombre (Valentín Jiminián, pp. 137-138). Fundamentado en estas coincidencias se afirma que el profesor Juan Bosch,¹⁰ quien tuvo una destacada participación el proceso que precedió a la aprobación de la señalada Constitución cubana¹¹, influyó en el contenido de esta Constitución.

10 El profesor Juan Bosch era el presidente de la República y líder del partido gobernante, el Partido Revolucionario Dominicano y, en consecuencia, propulsor del proceso de reforma Constitucional que produjo Constitución de 1963.

11 Sobre el tema, se sostiene que “Juan Bosch no solo conocía la Constitución de Cuba de 1940, sino que había contribuido a su redacción, lo que probablemente habría explicado el sesgo marcadamente social de la reforma de 1963.” Alburquerque de Castro, R. (2009). Los

La Constitución de 1963 es la primera en instaurar en el país el constitucionalismo social, sin desconocer los aportes de la Constitución de 1955. El constituyente del 63 definió en el artículo 1 la finalidad básica de los Poderes Públicos, indicando al respecto que estos deben proteger la dignidad humana y promover y garantizar su eficacia. Dichos poderes deben, según el mismo texto, trabajar en la eliminación de los obstáculos de orden económico y social que limiten la igualdad y la libertad de los dominicanos y se opongan al desarrollo de la personalidad humana y a la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social del país.

Derechos Sociales en la Constitución de 1963. En Fernández R., A.C. *Constitución de la Nación Dominicana de 1963, anotada e indizada*, tercera edición. Comisión Permanente de Efemérides Patria, p. 266. En igual sentido se afirma que los principios y postulados morales que sustentan la Constitución de 1963 fueron un aporte del profesor Juan Bosch, quien poseía una formación humanística y la experiencia vivida en la gestación y vigencia de la Constitución de Cuba de 1940, a cuya redacción prestó su genio de maestro de la lengua. Pina Toribio, C. (2009). Derechos Humanos en la Constitución de 1963. En Fernández R., A.C. *Constitución de la Nación Dominicana de 1963, anotada e indizada*, tercera edición. Comisión Permanente de Efemérides Patria, p. 332. Finalmente, dejamos constancia de que es el propio Juan Bosch quien reivindica su participación en el proceso constitucional que dio origen a la Constitución cubana de 1940, al afirmar que: “A mediados de noviembre de 1939, esto es, cuando yo tenía nueve meses y medio en Cuba, se celebraron elecciones para diputados que debían redactar una Constitución, la que luego se conocería con el nombre de la Constitución de 1940, que fue derogada en 1952, por el golpe de Estado de Batista, llevado a cabo el 10 de marzo de ese año mediante el cual quedó derrocado el Gobierno de Prío Socarrás. La restitución de la Constitución de 1940 fue la demanda en que se basaron el asalto al cuartel Moncada en 1953 y la guerra de guerrillas de Fidel Castro iniciada a fines de 1956.” Bosch, J. Exilio y lucha antitrujillista. En *obras completas*, vol. IX. Comisión Permanente de Efemérides Patrias, p. 227. Sobre el tema Juan Bosch sigue diciendo que “El líder de los diputados constituyentes del Partido Revolucionario Cubano fue el cuñado de Cotubanamá Henríque, Carlos Prío Socarrás, y Prío Socarrás me encomendó la tarea de redactar los artículos de la nueva Constitución que debían presentar los diputados del PRC para lo cual se me proporcionaron ediciones en lengua española de Constituciones de varios países, entre ellas la República Alemana de Weimar, la de México, la de Chile, la de la República Española, y por último a mí me tocó hacer las propuestas de reformas de estilo que iba a presentarse a nombre de los diputados del PRC, trabajos que por su parte hacían otras personas para los otros partidos representados en la Asamblea Constituyente. Esto es lo que explica que el día de la proclamación de la nueva Constitución, hecha, si mi memoria no me engaña, o a fines de enero, o a fines de febrero de 1940, yo ocupara un parco en el hemicycle del palacio del Congreso invitado por la diputación del PRC, tal vez en atención a que mi cooperación en la redacción de esa Constitución había sido altamente discreta, porque pedía que así fuera, y gratuita, porque el trabajo que yo había ido a hacer a Cuba -La edición de las Obras Completas de Eugenio María de Hostos- me producía lo necesario para vivir, con modestia, pero sin apuros.” Bosch J. (2009). Exilio y lucha antitrujillista. En *obras completas*, vol. IX. Comisión Permanente de Efemérides Patrias, p.227. Véase también Valentín Jiminián, J.C. (2017). *Dimensiones Liberales y Progresistas, de la Constitución de 1963*, p. 136

En esta misma línea de pensamiento, se declara que la existencia de la nación se fundamenta principalmente en el derecho al trabajo. Igualmente, el trabajo es considerado como la base primordial de la organización social, política y económica de la nación dominicana y se erige en obligación ineludible de todos los dominicanos aptos¹².

En armonía con la declaración de principio expuesta, se estableció que se reconoce el derecho al trabajo de todas las personas; así como que el Estado asume la obligación de propiciar las condiciones indispensables para hacer efectivo este derecho.¹³ Igualmente, se consagra el deber que tienen los ciudadanos de desarrollar, por su propia elección y según sus propias posibilidades, una actividad o una función que contribuya al desarrollo material o espiritual de la sociedad.¹⁴

En los textos indicados queda expuesta la visión del constituyente del 63, muy distinta a la del constituyente del 55, quien diseñó un Estado paternalista, preocupado por resolver los problemas materiales urgentes de la población y sin ningún interés en el derecho al trabajo y el derecho a la educación, derechos que constituyen la base para que las personas alcancen un desarrollo material y espiritual.

309

En coherencia con la finalidad estatal indicada en los párrafos anteriores, el constituyente consagra un amplio catálogo de derechos sociales vinculados al trabajo, a la educación, la cultura, la tenencia de la tierra y la familia.

El trabajo es considerado el principal fundamento y la base primordial de la nación dominicana; así como una obligación ineludible para todos los dominicanos aptos.¹⁵ En este sentido, se reconoce el derecho al trabajo y la obligación del Estado de propiciar las condiciones para su ejercicio.¹⁶

12 Artículo 2 de la Constitución de 1963.

13 Artículo 2.a de la Constitución de 1963.

14 Artículo 2.b de la Constitución de 1963.

15 Artículo 2 de la Constitución de 1963.

16 Artículo 2.b de la Constitución de 1963

Vinculado al derecho al trabajo se reconoce la libertad sindical¹⁷, la libertad de trabajo¹⁸, el principio de igual trabajo igual salario, sin importar, el sexo, la edad o estado¹⁹, derecho de los trabajadores a participar en los beneficios de la empresa²⁰, el derecho a la huelga, salvo en instituciones que presten servicios públicos²¹ y la irrenunciabilidad de dichos derechos²².

En el tema de la tenencia de la tierra, el constituyente del 63 asumió las fibras más sensibles del constitucionalismo social, aproximándose y, quizás, superando al modelo en la materia, la Constitución de Querétaro de 1917, ya que, asumió plenamente la dimensión social de la propiedad. En efecto, el constituyente reconoce el derecho de propiedad, pero destaca que la misma debe servir al progreso y bienestar del conglomerado, dejando abierta, en este orden, la posibilidad de la expropiación, aunque la condiciona a que exista un interés social; así como al pago del precio justo.²³

En la línea de garantizar el interés social se prohíbe el latifundio²⁴ y se reconoce el derecho de cada familia a poseer una parcela de extensión proporcionada a las condiciones del terreno y a sus necesidades y capacidad de trabajo, asumiendo el Estado la responsabilidad de suministrarle los medios adecuados para asegurar el progreso económico y social.²⁵

17 Artículo 15 de la Constitución de 1963. En torno a la libertad sindical hubo mucho debate, particularmente porque los empresarios se oponían a que solo hubiera un sindicato en cada empresa, como lo consagraba el proyecto de Constitución. El texto aprobado establecía que en las empresas donde hubiera más de un sindicato se reconocería el que tuviera más afiliado.

18 Artículo 16 de la Constitución de 1963.

19 Artículo 17 de la Constitución de 1963. El principio de a igual trabajo igual salario sin importar el sexo, la edad o el estado estaba previsto en el Código de Trabajo de 1951 y lo que hace el constituyente del 63 es constitucionalizarlo. (Alburquerque de Castro, R., p. 267).

20 Artículo 19 de la Constitución de 1963. El derecho de los trabajadores a participar en los beneficios de la empresa nunca se había reconocido en la historia del Derecho dominicano. (Alburquerque de Castro, R., p. 267).

21 Artículo 20 de la Constitución de 1963. El derecho a la huelga de los trabajadores se reconoce por primera vez en esta Constitución. (Alburquerque de Castro, R., pp. 267-268).

22 Artículo 21 de la Constitución de 1963.

23 Artículo 22 de la Constitución de 1963.

24 Artículo 23 de la Constitución de 1963.

25 Artículo 28 de la Constitución de 1963.

El gran compromiso social asumido por el constituyente del 63 se evidencia con mayor contundencia cuando declara de alto interés social la dedicación de la tierra del Estado a los planes de reforma agraria, así como la expropiación de las extensiones de terrenos que tenga un individuo en exceso de los límites máximos consagrados en la ley. Se contempla, igualmente que los terrenos obtenidos por el Estado mediante este mecanismo se ofrecerán en venta a los campesinos.²⁶

Respecto del derecho a la educación y la cultura, se reconoce el derecho a la educación de todos los dominicanos y el Estado se obliga a tomar todas las medidas necesarias para garantizar su cabal ejercicio.²⁷ En consonancia con lo anterior, el Estado asumió el compromiso de promover junto al sector privado una efectiva campaña encaminada a difundir la cultura en el territorio nacional y a enseñar a leer y a escribir a todos los habitantes analfabetos.²⁸ Se garantiza la libertad de enseñanza y se concibe a la ciencia como fundamento básico de la educación.²⁹

El Estado asume la organización, inspección y vigilancia del sistema escolar³⁰ y erige al magisterio en función pública, por su gran trascendencia social.³¹ En coherencia con este postulado, el Estado asume el compromiso de crear las condiciones para elevar el nivel profesional del maestro y garantizarles los recursos que les permitan desempeñar sus funciones con la paz y tranquilidad requerida.³²

Otro aspecto de gran importancia es que se establece la gratuidad de la enseñanza primaria y secundaria y el carácter obligatorio del primero de estos niveles³³. Finalmente, el Estado asume el compromiso de difundir la enseñanza universitaria profesional, vocacional y técnica para los obreros y los campesinos.³⁴

26 Artículo 28 de la Constitución de 1963.

27 Artículo 35 de la Constitución de 1963.

28 Artículo 36 de la Constitución de 1963.

29 Artículo 37 de la Constitución de 1963.

30 Artículo 37 de la Constitución de 1963.

31 Artículo 38 de la Constitución de 1963.

32 Artículo 38 de la Constitución de 1963.

33 Artículo 39 de la Constitución de 1963.

34 Artículo 40 de la Constitución de 1963.

En lo que concierne a la familia, es relevante el hecho de que el Estado se compromete a velar por su estabilidad y el cumplimiento de sus fines.³⁵ En esa misma línea se protege, de manera especial, al matrimonio, a la familia, a la mujer en estado de gestación, a la maternidad y al niño desde su nacimiento y hasta su desarrollo.³⁶

En orden a la igualdad en el ámbito familiar, se establece que los hijos, sin ninguna distinción, disfrutaran de las mismas oportunidades de desarrollo social, espiritual y físico,³⁷ se prohíbe indicar en las actas del estado civil la circunstancia relativa a si el niño nació dentro o fuera del matrimonio, así como cualquier calificación relativa al carácter o naturaleza de la filiación, salvo las excepciones que establezca la ley³⁸. Esta previsión es de gran importancia, porque beneficia a un sector vulnerable y numeroso, como son los hijos de parejas que no están casadas, los cuales tradicionalmente fueron discriminados y afectados económicamente, en la medida que tenía menos derecho sobre el patrimonio de su padre que los hijos nacidos dentro del matrimonio.³⁹

312

Se reconoce la igualdad de los cónyuges hasta en el régimen económico⁴⁰, plena capacidad a la mujer casada y para la enajenación de bienes inmuebles de la comunidad se requiere el consentimiento de ambos cónyuges.⁴¹

Finalmente, pero no menos importante, hay que destacar lo relativo a que las uniones de hecho entre personas con capacidad para contraer matrimonio tenían similares efectos económicos que el matrimonio, condicionado a que dichas uniones cumplieran con los requisitos que sobre la materia estableciera el legislador ordinario. Con razón se afirma que estas previsiones eran coherentes con la realidad social dominicana de la época, y, de la actual, aunque en menor grado. Dicha realidad concierne

35 Artículo 41 de la Constitución de 1963.

36 Artículo 42 de la Constitución de 1963.

37 Artículo 43 de la Constitución de 1963.

38 Artículo 49 de la Constitución de 1963.

39 Valentín Jiminián, J. C. (2017). *Dimensiones Liberales y Progresistas de la Constitución de 1963*, p.147.

40 Artículo 46 de la Constitución de 1963.

41 Artículo 47 de la Constitución de 1963.

a que en los sectores populares y en los campos existen muchas parejas que mantienen relaciones de hecho, es decir, que conviven, pero no están formalmente casadas.⁴²

La salud se asume como un derecho fundamental del individuo y la sociedad, por lo que el Estado se compromete a velar por su conservación y protección.⁴³ En este sentido, los indigentes y los carentes de recursos tenía acceso a los tratamientos médicos.⁴⁴ En aras de concretizar el derecho a la salud el Estado se hace cargo del sistema y declara de interés social la implantación de la sanidad rural.⁴⁵ En el entendido de que la salud depende de la calidad de la alimentación, el Estado asume el compromiso de garantizar que los artículos de primera necesidad sean adquiridos a precios equitativos⁴⁶ y se compromete a renunciar, en algunos casos, a la recaudación fiscal si fuere necesario para garantizar precios bajos de los referidos artículos.⁴⁷

En adición al amplio catálogo de derechos sociales señalados, hay que destacar que en esta Constitución se consagraron mecanismo para garantizar dichos derechos. Dichos mecanismos estuvieron previstos en los artículos 81, 83 y 84.⁴⁸

313

En el primero de los textos se declara legítima la resistencia orientada a la protección de los derechos de las personas. En el segundo, se reconoce a los ciudadanos y a las personas morales el derecho a dirigir peticiones a los poderes públicos, requiriéndoles medidas de interés público o particular. Tales peticiones debían ser respondidas en un término razonable no mayor de treinta días. En el tercero, se declara de orden público la persecución de las infracciones derivadas de la inobservancia del título

42 Artículo 48 de la Constitución de 1963. Véase a Valentín Jiminián, J.C. (2017). *Dimensiones Liberales y Progresistas, de la Constitución de 1963*, p. 149.

43 Artículo 50 de la Constitución de 1963.

44 Artículo 50 de la Constitución de 1963.

45 Artículo 51 de la Constitución de 1963.

46 Artículo 52 de la Constitución de 1963.

47 Artículo 53 de la Constitución de 1963.

48 Gómez Pérez, L. (2009). Constitución de 1963 en sus antecedentes y herencias. En Fernández, A.C. *Constitución de la Nación Dominicana de 1963, anotada e indizada*, tercera edición. Comisión Permanente de Efemérides Patria, p. 293.

relativo a los derechos de las personas; persecución que podía iniciarse de oficio o por simple denuncia de cualquier persona física o moral.

Con la consagración de los mecanismos de referencia, el constituyente del 63 demostró su compromiso con la eficacia de los derechos de las personas. Legitimar la resistencia en aras de garantizar los derechos de las personas supone poner en manos de estas una contundente herramienta de defensa frente al abuso y la arbitrariedad. Un papel similar juega el reconocimiento del derecho de petición, sobre todo, porque el constituyente tuvo el cuidado de dejar claramente establecida la obligación de dar respuesta a dicha petición, en un plazo nunca mayor de 30 días.

Igual relevancia para la protección de los derechos de las personas tiene considerar de orden público la persecución de infracciones a dichos derechos y reconocer que dicha persecución puede iniciarse de oficio o por simple denuncia de cualquier persona física o moral. Aquí estamos en presencia de una especie de acción popular, donde las personas tienen la posibilidad de vencer eventuales inercias de las autoridades responsables de proteger la Constitución.

El contenido de los textos indicados constituye una clara evidencia de que el constituyente del 63 no solo se preocupó por consagrar pura y simplemente los derechos sociales que hemos analizados, sino que previó las vías pertinentes para que los titulares de los mismo pudieran reivindicarlos cuando los poderes públicos asumieran comportamientos contrarios a los mandatos constitucionales.

Se trata, sin dudas, de una Constitución que asumió de manera íntegra el constitucionalismo social, lo que le generó serias dificultades con poderes fácticos que vieron amenazados sus intereses, en particular, los empresarios y la Iglesia Católica, los cuales cuestionaron seriamente el proyecto de constitución. Para los primeros la Constitución del 63 constituía un obstáculo a la inversión extranjera y para la segunda un atentado a los valores cristianos de nuestro pueblo y un escándalo para la estabilidad de la familia (Alburquerque, p. 266). La posición asumida por estos grupos estuvo influenciada por el anticomunismo y el proceso de Guerra Fría, la cual tuvo motivada por el ascenso al poder de Fidel Castro en Cuba (Alburquerque, p. 266).

Es así, que los empresarios no estuvieron de acuerdo con el principio relativo a que la República Dominicana se sustentaba en el trabajo, ni con la declaración relativa a que la finalidad de los poderes públicos consistía en la eliminación de los obstáculos de orden social que limiten la igualdad y la libertad de los dominicanos y se oponga al desarrollo de la personalidad humana y a la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social del país (Espinal, 2001, p. 158).

Tampoco estaban de acuerdo con la creación de un solo sindicato en la empresa, porque obstaculizaba, según su visión, el desarrollo de un sector sindical plural.⁴⁹ Sobre el tema se generaron intensos debates y el texto fue aprobado, finalmente, en el sentido de que cuando en la empresa hubiere más de un sindicato se reconocería el que tuviera más afiliados.⁵⁰

Se oponían a que los trabajadores colaboraran en la empresa y participaran en los beneficios; respecto de lo primero, entendían que la misma podía interpretarse en el sentido de que los trabajadores tenían derecho a incidir directamente en la dirección de la empresa y respecto de lo segundo, consideraban que podía hacer inviables los negocios.⁵¹

315

Los empresarios entendían, además, que reconocerles derechos a los trabajadores a participar en los beneficios de la empresa constituía un atentado a la propiedad privada y que, además, se trataba de una previsión de orientación comunista.⁵² La vinculación del referido derecho con la doctrina comunista era un débil argumento, ya que, como con razón se sostiene, las Constituciones de países capitalistas como Italia, Alemania

49 El tema de la existencia de un solo sindicato fue debatido ampliamente y, finalmente, se aprobó en el sentido de que cuando en una empresa hubiera más de un sindicato se reconocería el que tuviera más afiliado. Véase Chez Checo J. & Sang Ben, M. (2010). *Historia de la Cámara de Diputados*. Tomo I, 1844-1978, p. 218, y Valentín Jiminián, J.C. (2017). *Dimensiones Liberales y Progresistas, de la Constitución de 1963*, pp. 141-142.

50 Chez Checo J. & Sang Ben, M. (2010). *Historia de la Cámara de Diputados*. Tomo I, 1844-1978, p. 218. Valentín Jiminián, J.C. (2017). *Dimensiones Liberales y Progresistas, de la Constitución de 1963*, pp. 141-142.

51 Espinal, F. D. (2001). *Constitucionalismo y Procesos Político en República Dominicana*. Editorial Manatí, pp. 158-159. La iniciativa legislativa de los sindicatos no fue aprobada, por esta razón no se incluye entre los derechos previstos en la Constitución del 63.

52 Chez Checo J. & Sang Ben, M. (2010). *Historia de la Cámara de Diputados*. Tomo I, 1844-1978, p. 218. Valentín Jiminián, J.C. (2017). *Dimensiones Liberales y Progresistas, de la Constitución de 1963*, p. 142.

y otros países europeos contemplaban disposiciones similares (Valentín Jiminián, p.142).

Por otra parte, los empresarios exigían que el Estado no se limitara a proteger el goce de la propiedad, sino también el derecho de propiedad. Tampoco estuvieron de acuerdo con la expropiación por causa de interés general y, en particular, que el precio de compensación lo determinara la ley, planteando en este orden que las partes lo discutieran y, en caso de que no hubiere acuerdo, lo decidiera una corte judicial (Espinal, pp. 159-160).

Se oponía, de manera radical y enérgica, a que la tierra, el suelo, el subsuelo, las riquezas naturales y los medios de producción pudieran convertirse en propiedad colectiva, porque entendían que afectaba la propiedad individual (Espinal, p. 160). Se opusieron a la prohibición del latifundio, porque entendían que esta materia debía regirse por la ley y no por la Constitución. Se opusieron a la disposición que prohibía a las personas morales adquirir terrenos rurales y concesiones para explotar recursos naturales, porque la misma desincentivaba la inversión extranjera (Espinal, p. 160).

Los empresarios tampoco tuvieron de acuerdo con la disposición que prohibía a los extranjeros adquirir la propiedad de la tierra del sector rural; así como obtener concesiones para exploración de recursos naturales en territorio dominicano. Esta prohibición, según los empresarios, configuraba un nacionalismo económico que perjudicaba la inversión extranjera y el desarrollo de la economía dominicana (Espinal, p. 160).

Expuesta la posición asumida por los empresarios, nos referiremos al papel jugado por la Iglesia Católica. Esta institución religiosa no estuvo de acuerdo con lo relativo a que el gobierno tuviera a su cargo la organización y dirección del sistema educativo, ni con que en las instituciones educativas privadas fueran los padres o tutores los que decidieran si sus hijos recibirán instrucciones en materia de principios religiosos. La Iglesia entendía que esta disposición desconocía el derecho de las escuelas privadas a definir una política general en lo concerniente a la educación religiosa. Se entendía, igualmente, que se violaba el derecho a la libertad de enseñanza e igualmente, que la disposición constituía una amenaza a

la religión y que se estaba dando inicio a la secularización de la sociedad dominicana (Espinal, pp. 161-162).

Objetaron que en el proyecto de constitución no se hiciera mención del Concordato, pues se tenía la creencia de que dicha omisión revelaba la intención de socavar el papel de la Iglesia Católica en la sociedad dominicana (Espinal, pp. 162-163).

En el ámbito de la familia, no estuvieron de acuerdo con la disposición que establecía que de la unión de hecho se derivarían consecuencias económicas iguales a las que se derivan del matrimonio. Así como con que se reconociera a los niños nacidos fuera del matrimonio los mismos derechos que se le reconocía a los nacidos dentro del matrimonio. No compartía la prohibición relativa a que en las certificaciones de las actas de nacimiento se señalara si el niño era natural o legítimo.⁵³ Para la Iglesia Católica estas previsiones constituían atentados contra la civilización cristiana y no fomentaba el matrimonio como base de la sociedad. Esta posición de la institución religiosa es cuestionada por quienes entienden que los textos del proyecto de constitución tenían plena coherencia con el principio de igualdad y, sobre todo conectaban con la realidad social dominicana, en particular con la de la época, en la medida de que la mayoría de las parejas vivían juntas y no se casaban (Véase Valentín Jiminián, pp. 145-149).

317

De las disposiciones del proyecto de Constitución objetadas por los empresarios se acogieron las concerniente a que los extranjeros no podían adquirir concepciones para explotar yacimientos mineros, y el termino colectivización se cambió por el término cooperativa (Espinal, p. 166).

En adición a los reclamos indicados, también se acogió el relativo a que el precio de la compensación, por expropiación, lo determinaran las partes o un tribunal en caso de desacuerdo, y no la ley como lo establecía el proyecto de Constitución⁵⁴. También se permitió que las personas mo-

53 Espinal, F. D. (2001). *Constitucionalismo y Procesos Político en República Dominicana*. Editorial Manatí, p. 162. Véase Valentín Jiminián. J.C. (2017). *Dimensiones Liberales y Progresistas de la Constitución de 1963*, pp. 145-149.

54 Véase artículo 22 de la Constitución de 1963.

rales adquirieran terrenos rurales, aunque condicionado a que se utilizaran para establecer factorías y anexos,⁵⁵ el reclamo relativo a que el Estado protegiera el derecho de propiedad.⁵⁶ Igualmente, se excluyó del proyecto el derecho a iniciativa legislativa de los sindicatos de trabajadores.⁵⁷

En materia de instrucción religiosa se eliminó, como lo propusieron grupos religiosos, sindicatos de profesores y asociaciones de padres (Espinal, 2001, p. 161), la previsión relativa a que en los establecimientos escolares privados solamente los padres, tutores o encargados de la educación del niño tenía derecho a decidir si a este se le instruía o no en los principios de una determinada religión. Hay que suponer que esta fue una conquista de gran trascendencia, ya que la evangelización y la educación en la fe cristiana constituyen la misión esencial de la Iglesia Católica.

Como se aprecia, el partido que promovió la reforma constitucional y que ganó las elecciones (Partido Revolucionario Dominicano, PRD), fue receptivo a varias de las demandas invocadas por los grupos empresariales y la Iglesia. Pero estos sectores no se sintieron satisfecho y mantuvieron su rechazo a la Constitución aprobada y al nuevo gobierno que se instaló. Esto es lo que puede explicar el golpe de estado que se produjo siete meses después de instalado el gobierno y a menos de 5 meses de proclamada la Constitución. Este golpe de estado generó una crisis institucional que desembocó en la Revolución civil de abril, en la cual se reclamaba la vuelta a la Constitución de 1963, reclamo que no fue logrado. En el año 1966 hubo elecciones y el gobierno que surgió promovió la reforma de una Constitución que apenas tenía tres años de haberse proclamado y que no se había podido aplicar a causa de la inestabilidad política y la crisis institucional imperante.

55 Véase artículo 23 de la Constitución de 1963.

56 Véase Valentín Jiminián, J.C. (2017). *Dimensiones Liberales y Progresistas, de la Constitución de 1963*. pp. 140-141 y artículo 22 de la Constitución de 1963.

57 Según el artículo 115 de la Constitución de 1963, solo tienen iniciativa legislativa el Presidente de la República, los Senadores, Diputados y la Suprema Corte de Justicia, en materia judicial.

3. La Constitución de 1966

En torno a la Constitución del 66, se afirma que hubo una reducción considerable en materia de derechos sociales, pero que se conservaron los tres grandes aportes del constituyente de 1963, como fueron la libertad sindical, el derecho a la huelga y la participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa.⁵⁸ Igualmente, se sostiene que la fórmula implícita de Estado Social y Democrático de Derecho concebida por el constituyente del 63, fue mantenida por el constituyente del 66.⁵⁹

Efectivamente, las tres conquistas laborales indicadas fueron mantenidas por el constituyente del 66, aunque el derecho a la huelga fue restringido, en la medida que se circunscribió a las empresas privadas (Alburquerque, p. 268), quedando vedado dicho derecho respecto de las empresas del Estado. En adición, el constituyente del 66 eliminó una de las conquistas laborales más importante de la Constitución del 63, me refiero al principio de a igual trabajo igual salario, sin importar el sexo, la edad o el estado de la persona. La trascendencia de este principio es enorme, en la medida que se constituye en un muro de contención de la discriminación, particularmente, de la mujer y, sobre todo, reivindica la equidad de género.⁶⁰

319

En este mismo ámbito, hay que destacar que desaparecieron dos principios o declaraciones muy relevantes, como son la relativa a que la existencia de la nación dominicana se fundamenta en el trabajo y que este es la base primordial de su organización social y económica. Cabe recordar que los referidos aspectos fueron objetados por los grupos empresariales.

En materia de tenencia de la tierra, si bien se mantiene la prohibición del latifundio, se indica que su eliminación sería gradual, lo cual

58 Jorge García, J. (2016). *Derecho Constitucional Dominicano*. Editora Corripio S.A., p. 99. Jorge Prats, E. *Derecho Constitucional. IUS NOVUM*, Volumen I, p. 87.

59 Pellerano Gómez, J. M., citado por Jorge Prats, Eduardo, p. 87.

60 Sobre este tema véase a Valentín Jiminián, J. C. (2017). *Dimensiones Liberales y Progresistas, de la Constitución de 1963*, p.142.

me parece razonable.⁶¹ También este aspecto fue cuestionado por grupos empresariales en el proceso del 63.

Hubo otras conquistas, también muy importantes, que desaparecieron con esta reforma. Así, por ejemplo, en materia educativa el Estado no asume la organización y dirección del sistema. En materia de familia desapareció la declaración de igualdad entre los esposos en la vertiente económica, la igualdad entre los hijos sin importar que nacieran fuera o dentro del matrimonio; así como la prohibición de indicar en las certificaciones del estado civil la filiación del niño. También vinculado a la familia está lo concerniente a igualar la relación de hecho con la institución del matrimonio, en los concerniente a los derechos económicos. Como se recordará, todos estos aspectos fueron objetado por la Iglesia católica en el proceso de reforma constitucional del 63.

No menos relevante es el hecho de que ninguna de las garantías de los derechos sociales consagrados por el constituyente del 63 se mantuvo en la Constitución del 66.⁶² Por lo explicado, entendemos que la reforma de 1966 representó una involución en materia de derechos sociales, involución que fue corregida, 44 años después, en la Constitución 2010, la cual analizaremos a continuación.

IV. LOS DERECHOS SOCIALES EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

1. Derechos Sociales previstos en la Constitución vigente

La Constitución proclamada el 26 de enero de 2010 reivindicó la Constitución de 1963, particularmente, en materia de derechos sociales. De manera que con esta Constitución se produjo el fenómeno inverso a lo que aconteció con la Constitución de 1966, en la medida que grupos vulnerables reconquistaron derechos suprimidos en la reforma del 66. A dichas reconquistas me refiero en los párrafos que siguen.

61 Artículo 8.13 de la Constitución de 1966.

62 Véase los párrafos 41-45.

68. El constituyente de 2010 recuperó las conquistas que se perdieron en la reforma del 66, con la excepción de la organización y dirección del sistema educativo, función que el constituyente no atribuyó al Estado, como si lo hizo el constituyente del 63. En torno al fundamento del Estado dominicano se sigue la misma línea de la Constitución del 63, en la medida que se establece que esta se fundamenta en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular, y la separación e independencia de los poderes públicos.⁶³

69. En materia de familia es donde el constituyente de 2010 fue más fiel a la ideología de la Constitución de 1963. En efecto, se reconoce la igualdad entre los hijos sin importar la filiación y se prohíbe indicar la filiación de los mismos en las certificaciones de los actos del estado civil.⁶⁴ En torno a la relación de hecho entre un hombre y una mujer que no tengan impedimentos de matrimonio, que tengan estabilidad y formen un hogar se derivan derechos personales y patrimoniales de conformidad con la ley.⁶⁵ Si bien esta conquista se recuperó, conviene destacar, que en esta Constitución no se hace un símil entre la relación de hecho y el matrimonio, como si se hacía en la Constitución de 1963.

321

Ciertamente, en la Constitución del 63 se establecía lo siguiente: “La ley determinará en cuales situaciones las uniones de hecho entre personas para contraer matrimonio podrán, por razones de equidad y de interés social, surtir efectos puramente económicos similares a los del matrimonio.”⁶⁶ En cambio, en la Constitución de 2010 se establece que “La unión estable y singular entre un hombre y una mujer; libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, genera derechos y deberes en sus relaciones personales y matrimoniales, de conformidad con la ley.”⁶⁷ Se trata de una diferencia relevante para la iglesia, institución a la que no le agrada que se compare o asimile el matrimonio con la relación de hecho.

63 Véase artículo 7 de la Constitución vigente.

64 Véase artículo 59.5 de la Constitución vigente.

65 Véase artículo 55.5 de la Constitución vigente.

66 Artículo 48 de la Constitución de 1963.

67 Véase artículo 55.5 de la Constitución vigente.

No se rescató, sin embargo, una valiosa conquista del 63, en materia de familia. Me refiero a la declaratoria de igualdad entre los esposos, particularmente en el ámbito económico, la exigencia del consentimiento de ambos esposos como requisito de validez de la enajenación de un inmueble de la comunidad y el reconocimiento de la plena capacidad de la mujer casada.⁶⁸ Pudiera pensarse que no era necesario rescatar esta conquista, en el entendido de que leyes adjetivas prevén la situación y que en base al principio de igualdad previsto en el artículo 39 el derecho a la igualdad de la mujer frente al hombre está garantizado. Sin embargo, consideramos que era importante que el constituyente remarcara ese principio de igualdad de la mujer frente al hombre, por cuestiones didáctica y para despejar dudas y evitar eventuales dificultades en el orden interpretativo.

En otro orden, no puede perderse de vista el fenómeno de la constitucionalización del derecho, corriente del pensamiento constitucional que propugna por la consagración en la Constitución de aspectos esenciales de materias que tradicionalmente son reguladas por leyes adjetivas. Como consecuencia de la implementación de este fenómeno, no es extraño encontrar instituciones de una materia regulada, al mismo tiempo, por la Constitución y por una ley adjetiva.

322

2. Aportes del constituyente de 2010 en materia de derechos sociales

El hecho de que el constituyente de 2010 haya reivindicado aspecto que contempló el constituyente de 1963 en materia de derecho sociales constituye, sin dudas, un gran aporte. En adición al aporte anterior, el constituyente de 2010 previó cuestiones novedosas vinculadas al constitucionalismo social, a las cuales me referiré a continuación.

En termino ideológico, la Constitución vigente define a la República Dominicana como un Estado Social y Democrático de Derecho. Con esta definición el constituyente expresa su decisión de asumir el paradigma del constitucionalismo social. Si bien las constituciones anteriores no

68 Véase el párrafo N° 38.

definieron a la República Dominicana, en la forma que lo hizo el de 2010, hay que destacar, sin embargo, que en el primer artículo de la Constitución del 63 se asumen principios y valores esenciales del constitucionalismo social.

En este sentido, en el señalado artículo se refiere a la finalidad básica de los Poderes Públicos, indicando al respecto que dichos poderes deben proteger la dignidad humana y promover y garantizar su eficacia. Se indicaba, igualmente, que dichos poderes debían propender a la eliminación de los obstáculos de orden económico y social que limiten la igualdad y la libertad de los dominicanos y se opongan al desarrollo de la personalidad humana y a la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social del país. No cabe dudas de que en este texto el constituyente del 63 asumió, sin mencionarla, la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

Respecto de la familia, se reconoce por primera vez el trabajo del hogar como una actividad económica que crea valor agregado y produce riqueza y bienestar social, señalándose, de manera expresa, la obligación de que se incorpore en la formulación y ejecución de las políticas públicas y sociales.⁶⁹ En esta misma materia, el Estado garantiza, mediante ley, políticas seguras y efectiva en el proceso de adopción de menores, cuestión que es crucial, por estar en juego el interés superior de los niños y las niñas.⁷⁰ En esta misma línea se reconoce el valor de los jóvenes como sector estratégico en el desarrollo de la nación y el Estado asume la promoción de su participación en los asuntos públicos y el acceso al primer empleo.⁷¹

En lo que concierne a la vivienda, el Estado reconoce el derecho a la vivienda digna con servicios básicos esenciales y asume la obligación de implementar proyectos sociales de viviendas.⁷² El tema de la vivienda

69 Véase artículo 55.11 de la Constitución vigente.

70 Véase artículo 55.12 de la Constitución vigente.

71 Véase artículo 55.13 de la Constitución vigente.

72 Véase artículo 59 de la Constitución vigente.

no estaba ausente en la Constitución anterior, pero no se asumía como un derecho sino como una asistencia estatal.⁷³

En materia de trabajo, la Constitución actual no prohíbe la huelga en el ámbito de la administración pública, pues el constituyente se limita a indicar que la ley dispondrá las medidas para garantizar los servicios públicos o lo de utilidad pública. En cambio, en la Constitución anterior se establecía que “Será ilícita toda huelga, paro, interrupción, entorpecimiento o reducción intencional de rendimiento, que afecte la administración, los servicios públicos o los de utilidad pública (...)”.⁷⁴ Como se advierte, la actual Constitución es más liberal y protectora del derecho a la huelga.

En materia de trabajo, hay que resaltar, también, que la Constitución actual presta una atención de primer orden a la nacionalización del trabajo, al declararlo de alto interés e indicando que la ley determinará el porcentaje de trabajadores extranjeros que puede trabajar en condición de asalariado en una empresa.⁷⁵

324

En materia de educación superior hay una abundante previsión, lo que contrasta con las imprevisiones de que adolecían las constituciones anteriores,⁷⁶ Efectivamente, a este tema el constituyente dedicó varios acápite del artículo 63.⁷⁷

73 Artículo 8.15.d de la Constitución anterior.

74 Artículo 8.11.d de la Constitución anterior.

75 Artículo 62.10 de la Constitución vigente. Lo relativo a la nacionalización del trabajo está regulado en el Código de Trabajo que es de 1992. En el artículo 135 de dicho código se establece que el 80%, como mínimo, de los asalariados de una empresa deben ser dominicanos. En el 136 del mismo código se consagra que el 80% de la suma pagada por la empresa por concepto de salarios debe ser recibida por trabajadores dominicanos, excluyendo los salarios percibidos por los trabajadores que realizan trabajos técnicos, de dirección y de gerencia.

76 La Constitución de 1963 se limitaba a indicar en el artículo 40 que el Estado asume el compromiso de difundir la enseñanza universitaria profesional, vocacional y técnica para los obreros y los campesinos y la Constitución de 1966 nada decía al respecto.

77 Sobre la educación superior en nuestro país, véase los comentarios que hace Rosalía Sosa Pérez al artículo 63 de la Constitución. Sosa Pérez, R. (2015). *Constitución comentada*, cuarta edición. Fundación Institucionalidad y Justicia. pp. 177-184.

Disponiendo que el Estado financiará la educación superior,⁷⁸ que garantizará la autonomía universitaria y la libertad de cátedra⁷⁹. Igualmente se prevé que las universidades elegirán sus directivos y se regirán por sus propios estatutos de conformidad con la ley.⁸⁰ En este mismo orden, se establece que el Estado promoverá e incentivará la investigación⁸¹ y se prohíbe la transferencia a otro capítulo de los fondos destinados a la investigación⁸².

Otra previsión de gran relevancia en materia de educación es la relativa a que en las instituciones públicas y privadas es obligatoria la instrucción en la formación social y cívica, la enseñanza de la Constitución, de los derechos fundamentales, los valores patrios y los principios de convivencia pacífica.⁸³

En torno a la enseñanza de la Constitución, hay que destacar que se trata de una previsión de gran relevancia, en la medida que coadyuvará a la formación de una generación consciente del valor supremo de la Carta Magna y conocedora de sus derechos y deberes fundamentales, lo cual augura que en el futuro tengamos más ciudadanos comprometidos con el bien común.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta de los Santos, Hermógenes. (2017). Los derechos sociales y culturales: positivización y protección judicial. Especial referencia al sistema de justicia constitucional. En: *Revista Dominicana de Derecho Procesal Dominicana*, N° 3. Año 3, p. 21
- Albuquerque de Castro, Rafael. (2009). Los Derechos Sociales en la Constitución de 1963. En Fernández R., Aura Celeste. *Constitución de la Nación Dominicana de 1963*, anotada e indizada, tercera edición. Comisión Permanente de Efemérides Patria.

78 Artículo 63.3 de la Constitución vigente.

79 Artículo 63.7 de la Constitución vigente.

80 Artículo 63.8 de la Constitución vigente.

81 Artículo 63.9 de la Constitución vigente.

82 Artículo 63.10 de la Constitución vigente.

83 Artículo 63.13 de la Constitución vigente.

Bosch, J. (2009). Exilio y lucha antitrujillista. En *obras completas*, vol. IX. Comisión Permanente de Efemérides Patrias.

Carpizo, J. (1979). *La Constitución mexicana de 1917*. Editorial Porrúa.

Chez Checo, José & Sang Ben, Mu-Kien Adriana. (2010). *Historia de la Cámara de Diputados*. Tomo I, 1844-1978. Cámara de Diputados de la República Dominicana y Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra.

Espinal, F. (2001). *Constitucionalismo y Procesos Político en República Dominicana*. Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, PUCMM. Editorial Manatí.

Gómez Pérez, L. (2009). Constitución de 1963 en sus antecedentes y herencias. En Fernández R., Aura Celeste. Constitución de la Nación Dominicana de 1963, anotada e indizada, Comisión Permanente de Efemérides Patria, tercera edición.

Ihering, Rudolph Von. (1877). *El Espíritu del Derecho Romano*.

Jorge García, J. (2016). *Derecho Constitucional Dominicano*, Tercera Edición. Editora Corripio S.A.

Pérez Luño, Antonio E. (1998). *Los Derechos Fundamentales*. Editorial Tecnos, S.A.,

Valentín Jiminián, J. (2017). *Dimensiones Liberales y Progresistas, de la Constitución de 1963*.

Una visión constitucional de la globalización desde la perspectiva latinoamericana^{*}

A constitutional view of globalization from a Latin American perspective

 GERARDO ETO CRUZ^{**}

Resumen

El presente artículo inicia haciendo una descripción las declinaciones o mutaciones que ha tenido el constitucionalismo, entre ellas el constitucionalismo clásico, el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. Luego, analiza la relación existente entre constitución y globalización. En esta línea, se procede a desarrollar las teorías sociológicas sobre la globalización, para después hacer un análisis de las características del constitucionalismo latinoamericano moderno, que se encuentra en crisis.

327

Palabras clave

Constitucionalismo moderno, globalización, constitucionalismo latinoamericano, estado de crisis

Abstract

This article begins by describing the declinations or mutations that constitutionalism has undergone, including classical constitutionalism, neo-constitutionalism and new constitutionalism. It then analyzes the relationship between constitution and globalization. In this line, it proceeds to

^{*} Ponencia del V Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional: Derecho Constitucional y Globalización, organizado por el Tribunal Constitucional de República Dominicana, del 20 al 21 de octubre de 2022.

^{**} Doctor en Derecho Público por la Universidad Santiago de Compostela. Profesor de Derecho Constitucional en las universidades Nacional de Trujillo y San Martín de Porres. Exmagistrado del Tribunal Constitucional del Perú.

develop the sociological theories on globalization, to then make an analysis of the characteristics of modern Latin American constitutionalism, which is in crisis.

Keywords

Modern constitutionalism, globalization, Latin American constitutionalism, crisis state

Sumario

I. INTRODUCCIÓN: LAS DECLINACIONES Y MUTACIONES DE LAS CONSTITUCIONES EN LATINOAMÉRICA: 1) EL CONSTITUCIONALISMO CLÁSICO, 2) EL NEOCONSTITUCIONALISMO, C) EL “NUEVO CONSTITUCIONALISMO”. II. CONSTITUCIÓN Y GLOBALIZACIÓN. III. LAS TEORÍAS SOCIOLÓGICAS SOBRE LA GLOBALIZACIÓN. 1) MODERNIDAD Y GLOBALIZACIÓN. 2) SOCIEDAD DEL RIESGO GLOBAL. 3) SOCIEDAD GLOBAL COMO SOCIEDAD – RED. 4) POSTMODERNIDAD Y GLOBALIZACIÓN. 5) GLOBALIZACIÓN Y SISTEMA-MUNDO. 6) IMPERIO GLOBAL. IV. LAS MODERNAS TENDENCIAS DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO. ESTADO DE CRISIS, CRISIS DE LOS ESTADOS Y ESTADOS FALLIDOS.

I. INTRODUCCIÓN: Las declinaciones y mutaciones de las constituciones en Latinoamérica: El constitucionalismo clásico, el neoconstitucionalismo, el “nuevo constitucionalismo”.

Ubicar una visión del constitucionalismo latinoamericano en el marco de la posmodernidad, nos lleva a reparar preliminarmente algunas ideas, a fin de contextualizar el fenómeno de lo que es la globalización, ámbito donde actualmente se viene desarrollando la actual dinámica constitucional a nivel planetario y en donde nuestra región no se encuentra exenta de su influjo; y por ello mismo, vienen perfilándose particulares características, no sólo a partir de su reflexión académica sino y, fundamentalmente, a través de su praxis y realidad, como son sus vigencias y su propia dinámica constitucional.

La primera idea que se debe tener en cuenta, no solo como una visión latinoamericana, sino cómo surgió del pensamiento político europeo es que el constitucionalismo surge para regular dos grandes y complejos temas: por un lado la pretensión de regular el ejercicio racional y legítimo del poder político; y, por otro lado, el de garantizarle a las personas que tengan y se le reconozcan un conjunto de atributos de derechos subjetivos hoy denominados derechos fundamentales en su versión nacional o derechos humanos en el plano internacional.

Subyace, por tanto, en el constitucionalismo una concepción liberal que surge, como es harto conocido en el siglo XVIII, y que estuvo precedida por una efervescente fuente doctrinaria de libres pensadores que cuestionaban el antiguo régimen. Por otro lado, claro está, el campo de aterrizaje normal de las libertades públicas, derechos individuales o derechos del hombre, fue precisamente en las constituciones de la primera hora que empezaron a reconocerse y positivarse. De esa fecha, han pasado más de 200 años y, en la línea del tiempo, hoy el reconocimiento de los derechos fundamentales probablemente atraviesa una evolución sincrónica¹ a la que se les identifica como derechos fundamentales de una primera hasta una cuarta generación precisamente en marco de la Cuarta Revolución Industrial².

329

Hoy se puede sintetizar que el constitucionalismo en todas las familias jurídicas a nivel planetario, pretende regular dos grandes estatutos que forman parte de la pulsión de la condición humana: el poder y las libertades ello, independientemente que a nivel globalizado, los escenarios no son idénticos dado que se presentan radicales diferencias en donde en diversos sistemas políticos, el poder se expresa en término de autocracias, dictaduras, populismos por un lado; y por otro, los derechos y las libertades no son precisamente de un mínimo de garantías que preconizan los textos constitucionales.

Así el constitucionalismo ha empezado a tener una serie de declinaciones y mutaciones que responden a los tiempos y a los escenarios que se

1 Pérez Luño, A. (2005). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, p. 65 y ss.
2 Schwab, Klaus. (2016). *La cuarta revolución industrial*. Debate.

presentan en diversas latitudes del planeta. Por lo que bien podríamos dar una panorámica de las siguientes declinaciones del constitucionalismo³ como son las siguientes:

1. El constitucionalismo clásico

Se mantiene en diversas manifestaciones en la recepción del constitucionalismo latinoamericano y subyacen los diversos principios como la separación de poderes y ciertamente la influencia del iluminismo racionalista que aún pervive cada vez que se inicia un escenario constituyente en Latinoamérica, pues se piensa que una Constitución, fruto del constitucionalismo clásico y liberal, desencadenan los males de cada país, falacia que, como discurso político han venido pregonando el pensamiento marxista y se afirma que con un cambio de constitución, de carácter socialista o colectivista o del “socialismo del siglo XXI”; se solucionarán los males al establecerse un nuevo marco constitucional;

330

2. El neoconstitucionalismo

Esta corriente de pensamiento proveniente de los predios de filósofos que se han metido a los territorios del constitucionalismo, se han autoproclamado como “neoconstitucionalistas”, igualmente han calado en parte en Latinoamérica y si bien genéticamente es una evolución de la filosofía del constitucionalismo clásico, pretende generar nuevos enfoques y replantear algunos nichos cognitivos como son:

- a) La constitucionalización de los derechos que en rigor es una renovada visión de lo que siempre estuvo en la parte dogmática de las constituciones de la primera generación, pero bajo una interpretación de las normas reglas y las normas principios a partir de las bases contemporáneas de la argumentación jurídica;

3 Seguimos aquí, a partir de una visión comparativa a Pegoraro, L. & Rinella, A. (2018) *Derecho constitucional comparado. Sistemas constitucionales*. Tomo 2, Volumen A, Astrea y G. p. 154 y ss. 159 y ss. y 161 y ss.

- b) Una judicialización de los derechos lo que significa la presencia de renovados instrumentos procesales que son los que van tener la virtud y la fuerza de desencadenar lo que hoy es la jurisdicción constitucional con sus procesos constitucionales de la libertad como son el hábeas corpus, el amparo, el hábeas data, entre otros; y la jurisdicción constitucional orgánica en la que confluyen los procesos de inconstitucionalidad y los conflictos de competencia;
- c) La presencia de una jurisdicción supranacional en la cual los derechos fundamentales afectados en las jurisdicciones domesticas hoy pueden ser revisadas a través de organismos jurisdiccionales supranacionales bajo el marco y sustento de tratados internacionales que comprometen el llamado bloque de convencionalidad regional y el bloque de convencionalidad universal. La presencia de esta “ola” filosófica ha calado en el pensamiento constitucional latinoamericano gracias a diversos europeos que plantean nuevas visiones, rompiendo el constitucionalismo clásico y generando una judicialización de la política y atribuyendo a los jueces roles competenciales vinculado a decisiones políticas; esta “ola” de neoconstitucionalismo es parte de la propia globalización del pensamiento y de un cuestionamiento a las democracias bajo el escrutinio crítico de esta filosofía que pretende presentar un nuevo constitucionalismo para entender la realidad constitucional.

3. El “nuevo constitucionalismo”

Finalmente nos encontramos con una última corriente desencadenada en el mundo globalizado y que también lo viene recepcionando América Latina que es un presunto nuevo constitucionalismo que no refuta ni cuestiona al constitucionalismo clásico pero pretende transformarlo. Así, se plantea la siguiente distinción entre las dos categorías ya aludidas: “El neoconstitucionalismo es una corriente doctrinal producto de años de teorización académica, mientras que [...] El nuevo constitucionalismo latinoamericano es un fenómeno surgido en el extrarradio de la academia, producto más de las reivindicaciones populares y de los movimientos sociales que de planteamientos teóricos coherentemente armados. Y consiguientemente, el

nuevo constitucionalismo carece de una cohesión y una articulación como sistema cerrado de análisis y proporción de un modelo constitucional” (Pastor y Martínez, 2011, como se citó en Pegoraro y Rinella, 2018).

En rigor, podríamos señalar que esta variante mantiene conexión con el neoconstitucionalismo pero se preocupa de la legitimidad democrática de las constituciones latinoamericanas. Así, una visión y mirada comparativa de los profesores Pegoraro y Rinella (2018), señalan que: “el primer problema del constitucionalismo democrático es servir de traslación fiel de la voluntad constituyente del pueblo y establecer los mecanismos de relación entre la soberanía, esencia del poder constituyente, y la constitución, entendida en su sentido amplio como fuente del poder (constituido y, por lo tanto, limitado) que se superpone al resto del derecho y a las relaciones políticas y sociales”.

Igualmente el espectro de visión de este nuevo constitucionalismo es que expresa y reivindica un carácter revolucionario al constitucionalismo democrático pretendiendo establecer mecanismo de emancipación de los pueblos; es decir se pretende instrumentalizar la presencia de escenarios de poderes constituyentes que van a reflejar el fundamento último de los futuros poderes constituidos o gobiernos permanentes. Esta nueva ola se ha gestado desde los años 90, básicamente a partir de la Constitución colombiana de 1991, incluso algunos reivindican a la Constitución brasileña de 1988 y en las que se encuentran también los textos constitucionales de Ecuador del 2008 y de Bolivia de 2009. Debemos aquí señalar que gran parte de este pensamiento constitucional llevado a la praxis, identifica a determinados académicos de la corriente de la Universidad de Valencia (Roberto Viciano y Roberto Martínez Dalmau) y que desde España, varios fueron los mentores de los formatos constitucionales que hoy están presentes en Latinoamérica. En suma, el nuevo constitucionalismo predica las constituciones revolucionarias (Viciano Pastor y Martínez Dalmau), Constituciones Transformadoras (Boaventura de Sousa Santos, Viciano Pastor y Martínez Dalmau), Constituciones Aspiracionales (Mauricio García), entre otros epítetos que se esgrimen (Correa Souza y Luiz, 2014)⁴. Las

4 Correa Souza de Oliveira, F. y Luiz Streck, L. (2014). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: reflexiones sobre la posibilidad de constituir un Derecho Constitucional Común, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 18, pp. 125-153.

actuales versiones de estas corrientes se han pretendido institucionalizar en el reciente proyecto de plebiscito que fue en rigor un referéndum frustrado de la Constitución de Chile de 4 de septiembre de 2022; y el proyecto que pretende instaurar el actual régimen político izquierdista de Pedro Castillo en el Perú.

De nuestra parte, podemos señalar que tras las constituciones, hay una concepción iluminista y racionalista que se nos presentan como meta-relatos de profecías no cumplidas en la perspectiva que iniciara François Lyotard; y ello en la medida que en Latinoamérica aún pesa la tipología que aludía Karl Loewenstein (1982): que nuestra región no tiene constituciones normativas, sino constituciones nominales que son las que se cumplen a medias porque el cuerpo electoral suele elegir a líderes con aliento populista que no respeta a la constitución de su país; y lo más grave aún muchas constituciones latinoamericanas son semánticas fruto de regímenes que treparon el poder y después de un prolongado tiempo pretenden legitimar su régimen institucionalizando el ropaje constitucional que lo impulsaron por la fuerza⁵.

333

Por lo tanto, una visión constitucional hoy de Latinoamérica en el marco de la globalización no arroja resultados halagüeños, proponemos, como veremos en este breve trabajo, una serie de características que hoy perfilan una visión constitucional Latinoamericana en el marco de los tiempos contemporáneos; pero pasemos brevemente a ubicar las categorías de Constitución y globalización, la primera que corresponde a la disciplina de la teoría constitucional y la segunda al pensamiento de la sociología contemporánea.

II. CONSTITUCIÓN Y GLOBALIZACIÓN

El concepto “globalización”, no proviene del mundo jurídico, sino de los predios de la sociología contemporánea y se ubica en el marco de la actual Cuarta Revolución Industrial (4RI) y, por otro lado, por diversos filósofos (Lipovetsky y Charles, 2016; Lyotard, 1987) que han

5 Loewenstein, K. (1982). *Teoría de la Constitución*. Trad. y estudio por Alfredo Gallego Anabitarte. Ariel, pp. 218 y ss.

calificado los tiempos contemporáneos como de una “posmodernidad” e “hipermodernidad”.

Con todo, aunque parte del horizonte se ubica en el marco de la globalización del mundo cognitivo o de las sociedades del conocimiento, la actual sociología ha planteado diversas formas de ver y entender el fenómeno de la globalización.

Los demiurgos de la globalización señalan que ella ostenta, en líneas generales las siguientes características:

- a) La internacionalización en distintos campos que vive el planeta como es la economía, la política, la cultura, etc., y en particular de los mercados financieros y de trabajo con la interdependencia creciente de los actores involucrados como son los Estados, las organizaciones internacionales, empresas, ONG, etc., que viene posibilitada a su vez por:
- b) El impacto de las tecnologías de la información y comunicación, y en particular de Internet, que permite la simultaneidad de las acciones y procesos en tiempo real; y
- c) La simetría en los intercambios, la desigualdad y la injusticia global, lo que permite hablar de una “interdependencia asimétrica (Nolla y Rodríguez, 2010)⁶.

III. LAS TEORÍAS SOCIOLÓGICAS SOBRE LA GLOBALIZACIÓN

En los predios de la sociología contemporánea se han presentado una serie de teorías en torno al fenómeno de la globalización; y aquí apenas pálidamente esbozaremos las más relevantes, a fin de poder en-garzarlas en el plano de la dinámica constitucional en nuestra región; lo que sigue es una brevísima síntesis de la variedad de teorías existentes. Tomamos parte de nuestras reflexiones sobre las corrientes teóricas de la

6 Nolla, J. y Rodríguez, B. (2010) *Teoría sociológica de la globalización*, Tecnos, p. 17;

globalización (Eto, 2019)⁷. La globalización constituye un proceso histórico que explica y a la vez justifica una creciente aceleración de complejas relaciones que vive la civilización contemporánea y que tienen como notas características un aumento progresivo de la interconexión de la economía mundial y la proliferación de una serie de dinámicas de distinto orden: sociales, culturales y políticas y que repercuten en el plano internacional. La sociología contemporánea sigue interrogándose qué es la globalización. Así, las discusiones más puntuales giran en saber si la globalización es un fenómeno excepcional de nuestra historia más reciente, como plantea Giddens, o más bien si se trata de un fenómeno ya conocido que ha transitado épocas pasadas pero que actualmente se ha redimensionado. Igualmente sigue en permanente debate si existe una o varias globalizaciones en función a su impacto en el planeta. La sociología igualmente se interroga si acaso existe una o varias ideologías que sustentan este fenómeno, sustentada en la democracia liberal a nivel mundial (Moreno, 1998)⁸.

- a) **Modernidad y globalización:** el planteamiento de esta teoría, esbozada por el sociólogo Anthony Giddens, autor de un monumental trabajo escrito al alimón con Philip W. Sutton (Cfr. Sociología, así como Consecuencia de la modernidad, En defensa de la sociología y La política del cambio climático) sostiene que, si bien la globalización es la expresión radical de la modernidad o las consecuencias de ella; el mundo actual en el ámbito de las sociedades posindustriales impone a la ciencia y la cultura un “enganche” a través de formatos de tecnologías que se aplican a la producción industrial. La globalización hoy se manifiesta a través de una integración sistémica donde existe una amplia conexión de sistemas de interacciones que cualquier reflexión “local” hoy colgado o expuesto a las redes sociales o a las grandes plataformas de internet permiten entrar en la era digital de la globalización.

7 Eto, G. “¿Las universidades son sociedades de conocimiento?”, en: *Autonomía Universitaria y Constitución en Iberoamérica. A propósito de los 100 años del Grito de Córdoba*, Gerardo Eto Cruz y José Palomino Manchego (Coordinadores). Grijley, Vol. 2, pp. 1331-1349.

8 Moreno, C (1998) “Antiglobalismo” en Anton, J. y Torrens, X. (Editores): *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*; 3era edic., Tecnos. p. 577.

Giddens en su obra *Consecuencias de la modernidad* (1999) plantea dos ejes temáticos: “La contradicción principal de las sociedades capitalistas, que con diversas formulaciones a lo largo de sus obras suele girar en torno a la contraposición entre los principios estructurales de producción social y apropiación privada, y la ampliación de la importancia de la integración sistémica, al aumentar el volumen de las relaciones distanciadas, tanto en el tiempo como en el espacio, vinculadas de forma directa con el fenómeno de la globalización” (Giddens, 1999, como se citó en Noya y Rodríguez, 2010).

- b) **Sociedad del riesgo global:** quien esgrime esta teoría es el célebre sociólogo Ulrich Beck, autor de la sociedad del riesgo quien en su obra la “modernidad reflexiva” identifica a tres componentes: la era de una individualización, la presencia de una sociedad del riesgo y la globalización. Actualmente, las políticas estatales tienen una tendencia a tomar como sujetos a los individuos y no a los grupos. Y en el caso de la centralidad del riesgo, el sociólogo Beck (2011) ha planteado la tesis de que hoy las sociedades contemporáneas se ven en el espejo consigo misma y se ven frente a sus productos y creaciones. Anota el sociólogo que esta reflexión “alude a una modernidad que se desvanece. Inaugura esta teoría la posibilidad de una (auto) destrucción creadora para una época en su conjunto, en este caso, la época industrial. El “sujeto” de esta destrucción creadora no es la crisis, sino el triunfo de la modernización occidental. Esta teoría es una protesta –y refutación– contra la teoría del fin de la historia de la sociedad”⁹. Y en esta proliferación se manifiestan riegos de índole personal como colectivo. Hoy efectivamente saltan a la vista catástrofes que pueden ser de distinto orden, como son los problemas que

9 Beck, U. (2011) Teoría de la modernización reflexiva, en Giddens, A. et al. *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*. Anthropos Edit. pp. 223 y ss.

desencadenan las catástrofes nucleares¹⁰, caso emblemático fue lo ocurrido en Chernóbil¹¹.

En otras palabras, el núcleo de una sociedad del riesgo ya no es la distribución de bienes, sino de las contingencias de males que pueden presentarse en los tiempos contemporáneos. Males que azotan

10 *Chernobyl. Los 10 lugares más radiactivos del planeta*: Accidentes como Chernobyl y Fukushima demostraron que las plantas nucleares son peligros latentes. Sin embargo, hay otras causas que condenaron a ciertas zonas del planeta. La catástrofe ocurrida en la planta nuclear de Chernobyl marcó un antes y un después en cómo la humanidad tomaría la radiación. Desde ese abril de 1986, una zona radiactiva sería considerada uno de los mayores peligros para el ser humano. A continuación, hacemos un recuento de los lugares con mayor radiactividad en el mundo. Fukushima (Japón): el desastre de la planta nuclear de Fukushima fue una consecuencia del terremoto de 2011 y el posterior tsunami ocurrido en Japón, el cual dejó varios muertos y causó grandes pérdidas materiales. Aquella vez se colapsaron tres de los seis reactores y las fugas acabaron en los alrededores de la planta y en el mar, desde donde viajó un radio de 200 km. Se trata del peor accidente nuclear desde Chernobyl. El grado de impacto ambiental todavía es desconocido y durará muchos años antes de desaparecer. Chernobyl (Ucrania): han pasado ya 30 años desde el accidente en la planta nuclear de Chernobyl, y, sin embargo, esta zona ubicada al norte de Ucrania sigue siendo una de las zonas más radioactivas del planeta. Ese día se produjo un sobrecalentamiento del núcleo de uno de los reactores de la planta, tras unas pruebas de simulación del corte del suministro eléctrico. Esto derivó en una explosión de hidrógeno acumulado, lo que liberó gases tóxicos y materiales radioactivos. Esta liberación equivalió a más de 500 veces la bomba atómica de Hiroshima. En total, han sido 13 los países de Europa que han detectado radiactividad después del accidente. Mailuu-Suu (Kirguistán): en los años 40, esta zona del centro de Asia se vio alterada al hallarse grandes cantidades de uranio. Tras unos años en los que se extraía este material, la zona pasó a ser un gran vertedero de residuos de uranio. La población cercana se enfrenta a los peligros que suponen el consumo de agua del río contaminado y la situación en una región propensa a la actividad sísmica. Semipalatinsk (Kazajistán): se trata del lugar que ostenta el récord de más explosiones nucleares del mundo: 456 entre 1949 y 1989. Allí la URSS realizaba ensayos de la bomba atómica hasta que una explosión incontrolada produjo gran radiactividad que contaminó una zona extensa e inhabilitó las instalaciones. Siberia (Rusia): esta parte gélida en el este de Rusia alberga a Seversk, una de las zonas más radiactivas de la Tierra. Allí se almacenan residuos nucleares en grandes piscinas descubiertas, con un potencial riesgo de filtraciones a aguas subterráneas y contaminación a través del viento, que propaga los residuos a los alrededores. Además allí hubo varias explosiones de plutonio. Disponible en el siguiente link: <https://larepublica.pe/mundo/1482126-chernobyl-10-lugares-radioactivos-planeta>.

11 Vid. la obra de la Nobel de Literatura 2015, Svetlana Aleksíevich, quien en su libro “Voces de Chernobyl. Crónicas del futuro, De Bolsillo, Barcelona, 2019, Traducción de Ricardo San Vicente”; narró la historia de las víctimas y los héroes anónimos que sacrificaron sus vidas para intentar frenar los efectos del desastre nuclear que afectó Ucrania en 1986. Fue llevado en el 2019 a la TV a una Serie por “HBO”. Puede verse, igualmente el relato de Leatherbarrow, Andrew: *Chernóbil 01:23:40. La verdadera historia del desastre nuclear que conmocionó el mundo*. Duomo Ediciones, Barcelona, 2019. Traducción de Miguel Alpuente y Marcelo E. Mazzanti.

los tiempos en diversos órdenes, como políticos, económicos, militares; riesgos locales, nacionales o transnacionales. Todo esto viene a colación en tanto las constituciones de la región latinoamericana enfrentan una serie de riesgos no sólo como parte del reparto de la sociedad de la externalización que nos habla el sociólogo Lessenich (2019)¹², sino porque los regímenes políticos que se vienen instalando en gran parte de América latina no garantizan precisamente las libertades, el trabajo, la inversión, la seguridad jurídica que son los que, a la postre, generan una sociedad del progreso y no de desigualdad. (Galar, 2022)¹³

- c) **Sociedad global como sociedad-red:** ha sido el profesor español Manuel Castells el que ha reflexionado, dentro del marco de la posmodernidad, diversos trabajos en torno a las actuales sociedades de la información al que el autor lo califica como “la sociedad red”. Este investigador español esboza los orígenes de esta sociedad-red: “Durante las dos décadas que van de finales de los sesenta a finales de los ochenta, una serie de innovaciones científicas y tecnológicas han convergido constituyendo un nuevo paradigma tecnológico. El fundamento científico y técnico de dicho paradigma lo constituye la microelectrónica, que se ha ido desarrollando mediante los descubrimientos del transistor (1947), el circuito integrado (1957), el proceso planar (1959) y el microprocesador (1971). Los ordenadores, ayudados por los aumentos exponenciales de su potencia y por dramáticas reducciones en el coste por unidad de memoria, fueron capaces de revolucionar el procesamiento de la información, tanto en el hardware como en el software. La telecomunicación se convirtió en el vector clave para la difusión y máximo aprovechamiento de las nuevas tecnologías, permitiendo el desarrollo de las conexiones entre diferentes unidades de procesamiento para facilitar la formación de sistemas de información” (Castells, 1995)¹⁴. El autor asume la idea con sustento empírico de la imponente presencia de los cambios

12 Lessenich, S. (2019) *La sociedad de la externalización*. Traducción de Alberto Ciria, Herder.

13 Galar, O. (2022) *El viaje de la humanidad*, Planeta, Traducción de Olga García Arrabal.

14 Castells, M. (1995). *La ciudad informacional: tecnologías de la información, reestructuración económica y el proceso urbano-regional*. Alianza Editorial

sociales a partir de las nuevas tecnologías de la información; ello si bien ha generado algunas críticas del fuerte determinismo tecnológico, Castells afirma lo siguiente: “Por supuesto, la tecnología no determina la sociedad. Tampoco la sociedad dicta el curso del cambio tecnológico, ya que muchos factores, incluidos la invención e iniciativas personales, intervienen en el proceso de descubrimiento científico, la innovación tecnológica y las aplicaciones sociales, de modo que el resultado final depende de un complejo modelo de interacción. En efecto, el dilema del determinismo tecnológico probablemente es un falso problema, puesto que tecnología es sociedad, y esta no puede ser comprendida o representada sin sus herramientas teóricas”. Para el autor, estamos viviendo un nuevo mundo y necesitamos nuevas claves de interpretación para conocer nuestra realidad. Hoy, la sociedad red se nos presenta como una nueva estructura social dominante en la era de la información; por lo tanto, se trata de un fenómeno mundial y afecta a todos los pueblos y latitudes de todo el planeta. El concepto clave que esgrime el profesor español es la red como una nueva forma social, esto es, como “un conjunto de nodos interconectados”, el concepto no es “el punto en el que una curva se interfecta a sí misma”. Los nodos, por ende, juegan un rol fundamental, dado que son las que localizan las funciones primordiales de la red. Así, la red global es una red de redes de distinta índole: sociales, políticas, económicas, etc.¹⁵ Más allá de estas expresiones conceptuales que acuña el sociólogo, la red se nos presenta así, como una metáfora para describir una nueva forma de la sociedad y de los que la integran: personas a nivel individual y grupal que se interconectan. Es determinante este marco teórico, dado que hoy la información científica forma parte de la sociedad red y ello genera un poder simbólico. Anota precisamente James Lull (2009) que “el poder simbólico es “la capacidad de utilizar formas simbólicas (...) para intervenir o influir en el curso de acciones o sucesos. Este tipo de poder a veces también está institucionalizado;

15 Vid. Los monumentales trabajos: Castells, M. (2008) *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*. Vol. I: *La sociedad red*. Madrid: Siglo XXI, pp. 359 y ss; Castells, M (2009) *La era de la información. Economía, sociedad y cultura* Vol. II: *El poder de la identidad*. México: Siglo XXI, pp. 91 y ss.

el ejemplo más evidente es la capacidad comunicativa que tienen las organizaciones más mediáticas. Pero no solo las instituciones sociales ejercen el poder simbólico y sus correlativos poderes culturales, derivados de las acciones tácticas que realizan los actores culturales al construir su vida cotidiana”¹⁶. Este planteamiento tiene encaje en el marco de la sociedad red, dado que, a partir de las redes sociales, el poder cultural va a tener la capacidad de definir una situación desde el punto de vista cultural; y no solo ello, sino que va a producir en los individuos y grupos, formas de vida; o como anota Lull, “constelaciones de zonas culturales” que apelan a los sentidos, a las emociones y a los pensamientos de uno mismo y de los demás.

- d) **Postmodernidad y globalización:** la tesis que originalmente planteó Lyotard fue que la posmodernidad es una crítica a la modernidad; y que esta se habría sustentado en grandes metarrelatos en torno a profecías no cumplidas. Frente a esta postura, se habrían generado nuevos paradigmas que tratan de entender la realidad en sus nuevos y complejos laberintos cognitivos. Enfoques como multiculturalismo, pluralismo, transversalidad, enfoque de género, entre otros, son los escenarios de reflexión frente a antiguas concepciones omnicomprensivas¹⁷ y totalizadoras del racionalismo que ha tratado de entender la realidad, como diría Isaiah Berlin (2009), en la concepción del erizo¹⁸. La posmodernidad puede suministrar al mundo globalizado una serie de decepciones de los tiempos contemporáneos (Franco, 2016)¹⁹. Bauman, por ejemplo, esgrime su concepción de la modernidad líquida a partir del grado de movilidad de los sujetos sociales, entre el turista y el vagabundo. El primero no tiene barrera de distancias, se le han suprimido porque

-
- 16 LULL, J. (2009) *Medios, comunicación, cultura. Aproximación global*. 2.a ed. Amorrortu Edit. p. 98.
- 17 Puede verse nuestro trabajo: Eto, G. (2022) *La transversalización del derecho constitucional*. Grijley Edit.
- 18 Berlin, I. (2009) *El estudio adecuado de la humanidad. Antología de ensayos*. FCE., Editada por Henry Hardy y Roger Hausheer, pp. 347 y ss. Antecede prólogo de Noel Annan, introducción de Roger Hausheer. Traducción de Francisco González Aramburo, María Antonieta Neira y Hero Rodríguez Toro y Juan José Utrilla.
- 19 Franco, J. (2016) *Una modernidad cruel*. FCE. Traducción de Víctor Altamirano.

puede desplazarse lo más rápido y libre, es el dominante, tienen acaso una “identidad cosmopolita”. Bilbeny anota que “el cosmopolita no es un viajero cualquiera. Cada vez hay más viajeros, pero pocos son cosmopolitas. Al llegar a su destino, el viajante profesional o el turista visitarán monumentos, museos, centros comerciales y puede que algún buen restaurante. Son los “centro de interés” que han repasado en su guía y se le recuerda en el hotel. Sin duda, son de “interés”. El cosmopolita tiene sus propias preferencias. Además de visitar un teatro o una catedral, le gustará ir, por ejemplo, a un mercado para saber de las costumbres del lugar; a un barrio de inmigrantes, para hacerse una idea más completa del medio social; o incluso a un cementerio, si quiere conocer el pasado de la ciudad. Y, por descontado, el cosmopolita, a diferencia de otros viajeros, hará lo posible por conocer en directo, conviviendo con ella, a la gente que habita el lugar que visita, y que es el mayor “centro de interés” de cualquier destino (Bilbeny, 2007)²⁰. Siguiendo la reflexión de Bauman, el viajero cosmopolita vive en el tiempo; el espacio no rige para ellos ya que las distancias no son pretextos para recorrerlas en forma instantánea. En este tipo de agentes sociales subyace la aceleración y la valoran; prima en ellos el tiempo, no el espacio. En cambio, en el vagabundo, este se encuentra atrapado en el espacio, mientras el tiempo discurre sin ningún sentido y cuando se les presentan adversidades y contingencias de supervivencia, a duras penas se sobreponen, pero encuentran muchas restricciones. Su tiempo es vacío, transcurre, pero “nunca pasa nada”. Mucho más reciente, vienen surgiendo otras perspectivas de enfoque de lo que ha reflexionado Bauman; hoy, por ejemplo, se habla del “cosmopolitismo en las telecasas”: “Las actuales telecasas están abiertas al mundo, y no solo al entorno social inmediato. Al ser formas sociales estructuralmente desterritorializadas, el teledinero, la televisión, el teléfono y la telemática posibilitan interrelaciones humanas instantáneas y a distancia. Frente a las casas clásicas, algunas de las cuales podían estar volcadas hacia la vida pública, pero entendida esta como vecindad, las telecasas se integran en redes de información y

20 Bilbeny, N. (2007) *La identidad cosmopolita. Los límites del patriotismo en la era global*. Kairós Edit. p. 9.

de comunicación que se despliegan por todo el planeta. Por consiguiente, es posible vislumbrar la aparición de una nueva forma de cosmopolitismo allí donde era menos previsible: en los hogares” (Echevarría, 1995)²¹. Sea que el turista, como viajero cosmopolita que tiene en su constructo la movilidad y aceleración, como el vagabundo, en donde el tiempo transcurre “y no pasa nada”, son dos metáforas que permiten apreciar que el mundo de los intelectuales e investigadores, como son en este caso, los que realizan el diálogo académico en los predios del derecho constitucional, pasa siempre por una regla inexorable: la comunicabilidad de recibir y transferir conocimiento, una vez procesado en su estructura mental, el flujo de información que recepciona, bien sea porque adquiere libros de sus “viajes”; o bien sea, porque sin moverse de su hogar, también adquiere y compra virtualmente lo que le interesa en nuestra disciplina constitucional. Lo importante en este enfoque es más bien que el académico constitucionalista, percibiendo un mundo acelerado digital, donde la sociedad de la información está en permanente flujo de renovación de información, asuma determinadas posturas críticas a las posiciones dominantes que son los paradigmas cognitivos. La posmodernidad se ha encargado de poner en evidencia que los nuevos enfoques y los nuevos paradigmas pueden contribuir precisamente a los tiempos que hoy sustentan la hipermodernidad. Y, en ello, las investigaciones académicas deben ubicarse en estos contextos sociológicos que venimos describiendo. En buena cuenta, no cabe hablar aquí de un pensamiento constitucional localista, o regionalista, o como se quiere llamar, un derecho constitucional latinoamericano; hoy, la reflexión académica, sea del lugar desde donde se gesta y desarrolla, se ubica o debe ubicarse desde la perspectiva local, nacional e internacional, dado que el mundo “globalizado” generado por la era digital de la 4RI permite mantener una comunicabilidad desde la reflexión académica del derecho constitucional.

- e) **Globalización y sistema-mundo:** las actuales investigaciones en nuestra disciplina constitucional, así como de cualquier otra

21 Echevarría, J. (1995) *Cosmopolitas domésticos*. 2.^a ed. Anagrama Edit., p. 158.

vertiente disciplinaria, no pueden estar abordadas y desarrolladas bajo los contextos que hoy rigen el planeta, y es que la división del trabajo, el comercio a escala mundial, las relaciones interestatales conectan con las investigaciones sobre la globalización. Hoy los sociólogos y los filósofos que vienen reflexionando sobre el acontecer contemporáneo, manifiestan que existe una interconexión no solo en el sistema económico mundial, sistema que tuvo su punto de quiebre con el derrumbe de la era de la Unión Soviética y que le llevó a Fukuyama a acuñar la célebre frase del “fin de la historia”; sino que la articulación de los sistemas económicos y los sistemas políticos han proliferado todo un sistema-mundo y cuyas reflexiones inaugurales fueron en parte desarrolladas por Wallerstein (1979) ²². Siguiendo la misma línea, pero desde otra perspectiva, Lipovetsky y Juvín (2011) afirman que la globalización también es una cultura y que se viene consolidando y crece desmesuradamente una suerte de cultura de “tercer tipo”, esto es “una hipercultura transnacional” que la han bautizado como “cultura-mundo”.

Al interrogarse qué significa cultura-mundo, los autores responden que se trata de la revolución tecnológica de la información y la comunicación, la organización de vastas redes mediáticas transnacionales, la ampliación de industrias culturales que canalizan una creciente cantidad de bienes idénticos hacia un mercado globalizado. Igualmente quiere significar un mundo en que las operaciones culturales desempeñan un papel cada vez más decisivo en el orbe comercial propiamente dicho, a través del diseño, la estética, los creadores de todo género: la economía cultural es la economía de las “industrias creativas”. Anotan que la cultura no es ya solo una superestructura sublime de signos, sino que remodela el universo material de la producción y el comercio (Lipovetsky y Juvín, 2011) ²³.

22 Wallerstein, I. (1979) *El moderno sistema mundial*. Vol. 1. Madrid: Siglo XXI, 1979.

23 Lipovetsky, G. y Juvín, H. *El occidente globalizado. Un debate sobre la cultura planetaria*. Barcelona: Anagrama Edit., 2011, pp. 14. Traducción de Antonio-Prometeo Moya.

Mirando en perspectiva, estos pensadores franceses señalaban que la cultura antes ordenaba la vida con claridad, lo que daba sentido a la existencia encuadrándola en un conjunto de divinidades, reglas y valores de sistemas simbólicos, en cambio hoy la cultura-mundo funciona al revés, pues no cesa de desorganizar nuestro está-en-el mundo, las conciencias y las existencias. Debido a los tiempos acelerados, el humano tiene en su entorno una vida que está en crisis, desestabilización, faltas de coordenadas estructuradas. Iglesia, familia, ideologías, políticas, relaciones entre los sexos, consumo, arte, educación: ya no hay ni un solo dominio que escape al proceso de desterritorialización y desorientación (Lipovetsky y Serroy, 2010)²⁴. A todo ello, Terry Eagleton (2017) crítico literario inglés, carga las tintas con demoledoras opiniones, sosteniendo lo siguiente: “A partir del viejo mundo industrial, con su burdo lenguaje ha evolucionado el capitalismo de rostro cultural que tenemos ahora. El papel de las llamadas industrias “creativas”, el poder de las nuevas tecnologías culturales, la importancia de los signos, las imágenes, marcas e iconos, el espectáculo, el estilo de vida, la fantasía, el diseño y la publicidad: “todo esto se supone que atestigua la aparición de una forma ‘estética’ de capitalismo, en transición de lo material a lo inmaterial. Sin embargo, lo que esto significa es que el capitalismo ha incorporado la cultura a sus propios fines materiales, no que haya caído bajo la influencia de lo estético, lo gratuito, lo que proporciona deleite o plenitud. Por el contrario, este “estetizado” modo de producción capitalista ha resultado ser más inexorablemente instrumental que nunca. La “creatividad” con la que Marx y Morris denotaban lo contrario de la utilidad capitalista es puesta al servicio de la adquisición y la explotación”²⁵.

Globalización y sistema-mundo son dos conceptos de los predios sociológicos que igualmente vinculan al derecho constitucional, específicamente en su vertiente comparativa; porque a partir de

24 Lipovetsky, G. y Serroy, J. (2010) *La cultura-mundo. Respuesta a una sociedad desorientada*. Barcelona, Anagrama. pp. 85 y 102.

25 Eagleton, T (2017). *Cultura*. Edit. Taurus, p. 168, Traducción de Belén Urrutia.

estas concepciones, se puede comprender la marcha y desarrollo de nuevos escenarios constitucionales que impactan en la región latinoamericana.

- g) Imperio global:** los sociólogos Antonio Negri y Michael Hardt trabajaron al alimón a fines de los 90 el libro “Imperio”, cuya publicación aparece recién en el 2000. Se trata de un monumental estudio en torno al análisis de la evolución del capitalismo y de los movimientos sociales, su enfoque dimana de los predios de la sociología contemporánea, con aliento axiológico propio de la filosofía política. Para estos sociólogos, el Imperio es el sujeto político que regula los cambios globales, el poder soberano que gobierna el mundo; y en este proceso de globalización la soberanía de los Estados-naciones, si bien sigue efectiva, ha venido declinando, por lo que hoy poseen menos poder. La hipótesis que esgrimen estos politólogos es que “hoy la soberanía ha tomado una nueva forma, compuesta por una serie de organismos nacionales y supranacionales unidos bajo una única lógica de mando. Esta nueva forma global de soberanía es lo que llamamos imperio”²⁶. Los autores plantean una distinción entre lo que es el imperio y el imperialismo. El primero se presenta hoy en el marco de la globalización económica, como una nueva forma de distribución del poder, en tanto que el imperialismo constituye un sistema centralizado y basado en el control de las fronteras; Hardt y Negri (2000) postulan la idea de que el imperio es “un aparato descentralizado y desterritorializador del dominio que progresivamente incorpora la totalidad del terreno global dentro de sus fronteras abiertas y en permanente expansión” y que “maneja identidades híbridas, jerarquías flexibles e intercambios plurales a través de redes de mando adaptables”

Muy al margen de estas propuestas en torno a las teorías de la globalización, un hecho que debe quedar siempre en claro es que el fenómeno constitucional sea en el territorio donde se desarrolle como régimen político, hoy forma parte de los escenarios globalizados;

26 Hardt, M. y Negri, A. (2000) *Imperio*. Cambridge, Edic. de Harvard University Press. Traducción de Eduardo Sadier.

pero los grandes “imperios” observarán desde una perspectiva si dicho régimen constitucional de un determinado país se ubica dentro de los estándares de las democracias liberales, o si acaso se presentan bajo regímenes que pueden tener determinadas singularidades de legitimidad, si las constituciones son acaso provisionales o estables, si acaso se ubican en los ciclos constitucionales del momento, como son las actuales corrientes latinoamericanas de las constituciones taumatúrgicas.

Ciudades globales: finalmente, otra de las propuestas y enfoques en torno al entendimiento del mundo de la hipermodernidad globalizada, contexto en el cual puede también en parte ubicarse las actuales corrientes constitucionales latinoamericanas, se encuentra en las reflexiones sociológicas de las grandes ciudades que hoy son la expresión de metrópolis o ciudades globales que constituyen los centro de gravitación del manejo del poder y del influjo cultural; pieza clave del rol de estas mega ciudades son los roles en la economía global, enclave de las finanzas y de las empresas; no se trata de una explicación arquitectónica, sino que son ciudades donde el fenómeno de la “desnacionalización” forma parte de un proceso en la que, geográficamente dicha metrópoli, formalmente se ubican territorialmente en un determinado Estado, pero su rol y eje de desarrollo es de carácter transnacional, dado que allí se juega y se localizan las piezas claves de la economía globalizada. Desde luego, en estas ciudades, la presencia de la producción inmaterial que llega, o se produce allí, va a ser igualmente una producción ubicada en la vanguardia a la que el académico y científico no puede desdeñar.

Un claro ejemplo de ciudad global es Nueva York, centro y eje de las finanzas, de la vanguardia en la cultura, en la moda, en la cinematografía, entre otros; un lugar global que es descrito así en medios también globales como Wikipedia, cuyo texto transcribimos: “Nueva York está considerada como una ciudad global, por sus influencias a nivel mundial en los medios de comunicación, en la política, en la educación, en la arquitectura, en el entretenimiento, las artes y la moda. La influencia artística y cultural de la ciudad es de las más fuertes del mundo. En esta ciudad se encuentra la

sede central de la Organización de las Naciones Unidas, lo que también la convierte en un importante punto de las relaciones internacionales.

La enorme relevancia de la ciudad a todos los niveles la convierte, juntamente con Londres, Tokio y París, en una de las ciudades más destacadas e influyentes del planeta. La ciudad se compone de cinco boroughs (a veces traducido como ‘condado’, ‘distrito’ o ‘comuna’), cada uno de los cuales coincide con un condado: Bronx, Brooklyn, Manhattan, Queens y Staten Island. Con más de 8,4 millones de neoyorquinos en un área urbana de 830 kilómetros cuadrados (320 mi²), Nueva York es la segunda ciudad con más densidad de población de los Estados Unidos, detrás de Unión City, Nueva Jersey, localizada al otro lado del río Hudson. La ciudad tiene muchos lugares y edificios reconocidos por todo el mundo. Por ejemplo, la estatua de la Libertad, ubicada en la isla homónima, y la isla de Ellis, que recibió a millones de inmigrantes que llegaban a Estados Unidos a finales del siglo XIX y comienzos del XX. Wall Street ha sido uno de los principales centros mundiales de finanzas desde la Segunda Guerra Mundial y es la sede de la Bolsa de Nueva York. La ciudad también ha concentrado a muchos de los edificios más altos del mundo, entre los que se encuentran el edificio Empire State, el One World Trade Center, el edificio Chrysler, el 432 Park Avenue, la Trump Tower, el edificio Seagram y las torres gemelas del World Trade Center, que fueron derribadas en los atentados del 11 de septiembre del 2001. La ciudad también es la cuna de muchos movimientos culturales estadounidenses, como por ejemplo el renacimiento de Harlem en literatura y artes visuales, el expresionismo abstracto (también conocido como Escuela de Nueva York) en pintura, y hip hop, break dance, 10 punk y Tin Pan Alley en música. En el 2005, se hablaban casi 170 idiomas en la ciudad, y el 36% de su población había nacido fuera de los Estados Unidos. Con su metro en funcionamiento las 24 horas del día, el movimiento de tráfico y gente es constante”²⁷. Una ciudad

27 Vid. la búsqueda de “Nueva York” en el sitio web de Wikipedia. Disponible en el siguiente link: https://es.wikipedia.org/wiki/Nueva_York.

global donde también florecen negocios globales, por ejemplo, la cadena de televisión por suscripción Home Box Office (HBO) tiene su sede en Nueva York, desde donde transmite series millonarias y mundialmente famosas como Juego de Tronos; y cuya transmisión online o streaming alcanza los confines más insospechados del mundo entero.

Desde luego, este breve recorrido es apenas un pálido esbozo de las corrientes, tendencias, o pensamientos en torno a la globalización, contexto en el cual los modelos del derecho constitucional a nivel comparado, ofrecen una serie de singularidades²⁸

Siguiendo aquí a David Held (2012), podemos señalar que la globalización identifica cuatro líneas de cambio:

- a) Se trata de una expansión de las actividades sociales, políticas y económicas a través de fronteras, regiones y continentes; pero que no ocurre en término aleatorios u ocasionales; sino en forma intensiva;
- b) La globalización se caracteriza por el creciente tamaño de redes y flujos comerciales, inversiones, finanzas, intercambios culturales;
- c) La globalización puede vincularse a una aceleración de interacciones y procesos a nivel global, debido a que la evolución de los sistemas de transporte y comunicaciones mundiales aumenta la velocidad en difundir ideas, bienes, información, capitales, personas;
- d) Cualquier hecho que surja en un lugar del planeta, por la profundización de los efectos de las interacciones globales, dicho evento lejano puede causar un gran impacto en otros lugares, dado que se vive una interconectabilidad del mundo²⁹

28 Al respecto, pueden verse dos clásicos trabajos de Ferrer, A. (1998) *Historia de la globalización. Orígenes del orden económico mundial*, FCE, y el Tomo II titulado: *Historia de la globalización II. La Revolución Industrial y el Segundo Orden Mundial*. FCE.

29 Held, D (2012). *Cosmopolitismo. Ideales y realidades*. Alianza Editorial. Traducción de Dimi-tri Fernández Bobrovski, pp. 38 y 39.

Es evidente que la globalización, al margen de las explicaciones sociológicas que predicen sus teóricos, ha generado una compleja metamorfosis de las formas contemporáneas de Estado, siendo uno de los principales factores de crisis la globalización de la economía y de las comunicaciones, pues los Estados nacionales no tienen capacidad ni respuestas a una serie de imprevisiones constitucionales que se mueven a escala mundial, como son los factores de la economía internacional que influyen en todos los países. El mercado mundial, su economía, generan reglas que permean los ordenamientos constitucionales de cada nación; aún no hay fórmulas que las democracias constitucionales puedan ejercer determinados controles del mercado global. Apenas si pueden depender de las directivas de grandes instituciones globales como son el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio. No obstante, las normas supranacionales en materia de derechos humanos, constituyen un estándar mínimo donde se preserva la jurisdicción supranacional, que igualmente es otra manifestación de la aldea globalizada de este mundo cada vez más desterritorializado (Pegoraro y Rinella, 2018).³⁰

Más allá de esta expresión de naturaleza polisémica y de una amplia ambigüedad el sociólogo Ulrich Beck (2017) sintetizaba parte de los escenarios que puede significar el fenómeno de la globalización que aquí transcribimos:

- “Organizaciones transnacionales como el Banco Mundial, la Iglesia católica, asociaciones internacionales de sociólogos, McDonald, Volkswagen, los cárteles de la droga, la mafia italiana y las nuevas organizaciones internacionales no gubernamentales actúan de manera paralela o de mutuo acuerdo;
- Problemas transnacionales como el cambio climático, las drogas, el sida, los conflictos étnicos o las crisis monetarias determinan el orden del día político;
- Eventos transnacionales como los mundiales de fútbol, la guerra del Golfo, las elecciones presidenciales americanas o las novelas de

30 Pegoraro, L. y Rinella, A. (2018) *Derecho constitucional comparado. Sistemas constitucionales*, Tomo 2, Vol. A, Astrea, p. 147-148.

Salman Rushdie conmueven -o cuanto menos remueven-la opinión pública a través de la televisión por satélite en países y continentes muy distintos;

- Surgen “comunidades” transnacionales fundadas, por ejemplo, en la religión (islam), la ciencia (expertos), el estilo de vida (pop y ecología), el parentesco (familias), orientaciones políticas (movimientos ecológicos, boicot de productos), etc., y
- Estructuras transnacionales, como modos de trabajo, producción y cooperación, bancos, corrientes financieras, conocimientos técnicos, etc., crean y estabilizan relaciones de cooperación o de crisis por encima y más allá de las fronteras”³¹.

No obstante que desde los predios del derecho constitucional autores como Gomes Canotilho (2002) ya hablan de constitucionalismo global y constitucionalismo social³², nosotros concebimos que una Constitución entraña, desde sus orígenes, una idea que se ha tornado globalizada en los estados contemporáneos, porque en todos los países la Constitución va a pretender regular esos dos grandes estatutos del poder y de la libertad; por ello es que acaso la norma jurídica perfila e identifica un concepto global del mundo, porque en todas las latitudes del planeta se manifiestan esas mismas pretensiones, aún en los sistemas que no son del mundo occidental, pues en todo estado, existe una norma que siempre va a regular el manejo del estado y del gobierno y va a ordenar y garantizar las libertades. Por tanto, una Constitución entraña una idea global, en tanto ella está presente en todas las geografías de todos los estados sin excepción. Esto también es una manifestación jurídica de la idea de globalidad, globalismo y globalización; lo que no impide que un texto constitucional o las tendencias o corrientes tengan determinadas particularidades en esta aldea globalizada.

31 Beck, U. (2017) ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, Trad. de Bernardo Moreno y M.A. Rosa Borrás, Paidós, pp. 62-63.

32 Gomes, J. (2002) *Teoría de la Constitución*. Dykinson, p. 45 y ss.

IV. LAS MODERNAS TENDENCIAS DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: Estado de crisis, crisis de los estados y estados fallidos

El siglo XXI, no debe ser estudiado a partir de una evolución lineal o sincrónica de los fenómenos que ocurren en el actual mundo globalizado; sino desde una perspectiva diacrónica; esto nos debe llevar a ver las tendencias, corrientes o características que se han venido desencadenando progresivamente y en otros casos en forma acelerada en la región de América Latina.

Por lo pronto cabe destacar, siguiendo a Zygmunt Bauman que, a nivel planetario se viene viviendo un estado de crisis categoría que identifica contradicciones endémicas y la presencia de ciertas dosis de incertidumbre en donde no se sabe cuáles deben ser las “medidas correctas” que corresponden impulsar los Estados contemporáneos en esta hipermodernidad contextualizada en una aceleración bajo los tiempos de esta Cuarta Revolución Industrial. Sumado a lo que plantea Bauman, bien cabe señalar que aparte del estado de crisis se vive en América Latina una crisis de los estados que no es conceptualmente lo mismo que la categoría esbozada por el sociólogo polaco, sino que los perfiles y las características de nuestra región identifican una permanente crisis política interna generadas en diversos conflictos derivados en los últimos tiempos de un renacimiento ideológico de corrientes populistas de manufactura marxista³³ empeñados en desencadenar una presunta refundación de los estado latinoamericanos que signifiquen una emancipación del estado liberal y la reconfiguración de lo que se viene denominando el pensamiento o el socialismo del siglo XXI.

351

En esta dinámica conflictiva, muchos de estos países de un estado de crisis que se vive a nivel global sumado a la crisis de los estados que forma parte de la región, han terminado por desencadenar diversos estados fallido (Chomsky, 2017)³⁴ con diversas variantes de intensidad. Hoy no

33 Mudd, C. y Rovira Kaltwasser, C. (2019). *Populismo. Una breve introducción*, Alianza Editorial; Delsol, C (2016). *Populismos. Una defensa de lo indefendible*, Ariel; Rivero, Á., Zarzalejos, J. y Del Palacio, J. (Coordinadores): *Geografía del populismo. Un viaje por el universo del populismo desde sus orígenes hasta Trump*; Cassagne, J. (2017). *El Estado Populista*, Editorial B de F; Biglieri, P. y Cadahia, L. (2021). *Siete ensayos sobre populismo*, Herder.

34 Chomsky, N (2017). *Estados fallidos: el abuso de poder y el ataque a la democracia*, No ficción.

solo podemos identificar a países como Haití, sino a la vecindad ideológica con los regímenes de Venezuela, precedido por Cuba, Nicaragua, entre otros países que precisamente determinados académicos provenientes básicamente de España, los identifican apologeticamente como el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, corriente que no es más que un movimiento político que trata de instalarse en los estados para replantear escenarios constituyentes con miras a la toma del poder.

Lo que aquí, esgrimimos son ciertos enunciados que, sin pretensiones apodícticas, identifican las actuales tendencias del constitucionalismo latinoamericano; cabe aclarar que, cuando hablamos de este constitucionalismo de nuestra región, comprendemos tanto el pensamiento o la doctrina constitucional latinoamericana, como a su propia realidad (realidad constitucional), expresada en sus vigencias, mutaciones, y hasta desconstitucionalizaciones que hoy forman el escenario de nuestra región³⁵.

Veamos pues en líneas generales las presentes características:

352

1. Existencia de una crisis del constitucionalismo latinoamericano como consecuencias de nuevos paradigmas que han empezado a ser parte de la propia realidad

Aquí podemos señalar, siguiendo a Thomas Kuhn (2015)³⁶ que el paradigma del constitucionalismo ha empezado a confrontar nuevos derroteros no sólo desde su propio pensamiento académicos de sus integrantes; sino de la propia realidad latinoamericana. Así, gran parte de la región vienen instalándose proyectos de regímenes que, desde el Grupo de Sao Paulo como de Puebla, donde confluyen heterodoxos movimientos marxistas, guerrilleros, y hasta terroristas reciclados en nuevas fachadas, auspician socavar las bases de una democracia constitucional republicana. Muestras palpables de ello se ha manifestado en Ecuador, Bolivia y liderados desde la dictadura decana

35 Una apreciación de vigencias constitucionales, dinámica constitucional, mutaciones constitucionales y desconstitucionalización puede verse en el clásico trabajo de Bidart, G. (1964) *Derecho constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el derecho constitucional*. Tomo I, pp. 133, 136, 138 y 141 y ss.

36 Kuhn, T. (2015) *La estructura de las revoluciones científicas*. Ensayo preliminar de Ian Hacking. Traducción e introducción de Carlos Solís, FCE, 4ta edición.

de América Latina como es Cuba, siguiendo Venezuela y se ha instalado en otros regímenes como Perú, Chile, Colombia y probablemente retorne Lula Da Silva en Brasil. Estos movimientos políticos, todos sin excepción, siempre buscan desencadenar escenarios constituyentes, a fin de establecer estas constituciones que reivindican diversos aspectos (pueblos originarios: Colombia, Ecuador, Bolivia, Venezuela), identidades plurinacionales, diálogos interculturales (Bolivia, Ecuador), derechos de la naturaleza (Ecuador) y de los animales (Bolivia) estos derechos no tienen necesariamente por qué ser cuestionados, porque responden a un replanteamiento desde la orilla latinoamericana, pero todo esto viene sumado a propuestas como son la perpetuación del poder a través de los modelos de reelección presidencial, sumado a los fenómenos de los fraudes electorales y políticas públicas populistas que nunca desencadenarán un estado de desarrollo.

2. La idea ciertamente falaz que las constituciones liberales son las causantes de los males y las constituciones del socialismo del siglo XXI son la solución de los problemas

353

Esto significa que las constituciones de techos ideológicos socialistas, permitirían afirmar una democracia colectiva estatista, corporativista frente al egoísmo liberal donde se manifiestan las graves injusticias sociales. Esta posición, resulta falaz, puesto que los males de un país no se deben a los textos constitucionales que rigen a nuestra región; sino a su clase dirigente; y estimar que un cambio de constitución llevará a solucionar los problemas es asumir un constitucionalismo iluminista, racionalista de que un mero cambio de normatividad fundante, cambiaría la situación social y económica de un país. Es claro que la verdad empírica de lo que fue el socialismo del siglo XX en Europa, sobre todo de la antigua URSS y sus satélites de la Europa del Este, así como las experiencias que se desarrollaron en otros hemisferios como China, Vietnam, Corea del Norte, Camboya, Afganistán, Etiopía, Angola, Mozambique entre otros regímenes que abrazaron los proyectos comunistas, terminaron por yugular las libertades y saldos de millones de muertos por los regímenes de terror y represión³⁷.

37 Courtois, S. et. al. (2021) *El libro negro del comunismo. Crímenes, terror, represión*; 3era edición, Arzalia.

3. La presencia de escenarios constituyentes como factores de refundación de las nuevas repúblicas³⁸

Hace mucho tiempo hemos sostenido que el Poder Constituyente ostenta un complejo archipiélago teórico y que se nutre de distintos ríos que confluyen en un amplio e intrincado territorio del constitucionalismo contemporáneo. Así, el Poder Constituyente tiene múltiples conexiones con otros dominios que, en líneas generales son:

- a) El origen fundacional de los Estados modernos;
- b) La reforma de la Constitución (De Vega, 1995)³⁹ y con él, se ubica también el tema de las mutaciones constitucionales⁴⁰ y no sólo en su expresión formal del Poder Constituyente Derivado, sino como Poder Constituyente Originario en formal material,
- c) El Poder Constituyente, guarda conexidad con el tema de la interpretación constitucional⁴¹, por un lado, y nos atrevemos a sostener, con el propio fundamento de la defensa de la Constitución⁴²;

38 Este acápite lo tomamos de nuestro trabajo: “La Constitución como la causante de los males y la solución de los Problemas una falacia política que asola Latinoamérica”, en: Cáceres, J. (coordinador) (2022) *Libro de ponencias del XV Congreso Iberoamericano de derecho constitucional. Constitucionalismo: democracia a la defensiva. En homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Fondo editorial Universidad Católica Sanata María, Tomo I, pp. 278 y ss.

39 De Vega, P. (1995) *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos.

40 Jellinek, G. (1991) *Reforma y Mutación Constitucional*. Estudio Preliminar de Pablo Lucas Verdú, trad. de Cristian Forster, CEC. Dau-Lin, H. (1998) *Mutación de la Constitución*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública.

41 A.J. Richards, D. (1988) *La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional*; en RCEC, N° 1, Set-Diciembre; p. 141-171; Canosa, Raul (1988) *Interpretación constitucional y Fórmula Política*, CEC, (Prólogo de Pablo Lucas Verdú); p.50 y ss.; Marmor, A. (2011) *Teoría analítica del derecho e interpretación constitucional*. Traducción y estudio preliminar de Jorge Luis Fabra y Juan Gabriel Acosta, Ara Editores, p. 306 y ss. Guastini, R (2010) *Interpretación, Estado y Constitución*, Ara Editores, p. 236 y ss. Villaverde, I (2020) “Reformar interpretando. La jurisdicción constitucional como poder de reforma constitucional”, en Alaéz, B. (Coord.) (2020) *Reforma constitucional y defensa de la democracia*. Foro y Debates. Universidad de Oviedo, CEPC, pp. 441-468.

42 Al respecto, puede verse una bibliografía básica tales como: Kelsen, H. (1974) “Las Garantías Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)”, en Anuario Jurídico. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; pp. 471-515 (trad. de Rolando Tamayo y Salmorán). Del mismo Kelsen (1995) “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?” (Estudio preliminar de Guillermo Casió, traduc. y notas de Roberto J. Brie, supervisión técnica de

- d) El Poder Constituyente igualmente se vincula con el complejo tema de la soberanía, como lo han planteado, entre otros y en forma orgánica, Ignacio Burgoa (1999) y Bidart Campos (1961)⁴³;
- e) Otros, en cambio, vinculan la temática del Poder Constituyente en la *transición política*, según la singularidad con que se desarrolló en la escena de cada país⁴⁴.

Actualmente América Latina viene atravesando por un renacimiento de “refundar las repúblicas latinoamericanas”; apelando a la problemática de cambiar los sistemas de constituciones liberales por proyectos de corte socialista; esto es lo que ha ocurrido recientemente con el proyecto de referéndum de la Constitución de Chile⁴⁵ (Chia y Quezada, 2020) que abortó el modelo socialista o lo que planteara en su momento Allan R. Brewer-Carías y Carlos García sobre el régimen de facto que supuso la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente del 2017⁴⁶ en Venezuela; lo que significó como apunta Franco Pérez (2020)

Eugenio Bulygin), Tecnos; Kelsen, H. (2017) *Sobre la jurisdicción constitucional*. Liminar de Luis Cervantes Liñán y edición al cuidado de Domingo García Belaunde. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana); recientemente se ha publicado una nueva compilación de las reflexiones en Kelsen, H. (2021) *Escritos sobre la justicia constitucional*. Presentación de Manuel Atienza, traducción de Juan Luis Requejo Pagés, Tecnos; Schmitt, C. (1983) *La defensa de la Constitución* (Prólogo de Pedro de Vega), trad. de Manuel Sánchez Sarto, Tecnos. Igualmente, a Reyes, R. (1934) *La Defensa Constitucional*, Espasa Calpe, vid, Específicamente p. 125 y ss. AA.VV.: *La Constitución y su Defensa*, UNAM, México 1984 y más modernamente: Fix-Zamudio, H. (1998) *Introducción al estudio de la Defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2da. Edic. UNAM; en la misma línea: Fix-Zamudio, H. (2015) *La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*. Liminar de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alberto Saíd, Porrúa, Edición facsimilar de 1955, México 2015; García Belaunde, D. (2000) *De la jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional* (nota introductoria y edición al cuidado de José Palomino Manchego).

43 Burgoa, I (1999) *Derecho Constitucional Mexicano*, edit. Porrúa, duodécima edic., México 1999, p. 189-279 y en forma específica p. 238 y ss. Bidart Campos, G. (1961) *Derecho Constitucional* T. I, Edic. Ediar;., p. 157-206, específicamente p. 162 y ss.

44 Torres del Moral, A. (1992) *Principios de Derecho Constitucional Español*; tercera edic. renovada. Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Vol. I p. 5-26

45 Chia, E. y Quezada, F. (Editores) (2020) *Propuesta para una nueva Constitución (originada en democracia)*, Facultad de Derecho Universidad de Chile y Friedrich Ebert-Stiftung.

46 Brewer-Carías, A. y García, C. (2017) (Compiladores): *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su Inconstitucional convocatoria en 2017*, Editorial Temis.

una “perversión del poder constituyente originario”⁴⁷; por otro lado la problemática ha desencadenado que en los Tribunales Constitucionales empiece a desarrollarse el control constitucional de las reformas a la Constitución⁴⁸ (Rodríguez 2006) lo que entraña sus límites al propio Poder Constituyente⁴⁹; hay quienes vienen planteando la reforma constitucional como un cambio en la propia continuidad de la constitución, tesis que plantea recientemente Javier Tajadura (2018)⁵⁰ y otros que plantean los mecanismos de referéndum para la reforma de las Constituciones⁵¹; hay otros académicos que vienen reflexionando que la presencia del Poder Constituyente derivado debe significar una concordia, un dialogo y un consenso; y que muchas veces puede abortar en la instauración de una dinámica de discordias⁵²; y en fin otros autores plantean el permanente tema académico y político de quienes son los sujetos titulares morales y de facto del ejercicio del Poder Constituyente⁵³; y otros que han esgrimido en su momento la problemática teórica de la teoría del Poder Constituyente in abstracto⁵⁴.

De nuestra parte creemos que el escenario peruano muy al margen del trabajo reciente de Guillermo Mardon⁵⁵ constituye un falso dilema el debate de una reforma constitucional bajo un proyecto de auspiciar

- 47 Franco, A. (2020) “Uso y perversión del poder constituyente originario en Venezuela (1999-2019)”, en ALÁEZ CORRAL, Benito (Coord.): *Reforma constitucional y defensa de la democracia*.
- 48 Rodríguez, R. (2006) *El control constitucional de la reforma a la Constitución. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”*. Dykinson.
- 49 Colombo, I. (2011) *Límites a las reformas constitucionales. Teoría de las cláusulas pétreas*. Prólogo de Jorge Reinaldo A. Vanossi, Editorial Astrea; Ramírez, G. (2003) *Los límites a las reformas constitucionales y las garantías límites del Poder Constituyente. Los derechos fundamentales como paradigma*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
- 50 Tajadura, J. (2018) *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*. Marcial Pons.
- 51 Sáenz, E (2018) *El referéndum en España. Debates Constitucionales*, Marcial Pons.
- 52 Alzaga, O. (2011) *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Trotta.
- 53 Sauquillo, J (2018) *La reforma constitucional. Sujetos y límites del poder constituyente*, Tecnos; Noguera, A. (2017) *Entre lo viejo y lo nuevo. El sujeto constituyente*. Trotta.
- 54 Orbegoso, S. (2002). *Poder Constituyente y otros ensayos*, Edit. Normas Legales; Recasens Riches, L. (1931). *El poder constituyente. Su teoría aplicada al momento español*. Javier Morata Editor.
- 55 Mardon, G. (2021). ¿Reforma o revolución? *Los dilemas del debate para una reforma constitucional en el Bicentenario*, Prólogo de Domingo García Belaunde, Editorial Grijley.

una reforma total de la Constitución “con olor, color y sabor a pueblo” expresión que balbuceara en su momento el presidente Pedro Castillo con su propuesta presidencial hacia una nueva Constitución bajo el marco de cambiar radicalmente el sistema político liberal que mantiene el modelo peruano. Una reforma debe pasar necesariamente por el mecanismo de un poder constituyente derivado como es lo que establece el actual art. 206 de la Constitución; en el caso se auspiciare una asamblea constituyente serán los preludios de los tambores de guerra de la instauración, de mantenerse el actual régimen de Pedro Castillo, de un proyecto hacia el socialismo del siglo XXI; es decir un proyecto hacia la quiebra del modelo constitucional republicano incorporándose el Perú al club de los modelos del fracaso y de la ruina como son los vecinos de diversos países que han abrazado esta opción que supone restricción de libertades y de la estafa de una felicidad colectiva como profecía que nunca se ha cumplido en los proyectos socialistas.

4. La instalación de una concepción taumatúrgica de Constitución⁵⁶

357

Por lo pronto, nosotros sin pretenden entrar en una tipología más de lo que es o debe concebirse en torno a lo que es una constitución, bien podemos señalar que se puede identificar una suerte de identificación de ella, a partir de ciertos presupuestos en torno a la forma cómo se le concibe a una norma fundamental.

Taumaturgia es aquella “Facultad de realizar prodigios” y que por lo general son sucesos extraños que exceden los límites de la naturaleza, como son hechos sobrenaturales, milagros. Lo taumatúrgico, está vinculado a las capacidades humanas que pueden detentarlo un mago, un santo, un rey; también se atribuyen estos prodigios a objetos, en el campo religioso a las reliquias. En el caso de una constitución, se puede identificar a este documento político, como una concepción taumatúrgica de que, al contarse con un texto idealizado por quienes pretenden imponerlo, por sí y ante sí, va a tener ese hechizo mágico de mejorar los males que existen

⁵⁶ Vid. igualmente nuestro trabajo ya citado “La Constitución como la causante de los males y la solución de los problemas. Una falacia política que asola Latinoamérica”.

en un país. El texto constitucional será así la panacea que abrirá una cartografía de ruta en un sistema político, y con sus nuevos postulados, principios, valores e instituciones políticas que se establezcan en la realidad del país cambiará para mejor. Es probable que una constitución de concepción taumatúrgica, sólo opere bajo los marcos de quienes están detentando el poder, que son la renovación mística de la liquidación de una tradición de gobiernos, y la instauración de un nuevo ciclo de gobierno. Subyace en ella, parte de una concepción racionalista, iluminista como lo fue bajo los antiguos ideales de la revolución francesa que cerraba el ciclo del antiguo régimen de las monarquías. En efecto, una breve evolución del Estado moderno durante los últimos quinientos años, permite apreciar diversas formas de organizaciones política previas, y lo más probable es que en la mente de los que inauguraban sus proyectos de voluntad política, abrigan una concepción taumatúrgica de concebir que la voluntad y decisión política (Schmitt, 1992)⁵⁷, se plasmaría en la realidad, sea del viejo mundo gótico, del renacimiento y lo propio con el advenimiento de los Estados modernos (Cárdenas, 2017)⁵⁸. Hay igualmente en una constitución taumatúrgica el concepto de constitución dirigente que planteaba José Joaquim Gomes Canotilho. Es decir, aquella constitución que es fruto de un testamento histórico de un poder constituyente que establece un conjunto de programas y lineamientos de gobiernos de lo que a futuro debe implementarse. Se trata de un texto en oposición a las constituciones principistas, sino programáticas. Este tipo de constituciones son como arquetipo la brasileña de 1988, la portuguesa de 1976, la mexicana de 1917. Las constituciones taumatúrgicas tienen mucha dosis de utopías no realizables y que, probablemente, Gomes Canotilho (1995) en parte rompe y supera esta vieja concepción que manejara en su momento⁵⁹. Sin embargo, sus planteamientos de reflexión siguen siendo moralmente permanente, pues sostiene que la Teoría de la Constitución debe seguir siendo la instancia crítica de un constitucionalismo reflexivo que evite dos unilateralidades:

- 57 Schmitt, K. (1992). *Teoría de la Constitución*, Alianza universidad. Presentación y versión española de Francisco Ayala, Epílogo de Manuel García Pelayo.
- 58 Cárdenas, J. (2017). *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional de México.
- 59 Gomes Canotilho, J. (1995). “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 15, Número 43, Enero-Abril.

a) el peso del discurso de la metanarratividad, que hoy sólo podría subsistir como reliquia de una utopía del sujeto del dominio y de la razón emancipatoria; y b) la desestructuración moral de los pactos fundadores escondidos, muchas veces, en un simple esquema procesal de la razón cínica económica- tecnocrática. Si bien, Gomes Canotilho (2002) ha replanteado sus reflexiones en torno a la concepción de la constitución dirigente⁶⁰; ello no impide señalar que la constitución taumatúrgica, tiene mucho de estas concepciones, en la medida que el texto constitucional, por arte de una presunta eficacia en modificar la realidad que regula, dicha realidad es modificada por el imperio de la norma constitucional. Así, los valores que ella pregona, el hechizo de su eficacia cambiará la realidad. Pero es evidente que solo son quimeras normativas, porque simplemente la constitución taumatúrgica está sólo en las mentes de quienes confunden el desiderátum de sus mentes, con lo que es la propia realidad.

5. Desde la perspectiva global, la tesis de Fukuyama sobre el fin de las ideologías socialistas (fin de la historia) en Latinoamérica se han convertido en un renacimiento de estas banderas ideológicas autocalificadas desde organizaciones como el Foro de Sao Paulo y el encuentro de Puebla como el socialismo del siglo XXI

359

Si bien el siglo XX, significó la liquidación del fascismo y nacional socialismo que fueron los saldos de la Segunda post Guerra Mundial; la tesis que planteara el pensador Francis Fukuyama a partir del derrumbe del Muro de Berlín, significaba igualmente el ocaso de la ideología marxista leninista a la cual a partir de ese verano de 1989 multitud de ciudadanos pacíficamente gestaba el final de la ideología en occidente, es decir el pensamiento del socialismo. Hoy se aprecia el retorno de lo que habría sido la defunción de la ideología socialista (Bell, 2015)⁶¹ y es probable que desde la región latinoamericana y desde la propia democracia liberal a la cual ingresan actores políticos de concepción socialista, han dinamitado las democracias liberales sin golpes violentos ni revoluciones preconizadas por

60 Gomes Canotilho, J. (2002). *Teoría de la Constitución*. Madrid, Dykinson.

61 Bell, D. (2015). *El final de la ideología*, Alianza Editorial.

la praxis marxista leninista, de ahí que autores como Levitsky y Ziblatt (2021)⁶² hablan de cómo mueren las democracias instaurándose regímenes autoritarios populista y de banderas ideológicas de una nueva izquierda renovada bajo nuevos formatos con nuevos paradigmas que el liberalismo no ha podido enfrentar en los tiempos contemporáneos. En la misma línea reflexiona el pensador Noah Harari⁶³.

6. Se vive en Latinoamérica lo que en el siglo XX ya lo transitó Europa: El discurso de odio y el renacimiento de los viejos conflictos que desencadenaron las independencias de Latinoamérica

Una de las características de los rasgos latinoamericanos en términos sociológicos y jurídicos es la dinámica del discurso de odio que se impulsan en diversos países desencadenando graves consecuencias de protestas violentas como ha ocurrido en su momento en Chile, Colombia y que se ha pretendido impulsar en el Perú en menor escala; el odio como sostiene la Real Academia española es “la antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea”. Se trata de un sentimiento humano y que en términos cronológicos afirma su presencia en el siglo XX con las experiencias de los regímenes totalitarios de Italia y Alemania; y así en muchos países se les identifica como delitos de odio aquellos que tiene lugar por motivos racistas, antisemitas, ideológicos o religiosos por la orientación sexual, alguna enfermedad o discapacidad y, en general, por cualquier otro hecho discriminatorio (Valiente, 2020)⁶⁴. Lo peligrosos de este discurso es que es una realidad creciente y cambiante y está tomando nuevas formas de difusión en los marcos de la actual era digital de la 4RI; más allá de lo que en esencia el discurso de odio es desencadenar un atentado contra la dignidad humana, su mensaje ofensivo y denigratorio genera una movilización en el campo político, recrudeciendo sentimientos presuntamente superados como son los que se mantenían en los orígenes de las independencias de las repúblicas latinoamericanas. Hoy estos discursos encendidos bajo el líder populista lo utilizan para legitimar su proyecto totalitario populista y

62 Levitsky, S. y Ziblatt, D. (2021). *Cómo mueren las democracias*, Ariel, Cuarta edición.

63 Harari, Y. (2018). *21 lecciones para el siglo XXI*, Traduc. de Joandomenec Roc, Debate.

64 Valiente, F. (2020). *La democracia y el discurso del odio: Límites constitucionales a la libertad de expresión*. Dykinson.

con manifiesto sesgo de una ideología que ha renacido en los predios de la región. Bien podríamos sostener que este discurso se ubica en los predios de la desconstitucionalización y que forma parte también de lo que Alan Wolfe denominó “la maldad política”⁶⁵

7. Judicialización de la política

Es otra característica donde las Alta Cortes ejercen el control sobre los demás órganos de los poderes públicos; lo propio se vive una politización de la justicia donde los diversos actores políticos pretenden influir en las decisiones jurisdiccionales para proteger sus intereses generándose un complejo drama que en los últimos tiempos como parte de la política criminal de los Estados viene criminalizando actuaciones políticas que resultan ser ciertamente discutibles. Si bien debe recordarse que los orígenes de este debate fueron desarrollados en el periodo de entre guerras entre la célebre polémica que sostuvo Kelsen⁶⁶ vs Schmitt entorno a quien debería ser el defensor de la Constitución⁶⁷.

361

8. Presencia de la instalación de un populismo penal mediático

En efecto, a raíz del fenómeno Odebrecht, la reacción estatal frente al crimen organizado y al lavado de activo ha generado una hiperpenalización o hipercriminalización de los delitos de la sociedad contemporánea en donde se manifiesta un derecho penal de mínimas garantías sumado a prisiones preventivas y a una prensa justiciera que condena mediáticamente menoscabando la presunción de inocencia; a ello se suma una espectacularización de la justicia, fundamentalmente penal bajo los escenarios

65 Wolfe identifica las siguientes variedades de maldad política: el terrorismo, la limpieza étnica, matar a las personas por motivo de raza, etnia o religión en lugar de desplazarlos (genocidio) y el mal por el mal (counterevil). Wolfe, Alan: *La maldad política. Qué es y cómo combatirla*, Traducción de AnnaHerrera, Galaxya Gutenberg, Barcelona 2013, pp. 34-41.

66 Kelsen, H. (2021) *Escritos sobre justicia constitucional*, presentación de Manuel Atienza, trad. de Juan Luis Requejo Pagés, Tecnos. Kelsen, H. (2018) *Sobre la jurisdicción constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Edición al cuidado de Domingo García Belaunde.

67 Schmitt, C. y Kelsen, H. (2009) *La polémica Schmitt/Kelsen. Sobre la Justicia constitucional: El defensor de la Constitución Versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Estudio preliminar de Giorgio Lombardi, Trad. de Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie, Tecnos.

televisivos donde los actores protagonizan en las audiencias públicas de los proceso penales una transformación del proceso penal a un espectáculo judicial populista y telemediático (Flavio y De Sousa, 2013) ⁶⁸. Este es parte de otro escenario de la realidad constitucional de diversos países de América latina.

9. Presencia de un permanente conflicto y enfrentamiento entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo

Si bien este tipo de conflicto es parte del juego de un sistema democrático se observa en diversos países de la región un conflicto que linda con las crisis políticas internas donde el Ejecutivo no cuenta con mayoría parlamentaria generándose una afectación a la propia gobernabilidad cotidiana; pues mientras el jefe de estado distrae su tiempo en defenderse en sede parlamentaria de acusaciones o juicios políticos (impeachment); lo propio el parlamento trata también de preservar mecanismo de defensa para eventualmente no terminar siendo disuelto por el Congreso como es lo que ocurre en países como Perú, Ecuador en donde aún se mantiene parte de las democracias republicanas.

362

10. Decaimiento del constitucionalismo liberal democrático republicano y la gestación de nuevos techos de regímenes políticos con ideología socialista

En los últimos tiempos la vecindad latinoamericana evidencia que su cuerpo electoral viene optando por corrientes populistas de izquierda fuera de los estados fallidos como Cuba, Nicaragua y Venezuela, se viene incorporando a esta corriente regímenes políticos como Bolivia, Argentina, Perú, Chile, Colombia, México y lo más probable que Brasil nuevamente se incorpore en estos proyectos auspiciados a nivel de grupos internacionales organizados en el movimiento de Sao Paulo y de Puebla; lo cual constituye un reto para las democracias liberales tanto como para los actores políticos cuya confrontación puede definir

68 Flavio Gómez, L. y De Sousa de Almeida, D. (2013) *Populismo penal mediático*, Saraiva.

sombríos futuros de Latinoamérica dado que estos movimientos bajo las banderas de nuevo constitucionalismo latinoamericano vienen asumiendo el discurso académico y una praxis política cuyos retos están ya en los escenarios actuales.

11. La globalización y la era digital de la 4RI y su influencia en América Latina

Igualmente otros factores externos que condicionan las vigencias, las mutaciones y las desconstitucionalizaciones en los diversos países latinoamericanos es actualmente la globalización de nuevos fenómenos como la Fake News⁶⁹ la posverdad⁷⁰, espectacularización de la política (política pop), la prensa mercenaria, la corrupción estructural que son diversos factores negativos que igualmente asola América Latina.

12. En el campo de la jurisdicción constitucional: breve balance crítico

363

La región latinoamericana viene recepcionando categorías del pensamiento europeo, en especial de Alemania y España conceptos indeterminados como la relevancia y transcendencias constitucional, que les lleva a denegar a los justiciables sendos procesos de amparo; por otro lado se observa una mala praxis de la justicia ordinaria de apelar a medidas cautelares de prisiones preventivas⁷¹ como reglas siendo solo una excepción con abierto menoscabo a la presunción de inocencia y a la doctrina convencional de la Corte IDH; igualmente se aprecia una presencia masiva de violaciones de sectores vulnerables desencadenados por estado de cosas inconstitucional, estado de cosas inconvencionales así como otros fenómenos más complejos como violaciones de los derechos humanos a través

69 Alande, D. (2019) *Fake news: La nueva arma de destrucción masiva. Cómo se utilizan las noticias falsas y los hechos alternativos para desestabilizar la democracia*, Deusto,

70 D'Ancona, M. (2019) *Posverdad. La nueva guerra contra la verdad y cómo combatirla*, Alianza Editorial.

71 Eto, G. (2021) *Problemas contemporáneos del control convencional*, San Bernardo.

de complejas patologías como la inconstitucionalidad por omisión e inconvencionalidad por omisión⁷².

13. El *ius constitutionale commune latinoamericanum*

Otra característica que se ha venido reivindicando desde los predios académicos es una consolidada doctrina desde la propia región latinoamericana y que, así como Peter Häberle (2007) hablaba de un derecho constitucional común europeo que fue introducido en la discusión en 1991 “lo circunscribe a un aspecto parcial del estado constitucional europeo, el cual se alimenta del pensamiento del derecho común y de los principios, sin pretender ni velar la pluralidad de culturas jurídicas nacionales⁷³. Así el profesor Armin von Bogdandy ha señalado que la idea del *ius constitutionale commune latinoamericanum* tiene una génesis desde 1974 fecha en que se fundara el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y que se trataría de un proyecto de evolución y de transformación hacia un nuevo derecho público en la región latinoamericana⁷⁴. Este derecho constitucional común latinoamericano se sustenta en dos grandes vigas el diálogo académico y el diálogo jurisdiccional.

364

13.1. Sobre el diálogo académico: formantes, criptotipos y derecho mudo

Este diálogo se viene manifestando en la reflexión académica de los juristas y académicos que cultivan la ciencia del derecho constitucional y que institucionalmente se encuentran organizados en Asociaciones Nacionales de Derecho Constitucional y confluyen muchos en el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional que institucionalmente convoca cada cuatro años a un encuentro Iberoamericano y, a la fecha, se vienen realizando

72 Eto, G. (2021) *Los gritos del silencio en las normas constitucionales y convencionales. Una introducción a la teoría de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión*, San Bernardo.

73 Häberle, P. (2007) *El estado constitucional*, Astreas, Traducción e índice de Héctor Fix-Fierro y estudio introductorio de Diego Valadés.

74 Von Bogdandy, A. (2014) “*ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en: *ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*, Armin Von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, Mariela Morales Antoniazzi (Coordinadores), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

quince Congresos Iberoamericanos de Derecho Constitucional. La sede del Instituto es México; recientemente el último congreso se ha realizado en el Perú en la ciudad de Arequipa entre los días 22 al 24 de septiembre del 2022. Aquí, nos vamos a permitir adentrarnos muy brevemente en los escenarios cognitivos de los académicos del derecho constitucional, sobre todo, a partir de la cartografía de ruta que tienen en su reflexionar en torno a esta disciplina. Al respecto, América Latina hoy se ha convertido en una disruptiva presencia de una lava incandescente de producción académica que hoy da vértigo; sin embargo en esta reflexión académica se presentan profundas complejidades en el escenario del mundo académico que son los que, a postre, generan el pensamiento constitucional latinoamericano. Aquí siguiendo a Pegoraro y a Rinella, ambos autores sostienen que el constitucionalista doméstico se mueve sobre operaciones conceptuales exclusivamente interna de arriba hacia abajo es “top-down”; el comparatista construye categorías conceptuales que le permiten clasificar e individualizar analogías y diferencias. Es por tanto su trabajo bottom-up de abajo hacia arriba. Núcleo pétreo del estudio comparativo es el derecho extranjero. En esta ruta ponen en paralelo que entre el constitucionalista interno sus operaciones conceptuales son las mismas que el estudioso del derecho extranjero con una excepción para los dos: que si ambos persiguen clasificar categorías más amplias, se trataría de una fase *strictu sensu* de un Derecho comparado de verdad.

Tras el horizonte del derecho comparado, hay elementos ocultos pero que están allí, subyacentes en esta disciplina y son los formantes, criptotipos y derecho mudo. Es así cómo, el pico de intensidad en el espectro del derecho en un país, está identificado --y eso lo tienen presente los operadores de todo sistema jurídicos-, por la ley, la doctrina y la jurisprudencia, a esta suma de factores se le denomina formantes. Igualmente siguiendo los autores Pegoraro y Rinella a Sacco, en el entramado se encuentran los criptotipos que son aquellas reglas que existen y son de naturaleza relevante pero que el sistema jurídico no los ha formulado, ni sabrían tampoco cómo formularlos. En realidad, constituyen un conocimiento tácito. Sacco los describe como aquellos modelos implícitos que se encuentran presentes en los sistemas jurídicos y que actúan en el constructo de los juristas. Es más, resulta que los criptotipos son las formas en cómo mentalmente los juristas conciben el mundo jurídico; y por lo tanto, les resulta más difícil librarse de ellos que de las reglas jurídicas propias de su sistema jurídico.

El “derecho mudo”, según Rodolfo Sacco alude a “aquellas reglas que existen y son relevantes pero que el operador no formula (aunque quisieran no sabrían cómo)” (Pegoraro y Rinella, 2018); en realidad, se trata de reglas que el hombre practica sin ser consciente de ello. En el ideal epistémico se trata de un conocimiento tácito vinculado a lo interdisciplinario.

En el derecho comparado hoy una pregunta inquietante: ¿Qué se puede comparar? ¿lo que es similar o lo que es diferente? Así, siempre el diálogo académico versará desde planos comparativos; los expertos sostienen que la comparativa gira en torno a la homogeneidad entre ordenamientos o entre instituciones pertenecientes a ordenamientos diferentes. Así, la macrocomparación agrupa ordenamientos/sistemas homólogos en clases distintas por diferencias. En cambio en la microcomparación ella tiene por objeto instituciones particulares, actos, procedimientos, funciones, entidades, derechos, poderes, deberes etc., que operan o están previstos en dos o más ordenamientos jurídicos. Al fin y al cabo, anotan, los citados autores todos los sistemas son comparables entre ellos, a condición de comprender, antes que las analogías, las diferencias de fondo. Todo esto es parte de la presencia, no cabe duda, de la globalización que hoy existe en el planeta tierra, donde en la reflexión académica no se encuentra exento de su influjo, tal como hemos podido apreciar en torno a las diversas teorías que existen en torno a la globalización y porque la globalización entraña también el mundo cultural que hoy se vive en la posmodernidad (Herrera, 2007)⁷⁵.

366

13.2. Sobre el diálogo jurisdiccional

El diálogo jurisdiccional es la otra base que permite hablar de la presencia de un derecho constitucional común latinoamericano y que comprende una suerte de diálogo jurisdiccional vertical que más que como diálogo es la verticalidad de las sentencias emitidas por la Corte IDH, cuyas sentencias convencionales vinculan a todos los países de la región, configurándose con otros tratados el llamado “Bloque de convencionalidad regional”; lo propio esto ocurre a nivel europeo, donde el “diálogo jurisdiccional vertical” lo emite los fallos del Tribunal Europeo de Derechos

75 Herrera Gómez, M. (2007) *Elementos para el análisis de la cultura postmoderna*, Tecnos.

Humanos; y por otro lado, el diálogo jurisdiccional horizontal que ocurre en términos pacíficos y de recepciones recíprocas cuando un Tribunal, Sala o Corte constitucional de América Latina, emite un fallo que se convierte en arquetipo y modelo para las demás Cortes, generándose una pacífica retroalimentación. En suma esta es una de las características muy sublimes que puede exhibir el vasto movimiento que caracteriza igualmente a nuestro constitucionalismo de Latinoamérica y que incluye al Caribe y a toda la región del sur⁷⁶.

Con todo, América Latina mantiene sus venas abiertas como señalaba Eduardo Galeano y sigue siendo un inmenso territorio en donde la realidad sigue desbordando y superando las fantasías literarias; pero esta vez ya no solo de un macondo idealizado por el célebre Gabo⁷⁷, sino porque los populismos, autocracias, ideologías delirantes de extrema derecha y de extrema izquierda, mantienen en permanente tensión y acoso a las constituciones latinoamericanas⁷⁸, confirmándose que la constitución viene a ser un metarrelato de profecías no cumplidas y que es obligación de cada sistema político preservar las democracias, a fin de que bajo el imperio de las libertades, las personas busquen su propia felicidad, preservándosele a través de los procesos constitucionales y con los tribunales constitucionales que, a 100 años de su creación⁷⁹, no deben ser 100 años de soledad, sino de un garantismo donde las utopías se conviertan en realidades en esta parte de nuestra patria grande que es la región latinoamericana.

- 76 Brito Melgarejo, R. (2010) *Diálogo entre tribunales constitucionales*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional; Bustos Gisbert, R. (2012): *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional; Pegoraro, L. (coordinador) (2012) *Glosario de Derecho Público Comparado*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional; Ayala Corao, C. (2013) *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional; Burgogue-Larsen, L. (2013) *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional; Von Bogdandy, A. et. al. (coordinadores) (2013) *Las constitucionales commune en Derechos Humanos en América Latina*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional; Bagni, S. (coordinadora) (2014) *Justicia constitucional comparada*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional.
- 77 Vargas Llosa, M. (2021) *García Márquez: historia de un deicidio*, Novena edición, Alfaguara.
- 78 Sagués, N. (2016) *La Constitución bajo tensión*, Instituto de Estudios Constitucionales.
- 79 Astudillo, C. y Eto, G. (Coordinadores) (2021) *Centenarios de los Tribunales Constitucionales*, Tomo I, Estudios históricos, teóricos y comparados, Thomson Reuters.

BIBLIOGRAFÍA

- A.J. Richards, D. (2021). La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional; en RCEC, COURTOIS, Stéphane et al: *El libro negro del comunismo. Crímenes, terror, represión*. 3era edición. Arzalia.
- Alzaga, O. (2011). *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Trotta.
- Alande, D. (1999). Fake news: *La nueva arma de destrucción masiva. Cómo se utilizan las noticias falsas y los hechos alternativos 'para desestabilizar la democracia*. Deusto.
- Astudillo, C. y Eto Cruz, G. (Coordinadores). (2016). *Centenarios de los Tribunales Constitucionales*, Tomo I. Estudios históricos, teóricos y comparados, Thomson Reuters.
- Burgoa, I. (1999). *Derecho Constitucional Mexicano*. Porrúa.
- Bidart campos, G. (1961). *Derecho Constitucional*. T. I. Ediar.
- Brewer-Carías y Carlos García Soto. (2017). *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su Inconstitucional convocatoria en 2017*. Editorial Temis.
- Beck, U. (2011). Teoría de la modernización reflexiva, en GIDDENS, A. et al. *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*. Anthropos Edit.
- Berlin, I. (2009). *El estudio adecuado de la humanidad. Antología de ensayos*. FCE., Editada por Henry Hardy y Roger Hausheer.
- Bilbeny, N. (2007). *La identidad cosmopolita. Los límites del patriotismo en la era global*. Kairós Edit.
- Cárdenas Gracia, J. (2017). *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional de México.
- Castells, M. (1995). *La ciudad informacional: tecnologías de la información, reestructuración económica y el proceso urbano-regional*. Alianza Editorial.

- Chia, E. Y Quezada, F. (2020). *Propuesta para una nueva Constitución (originada en democracia)*. Facultad de Derecho Universidad de Chile y Friedrich Ebert-Stiftung.
- Colombo Murua, Ignacio. (2011). *Límites a las reformas constitucionales. Teoría de las cláusulas pétreas*. Editorial Astrea. Ramírez Clevez, Gonzalo: *Los límites a las reformas constitucionales y las garantías límites del Poder Constituyente. Los derechos*.
- Correa Souza de Oliveira, F. & Luiz Streck, L. (2014) El nuevo constitucionalismo latinoamericano: reflexiones sobre la posibilidad de constituir un Derecho Constitucional Común”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 18.
- Dau-lin, Hsu (1998). *Mutación de la Constitución*. Instituto Vasco de Administración Pública.
- De Vega, P. (1995). *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. Tecnos.
- D'ancona, M. (2019). *Posverdad. La nueva guerra contra la verdad y cómo combatirla*. Alianza Editorial.
- Eagleton, Terry (2017). *Cultura*. Taurus.
- Echevarría, J. (1995). *Cosmopolitas domésticos*. 2.a ed. Anagrama.
- Eto Cruz, G. (2021). *Problemas contemporáneos del control convencional*, San Bernardo.
- Eto Cruz, G. (2021). *Los gritos del silencio en las normas constitucionales y convencionales. Una introducción a la teoría de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión*. San Bernardo.
- Flávio Gomez, L. & De Sousa De Almeida, D. (2013). *Populismo penal mediático*. Saraiva.
- Franco, J. (2016) *Una modernidad cruel*. FCE. Traducción de Víctor Altamirano.
- Galor, O. (2022) *El viaje de la humanidad*, Planeta, Traducción de Olga García Arrabal.

- Gomes Canotilho, J. (2002). *Teoría de la Constitución*. Dykinson.
- Gomes Canotilho, J. (1995). ¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 15, Número 43, Enero-Abril.
- Häberle, Peter. (2007). *El estado constitucional*, Astreas, Traducción e índice de Héctor Fix-Fierro y estudio introductorio de Diego Valadés.
- Hardt, M. y Negri, A. (2000). *Imperio*. Harvard University Press.
- Held, D. (2012). *Cosmopolitismo. Ideales y realidades*. Alianza Editorial.
- Herrera Gómez, M. (2007). *Elementos para el análisis de la cultura postmoderna*. Tecnos. Madrid.
- Jellinek, G. (1991). *Reforma y Mutación Constitucional*. Estudio Preliminar de Pablo Lucas Verdú, trad. de Cristian Forster. CEC.
- Kelsen, H. (2021). *Escritos sobre justicia constitucional*. Tecnos.
- Kelsen, Hans: (2018). *Sobre la jurisdicción constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Edición al cuidado de Domingo García Belaunde, Santo Domingo.
- Lipovetsky, G. y Juvin, H. (2011) *El occidente globalizado. Un debate sobre la cultura planetaria*. Anagrama.
- Lipovetsky, G. y Serroy, J. (2010). *La cultura-mundo. Respuesta a una sociedad desorientada*. Anagrama.
- Lipovetsky, G. y Charles, S. (2016). *Los tiempos hipermodernos*. Anagrama. Traducción de Antonio-Prometeo Moya.
- Loewenstein, K (1982). *Teoría de la Constitución*. Ariel. Trad. y estudio por Alfredo Gallego Anabitarte.
- Lyotard, Jean-François. (1987). *La condición posmoderna. Informe sobre el saber*. Minuit.

- Nolla, Javier y Rodríguez, Beatriz. (2010). *Teoría sociológica de la globalización*. Tecnos.
- Moreno del Río, C. (2020). Antiglobalismo, en Mellón, Joan Antón y Torrens, Xavier (Editores). *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*. Tecnos.
- Mardon Zárate, G. (2021). *¿Reforma o revolución. Los dilemas del debate para una reforma constitucional en el Bicentenario*. Editorial Grijley.
- Noguera Fernández, A. (1999). *Entre lo viejo y lo nuevo. El sujeto constituyente*. Trotta.
- Orbegoso Venegas, S. (2002). *Poder Constituyente y otros ensayos*. Normas Legales.
- Pérez Luño, a. (2005). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos.
- Rodríguez Gaona, R. (2006). *El control constitucional de la reforma a la Constitución. Cuadernos "Bartolomé de las Casas"*. Dykinson.
- Schwab, K. (2016). *La cuarta revolución industrial*. Debate.
- Sáenz Royo, E. (2018). *El referéndum en España*. Debates Constitucionales, Madrid.
- Sagüés, N. (2016). *La Constitución bajo tensión*. Instituto de Estudios Constitucionales.
- Sauquillo, J. (2018). *La reforma constitucional*. Sujetos y límites del poder constituyente. Tecnos.
- Schmitt, C. (1992). *Teoría de la Constitución*. Alianza universidad. Presentación y versión española de Francisco Ayala.
- Schmitt, C. y Kelsen, H. (2009). *La polémica Schmitt/Kelsen. Sobre la Justicia constitucional: El defensor de la Constitución Versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Estudio preliminar de Giorgio Lombardi, Trad. de Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie. Tecnos.

Torres del Moral, A. (1992). *Principios de Derecho Constitucional Español*. Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense.

Tajadura Tejada, J. (2018). *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*. Marcial Pons.

Vargas Llosa, M. (2021). García Márquez: *historia de un deicidio*. Alfaguara.

Viciano Pastor, R. & Martínez Dalmao, R. (2011). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Fundamentos para una construcción doctrinal, en Rev. Gen. Der. Públ. Comp., N° 9, citado por Pegoraro, Lucio y Rinella Angelo (2018) *Derecho constitucional comparado*, Tomo 2, Vol. A, Sistemas constitucionales, Astrea.

Von Bogdandy, A. (2004). Ius constitutionale commune latinoamericana- num. Una aclaración conceptual, en: *ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*, Armin Von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, Mariela Morales Antoniazzi (Coordinadores), Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM.

Wallerstein, I (1979). *El moderno sistema mundial*. Vol. 1. Siglo XXI.

Perú: retos del derecho fundamental a la protección de datos personales*

Peru: challenges to the fundamental right to personal data protection

 LOURDES ZAMUDIO SALINAS**

Resumen

El presente trabajo tiene como fin abordar los principales retos, que debe afrontar el Perú, con el objetivo de cumplir con garantizar el derecho fundamental a la protección de datos personales; derecho reconocido en el artículo 2, inciso 6) de la Constitución Política de 1993 y regulado por la ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales. Se establece que, es necesario poner en funcionamiento los tres pilares que conforman la triple base para el debido tratamiento de la información personal, los cuales son: el responsable del tratamiento o titular del banco de datos, la autoridad de control; y el titular del dato. Ello con la finalidad de que en un Estado Constitucional de Derecho se garantice el derecho a la protección de datos personales.

373

* El Tribunal Constitucional denomina al derecho reconocido en el artículo 2°, inciso 6 de nuestra carta fundamental, como el derecho a la autodeterminación informativa en la gran mayoría de sus sentencias (...) Nuestro alto tribunal señaló que tomó de la doctrina esa denominación del derecho. (...) No obstante no siempre nuestro máximo intérprete de la Constitución (...) también, si bien es cierto en muy contadas ocasiones, lo ha denominado como derecho a la protección de datos personales, (...) la Ley N° 29733 Ley de protección de datos personales, utiliza la denominación de “derecho fundamental a la protección de datos personales”. La Ley Peruana, sigue la tendencia legislativa mayoritaria en Iberoamérica de la denominación del derecho que nos ocupa, como derecho a la protección de datos personales. En atención a lo señalado, será propio en nuestro contexto jurídico, referirnos indistintamente al mismo derecho como derecho a la protección de datos personales (calificación legal) o como derecho a la autodeterminación informativa (calificación del Tribunal Constitucional) (Zamudio 2014: 1159-1162).

** Abogada por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente en las universidades: Universidad de Lima (pregrado), Esan (posgrado) UNED (maestría).

Palabras clave

Derecho a la protección de datos personales, protección de información, autoridad de control, Estado Constitucional.

Abstract

The purpose of this paper is to address the main challenges that Peru must face in order to comply with the fundamental right to the protection of personal data; a right recognized in Article 2, paragraph 6) of the Political Constitution of 1993 and regulated by Law No. 29733, Personal Data Protection Law. It is established that it is necessary to put into operation the three pillars that make up the triple basis for the proper treatment of personal information, which are: the data controller or owner of the database, the supervisory authority, and the owner of the data. The purpose of this is to guarantee the right to the protection of personal data in a Constitutional State under the rule of law.

Keywords

Right to the protection of personal data, protection of information, supervisory authority, Constitutional State.

Sumario

I. RETOS PARA LOS RESPONSABLES DEL TRATAMIENTO. II. RETO PARA LA AUTORIDADES DE CONTROL ADMINISTRATIVAS. III. RETOS PARA LOS TITULARES DE LA INFORMACIÓN. IV. CONCLUSIONES.

La era digital en la que nos encontramos, nos trae la posibilidad de usar diversas tecnologías que suponen modificaciones y ventajas para atender distintas necesidades de nuestra vida individual y social, a nivel nacional o internacional; tecnologías elegidas por nosotros mismos o dispuestas por el Estado.

Solo como un ejemplo de lo señalado, tomemos en cuenta las tecnologías de la información y de las comunicaciones que, a través de internet, nos permitieron, en el contexto del desarrollo de las estrategias para enfrentar la pandemia del COVID- 19, sustituir entornos presenciales por entornos virtuales en diversos ámbitos; tales como el teletrabajo, la educación virtual a través de distintas plataformas, el incremento del comercio digital, las atenciones de salud a través de tele consultas, apps, rastreo digital, reuniones y celebraciones sociales de distinta índole, entre muchas otras actividades; las cuales se hicieron posible gracias a la tecnología y al incremento de su uso. Entornos virtuales que, en su mayoría, no se han dejado de utilizar por el retorno a las actividades presenciales.

Debemos ser conscientes que diversas tecnologías suponen el tratamiento de nuestra información personal y que el indebido uso de la misma puede concretarse en riesgos (de distinto grado) para nuestros derechos y dignidad; uno de los que puede resultar afectado es el derecho fundamental a la protección de datos personales. El considerando 6 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo -RGPD- lo señala de la siguiente forma:

375

La rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades. Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información personal a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, (...).

Asimismo, el dinamismo de las distintas tecnologías supera siempre a las normas jurídicas y a la conciencia de lo que su uso supone o puede suponer para los titulares de los datos personales; y es que:

El avance de nuevas tecnologías en el entorno tecnológico actual conlleva modelos de procesamiento de datos personales innovadores, variados e intensivos. (...) el cómputo en la nube; la minería digital; el procesamiento masivo de datos identificado como big data; la conectividad de dispositivos en un internet de todo; el registro confiable y seguro de

las operaciones y transacciones a través de la criptografía, aplicaciones blockchain y smartcontract; la automatización de procesos y el uso de algoritmos en la industria y la robótica; (...) la inteligencia artificial¹.

Todo lo cual plantea de manera constante diversos retos para que el uso de estas tecnologías se haga con adecuación a la legislación sobre protección de datos personales y con respeto a la dignidad de las personas, titulares de la información, objeto de tratamiento.

Estamos convencidos de que la tecnología forma parte de nuestra vida, que su utilización es necesaria para nuestro desarrollo personal y social, y que el uso de nuestros datos personales y su intercambio van involucrados en este proceso en constante crecimiento; pero a la vez, como Estado Constitucional de Derecho debemos hacer todos los esfuerzos para lograr un equilibrio entre su uso y el respeto de los derechos y la dignidad de las personas; así como, entre todos los derechos e intereses constitucionalmente relevantes en juego. Esto constituye un reto que tiene que ser asumido desde diferentes actores y en diferentes ámbitos.

376

En el presente trabajo vamos a abordar los principales retos, que debe afrontar el Perú, con el objetivo de cumplir con garantizar el derecho fundamental a la protección de datos personales; derecho reconocido en el artículo 2, inciso 6) de la Constitución Política de 1993 y regulado por la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, en adelante la Ley; la misma que fue objeto de reglamentación a través del D.S. N° 003-2013-JUS,² en adelante el Reglamento.

Consideramos importante no perder de vista el contenido del derecho a la protección de datos personales:

El contenido del derecho a la protección de datos personales se delimita a través de los derechos (ARCO) que le corresponden a su titular y de los principios rectores que deben ser observados por

-
- 1 Orientaciones Específicas para el Cumplimiento de los Principios y Derechos que Rigen la Protección de los Datos Personales en los Proyectos de Inteligencia Artificial. Red Iberoamericana de Protección de Datos. 2019. p. 6.
 - 2 Así como por su modificatorias correspondientes.

los titulares de los bancos de datos o responsables del tratamiento, así como por los encargados del mismo. Si no se reconocieran estos derechos y no se observaran estos principios se desdibujaría este derecho fundamental y autónomo (Zamudio, 2021 p. 69)

Nosotros sostenemos que para que en un Estado Constitucional de Derecho se garantice el derecho a la protección de datos personales, se deben poner en funcionamiento de manera sinérgica los tres pilares que conforman la triple base para el debido tratamiento de la información personal, cualquiera sea el contexto en que la actividad de tratamiento se realice; los pilares están constituidos por:

- El responsable del tratamiento o titular del banco de datos:
- La Autoridad de Control; y
- El titular del dato.

En atención a lo acabado de delimitar, dividiremos el presente trabajo teniendo en cuenta los tres pilares señalados.

377

I. RETOS PARA LOS RESPONSABLES DEL TRATAMIENTO

La figura del responsable del tratamiento o, en su caso, Titular del banco de datos personales³ es vital para los efectos de la responsabilidad que va a derivarse del incumplimiento de lo que establece la Ley de Protección de Datos Personales, y el Reglamento⁴ frente al titular de la

3 Ver artículo 2, inciso 17) de la Ley sobre Titular del banco de datos y artículo 2, inciso 14) del Reglamento de la Ley, sobre responsable del tratamiento.

4 Para la Ley peruana, el titular del banco de datos personales será la persona natural o jurídica que determina la finalidad y el contenido del banco de datos personales, así como el tratamiento de éstos y las medidas de seguridad que correspondan. La Ley peruana no incorpora, en su texto, la figura del responsable del tratamiento. El Reglamento de la Ley, incorpora dentro de las definiciones a la figura del responsable del tratamiento como aquél que decida sobre el tratamiento de datos personales, aun cuando no se encuentren en un banco de datos. Consideramos que la figura del responsable del tratamiento es un concepto más amplio que abarca tanto al titular del banco de datos como a quien decida sobre el tratamiento de datos personales, independientemente de que los datos consten o no en un banco. Coexistirían entonces para legislación peruana la figura del titular del banco de datos con la del responsable del tratamiento. Zamudio salinas, María de Lourdes. El derecho a la protección de datos

información que está siendo objeto de un indebido tratamiento; y además, frente a la misma autoridad de control administrativa sobre la materia, es decir la Autoridad Nacional de Protección de Datos personales; o en su caso, de la Autoridad jurisdiccional correspondiente.

El responsable es quien decide sobre el tratamiento de los datos personales que se va a realizar. A su vez el encargado de tratamiento será quien realiza la gestión de los datos personales por encargo del responsable, en virtud de una relación jurídica que le vincula con este y delimita el ámbito de su actuación.⁵

La ley, en su Título IV, sobre obligaciones del titular y del encargado de tratamiento de datos personales, en el único artículo que lo conforma, el 28; tiene 9 incisos que señalan obligaciones que le corresponden a ambos; culminado con la declaración genérica, en su último inciso, que dispone que las obligaciones referidas en el presente artículo no terminan en ellas; sino que también son obligaciones las otras establecidas en la Ley y en el Reglamento. Es claro pues que los responsables y encargados de tratamiento deben cumplir con todas las disposiciones establecidas en la Ley y en el Reglamento.⁶

378

En atención a los límites de este trabajo plantearemos determinadas reflexiones sobre algunas obligaciones derivadas de la legislación sobre la materia en el Perú.

1. Situaciones de incumplimiento

Para el Perú, como para la mayoría de los países en América latina, el eje fundamental sobre el que gira todo el sistema jurídico de protección de datos personales es el consentimiento⁷ del titular del dato, como

personales de los trabajadores frente al control laboral a través del sistema de geolocalización GPS. Límites y propuestas P. 49.

5 Reglamento de la Ley art.2, inciso 10).

6 Lo que tiene su correlato a la hora en que la Ley establece las infracciones y las sanciones correspondientes a las mismas.

7 Salvo ley autoritativa y con excepción de los supuestos consignados en el artículo 14 de la Ley.

elemento que va a legitimar que su información personal sea tratada por un tercero. Como sabemos, el consentimiento para que sea válido, debe cumplir determinadas características; tales como el ser: libre, informado, expreso e inequívoco.

El responsable del tratamiento, con relación al consentimiento que necesita del titular del dato, debe cuidar que esté debidamente informado de todas las condiciones a las que será sometida su información personal; información detallada en la Ley⁸ y el Reglamento⁹. No importando si el medio por el cual se está solicitando el consentimiento sea una página web, telefónicamente, un documento escrito, una vídeo conferencia, etc. Además, el consentimiento debe ser recabado de manera previa al inicio de las operaciones del tratamiento y no una vez iniciado o realizado el mismo.

No siempre los responsables del tratamiento cumplen con informar todo lo que la Ley señala; el incumplimiento muchas veces está no solo porque no se brinda al titular toda la información debida; sino porque la forma en que esta es presentada no le es comprensible; incumpléndose el objetivo de que quien va a dar el consentimiento sepa exactamente para qué lo va a dar.

379

La situación se vuelve más compleja si el tratamiento se va a realizar por una tecnología disruptiva, como la inteligencia artificial o el internet de las cosas (IoT) lo que en determinadas circunstancias debería suponer, además, que la información que se le dé al titular del dato, le ayude a comprender las consecuencias que el tratamiento de su información va a tener con relación a él.

Los responsables del tratamiento tampoco deberían realizar una recopilación de los datos personales por medios fraudulentos desleales o ilícitos. En nuestra sociedad, y como ejemplo más latente, vemos la venta de bases de datos, como práctica que “no se puede detener” en un mercado que se caracteriza en gran medida por la informalidad; esa forma de recopilación supone que distintos aspectos de la vida de muchas personas estén siendo tratados sin tener control sobre el destino que se dará a esa

8 Artículo 18.

9 Artículo 12.

información, y que en muchos casos, no es un destino o fin lícito; lo cual se traduce o, se puede traducir, en un evidente riesgo para la vida, para la salud y para otros derechos de los titulares de esa información.

Otra forma de inobservancia de la Ley, por parte de los responsables, es que una vez recabado el consentimiento decidan utilizar la información para una finalidad diferente a la autorizada por el titular. Esto se puede producir, por ejemplo, por el uso de una nueva tecnología para el tratamiento de los datos que ya se estaba realizando; o porque incorporó otra finalidad que resulta beneficiosa para el cumplimiento de los objetivos o intereses del responsable, sin tomar en cuenta el derecho del titular de la información¹⁰.

El responsable del tratamiento también debería implementar protocolos o mecanismos adecuados para garantizar que los datos personales que están tratando sean exactos estén completos y sean actualizados; de lo contrario, se afectaría la calidad del dato y eventualmente también el cumplimiento de la finalidad para la cual fueron recabados¹¹.

380

Otro aspecto fundamental, sin el cual no hay debido tratamiento de datos personales, es el cumplimiento de las medidas de seguridad organizativas técnicas y legales¹² que deben implementarse teniendo en cuenta: los datos que son materia de tratamiento, las actividades de tratamiento y las tecnologías que se usarán para dicha actividad; evaluando los riesgos que puedan producirse durante todo el ciclo de vida de los datos personales que van a ser objeto de tratamiento con el fin de implementar las medidas necesarias para garantizar la confidencialidad la integridad y disponibilidad de la información.

Son de distintas clases las medidas de seguridad que se deben implementar; por lo tanto, si estas no se determinan y aplican, se incurriría en un incumplimiento.

Habría que preguntarse si los responsables del tratamiento se han encargado de que todas las personas de su organización, que entran en

10 Principio de finalidad. Artículo 6 de la Ley.

11 Principio de calidad. Artículo 8 de la Ley.

12 Principio de seguridad. Artículo 9 de la Ley.

contacto con los datos personales, han sido debidamente capacitadas en la legislación sobre la materia y sobre su aplicación a las actividades del tratamiento de datos personales en las que estarán participando (medida de seguridad organizativa).

Asimismo, si se han implementado medidas de seguridad técnicas y si esas son las adecuadas; pues no serán las mismas aquellas elegidas para proteger los datos personales sensibles que para proteger un dato personal de categoría general; o, si los datos son objeto de transferencia nacional o flujo transfronterizo; además, si dichas medidas son objeto de una revisión o auditoría periódica.

Con relación a las medidas de seguridad legales como: los contratos con el personal autorizado para alguna actividad de tratamiento; las cláusulas de información para la obtención del consentimiento; o las de confidencialidad; así como los protocolos correspondientes; primero se tendrá que ver si se han tomado en consideración y, luego, analizar si su implementación es adecuada a lo que dispone la legislación.

¿Qué consecuencias puede tener para el titular del dato si su información personal está siendo conocida por una persona no autorizada?; o, si ha sido modificada indebidamente?; o, si ¿ha sido borrada?

Muchas de las consecuencias no se pueden prever; y al margen de que puedan suponer afectaciones (de diversa gravedad) para algunos de los derechos, en el presente o en el futuro; no realizar el tratamiento de los datos con la debida seguridad; así como otros incumplimientos de la legislación sobre protección de datos, afecta directamente al contenido esencial del derecho que nos ocupa; pues dentro de su contenido, se encuentra que el titular debe poder controlar lo que se está haciendo con su información personal y; en todo caso, si esta se hubiese perdido, debe poder recuperarla.

Este tema trae a consideración que uno de los deberes fundamentales del responsable consiste en que debe almacenar y tratar los datos personales de tal forma que se puedan ejercer los derechos ARCO¹³ que le

13 Acceso, rectificación, cancelación y oposición; no obstante, al titular de la información, se le reconocen, o pueden reconocer, más derechos.

competen al titular de la información, como mecanismo fundamental para que este no pierda el control que le corresponde, independientemente de la tecnología que se esté utilizando.

Hay normativas más garantistas que nuestra legislación sobre la materia, referida a diversos aspectos regulados; un ejemplo de lo que señalamos es que nuestra Ley no incluye la obligación de notificar, en determinados supuestos, las vulneraciones de seguridad a la Autoridad Administrativa de Control sobre la materia, ni al titular cuya información ha sido afectada; como si lo dispone el RGPD¹⁴ de la unión europea; los Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Iberoamericanos¹⁵, entre otros cuerpos normativos internacionales¹⁶.

Otra forma de incumplimiento puede generarse cuando el responsable decide utilizar una nueva tecnología (con relación a la que venía utilizando para el tratamiento) que le proporciona más información personal que la que él necesita para cumplir el fin legítimo que habilitó el tratamiento y que lo legitimó a actuar como tal¹⁷; con lo que el titular del dato quedará en ignorancia sobre el uso de esa información excesiva que le concierne; imposibilitándosele a él, el realizar el control que le corresponde.

Podríamos seguir detallando muchísimas situaciones de incumplimiento de la legislación sobre protección de datos personales, lo que no es el objetivo de este trabajo; por ello y frente a ello plantharemos lo que se puede hacer para actuar como responsables y encargados del tratamiento, de conformidad con lo que dispone la legislación sobre la materia.

2. Principal mecanismo para actuar dentro de la Ley

Las leyes sobre protección de datos personales son de carácter general; es decir no desarrollan sus disposiciones para cada uno de los distintos sectores de la actividad privada y pública donde se realizan las

14 RGPD Artículo 33.

15 RIPD Artículo 22.

16 La notificación del incidente de seguridad fue incluida como propuesta en el proyecto de Ley N° 7870/2020-PE, presentado por el Poder Ejecutivo.

17 Principio de proporcionalidad. Artículo 7 de la Ley.

actividades de tratamiento de datos personales; no existen disposiciones específicas para el tratamiento de los datos personales en distintos ámbitos, tales como los de la educación; financiero; de salud; migratorio; de telecomunicaciones; de comunicaciones electrónicas; agrario; minero; laboral; comercial; farmacéutico, entre muchos otros.

A esto se suma el incremento del uso de diversas tecnologías para el tratamiento de la información personal con capacidades de procesamiento con características cada vez más potentes y variadas en cada uno de los distintos sectores.

Entonces ¿cómo pueden hacer los responsables y los encargados para concretar las disposiciones de la Ley a las actividades de tratamiento que les corresponde realizar, y avanzar con seguridad respetuosa de la normativa y de los derechos involucrados?

El mecanismo o medio más útil con el que pueden contar los responsables y encargados de los tratamientos son los Principios Rectores de la protección de datos personales.

383

La Ley peruana con carácter enunciativo, consagra los siguientes ocho principios rectores¹⁸: legalidad, consentimiento, finalidad, proporcio-

18 Artículo 4. Principio de legalidad. El tratamiento de los datos personales se hace conforme a lo establecido en la ley. Se prohíbe la recopilación de los datos personales por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.

Artículo 6. Principio de finalidad. Los datos personales deben ser recopilados para una finalidad determinada, explícita y lícita. El tratamiento de los datos personales no debe extenderse a otra finalidad que no haya sido la establecida de manera inequívoca como tal al momento de su recopilación, excluyendo los casos de actividades de valor histórico, estadístico o científico cuando se utilice un procedimiento de disociación o anonimización.

Artículo 7. Principio de proporcionalidad. Todo tratamiento de datos personales debe ser adecuado, relevante y no excesivo a la finalidad para la que estos hubiesen sido recopilados.

Artículo 8. Principio de calidad. Los datos personales que vayan a ser tratados deben ser veraces, exactos y, en la medida de lo posible, actualizados, necesarios, pertinentes y adecuados respecto de la finalidad para la que fueron recopilados. Deben conservarse de forma tal que se garantice su seguridad y solo por el tiempo necesario para cumplir con la finalidad del tratamiento.

Artículo 9. Principio de seguridad. El titular del banco de datos personales y el encargado de su tratamiento deben adoptar las medidas técnicas, organizativas y legales necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales. Las medidas de seguridad deben ser apropiadas y acordes con el tratamiento que se vaya a efectuar y con la categoría de datos personales de que se trate.

nalidad, calidad, seguridad, disposición de recurso y nivel de protección adecuado.

Sobre los principios, Zamudio (2021) indica:

De conformidad con lo señalado en el artículo 12 de la Ley, los principios constituyen guías para la actuación de los titulares de los bancos de datos personales, así como de los responsables y encargados de su tratamiento y, en general, de todos los que intervengan en alguna actividad de tratamiento con relación los datos personales; sirven de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de esta Ley y de su Reglamento; constituyen parámetro para la elaboración de otras disposiciones y para suplir vacíos en la legislación sobre la materia.

Los principios servirán como parámetro obligatorio para determinar el nivel suficiente de protección de los datos personales; la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales tiene como una de sus funciones explícitas velar por el respeto de los principios; y para cerrar el círculo, se establecen infracciones pasibles de sanción al tratamiento de datos personales contraviniendo los principios consagrados en la Ley (pp. 44-45).

Es importante tener en cuenta que la observancia de los principios no es solo a modo de guía; sino que son parámetros de obligatorio cumplimiento en todos los tratamientos de datos personales; esto es lo que en gran medida determinará si se está frente a un debido o indebido tratamiento.

El reto claro y urgente consiste en la observancia y debido cumplimiento de los principios rectores a la hora de cada actividad de tratamiento; lo que pasa porque los responsables no solo conozcan la existencia de

Artículo 10. Principio de disposición de recurso. Todo titular de datos personales debe contar con las vías administrativas o jurisdiccionales necesarias para reclamar y hacer valer sus derechos, cuando estos sean vulnerados por el tratamiento de sus datos personales.

Artículo 11. Principio de nivel de protección adecuado. Para el flujo transfronterizo de datos personales, se debe garantizar un nivel suficiente de protección para los datos personales que se vayan a tratar o, por lo menos, equiparable a lo previsto por esta Ley o por los estándares internacionales en la materia.

los principios, sino que los entiendan de tal manera que estén en capacidad de aplicarlos, ellos y todas las personas que intervienen en actividades de tratamiento de información personal al interior de sus organizaciones.

Parte del reto para los responsables del tratamiento es instaurar una cultura organizacional de la protección de datos personales, como política transversal y holística al interior de sus organizaciones.

No obstante lo señalado, en la era digital ya no basta con el mero cumplimiento de la legislación sobre protección de datos personales; se requiere ir más allá; hacia un cumplimiento ético de la misma.

II. RETO PARA LA AUTORIDADES DE CONTROL ADMINISTRATIVAS

La Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales recae en la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, dentro del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Garantiza el derecho fundamental a la protección de datos personales, velando por el cumplimiento de las normas sobre la materia. Ejerce funciones administrativas, orientadoras, normativas, resolutivas, fiscalizadoras y sancionadoras.

385

La existencia de la autoridad de control administrativa, persigue darle sentido pleno a la legislación sobre la materia, en la medida que viene a fortalecer el marco de garantías que el proceso jurisdiccional del Hábeas Data ya otorgaba antes del año 2011, en que se promulga la Ley; y, que se consideraba insuficiente para el debido tratamiento de la información personal, en el contexto de la era digital, teniendo en cuenta las exigencias de la protección que el Estado le debe dar a un derecho fundamental de última generación, como el que nos ocupa.

Son muy importantes y diversas las funciones que la Ley le asigna a la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales¹⁹.

19 Ley: Artículo 33. Funciones de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales
La Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales ejerce las funciones administrativas, orientadoras, normativas, resolutivas, fiscalizadoras y sancionadoras siguientes:

Para el cumplimiento adecuado de las mismas, las Autoridades; y en específico la nuestra, deben gozar de autonomía e independencia necesarias.

1. Representar al país ante las instancias internacionales en materia de protección de datos personales.
2. Cooperar con las autoridades extranjeras de protección de datos personales para el cumplimiento de sus competencias y generar mecanismos de cooperación bilateral y multilateral para asistirse entre sí y prestarse debido auxilio mutuo cuando se requiera.
3. Administrar y mantener actualizado el Registro Nacional de Protección de Datos Personales.
4. Publicitar, a través del portal institucional, la relación actualizada de bancos de datos personales de administración pública y privada.
5. Promover campañas de difusión y promoción sobre la protección de datos personales.
6. Promover y fortalecer una cultura de protección de los datos personales de los niños y de los adolescentes.
7. Coordinar la inclusión de información sobre la importancia de la vida privada y de la protección de datos personales en los planes de estudios de todos los niveles educativos y fomentar, asimismo, la capacitación de los docentes en estos temas.
8. Supervisar el cumplimiento de las exigencias previstas en esta Ley, para el flujo transfronterizo de datos personales.
9. Emitir autorizaciones, cuando corresponda, conforme al reglamento de esta Ley.
10. Absolver consultas sobre protección de datos personales y el sentido de las normas vigentes en la materia, particularmente sobre las que ella hubiera emitido.
11. Emitir opinión técnica respecto de los proyectos de normas que se refieran total o parcialmente a los datos personales, la que es vinculante.
12. Emitir las directivas que correspondan para la mejor aplicación de lo previsto en esta Ley y en su reglamento, especialmente en materia de seguridad de los bancos de datos personales, así como supervisar su cumplimiento, en coordinación con los sectores involucrados.
13. Promover el uso de mecanismos de autorregulación como instrumento complementario de protección de datos personales.
14. Celebrar convenios de cooperación interinstitucional o internacional con la finalidad de velar por los derechos de las personas en materia de protección de datos personales que son tratados dentro y fuera del territorio nacional.
15. Atender solicitudes de interés particular del administrado o general de la colectividad, así como solicitudes de información.
16. Conocer, instruir y resolver las reclamaciones formuladas por los titulares de datos personales por la vulneración de los derechos que les conciernen y dictar las medidas cautelares o correctivas que establezca el reglamento.
17. Velar por el cumplimiento de la legislación vinculada con la protección de datos personales y por el respeto de sus principios rectores.
18. En el marco de un procedimiento administrativo en curso, solicitado por la parte afectada, obtener de los titulares de los bancos de datos personales la información que estime necesaria para el cumplimiento de las normas sobre protección de datos personales y el desempeño de sus funciones.
19. Supervisar la sujeción del tratamiento de los datos personales que efectúen el titular y el encargado del banco de datos personales a las disposiciones técnicas que ella emita y, en caso de contravención, disponer las acciones que correspondan conforme a ley.
20. Iniciar fiscalizaciones de oficio o por denuncia de parte por presuntos actos contrarios a lo establecido en la presente Ley y en su reglamento y aplicar las sanciones administrativas correspondientes, sin perjuicio de las medidas cautelares o correctivas que establezca el reglamento.

Tener una estructura organizacional correspondiente a la importancia de las diversas funciones asignadas; contar con los recursos humanos, logísticos y económicos necesarios e idóneos, que le permitan también desarrollar estrategias para enfrentar los retos del uso de las variadas tecnologías utilizadas para el tratamiento de los datos personales tanto a nivel nacional como internacional.

La Autoridad debe contar con lo necesario para cumplir de manera adecuada su rol fiscalizador con el fin de asegurar el cumplimiento de las normas sobre la materia.

Sería importante que desarrolle un rol protagónico en la sociedad para difundir el conocimiento y la toma de conciencia del derecho a la protección de datos personales; así como de la legislación sobre la materia; que brinde el asesoramiento y aplique las sanciones cuando correspondan para garantizar de manera más efectiva el respeto y vigencia de la normatividad sobre protección de datos, entre otros retos.

La Autoridad de control debe fortalecerse y consolidarse como garante de la efectiva protección de los datos personales.

387

Creemos que existe un reto normativo que debe ser impulsado desde la Autoridad para fortalecer la legislación y actualizarla a la luz de legislaciones más garantistas y a los estándares internacionales sobre la materia; y en aras de caminar hacia una armonización, que permita una respuesta internacional o global a los problemas y riesgos del uso de la tecnología y del tratamiento internacional de los datos personales.

Dentro del reto de la actualización y fortalecimiento de nuestra normativa creemos que deben incorporarse varias instituciones que están recogidas en los estándares internacionales sobre la materia. Algunos derechos, como el de portabilidad de los datos personales²⁰; algunos principios rectores como los de Lealtad, Transparencia y el de Responsabilidad Proactiva.

20 Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Iberoamericanos. Red Iberoamericana de Protección de Datos. Punto 30. Derecho que ya se incluyó en el proyecto de Ley N° 7870/2020-PE, presentado por el Poder Ejecutivo.

En la medida que la Responsabilidad Proactiva se da para y en función de los otros principios rectores, con el fin de ir más allá del cumplimiento formal de la normativa existente; es decir ir hacia un cumplimiento real y ético, que es parte del reto para los responsables y encargados del tratamiento al que hicimos mención en el acápite correspondiente, haremos referencia a este principio.

Para un cumplimiento más efectivo de la normativa sobre protección de datos personales, estándares internacionales sobre la materia, tales como el Reglamento General de Protección de Datos, artículo 5.2; los Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Iberoamericanos-RIPD, artículo 20; y el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos personales actualizado (Convenio 108 Plus), artículo 10.1; entre otros, reconocen el Principio de Responsabilidad o de Responsabilidad Proactiva.

El Grupo de Trabajo de Protección de Datos del Artículo 29, en su Dictamen 3/2010. P.3 sobre el principio de Responsabilidad señalaba: “(...) un principio reglamentario de responsabilidad requeriría expresamente que los responsables del tratamiento de datos aplicaran medidas adecuadas y eficaces para poner en práctica los principios y obligaciones de la Directiva y demostrar este extremo cuando se les solicitara”.

Perú, no tiene incorporada a la Responsabilidad Proactiva dentro de los ocho principios rectores; no obstante, creemos que un aspecto fundamental del fortalecimiento normativo de la protección de datos sería la incorporación de este principio. La Responsabilidad proactiva supondrá una mayor implicación de los responsables y encargados del tratamiento en el cumplimiento normativo; y exigirá la implementación de medias apropiadas, efectivas y verificables que acrediten el real y correcto cumplimiento de la normatividad.

Dentro de las medidas apropiadas, efectivas y verificables que acreditarían un correcto cumplimiento de la normatividad sobre la protección de datos personales, se encuentran: los análisis de riesgos; las evaluaciones de impacto; la protección de datos desde el diseño y por defecto; el oficial de protección de datos; la notificación de incidentes de seguridad; la adhesión a códigos de conducta; los mecanismos de certificación.

III. RETOS PARA LOS TITULARES DE LA INFORMACIÓN

La existencia de una normativa actualizada y reforzada sobre el derecho a la protección de datos personales, que vaya hacia una armonización a la luz de los estándares internacionales sobre la materia, es necesaria; que los responsables y encargados del tratamiento cumplan, de manera ética y demostrable, con la Ley y el Reglamento; también es necesario; pero no suficientes.

El tercer pilar para el debido tratamiento de los datos personales lo constituyen los titulares de la información.

Las personas naturales difunden cada día más información que les concierne y lo hacen a través de redes sociales; del uso del internet de las cosas; de las app; del comercio digital; de diversas plataformas tecnológicas; y de cada vez más variadas y modernas tecnologías que atienden necesidades y brindan facilidades; siendo que estas lo hacen con una apariencia de brindar esos servicios de forma gratuita; pero en la mayoría de los casos, esto no es así; pues se cobran con el uso de los datos personales de los usuarios.

389

El ceder el uso de nuestra información personal es mucho más valioso y riesgoso que pagar con nuestro dinero; pues, se van poniendo bajo el control de terceros, diversos aspectos la vida (personal y familiar) sobre los cuales en la práctica se suele perder el control.

Es imprescindible que se instaure y desarrolle la cultura de la protección de datos personales en nuestro país; donde los titulares de la información conozcan su derecho, tomen conciencia de la importancia y lo que significa el ceder el uso de su información personal; que estén en capacidad, por un lado, exigir el respeto hacia su información personal; pero, a la vez, que ellos también traten respetuosamente la información a la que acceden y que les concierne a terceras personas.

La era digital exige titulares de la información responsables a la hora en que gestionan su información personal; que actúen de manera informada y ejerzan los derechos que les corresponden para no por no perder el control sobre la información que les concierne.

Además de afrontar los retos que le corresponden a los responsables del tratamiento; así como, a la Autoridad de Control; lo cual redundará en un fortalecimiento de la cultura de protección de datos personales; creemos que sumaría a este objetivo, el incluirse al derecho a la protección de datos personales en el marco del cumplimiento de lo que dispone la Constitución Política de 1993 en el artículo 14 donde señala que “(...) la formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar (...)”; pues la protección de los datos personales es de suma importancia en la era digital en la que nos encontramos.

Lo señalado va en consonancia con una de las funciones que la Ley le asigna a la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, en el artículo 33, inciso 7) “Coordinar la inclusión de información sobre la importancia de la vida privada y de la protección de datos personales en los planes de estudios de todos los niveles educativos y fomentar, asimismo, la capacitación de los docentes en estos temas.”

390

En un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro coexisten distintos derechos fundamentales e intereses constitucionalmente relevantes; por lo que el derecho a la protección de datos personales y las normas que regulan, lo que buscan es avanzar en esta era digital, a través de un equilibrio respetuoso entre los distintos intereses en juegos, tanto de los responsables del tratamiento como de los titulares de los datos personales, teniendo en cuenta que independientemente del contexto y de la tecnología que se utilice el respeto de la persona, sus derechos y dignidad deben perseverar.

IV. CONCLUSIONES

- Los responsables del tratamiento deben observar y cumplir debidamente los principios rectores de la protección de datos personales a la hora de cada actividad de tratamiento, independientemente de la tecnología que usen y del sector donde operen sus organizaciones.
- Los responsables del tratamiento deben instaurar una cultura organizacional de la protección de datos personales, como política transversal y holística al interior de sus organizaciones.

- En la era digital, ya no basta el mero cumplimiento de la legislación sobre protección de datos personales; se requiere ir más allá; hacia un cumplimiento ético de la misma.
- Existe un reto normativo que debe ser impulsado desde la Autoridad para fortalecer la legislación y actualizarla a la luz de legislaciones más garantistas y a los estándares internacionales sobre la materia.
- Dentro de la necesaria actualización y fortalecimiento de nuestra normativa deben incorporarse varias instituciones que están recogidas en los estándares internacionales sobre la materia; tales como: el derecho de portabilidad de los datos personales; principios rectores como los de: Lealtad, Transparencia y el de Responsabilidad Proactiva.
- Es necesario que se instaure y desarrolle la Cultura de la Protección de Datos Personales en nuestro país; pues la era digital exige titulares de la información responsables a la hora en que gestionan su información personal; que actúen de manera informada y ejerzan los derechos que les corresponden para no perder el control sobre la información que les concierne.
- Sería pertinente el incluir al derecho a la protección de datos personales en el marco del cumplimiento de lo que dispone la Constitución Política de 1993 en el artículo 14, donde señala que “(...) la formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar (...)”; pues la protección de los datos personales es de suma importancia en la era digital en la que nos encontramos.

BIBLIOGRAFÍA

Consejo de Europa. (2012). Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos personales actualizado (Convenio 108 Plus). 1680968478 (coe.int).

Red Iberoamericana de Protección de Datos. (2019). Estándares de protección de datos personales para los Estados Iberoamericanos.

Unión Europea. (2010). Grupo de Trabajo de Protección de Datos del Artículo 29. Dictamen 3/2010. Sobre el principio de Responsabilidad.

Red Iberoamericana de Protección de e Datos. (2019). Orientaciones específicas para el cumplimiento de los principios y derechos que rigen la protección de los datos personales en los proyectos de inteligencia artificial.

Unión Europea. (2016). Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Zamudio Salinas, M. (2014). La Ley de protección de datos personales peruana. Reflexiones comparativas. Régimen Jurídico de los datos personales. T. II. Abeledo Perrot.

Zamudio salinas, M. (2021). *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores frente al control laboral a través del sistema de geolocalización GPS. Límites y propuestas*. Tesis para optar el grado académico de magíster en derecho con mención en Derecho Constitucional. PUCP.

El deber de motivación de las resoluciones como una garantía para salvaguardar el derecho a un debido proceso en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho

The obligation to state reasons for decisions as a guarantee for safeguarding the right to due process in the context of a constitutional rule of law

 DORIS MARGARITA YALLE JORGES*

Resumen

El presente artículo tratará sobre el deber de motivación de las Resoluciones como una de las debidas garantías para salvaguardar el derecho a un debido proceso. En el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho, el debido proceso se rige por una serie de principios y garantías básicas que aseguran la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales que están en juego en los procesos judiciales, y en definitiva, garantizan un juicio justo a las partes. En este sentido, el derecho internacional, ha contribuido al reconocimiento, positivación y afirmación del debido proceso. De esta forma se aborda la garantía procesal de la debida motivación de las resoluciones tomando en consideración lo determinado por el Tribunal Constitucional en algunas de sus importantes sentencias; asimismo, como la Corte Interamericana de Derechos humanos ha abordado la protección de este derecho en algunas jurisprudencias relevantes, se citan las líneas jurisprudenciales más destacadas de este órgano supranacional, especialmente a lo determinado en la sentencia del caso Zegarra Marín vs. Perú.

393

* Abogada, egresada de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ex representante del Estado peruano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, docente de la Academia de la Magistratura.

Palabras clave

Estado Constitucional, resoluciones judiciales, deber de motivación, debido proceso, Tribunal Constitucional.

Abstract

This article will address the duty to state reasons for rulings as one of the due process guarantees to safeguard the right to due process. In the framework of a constitutional and democratic rule of law, due process is governed by a series of basic principles and guarantees that ensure the effective judicial protection of the fundamental rights that are at stake in judicial proceedings, and ultimately guarantee a fair trial to the parties. In this sense, international law has contributed to the recognition, positivization and affirmation of due process. In this way, the procedural guarantee of the due motivation of the resolutions is approached taking into consideration what has been determined by the Constitutional Court in some of its important sentences; likewise, as the Inter-American Court of Human Rights has addressed the protection of this right in some relevant jurisprudence, the most outstanding jurisprudential lines of this supranational body are cited, especially as determined in the sentence of the case Zegarra Marín v. Perú.

394

Keywords

Constitutional State, judicial decisions, obligation to state reasons, due process, Constitutional Court.

Sumario

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. II. EL DEBIDO PROCESO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. III. CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES. IV. UNA SINOPSIS A LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO A LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES. V. LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES ESTABLECIDAS POR LA CORTE IDH. VI. CONCLUSIONES.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

El presente artículo tratará sobre el deber de motivación de las Resoluciones como una de las debidas garantías para salvaguardar el derecho a un debido proceso.

En el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho, el debido proceso se rige por una serie de principios y garantías básicas que aseguran la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales que están en juego en los procesos judiciales, y en definitiva, garantizan un juicio justo a las partes.

Los diversos tratados internacionales han reconocido principios y garantías del debido proceso, comunes a ambas partes en el proceso judicial, algunas de las cuales no son susceptibles de suspensión, afectación o limitación bajo ninguna circunstancia.

Entre los principios, derechos y garantías comunes se pueden mencionar los siguientes: principio de legalidad; principio de igualdad ante la ley y los tribunales de justicia; principio de publicidad procesal; derecho de acceso a la jurisdicción; derecho a un juez competente, independiente e imparcial, derecho a un juez natural predeterminado por la ley; derecho a la tutela judicial efectiva; derecho a un juicio justo; derecho a un trato humano; derecho a la celeridad judicial, y derecho a un recurso efectivo. Estos principios y garantías están reconocidos en pactos o convenios internacionales, pero también en importantes declaraciones y resoluciones internacionales sobre derechos humanos. Las garantías judiciales están garantizadas en diversos tratados de derechos humanos, es preciso citar los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹; en el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

1 **Artículo 8.-** Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 10.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Hombre²; el artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos³; en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos

- 2 Artículo XVIII. Toda persona puede acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

3 **Artículo 14**

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.
2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
 - b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
 - c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
 - d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
 - e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
 - f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
 - g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.
5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

Humanos⁴. El derecho internacional, ha contribuido al reconocimiento, positivación y afirmación del debido proceso.

El origen del término “debido proceso” se ubica históricamente en el derecho constitucional norteamericano, y en la jurisprudencia y cultura jurídica de los Estados Unidos.

Cuando comentemos esta garantía procesal de la debida motivación de las resoluciones, tomaremos en consideración lo determinado por el Tribunal Constitucional en algunas de sus importantes sentencias. Asimismo, como la Corte Interamericana de Derechos humanos ha abordado la protección de este derecho en algunas jurisprudencias relevantes, citaré las líneas jurisprudenciales más destacadas de este órgano supranacional,

-
7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

4 **Artículo 8. Garantías Judiciales**

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
 - c) Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

en especial haré énfasis a lo resuelto en la sentencia del caso Zegarra Marín vs. Perú.

II. EL DEBIDO PROCESO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Díaz (2007) explicó que: “El Estado constitucional del derecho se identifica por: El carácter vinculante de la Constitución Política, la supremacía o superioridad jerárquica de la Constitución en el sistema de fuentes del derecho, la eficacia y aplicación inmediata de la Constitución, la garantía jurisdiccional de la Constitución, su denso contenido normativo y la rigidez constitucional.” (p. 7)

Una de las características relevantes, en el Estado constitucional de derecho es que las personas puedan ejercer sus derechos y que el Estado garantice la protección, promoción y defensa de los mismos; dentro de esa línea, una de las garantías fundamentales del derecho al debido proceso establece que los operadores de justicia se encuentran obligados a advertir la exigencia de que las resoluciones sean motivadas, es decir, que las decisiones o fallos no puedan ser adoptadas de manera inconsistente e injustificada.

Es preciso señalar que el debido proceso, se encuentra expresamente reconocido en el artículo 139°, inciso 3 de la Constitución Política del Estado⁵ y allí se prescribe que son principios y derechos de la función jurisdiccional, la observancia al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. Según se indica, ninguna persona, puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. El derecho al debido proceso, constituye un principio y un derecho de la función jurisdiccional por el cual todo proceso debe iniciarse y concluirse con la necesaria observancia y respeto de todos los derechos que de él emanen.

5 **Artículo 139°.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

En el debido proceso se encuentran comprendidos una serie de garantías, que es necesario que se respeten en cada etapa de los procesos, pues los derechos y garantías procesales, que forman parte de los derechos fundamentales de las personas, comprenden: el derecho constitucional a la presunción de inocencia, el derecho al juez natural e imparcial, el derecho a la defensa de libre elección, a la no autoincriminación, a no ser juzgado sin dilaciones indebidas, el derecho a la impugnación de las resoluciones, a la motivación de las resoluciones judiciales, la pluralidad de instancias, el derecho a no ser penado sin proceso judicial, entre otros.

Pacheco y Sierra-Zamora (2020) explicaron:

“4. Si el estado de derecho está conculcado en el ámbito interno y no existen mecanismos constitucionales que coadyuven, la ciudadanía podrá utilizar el control de la convencionalidad en el caso de América Latina, a través de la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José como medio de restablecimiento.

5. Las violaciones a los Derechos Humanos o fundamentales, como es el debido proceso, deben ser denunciadas e incluso propiciar la activación de los mecanismos conducentes para su restablecimiento.” (p. 95).

En efecto, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce un amplio catálogo de principios, derechos y garantías propios del imputado, entre los que se mencionan los siguientes: el principio de presunción de inocencia; el principio de irretroactividad de la ley penal; el principio de la responsabilidad penal individual; el derecho a la defensa y a la asistencia letrada; el derecho a comunicarse con su defensor en forma confidencial y sin demora ni censura; el derecho a disponer del tiempo necesario y de los medios adecuados para su defensa; el derecho a ser informado de manera inmediata y comprensible de sus derechos, de los motivos de la detención y de la autoridad que la ordena; el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable; el derecho a no ser juzgado dos veces por la misma causa *-non bis in ídem-*; el derecho a no ser encarcelado por el incumplimiento de deudas o de obligaciones contractuales; el derecho a no ser obligado a declarar ni a confesarse culpable; el derecho a un intérprete

o traductor; el derecho de protección contra todo tipo de detención ilegal o arbitraria; el derecho al hábeas corpus; el derecho a que en el proceso penal se asegure que la libertad personal será reconocida y respetada como regla general y la prisión preventiva como la excepción, y el derecho a indemnización por error judicial.

De igual forma, se reconocen ciertos derechos de protección especial de los imputados, entre ellos: el derecho de protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho de protección contra la incomunicación; el derecho de protección contra las desapariciones forzadas o involuntarias, y el derecho de protección contra las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce en su artículo 8 que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, También señala en su artículo 25, que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

El debido proceso es un derecho fundamental contentivo de principios y garantías que son indispensables de observar en diversos procedimientos para que se obtenga una solución sustancialmente justa, requerida siempre dentro del marco del estado social, democrático y de derecho.

III. CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES.

El Tribunal Constitucional ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos:

- a. **Inexistencia de motivación o motivación aparente.** Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.
- b. **Falta de motivación interna del razonamiento.** La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso confuso incapaz de transmitir de modo coherente las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.
- c. **Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.** El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los *casos difíciles*, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o el Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por equis, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de equis en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrá

ser enjuiciada por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.

Hay que precisar, en este punto y en línea de principio, que el hábeas corpus no puede reemplazar la actuación del juez ordinario en la valoración de los medios de prueba, actividad que le corresponde de modo exclusivo a éste, sino de controlar el razonamiento o la carencia de argumentos constitucionales; bien para respaldar el valor probatorio que se le confiere a determinados hechos; bien tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable al caso. Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

- d. **La motivación insuficiente.** Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.
- e. **La motivación sustancialmente incongruente.** El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de

inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139º, *incisos* 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables ob tengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

- f. **Motivaciones cualificadas.** Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afecta un derecho fundamental como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal. (STC Exp. N°0896-2009-PHC, fundamento 7).

El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, se ve afectado cuando se vulneran estos supuestos. En ese sentido, el Tribunal Constitucional indica que: “(...) el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión.” (STC 04348-2005-PA/TC, fundamento 2).

Al respecto, lo importante es la suficiente justificación, como se señala, y no interesa si la misma no es extensa, es decir que no se requiere una extensa argumentación, si la motivación es coherente, precisa, clara, que no lleva a confusión. Al respecto, Gascón Abellán (2005) manifiesta que: "...la exigencia de motivación exhaustiva no puede confundirse (ni por tanto entenderse cumplida) con una motivación simplemente profusa. No se trata de auspiciar motivaciones extensas, prolijas, interminables. Es más, algunas motivaciones extensas, pero repletas de malabarismos argumentativos y vericuetos dialécticos, no sólo resultan poco comprensibles y (al menos en este sentido) poco racionales, sino que además pueden ser una pantalla que encubra alguna arbitrariedad. De lo que se trata es, más bien, de adoptar un estilo de motivación que huya de los argumentos *ad pompan* o *ad abundantiam* y que se ciña a los elementos precisos para hacer racionalmente justificada y controlable la decisión. Como afirma TARUFFO, "la justificación que sigue rigurosos cánones de racionalidad es más completa, pero también más simple y lineal (...)".

IV. UNA SINOPSIS A LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO A LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES

El Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que: "uno de los contenidos esenciales del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos, lo que es acorde con el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución⁶. La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las

6 **Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:**
(...)

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

leyes (artículos 45° y 138° de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa.” (STC Exp. N°04729-2007-HC, fundamento 2).

En efecto, las decisiones judiciales deben ser debidamente fundamentadas, conforme se señala en el inciso 5) del artículo 139 de la vigente Constitución y cuya esencia se dirige a garantizar que los jueces expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a adoptar una decisión respecto a una controversia o disputa, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con respeto a la ley. Debe señalarse que la debida motivación coadyuva a facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de las personas cuyos derechos o intereses dependen de lo que se resuelva sobre ellos en los tribunales de justicia.

Es preciso indicar que el Tribunal Constitucional, en la demanda de hábeas corpus a favor del menor A.B.T⁷, señaló que “los fundamentos de la motivación deben proceder no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.” (STC Exp. N° 0896-2009-PHC, fundamento 6). En definitiva, el Tribunal Constitucional hace énfasis en que debe existir una relación en los argumentos esgrimidos por el juez o jueza con los hechos del caso, no puede haber una separación o ruptura con las circunstancias o hechos relativos al asunto de cuestión; asimismo, no se puede realizar una nueva evaluación o análisis de los medios probatorios sino circunscribirse la autoridad judicial a comprobar o confrontar los argumentos exhibidos,

7 Con fecha 31 de julio de 2008, interpusieron demanda de hábeas corpus a favor del menor A.B.T., en contra de los Vocales de la Primera Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, con el objeto de que se deje sin efecto la resolución de fecha 9 de mayo de 2008 (Expediente 414-2008), la cual se impedía la salida del país al menor. Cabe señalar que mediante Resolución N.º 24, del 27 de marzo de 2006, se había dispuesto ordenar el impedimento de salida del menor A.B.T., lo que motivó que su madre solicitara el levantamiento de la medida, lo cual fue concedido por Resolución N.º 33, del 24 de octubre de 2007, resolución que al ser apelada, dio lugar a la resolución que se impugnó en autos. Asimismo, señala que la resolución impugnada, no invoca ninguna norma legal, lo que afecta la garantía relativa a la motivación de las resoluciones judiciales contenida en el artículo 139°, inciso 5), de la Constitución Política.

y determinar si en efecto se está ante una resolución investida de un juicio racional y objetivo y que a la vez nos lleve a determinar que estamos frente a un juez o jueza independiente e imparcial.

Asimismo, el supremo intérprete de la Constitución, ha establecido que: “(...) este derecho implica que cualquier decisión judicial cuente con un razonamiento (elementos y razones de juicio) que no sea aparente⁸, defectuoso o irrazonable⁹, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican (STC 06712-2005-PHC/TC, fundamento 10). De este modo, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales encuentra su fundamento en la necesidad de que las partes conozcan el proceso lógico-jurídico (*ratio decidendi*) que conduce a la decisión, y de controlar la aplicación del derecho realizada por los órganos judiciales, pues ésta no puede ser arbitraria, defectuosa, irrazonada o inexistente.” (STC Exp. 04302-2012-PA/TC, fundamento 5). Por ello el Tribunal Constitucional ha señalado que: “(...) uno de los contenidos del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales es la fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas, es decir, los elementos y razones de juicio que permitan conocer a las partes cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión.” (STC Exp. N°00169-2021-PA/TC, fundamento 8).

Cabe precisar que el deber de motivación de las resoluciones judiciales es de alta relevancia cuando se trate de resoluciones que restrinjan derechos fundamentales, este es el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. N° 0728-2008-PHC/TC), caso Llamoya Hilaes.

8 La motivación aparente es un vicio que acarrea la nulidad procesal y se configura cuando la sentencia no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico. lo que no ha ocurrido en el presente caso. (Decisión de Corte Suprema de Justicia - Sala Civil Permanente de 18/07/2019 (Expediente: 005502-2017))

9 La sentencia que no cumple con expresar las razones que sustentan las conclusiones y sin una adecuada ponderación de los elementos de convicción que justifiquen la decisión, adolece de motivación defectuosa que a su vez afecta el debido proceso, que amerita su nulidad. (Decisión de Corte Suprema de Justicia - Sala Civil Transitoria de 16/07/2018 (Expediente: 001524-2017))

Con fecha 3 de agosto de 2007, la defensa de Giuliana Llamoya Hilares, interpuso demanda de hábeas corpus, con el objeto de que se declare la nulidad de la sentencia condenatoria de fecha 26 de julio de 2006 y su confirmatoria mediante ejecutoria suprema de fecha 22 de enero de 2007, y con la finalidad que se expida una nueva resolución y se ordene su inmediata libertad. Se alegó la vulneración de su derecho constitucional a la tutela procesal efectiva que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso, específicamente señaló la vulneración de los derechos a la defensa y a la debida motivación de las resoluciones judiciales, así como los principios de presunción de inocencia e *indubio pro reo*, relacionados con la libertad individual. Es preciso indicar que la Constitución Política establece en su artículo 200°, inciso 1, que el hábeas corpus procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos conexos a ella. A su vez, el Código Procesal Constitucional establece en su artículo 9°¹⁰, segundo párrafo, que el hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva. (Código Procesal Constitucional, 2021)

407

Cabe precisar que este caso está relacionado a la muerte de la señora María del Carmen Martínez, acontecido el 05 de marzo de 2005, en el contexto de una pugna con su hija Giuliana Llamoya Hilares, en la que ambas se atacaron con arma blanca (cuchillo).

Conforme a los antecedentes señalados en la sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. N°00728-2008-PHC/TC/LIMA), el 26 de julio de 2006, la Tercera Sala Penal con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia, declaró la sentencia condenatoria contra Giuliana Flor de María Llamoya Hilares, en el proceso penal que se le siguió por el delito de parricidio. Como se ha señalado, esta sentencia condenatoria fue confirmada mediante Resolución del 22 de enero de 2007 expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Superior de Justicia de la República; y el 03 de agosto de 2007, Giuliana Flor de María Llamoya Hilares, interpuso el hábeas corpus, antes citado.

10 Relativo a “Procedencia respecto de resoluciones judiciales”.

Es preciso mencionar que el Décimo Tercer Juzgado Penal de Lima, declaró improcedente la demanda de habeas corpus porque, menciona, se actuó conforme a ley, con las garantías del debido proceso, derecho a la defensa y pluralidad de instancias, e indica que no se puede pretender hacer de esta vía una instancia más del proceso penal (Ninalaya, F.J. (2021) página 10). Asimismo, La Primera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirmó la improcedencia de habeas corpus interpuesto por Giuliana Flor de María Llamoya Hilares, por similares fundamentos. Finalmente, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia relativa al Exp. N°00728-2008-PHC/TC del 13 de octubre de 2008, declaró FUNDADA en parte la demanda de hábeas corpus, NULA la ejecutoria suprema expedida por la Primera Sala Transitoria Penal de la Corte Suprema de Justicia, debiendo emitir nueva resolución y declaró IMPROCEDENTE la excarcelación de Giuliana Llamoya Hilares.

Cabe precisar que la sentencia del Tribunal Constitucional, materia del presente análisis¹¹, ha señalado lo siguiente:

408

“(…) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos”. (STC Exp. N° 0728-2008-PHC/TC, 2do párrafo del fundamento 6).

“El derecho a la de da motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y

11 Exp. N° 00728-2008-PHC/TC.

garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan de caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.” (STC Exp. N°0728-2008-PHC/TC, fundamento 7).

A partir de lo señalado por el Tribunal Constitucional, resulta relevante aplicar apropiadamente los estándares constitucionales sobre la debida motivación ya que ello contribuirá a eliminar la arbitrariedad cometida al expedir una resolución inmotivada. Como hemos señalado, el derecho a la debida motivación de las resoluciones implica que las juezas y jueces expresen las razones o justificaciones objetivas en sus decisiones, las cuales deben darse conforme a lo establecido en la Constitución y en las leyes vigentes, así como de la conexión con los hechos del caso.

El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial, y es que una resolución debidamente argumentada, motivada va a garantizar que las mismas contengan información objetiva como consecuencia de la aplicación de la norma constitucional, legislación, jurisprudencia aplicados al contexto del caso ya que los argumentos deben estar relacionados a los hechos y a la valoración de las pruebas que permitan alcanzar justicia. En efecto, el derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la situación jurídica de las personas. Toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, inconstitucional. (STC Exp. N°05601-2006-PA/TC, fundamento 3).

El dictado de una sentencia condenatoria *per se* no vulnera derechos fundamentales, pero sí lo hace cuando dicha facultad se ejerce de manera arbitraria, es decir, cuando no se motivan debidamente las decisiones adoptadas y/o no se observan los procedimientos constitucionales y legales establecidos. La arbitrariedad en tanto es irrazonable implica inconstitucionalidad. Toda sentencia que esté más próxima a la voluntad que a la

justicia o a la razón, será obviamente una sentencia arbitraria, injusta y, por lo tanto, inconstitucional. (STC Exp. N° 0728-2008-PHC/TC, 1er párrafo del fundamento 8). En ese sentido, la falta de arbitrariedad puede considerarse como la consecuencia de un proceso celebrado en el pleno respeto de la Constitución Política y legislación vigente. Por tanto, toda sentencia que se aparte de la aplicación del derecho, que sus conclusiones sean ajenas a la lógica, será obviamente una sentencia arbitraria e injusta y, por lo tanto, inconstitucional. (STC Exp. N°03864-2014-PA/TC, fundamento 32).

V. LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES ESTABLECIDAS POR LA CORTE IDH

La Corte IDH considera que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas; asimismo, la Corte señala que el debido proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier [...] acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

Las garantías judiciales mínimas, que protegen el debido proceso legal y aseguran el acceso a la justicia de las personas, deben de ser respetadas por los Estados independientemente de su derecho interno y de la tradición jurídica que prive en ellos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la motivación “(...) es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión” (Apitez Barbera y otros vs. Venezuela, 2008, párrafo 77). El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.

El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido

debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso.” (Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, 2008, párrafo 78).

El Tribunal considera que: “(...) la facultad de dejar sin efecto el nombramiento de jueces con base en “observaciones” debe encontrarse mínimamente justificada y regulada, por lo menos en cuanto a la precisión de los hechos que sustentan dichas observaciones y a que la motivación respectiva no sea de naturaleza disciplinaria o sancionatoria. Debido a que si efectivamente se tratase de una sanción disciplinaria, además de que ello implicaría la competencia de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración, la exigencia de motivación sería aún mayor, ya que el control disciplinario tiene como objeto valorar la conducta, idoneidad y desempeño del juez como funcionario público y, por ende, correspondería analizar la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción. En el ámbito disciplinario es imprescindible la indicación precisa de aquello que constituye una falta y el desarrollo de argumentos que permitan concluir que las observaciones tienen la suficiente entidad para justificar que un juez no permanezca en el cargo. (...)” (Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, 2011, párrafo 120).

Conforme a lo determinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tratándose de sanciones disciplinarias la exigencia de motivación es mayor que la de cualquier acto administrativo, debido al objeto de un control disciplinario y, por ende, correspondería analizar la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción. En el ámbito disciplinario es imprescindible la indicación precisa de aquello que constituye una falta y el desarrollo de argumentos que permitan concluir que las conductas reprochadas tienen la suficiente entidad para justificar que la persona no permanezca en el cargo. De otra parte, al tratarse de supuestas faltas disciplinarias las razones por las cuales se infringe la norma o normas en cuestión debe reflejarse de manera expresa, precisa, clara y sin ambigüedades, de forma tal que permita a la persona ejercer plenamente su derecho a la defensa, al momento de recurrir dicha decisión. Este Tribunal

resalta que la carencia de una adecuada motivación de las decisiones disciplinarias puede tener un efecto directo en la capacidad de las víctimas de ejercer una defensa adecuada en los recursos posteriores. (Caso Flor Freire Vs. Ecuador, 2016, párrafos 184 y 185).

Finalmente con relación al derecho a una resolución motivada, la Corte Interamericana subraya la relevancia de la motivación, a fin de garantizar el Principio de Presunción de Inocencia, principalmente en una sentencia condenatoria, la cual debe expresar la suficiencia de prueba de cargo para confirmar la hipótesis acusatoria; la observancia de las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba, incluidas aquellas que pudieran generar duda de la responsabilidad penal; y el juicio final que se deriva de esta valoración.

En su caso, debe reflejar las razones por las que fue posible obtener convicción sobre la imputación y la responsabilidad penal, así como la apreciación de las pruebas para desvirtuar cualquier hipótesis de inocencia, y solo así poder confirmar o refutar la hipótesis acusatoria. Lo anterior, permitiría desvirtuar la presunción de inocencia y determinar la responsabilidad penal más allá de toda duda razonable. Asimismo, la Corte ha resaltado la necesidad de que “el fallo de condena proporcione una fundamentación clara, completa y lógica en la cual, además de realizar una descripción del contenido de los medios de prueba, exponga su apreciación de los mismos y se indiquen las razones por las cuales los mismos le resultaron, o no, confiables e idóneos para acreditar los elementos de la responsabilidad penal y, por lo tanto, desvirtuar la presunción de inocencia” (caso Zegarra Marín, 2017, párrafo 48).

VI. CONCLUSIONES

- Dentro de un Estado constitucional de derecho, el debido proceso se rige por una serie de principios y garantías básicas que aseguran la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales que están en juego en los procesos judiciales y, en definitiva, garantizan un juicio justo a las partes.
- El contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la motivación de resoluciones queda delimitado a los siguientes supuestos: a) Inexistencia de motivación o motivación aparente, b) Falta de motivación

interna del razonamiento, c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, d) La motivación insuficiente, e) La motivación sustancialmente incongruente, f) Motivaciones cualificadas.

- Las decisiones judiciales deben ser debidamente fundamentadas, conforme se señala en el inciso 5) del artículo 139 de la vigente Constitución y cuya esencia se dirige a garantizar que los jueces expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a adoptar una decisión respecto a una controversia o disputa, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con respeto a la ley.
- Conforme a la doctrina, algunas motivaciones extensas, pero repletas de malabarismos argumentativos y vericuetos dialécticos, no sólo resultan poco comprensibles y poco racionales, sino que además pueden ser una pantalla que encubra alguna arbitrariedad.
- El Tribunal Constitucional hace énfasis en que debe existir una relación en los argumentos esgrimidos por el juez o jueza con los hechos del caso, no puede haber una separación o ruptura con las circunstancias o hechos relativos al asunto de cuestión; asimismo, no se puede realizar una nueva evaluación o análisis de los medios probatorios sino circunscribirse la autoridad judicial a comprobar o confrontar los argumentos exhibidos, y determinar si en efecto se está ante una resolución investida de un juicio racional y objetivo y que a la vez nos lleve a determinar que estamos frente a un juez o jueza independiente e imparcial.
- Según lo señala el Tribunal Constitucional, el derecho a la motivación de resoluciones, implica que cualquier decisión judicial cuente con un razonamiento (elementos y razones de juicio) que no sea aparente, defectuoso o irrazonable, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican.
- Señala el Tribunal Constitucional que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales encuentra su fundamento en la necesidad de que las partes conozcan el proceso lógico-jurídico (*ratio decidendi*) que conduce a la decisión, y de controlar la aplicación del derecho realizada por los órganos judiciales, pues ésta no puede ser arbitraria, defectuosa, irrazonada o inexistente.

- El Tribunal Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan de caso.
- Señala la Corte IDH que el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.
- Indica la Corte IDH que la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores.
- Conforme a lo determinado por la Corte IDH, tratándose de sanciones disciplinarias la exigencia de motivación es mayor que la de cualquier acto administrativo, debido al objeto de un control disciplinario y, por ende, correspondería analizar la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción.
- La Corte IDH subraya la relevancia de la motivación, a fin de garantizar el Principio de Presunción de Inocencia, principalmente en una sentencia condenatoria, la cual debe expresar la suficiencia de prueba de cargo para confirmar la hipótesis acusatoria; la observancia de las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba, incluidas aquellas que pudieran generar duda de la responsabilidad penal; y el juicio final que se deriva de esta valoración.
- Señala la Corte IDH que el fallo de condena debe proporcionar una fundamentación clara, completa y lógica en la cual, además de realizar una descripción del contenido de los medios de prueba, exponga su apreciación de los mismos y se indiquen las razones por las cuales los mismos le resultaron, o no, confiables e idóneos para acreditar los elementos de la responsabilidad penal y, por lo tanto, desvirtuar la presunción de inocencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Ezquiaga, F.C. (2011). *Argumentación e Interpretación. La motivación de las decisiones judiciales en el Derecho peruano*. Lima: Editora Jurídica Grijley. Recuperada en https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3316_lectura_3_la_motivacion_de_las_decisiones_judiciales_ezquiaga_2012.pdf
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, recaída en el Expediente N° 04729-2007-HC/CUSCO, Silvia Huarca Vara, 27 de noviembre de 2007. Recuperada en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04729-2007-HC.pdf>
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, recaída en el Expediente N° 0896-2009-PHC/TC/LIMA, A.B.T., 24 de mayo de 2010. Recuperada en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00896-2009-HC.html>
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, recaída en el Expediente N° 04302-2012-PA/TC/LAMBAYEQUE, Gilberto Rioja Díaz, 04 de marzo de 2013. Recuperada en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/04302-2012-AA.html>
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, recaída en el Expediente N° 04348-2005-PA/TC/LIMA, Luis Gómez Macahuachi, 21 de julio de 2005. Recuperada en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04348-2005-AA.pdf>
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, recaída en el Expediente N°00169-2021-PA/TC/LIMA NORTE, Logística y Transporte ALFA S.A., 18 de mayo de 2021. Recuperada en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00169-2021-AA.pdf>
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, recaída en el Expediente N°00728-2008-PHC/TC, Giuliana Flor de María Llamoya Hilares, 13 de octubre de 2008. Recuperada en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.pdf>
- Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J. (2005). *La argumentación en el derecho*, 2da. Edición corregida, Palestra.

Díaz Palacios, J. (2007-2009). *El Estado Constitucional de Derecho en el Marco de la Descentralización en los Países Andinos*. Oficina Regional Países Andinos, p. 7. Recuperada en https://www.bivica.org/files/descentralizacion_paises_andinos.pdf

Pacheco, H.D. y Sierra-Zamora P.A. (2020). El Estado de Derecho y las violaciones al debido proceso en el juzgamiento de delitos políticos en Venezuela. *Este capítulo forma parte de los resultados del proyecto de investigación “Perspectivas en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario para el Ejército Nacional de Colombia”, del grupo de investigación en Aviación Militar de la Escuela de Aviación del Ejército*, p. 95. Recuperada en <https://librosesmic.com/index.php/editorial/catalog/view/57/54/1387-1>

Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182. Párrafos 77 y 78. Recuperada en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf

Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párrafo 120. Recuperada en https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf

Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párrafos 184 y 185. Recuperada en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf

Corte IDH. Caso Zegarra Marín Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C N° 331, párrafo 148. <https://aidef.org/wp-content/uploads/2016/07/CASO-ZEGARRA-MARIN-VS.-PERU-SENTENCIA-FINAL-DE-15-02-2017.compressed.pdf>

Derecho a la protesta: un derecho olvidado

The right to protest: a forgotten right

 VANIA Y. CHICOMA SANTOS* / ROSYT SAUCEDO AGUILAR**

Resumen

El marco conceptual en el que se desarrolla este artículo es el jurídico social. Respecto a lo jurídico, abordamos desde la doctrina, la legislación nacional y supranacional, hasta el derecho comparado. En la vertiente social, analizamos la actuación de las fuerzas del orden durante las protestas más relevantes en Perú hasta las acaecidas durante el estado de emergencia sanitaria, así como las protestas desplegadas en América Latina y Europa. Los objetivos de este artículo son, confrontar la realidad con la normativa imperante sobre la protección al derecho a la protesta, y de esta forma, visibilizar el abuso de poder ejercido por las fuerzas del orden de un Estado que se rehúsa a cumplir sus normas, y que, además emite leyes que atentan contra los derechos humanos. Finalmente, denunciaremos la desprotección al derecho a la protesta, la vulneración a los derechos humanos en nuestro país y resaltamos la preocupante tendencia del Estado en la forma de represión de las manifestaciones, cuyas consecuencias, aunque trágicas, no parecen ser limitantes para su actuar

417

Palabras clave

Derecho a la protesta, Estado Constitucional, protestas sociales, estado de excepción, derechos sociales.

* Abogada.

** Abogada.

Abstract

The conceptual framework in which this article is written is the social and legal one. With respect to the legal aspect, we address everything from doctrine, national and supranational legislation, to comparative law. On the social side, we analyze the performance of law enforcement the actions of the forces of law and order during the most relevant protests in Peru, up to those during the state of during the state of health emergency, as well as protests in Latin America and Europe.in Latin America and Europe. The aims of this article are to confront reality with the prevailing norms on the protection of the right to health. protection of the right to protest, and in this way, to make visible the abuse of power exercised by the forces the abuse of power exercised by the forces of the order of a State that refuses to comply with its norms, and that and that, in addition, issues laws that violate human rights. rights. Finally, we denounce the lack of protection for the right to protest, the violation of human rights in our country and the human rights violations in our country and we highlight the worrying tendency of the State to repress the State's tendency to repress demonstrations, the consequences of which, although tragic, are not consequences, although tragic, do not seem to be limiting for its actions.

418

Keywords

Right to protest, Constitutional State, social protests, state of emergency, social rights.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. APROXIMACIÓN A UNA DEFINICIÓN DEL DERECHO A LA PROTESTA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO Y MARCO JURÍDICO APLICABLE. III. EL CRITERIO DE PROPORCIONALIDAD, CRITERIO DE ÚLTIMA RATIO DEL USO DE LA FUERZA Y ABUSO DE PODER. IV. EJERCICIO DEL DERECHO A LA PROTESTA DURANTE EL ESTADO DE EMERGENCIA. UNA CRÍTICA AL ESTADO PERUANO. V. CONTEXTO PERUANO DE LAS PROTESTAS SUCEDIDAS ENTRE EL 2020 AL 2023. VI. LA PRECARIEDAD DE LOS DERECHOS EN EL ESTADO DE EMERGENCIA Y EL AUGE DE LA MARGINACIÓN. VII. ABUSO DE LA DECLARATORIA DE ESTADO DE EXCEPCIÓN. VIII. AMÉRICA LATINA Y EUROPA. UN TRATAMIENTO DIFERENCIADO EN LAS PROTESTAS SOCIALES.

I. INTRODUCCIÓN

En esta década hemos sido testigos de una serie de protestas, las cuales fueron reprimidas por las fuerzas del orden sin ningún criterio de proporcionalidad del uso de la fuerza, como lo sucedido el último 8 de marzo en conmemoración de la lucha por los derechos de la mujer, en la cual, diferentes colectivos se manifestaron desplazándose con dirección al Ministerio de la Mujer y el Ministerio de Justicia, lugar en el que la Policía Nacional del Perú (PNP) respondió injustificadamente con gases lacrimógenos frente a una manifestación pacífica. De esta manera, al ver a la población siendo vulnerada en su derecho a la protesta, decidimos abordar esta problemática por ser de relevancia nacional y de derechos humanos.

El marco conceptual en el que se desarrolla este artículo es el jurídico social.

Respecto a lo jurídico, abordamos desde la doctrina, la legislación nacional y supranacional, hasta el derecho comparado. En la vertiente social, analizamos la actuación de las fuerzas del orden durante las protestas más relevantes en Perú hasta las acaecidas durante el estado de emergencia sanitaria, así como las protestas desplegadas en América Latina y Europa.

Los objetivos de este artículo son, confrontar la realidad con la normativa imperante sobre la protección al derecho a la protesta, y de esta forma, visibilizar el abuso de poder ejercido por las fuerzas del orden de un Estado que se rehúsa a cumplir sus normas, y que, además emite leyes que atentan contra los derechos humanos.

Finalmente, denunciaremos la desprotección al derecho a la protesta, la vulneración a los derechos humanos en nuestro país y resaltamos la preocupantetendencia del Estado en la forma de represión de las manifestaciones, cuyas consecuencias, aunque trágicas, no parecen ser limitantes para su actuar.

II. APROXIMACIÓN A UNA DEFINICIÓN DEL DERECHO A LA PROTESTA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO Y MARCO JURÍDICO APLICABLE

La protesta es un fenómeno social que en América Latina ha sido foco de criminalización y represiones mediáticas y estatales, ello se debe en parte a que no se encuentra positivizado en las legislaciones nacionales, además, en la mayoría de casos, el agente sobre el que recae la crítica y reclamos es el mismo Estado, es decir, el titular de la fuerza. En ese sentido, es importante delimitar un marco jurídico que garantice el derecho a la protesta, no sin antes hacer mención a la doctrina que puedan ayudar a su conceptualización.

La doctrina contemporánea respaldada por -entre otros- el argentino Gargarella (2007, como se citó en Bassa, 2019, p. 107) quien sostiene lo siguiente: “la protesta social puede vincularse a nociones politológicas de larga data, como la idea de *resistencia a la autoridad* presente en las primeras meditaciones del derecho natural sobre el ejercicio del poder político.” Con lo manifestado por Gargarella entendemos que serían correctas las conductas de desobediencia y resistencia frente a la autoridad injusta y dictatorial.

En el caso peruano, la ubicación normativa del derecho a la protesta tratamos desituarla principalmente en la Constitución Política que regula, no solo en su artículo 2°, los derechos constitucionales como cuerpo jurídico fundamental; sin embargo, no encontramos regulado explícitamente el derecho a la protesta, sino otros derechos relacionados y fundamentales para su ejercicio. No obstante, lo mencionado, es importante precisar que, la Defensoría del Pueblo se ha pronunciado en el sentido de calificar a la protesta como un Derecho Humano que se configura a partir del ejercicio de otros derechos expresamente reconocidos por la Constitución.

Ahora bien, en virtud a la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, recurrimos a los instrumentos internacionales, hallando como base el inciso 1 del artículo 20° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los artículos 19°, 21° y 22° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, los artículos 13°, 15° y 16° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CIDH), los cuales reconocen la libertad de

expresión, reunión y de asociación pacíficas, derechos que son replicado en los numerales 12 y 13 del artículo 2° de nuestra Constitución. Como advertimos, estos instrumentos internacionales no mencionan ni regulan el derecho a la protesta sino los derechos relacionados a esta, cuyo ejercicio configuraría el derecho a la protesta; no obstante, es importante subrayar que:

Los derechos a la libertad de expresión, reunión pacífica y asociación garantizan y protegen diversas formas –individuales y colectivas– de expresar públicamente opiniones, disenso, demandar el cumplimiento de derechos sociales, culturales y ambientales y afirmar la identidad de grupos históricamente discriminados. La protesta también juega un papel central en la defensa de la democracia y los derechos humanos. De acuerdo a los instrumentos del sistema interamericano, el ejercicio conjunto de estos derechos fundamentales hace posible el libre juego democrático. (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión [RELE], 2019, p.1)

En ese sentido, el corpus iuris del derecho a la protesta lo conforman: el informe del año 2019 titulado Protesta y Derechos Humanos de la RELE, los instrumentos internacionales citados líneas arriba y los incisos 12 y 13 del artículo 2° de nuestra constitución. Con ello podemos aproximarnos a una definición del derecho a la protesta en el siguiente sentido:

421

Derecho de todo ciudadano a manifestar, individual o colectivamente, su desacuerdo, disconformidad o malestar respecto de acciones o repercusiones políticas o, contra agentes apolíticos como “empresas privadas, organismos internacionales, universidades” (Barrera & Hoyos, 2020, p. 174). Para su ejercicio es indispensable que el Estado garantice el derecho a la libertad de expresión, reunión y asociación pacíficas, independientemente si su reclamo obedezca o no a fines correctos o justos.

Ya teniendo una aproximación al derecho a la protesta, nos formulamos las siguientes preguntas: ¿Cuál es el actuar del Estado frente al ejercicio del derecho a la protesta? ¿Garantiza su ejercicio? ¿Cumple el criterio de proporcionalidad? ¿Cumple el criterio de última ratio? ¿Cómo actúa en un estado de emergencia sanitaria? Todas estas preguntas se intentarán responder en las siguientes líneas.

¿El Estado Garantiza el Ejercicio del Derecho a la Protesta?

Para responder tenemos que remitirnos en primer lugar, al artículo 1° de la Convención Americana, la cual establece la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en el pacto. Esta obligación implica:

El deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1988, p. 35).

A la vez, el artículo 2° exige que los Estados adopten las siguientes medidas:

- i) La supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y
- ii) La expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (Corte IDH, Caso La Cantuta Vs. Perú, 2006, p. 172)

En ese sentido, el Estado debe suprimir normas y prácticas que vulneren garantías, y debe expedir normas y desarrollar prácticas que garanticen el pleno ejercicio de los derechos, partiendo de esa línea de ideas, es válido preguntarnos ¿Qué ha hecho nuestro país para suprimir normas que violen garantías?

En marzo del 2020 se publicó la Ley 31012, Ley que deroga el principio de proporcionalidad en el uso de la fuerza [permitiendo el uso de la fuerza] de manera indiscriminada por parte de la Policía Nacional en contextos de protesta. De igual forma, exculpa de responsabilidad penal a los policías y militares que, usando sus armas u otro medio de defensa, en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte. (Ley n.º 31012, 2020). Norma conocida como “Ley del gatillo fácil”.

Podemos ver que, el mandato convencional es suprimir normas que violen garantías, sin embargo, observamos a un Estado que no busca eliminar normas que lesionan derechos, sino que las promueve y las hace letra viva en cada protesta.

En ese contexto, gracias al Colegio de Abogados de Puno, con el apoyo de diferentes organizaciones de derechos humanos del país, se logró presentar la demanda de inconstitucionalidad contra la “Ley del gatillo fácil”, la cual, actualmente se encuentra admitida y esperamos un rápido y contundente pronunciamiento del Tribunal Constitucional, ya que, coincidimos con el Instituto de Defensa Legal (IDL, 2023) al decir que la mencionada ley “promueve el uso arbitrario de la fuerza por parte de la Policía contra la población. De hecho, parte de la población que ahora se encuentra manifestando sus demandas y siendo reprimida por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.” (párr. 3).

En ese sentido, el pueblo no solo tiene que ver a un Estado indolente al emitir normas en contra de su protección, sino que, además sufre la no supresión de sus prácticas que violan las garantías previstas en la CADH. Vamos un poco atrás, quizá antes de la “Ley del gatillo fácil” si se suprimía las normas sin el costo de la represión.

423

En 2009 más de 2000 indígenas wampis y awajún se reunieron en la zona de la Cordillera del Cóndor (‘Curva del Diablo’) en protesta por dos decretos legislativos promulgados por el Gobierno de Alan García Pérez y elaborados en el contexto de la firma del Tratado de Libre Comercio con EE.UU. Explica al respecto, el abogado de IDL, Juan José Quispe en una nota periodística:

El primero decretaba que solo la mitad de la población de una comunidad nativa podía decidir si se podía vender o no el territorio comunal a terceros como una empresa privada, cuando en un comienzo debía decidirlo toda la comunidad. El otro decreto legislativo decía que podía haber una inversión extractiva (petrolero o minera) solo con la decisión del Estado, sin consultar a la población nativa o campesina. (López, 2016, párr. 3)

Ante esta protesta se reprimió ejerciendo la fuerza de tal forma que murieron 23 civiles y 10 policías, protesta conocida como “El Baguazo”.

Así recordamos una vez más que, el Estado emite normas que no protegen los derechos de su población, sino que, además, ante la protesta se muestra indolente y enemigo de su propio pueblo.

Por lo cual, es imperativo regresar al deber ser, y ver que el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en concordancia con la CADH, ha exhortado a los Estados “a promover un entorno seguro y propicio para que los individuos y los grupos puedan ejercer sus derechos a la libertad de reunión pacífica, de expresión y de asociación”. (Consejo de Derechos Humanos, 2013, párr. 50).

¿Y, cómo el Estado promueve un entorno seguro y propicio para el ejercicio del derecho a la protesta? Para responder a esta pregunta, es necesario recurrir a uno de los órganos supranacionales, el cual indica que:

Las instituciones competentes del Estado tienen el deber de diseñar planes y procedimientos operativos adecuados para facilitar el ejercicio del derecho de reunión. *Esto involucra desde el reordenamiento del tránsito de peatones y vehículos en determinada zona, hasta el acompañamiento a las personas que participan en la reunión o manifestación, para garantizarles su seguridad y facilitar la realización de las actividades que motivan la convocatoria.* [énfasis añadido]. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2009, párr. 193)

De esta manera, nos arriesgamos a ensayar que, una buena práctica sería que la policía guarde una distancia de metro y medio con los manifestantes, que se les brinde las facilidades para la libre distribución de alimentos y otros suministros básicos, así como que se les brinde baños públicos y agua potable. Además, en el marco de las protestas, debemos tener presente lo siguiente:

Sea cual sea el formato adoptado por quienes ejercen este derecho, *la actuación policial debe tener como objetivo principal la facilitación y no la contención o la confrontación con los manifestantes.* [énfasis añadido] De allí que los operativos policiales organizados en el contexto de protestas deban orientarse, como regla general, a la garantía del ejercicio de este derecho y a la protección de los manifestantes y de los terceros presentes. (CIDH, 2015, p. 552)

De esta manera la CIDH destaca la obligación de una fuerza policial como facilitadora del ejercicio del derecho a la protesta, y un ejemplo de ello, fue cuando los policías de diferentes ciudades de EE.UU. se arrodillaron frente a los manifestantes, como un signo de paz, porque los protestantes reclamaban justicia tras un episodio de violencia policial y racismo que acabó con la vida de George Floyd tras su detención y, además, como una muestra de solidaridad con el movimiento “*Black lives matter*” (las vidas de los negros importan, en español). (FRANCE 24 Español, 2020). Aunque muchos indicaron que resulta insuficiente el gesto, consideramos que es un punto de partida, la reflexión desde la propia institución que lleve a sus integrantes a repensar y mejorar sus intervenciones garantizando la protección a los derechos humanos.

Respecto de las garantías del Estado según la RELE (2019) nos indica que:

“Estas acciones *deben incluir* medidas para facilitar el momento de desconcentración de los manifestantes, *las previsiones para evitar accidentes o medidas para asistir a personas accidentadas o con problemas de salud en el contexto de una manifestación* [énfasis añadido]” (párr. 97).

425

Y en este punto nos resulta imperativo, indicar que la presencia de ambulancias y la obligación de permitir su tránsito para la atención de la persona (protestante o no), así como, la disponibilidad de personal adicional en hospitales más cercanos a la acción de la protesta, es elemental, ya que, en concordancia con lo estipulado en el Manual de Derechos Humanos aplicado a la Función Policial, dentro de sus obligaciones está “Procurar asistencia a las personas que resulten lesionadas y evacuar a los heridos a los centros de atención médica más próximos, además de garantizar la existencia de corredores humanitarios y el acceso de socorristas.” (Ministerio del interior, 2018, p. 79).

En esa línea de ideas, el Estado en su calidad de garante, debe de anticiparse a los cambios que trae una manifestación en la zona donde esta se desarrolla, y debe de estar preparado para afrontar cualquier eventualidad. Asimismo, es propicia la oportunidad para hacer hincapié que el deber es del Estado, ya que, diversos medios de comunicación pusieron

énfasis en la muerte de bebés durante las protestas por el régimen de la señora Boluarte¹ y responsabilizaron a los protestantes, así como también les responsabilizaron de las pérdidas económicas, sin embargo, se olvidan que, es el Estado inoperante quien lo causa.

Por ello nos resulta imprescindible recordar lo indicado por la CIDH (2015)

“Cuando una manifestación o protesta conduce a situaciones de violencia debe entenderse que el Estado no fue capaz de garantizar el ejercicio de este derecho Respecto a los diversos medios de comunicación nacionales e internacionales que han seguido como línea periodística el de responsabilizar a los manifestantes por los fallecimientos, podemos citar los siguientes portales nacionales: RPP y El Comercio; y, portales internacionales: The Objective.[énfasis añadido]”. (párr. 68). En esa misma línea se hace hincapié a la siguiente afirmación:

426

Corresponde al Poder Ejecutivo garantizar el ejercicio del derecho a la movilización pacífica en todo el país. En tal sentido, es imprescindible que se ordene a las fuerzas policiales garantizar su desarrollo, respetando estrictamente los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad en el uso de la fuerza, si ello fuera necesario. (Defensoría del Pueblo, 2022, párr. 3).

Si bien es cierto a la fecha en el Perú y a nivel internacional, la Corte IDH nunca ha condenado a ningún Estado por violación del derecho a la protesta, dado que no se encuentra expresamente reconocido en ningún instrumento del SIDH, sí existen diversas sentencias en las cuales se ha determinado responsabilidad por la vulneración de derechos conexos a este, y que se realizaron en un contexto de convulsión social. (Saldaña, 2019).

1 Respecto a los diversos medios de comunicación nacionales e internacionales que han seguido como línea periodística el de responsabilizar a los manifestantes por los fallecimientos, podemos citar los siguientes portales nacionales: RPP y El Comercio; y, portales internacionales: The Objective.

Así tenemos, el caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú (2007), en el que se condena al Estado por vulnerar los derechos a la vida, integridad personal y libertad de asociación de dos sindicalistas mineros. Cuyos hechos se suscitaron de la siguiente manera:

Saúl Cantoral fue quien dirigió la primera huelga nacional minera del 17 de julio al 17 de agosto de 1988, mientras que Consuelo García era encargada de capacitar a los comités de amas de casa en los campamentos mineros del país, además de atender necesidades de las familias mineras. Estas fueron las razones que los colocaron como blanco de las acciones represivas que venía tomando el Gobierno. (Saldaña, 2019, p. 8).

Según la Corte IDH, en el Caso Huilca Tecse Vs. Perú, (2005), se estableció que “el asesinato de la presunta víctima fue motivado por su carácter de líder sindical opositor y crítico de las políticas del entonces gobierno en turno” (párr. 68), de esta manera, se reconoció la vulneración al derecho de la libre asociación.

Sin embargo, pese a los lineamientos citados, a la normativa interna que se menciona en el acápite: ABUSO DE PODER del presente artículo, y como se ha podido ver en las manifestaciones de los últimos años en el Perú, el Estado no ha garantizado el pleno ejercicio del derecho a la protesta, sino que, por el contrario, los protestantes han sido víctimas del uso desproporcionado de la fuerza. Por lo expuesto consideramos necesario desarrollar del criterio de proporcionalidad el uso de la fuerza en el siguiente acápite.

III. EL CRITERIO DE PROPORCIONALIDAD, CRITERIO DE ÚLTIMA RATIO DEL USO DE LA FUERZA Y ABUSO DE PODER

Los actos que atenten contra el orden y seguridad públicas, son sujetos de control por parte del Estado, sin embargo, la medida en la que se hace uso de la fuerza debe responder a los criterios indiscutibles de proporcionalidad y de última ratio del uso de la fuerza. En primer lugar, respecto al principio de proporcionalidad, se ha definido bajo los siguientes términos:

[L]a moderación en el actuar de los agentes del orden que procurará minimizar los daños y lesiones que pudieren resultar de su intervención, garantizando la inmediata asistencia a las personas afectadas y procurando informar a los familiares y allegados lo pertinente en el plazo más breve posible. (CIDH, 2015, párr. 12)

En ese sentido, los agentes legitimados para hacer uso de la fuerza deben aplicar un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, determinado por la intensidad y peligrosidad de la amenaza, empleando tácticas de negociación, control o uso de la fuerza, según corresponda la forma de proceder del individuo (CIDH, 2015) son determinantes al momento de evaluar la proporcionalidad de las intervenciones de las autoridades del orden, pues su despliegue de fuerza debe perseguir en todo momento “reducir al mínimo los daños y lesiones que pudieran causarse a cualquier persona”. (CIDH, 2015, párr. 79)

Por su parte, en el Informe denominado Protesta y Derechos Humanos, indica que la responsabilidad de los Estados es:

Garantizar y facilitar el ejercicio de los derechos humanos que se ponen en juego durante manifestaciones y protesta e implementar medidas y mecanismos para que estos puedan ejercerse en la práctica, no como forma de obstaculizarlos. La Corte Interamericana también se ha pronunciado respecto a que la seguridad ciudadana no puede basarse en un paradigma de uso de la fuerza que apunte a tratar a la población civil como el enemigo, sino que debe consistir en la protección y control de los civiles que participan de manifestaciones. (RELE, 2019, párr. 28)

Aun cuando se establecen todos estos parámetros, la violencia en el Estado peruano no ha menguado. La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH) ha informado que, en nuestro país un total de 157 personas han sido ejecutadas extrajudicialmente en protestas entre los años 2003 y 2020 (Moscoso, 2023); además, la misma institución critica severamente al actual gobierno por promover y avalar la actuación de violencia de las fuerzas del orden e incluso ofrecer incentivos como bonos dinerarios para continuar con su ejercicio. (Coordinadora Nacional de Derechos Humanos [CNDDHH], 2023)

Los principales artífices para el restablecimiento del orden frente a eventuales disturbios, son los miembros de la policía nacional, estos son, sin embargo, quienes más han quebrantado sus códigos y protocolos de intervención. Por otro lado, no podemos dejar de mencionar la importante intervención del ejército peruano, cuya función es apoyar a las fuerzas policiales en el restablecimiento del orden, aunque hayan fungido de actores principales en muchas ocasiones.

De los textos quebrantados por los titulares del orden, el primero es el “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” aprobado por la asamblea general de las Naciones Unidas mediante resolución 34/169 del 17 de diciembre de 1979, así como los “Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley” adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990; ambos instrumentos internacionales de derechos humanos de cumplimiento obligatorio para el Estado peruano, cuya línea normativa exige solo el uso de la fuerza cuando sea estrictamente necesario, así como priorizar el uso de armas no letales, con la finalidad de reducir al mínimo el riesgo de causar lesiones y “en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego.” (Naciones Unidas, 1990, párr. 14)

429

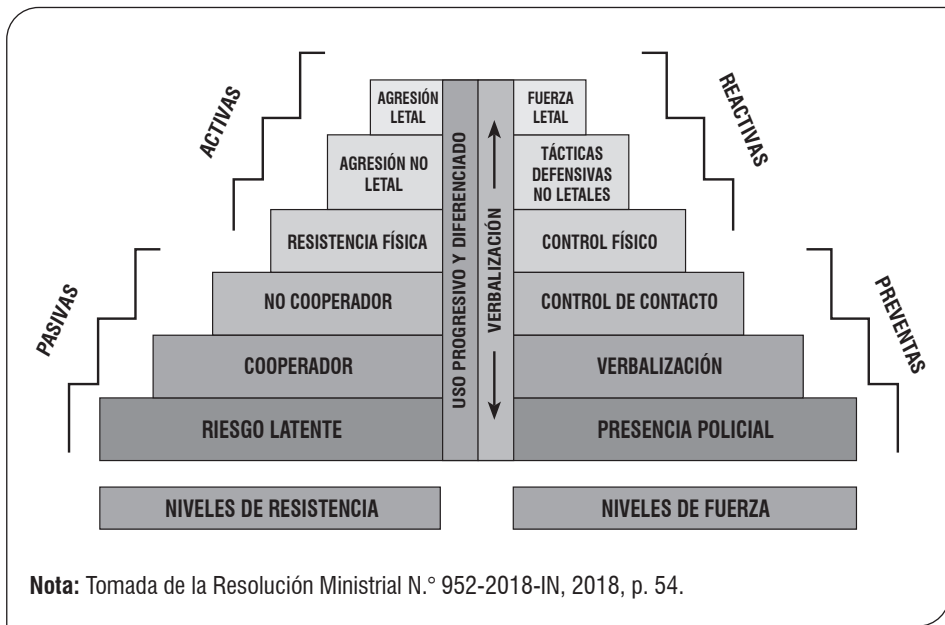
Aunado a las normas expuestas, en el marco jurídico nacional se contempla el Decreto Legislativo N° 1186, que regula el empleo de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú y el “Manual de procedimientos para las operaciones de mantenimiento y restablecimiento del orden público”; en ambos casos se exhorta al respeto irrestricto de los derechos humanos.

Bajo esta misma óptica, se aprobaron los “Lineamientos administrativos y operativos aplicables a las operaciones policiales de control, mantenimiento y restablecimiento del orden público”, cuyo texto resalta: “El uso de la fuerza es excepcional, debe ser planificado y limitado proporcionalmente, debiendo previamente haberse agotado todos los demás medios de control, incluyendo el punitivo”. (Resolución N.º 418-2022-CG PNP/EMG, 2022) No obstante, dos meses después de supromulgación,

esta norma fue desconocida en el marco de las protestas contra el régimen de la señora Boluarte.

En conclusión, la respuesta del Estado frente a una manifestación debe ser gradual y priorizando siempre el respeto a los derechos humanos conforme –entre otras normas– al Manual de Derechos Humanos Aplicados a la Función Policial, aprobada mediante Resolución Ministerial N.º 952-2018-IN, de acuerdo a la Figura 1, la cual detalla que, conforme al nivel de resistencia del ciudadano se determina las acciones de la fuerza policial, en dos niveles: preventivo y fuerza reactiva:

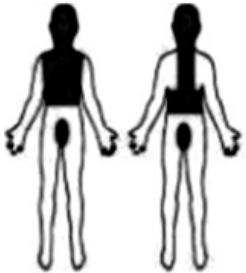
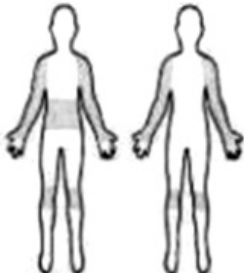
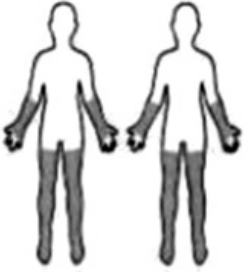
Figura 1
NIVELES DEL USO DE LA FUERZA



Al respecto, debemos precisar que, conforme a la Figura 2, para el empleo de determinadas armas como bastones policiales, el efectivo policial deberá tener en cuenta que existen zonas del cuerpo humano prohibidas de ser afectadas por esta arma, toda vez que podría causar la muerte o lesiones graves en el individuo.

Figura 2

**ZONAS ANATÓMICAS DEL CUERPO HUMANO
(PROHIBIDAS, INCAPACITANTES Y MOMENTÁNEAS)**

ZONAS ANATÓMICAS DEL CUERPO HUMANO					
ZONAS PROHIBIDAS		ZONAS INCAPACITANTES		ZONAS MOMENTÁNEAS	
					
FRENTE	ESPALDA	FRENTE	ESPALDA	FRENTE	ESPALDA

Nota: Tomada de la Resolución Ministerial N.º 952-2018-IN, 2018, p. 31.

Finalmente, dejamos en claro que, como último recurso, el efectivo policial puede hacer uso de la fuerza letal (armas de fuego) solo frente a una agresión letal efectiva o cuando exista peligro real o inminente de atentar contra la vida. (Decreto Legislativo n.º 1186, 2015)

Si estos lineamientos son obligatorios en un estado de normalidad, con mayor razón se demanda su cumplimiento en un estado de emergencia, razón por la cual, es necesario confrontar el ordenamiento jurídico y su aplicación en este contexto.

IV. EJERCICIO DEL DERECHO A LA PROTESTA DURANTE EL ESTADO DE EMERGENCIA. UNA CRÍTICA AL ESTADO PERUANO

En los últimos tres años hemos enfrentado una crisis sanitaria de escala mundial, que ha traído como consecuencia la limitación de ciertos derechos fundamentales, siendo el principal, la libertad de tránsito. El

Perú no ha sido ajeno a estas restricciones, pero sí un país con repercusión mundial por el ejercicio restringido en forma desmedida de otros derechos.

Al respecto, la Defensoría del Pueblo (2022) ha indicado que: “*Aun en estado de emergencia, el derecho a la protesta puede ser ejercido [énfasis añadido]. No se encuentra restringido ... su ejercicio no requiere de autorización previa de ninguna autoridad política, policial o militar alguna.*” (párr. 3)

V. CONTEXTO PERUANO DE LAS PROTESTAS SUCEDIDAS ENTRE EL 2020 AL 2023

En el último trimestre del 2020, frente a la vacancia presidencial del entonces presidente Martín Vizcarra y el nombramiento del presidente interino Manuel Merino, miles de ciudadanos salieron a las calles en una multitudinaria movilización que tuvo como centro la ciudad de Lima. Sin embargo, estas movilizaciones dejaron dos fallecidos: Jordan Inti Sotelo Camargo de 24 años y Jack Bryan Pintado Sánchez de 22 años, ambos jóvenes fueron asesinados por proyectiles de bala usados por la Policía Nacional del Perú.

432

Al respecto, tras investigaciones de las Naciones Unidas (2021) se llegó a la conclusión que el estado peruano hizo “un uso innecesario y excesivo de la fuerza” (párr. 1) para reprimir las protestas sucedidas entre el 9 y 15 de noviembre del 2020. La entonces portavoz de la oficina de Derechos Humanos, encargada de las investigaciones de la represión estatal en el Perú, Liz Throssell, manifestó: “el informe señala que agentes de la policía no distinguieron entre manifestantes pacíficos –que eran la mayoría– y una minoría que presuntamente actuó de forma violenta” (Naciones Unidas, 2021, párr. 3). Finalmente, según el citado portal, el informe de la ONU, concluyó que la policía habría disparado perdigones con escopetas de calibre 12 y cartuchos de gas lacrimógeno directamente contra la cabeza y la parte superior del cuerpo de los manifestantes.

Dos años más tarde, el país vuelve a ser objeto de protestas masivas y con ello de asesinatos en manos de la policía nacional y militares peruanos. El 7 de diciembre del 2022, en respuesta a un fallido autogolpe de estado proclamado por el entonces presidente Pedro Castillo, el congreso

aprueba su vacancia presidencial por incapacidad moral, sucediendo en la investidura presidencial, la señora Dina Boluarte.

Desde aquel 07 de diciembre se propagaron las movilizaciones a nivel nacional con muchas y diferentes demandas, entre las principales, el adelanto de elecciones generales y la renuncia de la señora Dina Boluarte. Como podremos advertir más adelante, el contexto político en estos casos es importante, toda vez que las demandas incluían la revocación del entonces gobierno contra el que se enfrentaban en calles.

En respuesta a estas marchas y protestas nacionales, la policía nacional, a quienes se le sumaron los miembros de las fuerzas armadas, reprendieron a los manifestantes de forma violenta. Alto fue el nivel de agresividad que la CNDDHH calificó la represión como “una brutalidad sin precedentes en la historia de la democracia en el país, en el presente siglo.” (Briceño, 2023, párr. 1) La Defensoría del Pueblo reporta un total de 60 fallecidos en el contexto de estas últimas protestas hasta el 26 de febrero del 2023 (CNDDHH, 2023), sin embargo, a esta lúgubre cifra se le suma el fallecido 61 acaecido en marzo del presente año a causa de 36 perdigones hallados en su cuerpo.

VI. LA PRECARIEDAD DE LOS DERECHOS EN EL ESTADO DE EMERGENCIA Y EL AUGE DE LA MARGINACIÓN

El hallarnos en un estado de emergencia sanitaria significa la restricción de ciertos derechos fundamentales con la única finalidad de prevenir la propagación del virus en cuestión. Un estado de emergencia por razones de perturbación de la paz social u orden interno, por otro lado, encuentra su justificación en restringir ciertos derechos para evitar actos de violencia. En cualquiera de los casos (incluso frente a medidas como “el toque de queda”), conforme lo ha manifestado la Defensoría del Pueblo, no todo derecho puede ser restringido, como –entre otros– el derecho a la protesta pacífica. (Defensoría del Pueblo, 2022) Por el contrario, le corresponde al gobierno garantizar el ejercicio –en la mayor y mejor forma posible– de las movilizaciones pacíficas de la mano de la PNP y, como hemos sido testigo en las últimas manifestaciones, de las FF.AA., estas últimas en la obligación de seguir los lineamientos plasmados en el Decreto Legislativo

N° 1095, Decreto Legislativo que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional.

Además, resulta importante resaltar el artículo 27° de la CADH, que nos manifiesta que incluso en los regímenes de excepción no se suspenden derechos políticos. (Organización de los Estados Americanos [OEA], 1969) Sin embargo, lejos ha quedado la garantía efectiva de estos derechos en un estado de excepción.

Es claro que, al declararse un estado de emergencia por el motivo justificado que sea, ello implica la restricción de ciertos derechos fundamentales de acuerdo a la finalidad que lo motivó, como los derechos a la libertad de reunión y tránsito, a las seguridades personales e inviolabilidad de domicilio; sin embargo, las cifras de violaciones de derechos fundamentales en el Perú son poco más que alarmantes.

A pesar que la CIDH ha reconocido que existe restricción a los derechos de reunión y asociación en un estado de emergencia, también ha dejado en claro que “ello no significa la interrupción automática y/o ilimitada de las protestas y manifestaciones públicas”. (Defensoría del Pueblo, 2020, p. 29) Respecto a ello, se ha justificado que el ejercicio del derecho a la protesta, no responde a fines meramente recreacionales o sociales de reunión o de libre tránsito, sino, por el contrario, a exigencias de “la libertad de expresión y de participación política, elementos esenciales para la legitimidad de todo sistema democrático.” (Defensoría del Pueblo, 2020, p. 29)

Por otro lado, y acrecentando el nivel de violaciones a derechos humanos, se ha visto marcada la desigualdad frente a protestantes del sector indígena y campesinos en comparación con ciudadanos de diferentes sectores de nuestro país. De esta manera, Amnistía Internacional (2023) revela que, el 80% de los fallecidos en las protestas provienen de departamentos con mayoritaria población indígena calificando estos hechos como estados de violencia con un “marcado sesgo racista” (Amnistía Internacional, 2023, párr. 5).

De los reportes diarios publicados por la Defensoría del Pueblo, el último reporte del 07 de abril del presente año, se halló el siguiente número de víctimas fallecidas en el contexto de las protestas por la crisis política actual:

Tabla 1
NÚMERO DE CIVILES FALLECIDOS POR DEPARTAMENTO

DEPARTAMENTO	NRO. DE CIVILES FALLECIDOS
Puno	21
Ayacucho	10
Apurímac	7
Arequipa	3
Junín	3
La libertad	2
Cusco	2
LIMA (metropolitana)	1

Nota: Tabla que muestra la elevada cantidad de fallecidos durante las protestas en los departamentos con mayoritaria población indígena. Elaborado a partir de Defensoría del Pueblo, 2023, pp. 2-3.

435

Con la información recolectada, advertimos entonces el ensañamiento hacia personas de regiones de una población con origen mayoritario indígena y campesino como un hecho real, frente a los cuales policías y militares han manifestado un sesgo discriminatorio, cuyas investigaciones y sanciones deberían convertirse en prioridad.

VII. ABUSO DE LA DECLARATORIA DE ESTADO DE EXCEPCIÓN

A causa de las manifestaciones contra el actual gobierno de la señora Dina Boluarte y los asesinatos de manifestantes cometidos a manos de los agentes del orden, hubo regiones que se sumaron a las movilizaciones, entre las cuales tuvieron más visibilidad: Ayacucho, Puno, Cusco, Lima, Apurímac, Madre de Dios y Moquegua. La respuesta del gobierno recayó entonces en la publicación del Decreto Supremo N.º 009-2023-PCM que declara el Estado de Emergencia en los departamentos de Puno, Cusco, Lima, en la Provincia Constitucional del Callao, en la provincia de Andahuaylas del departamento de Apurímac, en las provincias de Tambopata

y Tahuamanu del departamento de Madre de Dios, y en el distrito de Torata, provincia de Mariscal Nieto del departamento de Moquegua, así como en algunas carreteras de la Red Vial Nacional.

Esta declaratoria de estado de emergencia obedecía a un contexto de violencia generado por la represión en las manifestaciones y sus fatídicas consecuencias; sin embargo, es menester empezar a cuestionarnos si el ejercicio del derecho a la protesta implica tener como respuesta automática la declaratoria del estado de emergencia, cuya respuesta afirmativa implicaría el no reconocimiento y violación a este Derecho Humano por parte del Estado o, si esta declaración tendría que obedecer realmente a un estado de excepcionalidad cuya decisión debería tomarse como último recurso.

No es exagerado pensar entonces que, este obrar del Estado nos remonta a casi un siglo atrás, entre los años 1925 y 1929, cuando en Alemania se declararon “250 ocasiones de estados de excepción previsto en el artículo 48 de la Constitución de Weimar.” (Cárdenas Gracias, 2021, p. 84).

En el contexto que estamos desarrollando sobre el estado de excepción, es preciso indicar lo siguiente:

Este implica el paso del estado de normalidad ordinaria a un estado no regular, en el que deben asumirse dos valoraciones: la comprobación de un estado de peligro para el orden público, el mantenimiento de la Constitución y del Estado, y la necesidad de reaccionar con medidas excepcionales al peligro y/o riesgo. El asunto es delicado porque los poderes que comprueban el peligro y la necesidad de enfrentarlo son los mismos que están legitimados para ejecutar las medidas extraordinarias. (Cárdenas Gracias, 2021, p. 87)

Analizando lo dicho por Cárdenas, decretar un estado de emergencia implica la comprobación de un estado de peligro. En efecto, al hallarse más de media centena de fallecidos entre víctimas civiles y policiales, confirmamos la situación de peligro que se vivía a la fecha de la publicación del Decreto de declaratoria de estado de emergencia mencionado líneas arriba; sin embargo, lo contradictorio de la situación se da porque el propio

Estado puso en situación de peligro a los civiles manifestantes e incluso no manifestantes, como el ciudadano Josué Sañudo Quispe de 31 años, asesinado en Ayacucho (Hidalgo, 2023).

Además, según un reporte de la CNDDHH (2023) se registró “allanamiento de viviendas y locales organizacionales sin presencia fiscal, y sin mediar una flagrancia delictiva” (p. 7); es decir, el país se enfrentaba a circunstancias de abuso de poder que hasta el momento están quedando impunes.

VIII. AMÉRICA LATINA Y EUROPA. UN TRATAMIENTO DIFERENCIADO EN LAS PROTESTAS SOCIALES

Del derecho latinoamericano, podemos advertir el siguiente tratamiento normativo respecto del derecho a la protesta y los demás derechos relacionados:

En la Constitución Política de Colombia, se indica lo siguiente: “Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Solo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, Artículo 37). Por su parte, en la Constitución Ecuatoriana, se establece: “el derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y pacífica.” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, Artículo 66.13). De igual forma los derechos a reunirse pacíficamente y asociarse sin permiso previo se establecen en la Constitución de Chile, artículos 19 numerales 13 y 15.

En Europa, la Constitución Española, reconoce: “ Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.” (Congreso de los Diputados y del Senado, 1978, Artículo 21.1). Por otro lado, la Ley Fundamental de Alemania, regula en los artículos 8 y 9 las libertades de reunión y asociación pacíficas. Finalmente, la Constitución Francesa de 1958 o, en términos más apropiados, el bloque de constitucionalidad francés conformado por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el preámbulo de la Constitución de 1946 y la Carta de Medio Ambiente del 2004, que

constituyen el punto de referencia de todos los principios del sistema jurídico francés, de los cuales ubicamos la siguiente norma:

“La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.” (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789, Artículo 2).

A pesar de las regulaciones constitucionales cuyas similitudes son visibles, las protestas sociales en América Latina y Europa distan, no en su intensidad o número de manifestaciones, puesto que en ambos casos los reclamos sociales no han disminuido, sino en la forma de su ejercicio y el nivel de protección y garantía que ofrecen sus respectivos Estados.

En Colombia, por ejemplo, en el contexto de las protestas sociales iniciadas el 28 de abril del 2021, frente a las evidentes violaciones a los derechos humanos como la vida, la integridad y la libertad personal, se concluyó lo siguiente:

438

Estas recomendaciones responden a los hallazgos y registros de un número alto de muertes y personas lesionadas en el marco de las protestas y a las denuncias reiteradas sobre el uso desproporcionado de la fuerza por agentes estatales y de personas desaparecidas, detenidas de forma arbitraria, sometidas a violencia sexual y a perfilamiento étnico-racial, así como conductas que afectaron gravemente a manifestantes, periodistas y miembros de las misiones médicas. (CIDH, 2021, p. 136)

En Ecuador el caso es similar. En junio del año pasado se inició un paro indefinido en contra del gobierno del presidente Guillermo Lasso a causa del aumento del combustible y la crisis económica del país, convocadas inicialmente por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) a quienes se les sumaron diferentes sectores, registrándose enfrentamiento entre los manifestantes y la policía, quienes intentaron dispersar las movilizaciones en base a gases lacrimógenos y el uso de agua a presión. De las confrontaciones en todo el país, se registraron 9 fallecidos (Tarín Sanz, 2022) a causa de la violencia infringida entre estos.

Finalmente, el 06 de octubre del 2019 se desataron masivas protestas en Chile a causa del alza del pasaje en el metro provocando que, inicialmente miles de estudiantes tomaran las calles a quienes pronto se les unieron ciudadanos de diferentes sectores, causando la destrucción de buses y establecimientos; en respuesta a ello, el estado chileno decretó estado de emergencia en Santiago y varias provincias del país, sin embargo el enfrentamiento entre manifestantes, policías y también militares dejó un lamentable saldo de 33 fallecidos y miles de heridos, así como un centenar de denuncias de torturas.

En países europeos, el desarrollo de las protestas parece ser distinta. En febrero del presente año, la ciudad de Madrid fue atestada por una multitudinaria manifestación en defensa de sistema de salud, sin embargo, esta se desarrolló de la forma más ordenada y segura posible, conforme se advierte de reportes y diarios europeos (AFP Español, 2023). Por su parte, las últimas manifestaciones en Alemania del último semestre del año 2022 e inicios del presente año, en relación con el fin de la guerra entre Rusia y Ucrania y por el sistema de transportes, se desarrollaron igualmente de forma pacífica, con incidentes menores (FRANCE 24 Español, 2023).

439

El 23 de marzo del presente año en Francia, 3 millones de ciudadanos salieron a manifestarse en las calles de París en contra de la reforma que eleva la edad mínima de jubilación de 62 a 64 años de edad, causando disturbios, bloqueando calles e incluso generándose incendios de ayuntamientos y la toma del aeropuerto de París, Charles de Gaulle (DW Español, 2023); sin embargo, se registraron cero números de fallecidos (ni civiles ni policiales o militares), pero sí un aproximado de 300 detenidos.

Estos hechos ejemplifican que, a pesar de que las normas puedan ser similares o idénticas en algunos casos entre América Latina y Europa, el entendimiento de la protección de los derechos humanos parece ser distinta en ambas regiones. En la primera, podemos concluir que la represión policial y, en muchos casos militar, no sigue los criterios de proporcionalidad o última ratio del uso de la fuerza, por ello se obtienen un considerable número de fallecidos; mientras que, en Europa, los manifestantes en ejercicio del derecho a la protesta, encuentran la garantía estatal que merecen, priorizándose la protección de los derechos humanos de cada uno de los ciudadanos.

IX. CONCLUSIONES

Tras el análisis de la problemática desarrollada y la normativa vigente concluimos lo siguiente:

- El derecho a la protesta se protege con la garantía del ejercicio de los derechos de libertad de expresión, libertad de tránsito, libertad de asociación y de reunión pacífica.
- El estado debe de promover que la PNP interiorice que su actuación debe tener como objetivo principal la facilitación y no la contención o la confrontación con los manifestantes.
- No puede existir actuación de las fuerzas del orden sin la aplicación de los criterios de proporcionalidad y última ratio del uso de la fuerza, que reduzcan al mínimo los daños y lesiones a las personas, manifestantes o no.
- El estado debe tener mayor personal del sector salud disponible para la atención de emergencias mientras la población ejerza su derecho a la protesta.
- Incluso en estado de emergencia, todo ciudadano tiene derecho a protestar, debido a que, el ejercicio de este derecho obedece a exigencias de la libertad de expresión y participación política.

440

BIBLIOGRAFÍA

AFP Español. (12 de Febrero de 2023). Multitudinaria protesta en Madrid en defensa desistema público de salud | AFP. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=mjScBjy-YPo>

Amnistía Internacional. (16 de Febrero de 2023). Amnistía Internacional. https://amnistia.org.pe/noticia/represion-estado-poblacion-indigena-campesina/?fbclid=IwAR0RCXdUz7he3BoD5dH-VaOg9mFFTwirpbZCAOFDMMBZ5WTseHW0Z3zEHT0&utm_medium=email&utm_campaign=website&utm_source=sendgrid.com

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*.
<https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución Política de Ecuador*.
<https://pdba.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion.pdf>
- Barrera, V., & Hoyos, C. (2020). ¿Violenta y desordenada? Análisis de los repertorios de la protesta social en Colombia. *Análisis Político*, 33(98), 167-190.
- Bassa, J. (2019). Protesta social y derecho: una tensión irresoluble. *Izquierdas*, 46, 105-136. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-50492019000200105&lang=es
- Briceño, F. (26 de Enero de 2023). Ong de DDHH critica la “brutalidad sin precedentes” de Perú. *Los Angeles Times*. <https://www.latimes.com/espanol/internacional/articulo/2023-01-26/ong-de-ddhh-critica-la-brutalidad-sin-precedentes-de-peru>
- Cárdenas Gracias, J. (2021). El estado de excepción y el COVID-19 en México.
Cuestiones Constitucionales (45). <https://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n45/1405-9193-cconst-45-77.pdf>
- CIDH. (2021). *Primer Informe del Seguimiento de recomendaciones, visita de trabajo en Colombia del 2021*.
https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/Informe_Seguimiento_Colombia_ES.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2015). *Informe Anual 2015 Capítulo IV.A Uso de la Fuerza*.
<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/informeanual2015-cap4a-fuerza-es.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos [CIDH]*. <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>

Congreso de la República del Perú. (2020, 27 de marzo). *Ley de Protección Policial*.

Diario Oficial El Peruano. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-de-proteccion-policial-ley-no-31012-1865203-1/>

Congreso de los Diputados y del Senado. (1978). *Constitución de España*.

<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

Consejo de Derechos Humanos. (2013). *Informe del Consejo de Derechos Humanos*.

Nueva York.

Coordinadora Nacional de Derechos Humanos [CNDDHH]. (2023). *80 Días de Represión en Perú*. <https://drive.google.com/file/d/1CtXvm3938eSr83SCU5Uz7sD2L98PmPL2/view>

Corte IDH. (1988). *Sentencia: Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/docs/ca_sos/articulos/seriec_04_esp.pdf

Corte IDH. (3 de marzo de 2005). *Caso Pedro Huilca Tecse Vs. Perú*.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_121_esp.pdf

Corte IDH. (2006). *Sentencia: Caso La Cantuta Vs. Perú*. chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/docs/ca_sos/articulos/seriec_162_esp.pdf

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. (1789). https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/es-pagnol/es_ddhc.pdf

Defensoría del Pueblo. (2020). *Informe Especial N° 01 Movilizaciones Sociales Noviembre 2020*. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2022/03/Informe-movilizaciones-.pdf>

Defensoría del Pueblo. (15 de Diciembre de 2022). *Defensoría del Pueblo*. <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-precisa-funciones-de-ff-aa-pnp-y-ciudadania-en-contextos-de-estado-de-emergencia/#:~:text=Durante%20un%20estado%20de%20emergencia,de%20tr%C3%A1nsito%20en%20el%20territorio.>

Defensoría del Pueblo. (5 de febrero de 2022). *Defensoria del Pueblo Peru*. <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-la-protesta-pacifica-es-un-derecho-humano/>

Defensoría del Pueblo. (2023, 07 de abril). *Reporte Diario. Crisis Política y Protesta Social*. https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/04/Reporte-Diario742023_1730-horas.pdf

DW Español. (19 de enero de 2023). Los franceses no quieren jubilarse a los 64 años.

Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=rsbOYoKxbtc>

FRANCE 24 Español. (3 de junio de 2020). Estados Unidos: Algunos policías se arrodillan en muestra de solidaridad [video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=6ADmMJm0f5E>

FRANCE 24 Español. (18 de Febrero de 2023). Protestas en Alemania exigiendodetener envío de armas a Ucrania. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=xDXqZIP0Jac>

Hidalgo, M. (2 de Enero de 2023). Ayacucho: la muerte de tu hijo, la llamada que nuncanadie quisiera recibir. La República. <https://larepublica.pe/politica/actualidad/2023/01/02/protestas-en-peru-la-muerte-de-tu-hijo-la-llamada-que-nunca-nadie-quisiera-recibir-ayacucho-dina-boluar-te-fuerzas-armadas-pnp-ejercito>

Instituto de Defensa Legal. (5 de enero de 2019). *Instituto de Defensa Legal-IDL*. <https://www.idl.org.pe/ley-del-gatillo-facil-tribunal-constitucional-admite-demanda-contrale-que-promueve-el-uso-arbitrario-de-la-fuerza/>

Ley del gatillo fácil: Tribunal Constitucional admite demanda contra ley que promueve eluso arbitrario de la fuerza. (5 de enero de 2023). *Instituto de Defensa Legal*. <https://www.idl.org.pe/ley-del-gatillo-facil-tribunal-constitucional-admite-demanda-contrale-que-promueve-el-uso-arbitrario-de-la-fuerza/>

López Tarabochia, M. (22 de Septiembre de 2016). Baguazo: 10 cosas que debes saber antes de la sentencia por el conflicto ambiental más relevante en el Perú. *Mongabay Latam*. <https://es.mongabay.com/2016/09/baguazo-10-cosas-debes-saber-la-sentencia-los-acusados-conflicto-ambiental-mas-sonado-peru/>

Ministerio del interior. (2018). *Manual de derechos humanos aplicados a la función policial*. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/08/Manual-de-derechos-humanos-policia-nacional-Legis.pe_.pdf

Ministerio del Interior. (2018, Agosto 13). *Manual de Derechos Humanos Aplicados a la Función Policial*. Diario Oficial El Peruano. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/08/Manual-de-derechos-humanos-policia-nacional-Legis.pe_.pdf

Ministerio del Interior. (2022, Octubre 13). *Resolución de Comandancia General de la Policía Nacional*. Diario Oficial El Peruano. https://www.policia.gob.pe/pnp/archivos/porta1/doc/24958doc_R.C.G-PNP-418-2022-CG-PNP-EMG-aprobando-directiva.pdf

Moscoso, G. P. (16 de Febrero de 2023). Impunidad para los asesinatos en protestas: estas son las normas que agentes del orden continúan violando. *La República*. <https://data.larepublica.pe/fallecidos-en-paro-nacional-estas-son-las-normas-que-incumple-la-pnp-durante-las-protestas-en-peru-marchas-en-lima/>

444

Naciones Unidas. (12 de Enero de 2021). *Naciones Unidas*. <https://news.un.org/es/story/2021/01/1486472>

Naciones Unidas. (1990). *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-use-force-and-firearms-law-enforcement>

Organización de los Estados Americanos (OEA). (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

Poder Ejecutivo. (2015, 15 de agosto). *Decreto Legislativo que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú*. Diario Oficial El Peruano. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-regula-el-uso-de-la-fuerza-por-parte-decreto-legislativo-n-1186-1275103-2/>

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión [RELE]. (2019). *Protesta y Derechos Humanos*. Estados Unidos: OEA. Organización de los Estados Americanos: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/>

SECCIÓN HOMENAJE
Pedro Planas Silva



Pedro Planas Silva
(Lima, 1961 - Ayacucho, 2001)

El Peruano (2012). Jurídica, suplemento de análisis legal de El Peruano, p. 11.
Recuperado de http://andujarmoreno.com/pdf/semblanzas/juridica_400_pedro_planas.pdf

Los límites del legislador ante el juez constitucional*

 PEDRO PLANAS SILVA**

“Cuando una ley del Parlamento va en contra del derecho común y la razón, o les es hostil, o es imposible de cumplir, el derecho común la controlará y juzgará que dicha ley es nula”.

(Juez Edward Coke, 1610, *Bonham’s Case*)

I. LA FALSA TESIS DE LA SOBERANÍA DEL LEGISLADOR

La tesis de la soberanía del legislador –común al siglo XIX por influencia francesa– ya no existe en ninguna parte del mundo. Ni siquiera existe en Inglaterra, donde se decía que el Parlamento podía hacer cualquier cosa, menos convertir a un hombre en mujer. La verdad es que el Parlamento británico, si bien no tenía una Constitución escrita encima de él, como norma supralegal, tenía sobre él un conjunto de convenciones que debía respetar. Estas convenciones, que no eran justiciables, permitían a los principales estudiosos del derecho constitucional británico (Dicey, Jennings, Wade, Phillips) indicar si una ley o determinada atribución (no prevista en las convenciones) era o no constitucional. Lo que no debe olvidarse respecto al Parlamento británico –ahí radica su profunda diferencia con la tradición parlamentaria francesa– es su respetuoso acatamiento de

449

* El presente texto doctrinal formó parte del expediente de la causa sobre la inconstitucionalidad del sistema de seis votos (sistema previsto en el artículo 4 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional), a solicitud de los congresistas demandantes. Este trabajo fue originalmente publicado en Planas Silva, P. (1997). Los límites del legislador ante el juez constitucional. *Ius Et Praxis*, 27(027), 57-78. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis1997.n027.3562>. En ese sentido, la Revista Peruana de Derecho Constitucional cumple con reconocer los créditos y agradece a la Revista *Ius et Praxis* y a su Director por su plena disposición para que el trabajo sea publicado en el presente número. El texto se ha reproducido como aparece en la obra original.

** Máster en derecho constitucional, periodista y profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Lima.

esas convenciones, al grado que, sin estar escritas, eran escrupulosamente aceptadas y asumidas por legisladores y gobernantes por igual, fuesen mayorías o minorías. Por esa razón la soberanía parlamentaria inglesa fue siempre una soberanía *autolimitada*. En consecuencia, mal puede escogerse como símil del Perú, máxime para un Parlamento que apela a la “dictadura de la mayoría” como método. Pero los tiempos cambian y, en virtud de la Unión Europea, ya existe una jurisdicción que va más allá de la soberanía ejercida por el Parlamento británico y los tribunales del reino, que han tenido que aceptar la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos británicos. Así lo confirma una sentencia reciente dictada en una causa resuelta por simple mayoría (diez votos a nueve). Algo similar ha sucedido con la legislación alemana, con la sentencia de su propio Tribunal Constitucional Federal en el célebre caso “Solange”, resuelto en octubre de 1993¹. En suma, la Europa que inició el siglo XIX con el concepto sacrosanto de la soberanía de la ley, no existe más.

La tesis de la “soberanía del legislador” fue un dogma inaceptable, derivado del “contrato social” de Rousseau, para quien la ley, como fruto de la “voluntad general”, resulta *infalible*. Había una presunta transferencia de “verdad” en virtud del endiosamiento de la representación ciudadana y, por método, en razón al carácter plural del Parlamento y de las luces que saldrían de una sincera deliberación de los pros y contras de un proyecto de ley. Así, se creyó en esa época que el legislador era el único que decidía, definía o interpretaba —mediante ley— el sentido de una Constitución. Y para interpretar una norma, según la ya superada *Escuela de la Exégesis*, bastaba con conocer la “suprema voluntad del legislador”. Todo ello quedó atrás. El Estado legal de Derecho, típico del siglo XIX, ha sido definitivamente desplazado por el Estado constitucional de Derecho, que establece límites al legislador en función del resguardo de la Constitución. Y, contra

1 Cfr. WEBBER, Albrecht. El control del Tratado de Maastricht por la jurisdicción constitucional desde una perspectiva comparada. En Revista Española de Derecho Constitucional 45. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, setiembre-diciembre 1995, pp. 51-59. Respecto a la cesión de soberanía realizada por los tribunales constitucionales de Alemania e Italia, pese a sus iniciales resistencias, consultar el estupendo estudio de PETROVICH, Aleksandar, La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El protagonismo de los tribunales constitucionales alemán e italiano. En: El Derecho. Buenos Aires. Universidad Católica Argentina, viernes 1 de diciembre de 1995, N° 8889, pp. 1-12.

la ingenia tesis del autocontrol, estos límites exigen un sistema especial de control de las leyes denominado *jurisdicción constitucional*. En esa línea, el juez Benjamín Cardozo, quien fue presidente la Suprema Corte de los Estados Unidos, al justificar la intervención del juez en la política legislativa, no sólo se respaldó en la falibilidad del legislador y en la supremacía de la Constitución. Cardozo citó-incluso-una frase muy severa del profesor Jetro Brown, quien afirmaba que una ley no es ley “hasta no ser interpretada” y que, en función de su indispensable conformidad con la Constitución, la verdadera ley “no se encuentra más que en las sentencias de un tribunal”²

Hoy es común reconocer que hay *límites expresos y límites tácitos a la actividad del legislador* que se derivan –ambos– de la Constitución. Por esa razón, al verificar la conformidad de una ley con la Constitución el juez no se limita a realizar una confrontación literal entre la redacción gramatical de la Constitución y la redacción gramatical de la ley en cuestión. La Constitución no puede reducirse a la suma de sus palabras, frases o artículos. Ella expresa un *telos*, un espíritu y una finalidad. Y está compuesta de principios y valores, que son los que el magistrado debe extraer para averiguar si la ley los confirma o si los niega o restringe. Un principio básico, por ejemplo, es la división de poderes, y su necesario corolario: la delimitación de competencias entre los órganos constitucionales. En la interpretación constitucional una pauta a seguir es la “máxima funcionalidad del régimen político”. Rodolfo Vigo la resume de esta manera: “En las sociedades políticas democráticas, el dato medular lo representa la distribución y el equilibrio del poder asignado a diferentes órganos de gobierno, a los que se les reconocen ciertas atribuciones que deben ejercerse conforme a precisos límites de procedimiento y ajustándose a determinados límites. La directiva bajo estudio señala que la interpretación constitucional debe orientarse a conservar y a fortalecer aquella unidad del régimen político que la sociedad ha establecido en la ley fundamental”³ Y esa funcionalidad – agrega- se vincula al “equilibrio de sus poderes”, en forma tal de evitar el bloqueo o “la expansión de uno en perjuicio del otro”.⁴

2 CARDOZO, Benjamín Nathan. La función judicial. México: Prenzietto Editores, 1996, p. 64.

3 VIGO, Rodolfo Luis. Interpretación constitucional. Buenos Aires. Abeledo-Pemot, 1993, p. 135.

4 Ibid. pp. 155-159. Concretamente, en el caso peruano con una vocación hipercalificada el Congreso –o la mayoría parlamentaria de ese Congreso– emitida la atribución constitucional

Así como hay principios constitucionales tácitos, el propio magistrado constitucional podrá determinar en una sentencia la defensa indirecta, frente a una ley, del ejercicio de algunos derechos ciudadanos, no muy perceptibles a primera vista y que cree menester priorizar y resguardar. Así por ejemplo, tanto una ley estadual de Texas, como, luego, una ley federal de los Estados Unidos, que prohibía quemar la bandera estadounidense y establecía sanciones para quienes lo hicieran, fueron declaradas contrarias a la Constitución por la Suprema Corte. ¿Acaso la Constitución de los Estados Unidos contiene una expresa prohibición a la quema de los símbolos patrios? Por cierto que no. Tras descartar el método exegético o literal, la Suprema corte indaga por los posibles principios o valores que pueden quedar afectados por la ley. Y su conclusión, en ambas sentencias (*Texas vs. Johnson* y *US vs Eichaman*), fue que estas leyes eran contrarias a la Constitución porque limitaban el derecho a la libre expresión de los ciudadanos.

Incluso, estos principios constitucionales pueden estar en juego a través del estudio proporcional de cifras y números: “El número de presos puede ser un criterio de oportunidad, pero también es un principio jurídico: el de paz y seguridad ciudadana. La cuantía económica de una prestación también puede hacer que esté en juego un principio constitucional, cual es el de la viabilidad económica de un sistema de seguros colectivos o el del control parlamentario del gasto público.”⁵ Asimismo, en Alemania una sentencia del Tribunal Constitucional delimitó que la publicación de toda donación electoral superior a 40.000 marcos-como señalaba una ley-era excesiva y que debía reducirse a 20.000. En la Suprema Corte de los Estados Unidos hay un ejemplo de gran importancia: la sentencia del caso *Baker vs. Carr* (1962). En ella la Corte revocó su propia doctrina, de no inmiscuirse en la determinación legislativa de los distritos electorales (considerados hasta entonces como “no justiciable”), a fin de preservar el principio de igualdad ciudadana y de igualdad de voto en la determinación legislativa de los

del Tribunal Constitucional para declarar inconstitucionales las leyes en beneficio propio con el fin de hacer prevalecer las leyes inconstitucionales que va a dictar.

5 ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 535.

distritos para elegir representantes al Congreso. El principio defendido por la Corte fue nítido: “un hombre, un voto”⁶.

Ahora bien, al realizar esta firme defensa de valores y principios constitucionales, ¿invade el juez o el magistrado constitucional la competencia legislativa o la decisión política, que son atribuciones de otros órganos? Claro que no. Descartada, como está, la soberanía del legislador, se eleva, en su lugar, el principio rector –para todos los órganos– de la supremacía de la Constitución y, por ende, de los órganos encargados de realizar la protección y el control correspondientes. Bidart Campos recuerda que un juez, al descubrir que una ley es lesiva a la Constitución, “no está penetrando en el ámbito de otro poder para violar la división (de poderes), sino todo lo contrario, controlando la supremacía constitucional para volver a su cauce la actividad que se evadió de él en detrimento de la Constitución”⁷. Desde esa perspectiva, el Congreso, como ‘poder legislativo’, ‘no puede invocar la división de poderes ni escudarse en ella para violar la Constitución. No hay competencia para infringir la Constitución. Es una regla elemental del poder constituido, que está por debajo del poder constituyente. Y es a los jueces a quienes incumbe poner en sus carriles al órgano descarrilado; con ello se da a la división de poderes un sentido auténtico ...’.

En cuanto al Tribunal Constitucional, debido a sus funciones básicas no se le puede considerar irreductiblemente amarrado a ninguna ley, sino sólo a la Constitución. Si el Tribunal considera inconstitucional una ley, tiene el indudable deber de hacer a un lado poniéndose por encima de ella. Así, Javier Pérez Royo señala expresamente, respecto al Tribunal Constitucional: “No está vinculado a la ley que se somete a su consideración, sino que es juez de la misma.”⁸ Esta posición suprema respecto a la ley lleva consigo una inevitable subordinación de los alcances del legislador, tal como lo advierte el propio Pérez Royo al señalar que: “el legislador no puede decir cuál es la voluntad del constituyente contenida en ése o aquel precepto, porque ello es competencia exclusiva del Tribunal

6 WITT, Elder. *La Suprema Cortes de Justicia y los Derechos Individuales*. Mexico, Ediciones Gernika, 1995, pp. 174-181.

7 BIDART CAMPOS, Germán. *El derecho constitucional del poder*. EDIAR. 1967

8 PEREZ HOYO, Javier. *Las fuentes del derecho*, 1981, p. 181. Citado por Sonia Chirinos Rivera por CHIRINOS SOTO, Enrique. Constitución de 1993.

Constitucional y, por ello, las sentencias del Tribunal Constitucional y, por ello, las sentencias del Tribunal Constitucional tienen supremacía en la jerarquía normativa.”⁹

II. LA DESFASADA TESIS DE LAMBERT SOBRE EL “GOBIERNO DE LOS JUECES”

La única tesis que hoy podría intentar resucitarse contra la función de control de las leyes que ejerce el Tribunal Constitucional es la del “gobierno de los jueces”, tesis francesa totalmente desfasada que sólo puede ser repetida hoy ante la falta de actualización respecto a la moderna jurisdicción constitucional. Aquella crítica frase, acuñada en 1921, casi en solitario, por el profesor francés Edouard Lambert, se hizo célebre por el título de su obra, *le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*. Veámosla con mayor detenimiento. Tras analizar la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense, Lambert supuso que actuaba como una “tercera Cámara”, aludiendo expresamente a la posición conservadora asumida por los jueces de la Suprema Corte, que hasta anuló la ley sobre trabajo infantil considerándola contraria a la Constitución porque invadía un ámbito que era competencia de las legislaturas estatales. Esa misma corte había declarado contrarias a la Constitución hasta leyes federales que procuraron liberar a los esclavos.

Sucede que aquella posición compacta de la Corte -que había indignado a Lambert, al grado que la volcó en la segunda parte del título de su libro (...la lutte contre la législation sociales aux Etats-Unis)- cambió totalmente unos años después. Especialmente a partir de 1937 la propia Suprema Corte revocó su anterior doctrina poniendo en marcha una importante línea de activismo judicial, muy superior a la tímida posición anterior) que le negó vigencia a muchas leyes del Congreso). Esta nueva línea consagró la pertinencia y constitucionalidad de muchas leyes reformistas del Congreso y readecuó –mediante la cláusula de poderes implícitos– las atribuciones en materia laboral y comercial que sí podría asumir (y hasta hoy asume, gracias a la Suprema Corte) el Congreso Federal norteamericano. Entre otros aspectos muy saltantes, la corte presidida por Earl Warren llegó a revocar

9 PEREZ ROYO, Javier *Las fuentes...* op. cit. pp. 49. La referencia figura en *ibid*.

toda a cuestionada doctrina de la Suprema Corte, que hasta había convalidado la segregación racial en los colegios. Así, en 1957 se restringió el amplio poder de las comisiones investigadoras del Congreso; en 1962 (*Baer vs. Carr*) la Suprema Corte declaró inconstitucional la desigualdad entre los distritos electorales; en 1967 (*Chapman vs. California*) consideró que la confesión adquirida bajo coerción era un grave error procedimental, capaz de invalidar todo el proceso; en 1971 (*Swann vs. Charlotte-Mecklenburg*) ordenó concluir la segregación en los buses escolares; en 1971 (*Pentagon Papers Case*) permitió la publicación de documentos secretos del Pentágono sobre la guerra de Vietnam en 1972 (*Furman vs Georgia*) reconoció la inconstitucionalidad de las leyes vigentes sobre la pena de muerte, y en 1973 (*White vs. Regester*) expuso los criterios que sirven a la minoría racial para denunciar segregación o violación de derechos al momento de sufragar, que fueron adoptados por la ley de Derechos Civiles de 1982. Al conmemorarse el bicentenario de la Declaración de Independencia (1776-1976), la casi bisecular Constitución Federal exhibía un novedoso vigor derivado del proceso interpretativo realizado principalmente por la Suprema Corte¹⁰ en las décadas anteriores. Y estas interpretaciones ampliaron el contenido de la Carta norteamericana, razón de más para explicar su vigorosa permanencia y su permanente actualización.

Precisamente, este activismo judicial –con el cual la Suprema Corte asumió un papel como creador de nuevos y más amplios contenidos de la Constitución de 1787–, si bien reforzaba la tesis del “gobierno de los jueces”, desmintió, en cambio, el argumento de fondo que preocupó a Lambert el status ultraconservador de una Corte que se resistía a aceptar las leyes que implicasen progreso social. Cuando publicó su libro, en 1921, apenas se habían creado dos tribunales constitucionales (Checoslovaquia y Austria) en sendas Constituciones de 1920, pero todavía no entraban en funciones ni se conocía doctrinalmente su importancia como “legisladores negativos”. Recuérdese que el famoso ensayo de Hans Kelsen inspirador de estos tribunales y magistrado del Tribunal Constitucional

10 Otras sentencias de igual relevancia fueron la de la clausura de una cárcel por considerarla inadecuada para sus internos (*Ruiz vs Estelle*, 1980), la de la prohibición de apelar a argumentos constitucionales en procesos penales frente al Jurado (*Booth vs Maryland*, 1987) y la que determina que no es delito –sino expresión de la libertad personal– la quema de la bandera de Estados Unidos (*Texas vs Johnson*, 1989)

austriaco- explicándole al mundo el significado de la “jurisdicción constitucional”, fue publicado sólo en 1928, siete años después del libro de Lambert. Su primera versión apareció en francés, en la *Revue du droit public et de la science politique*¹¹, acaso con la intención de ampliar la perspectiva a aquellos franceses que, desde la ciencia política, cuestionaban el supuesto “gobierno de los jueces”¹². Y tampoco había salido el libro de su discípulo Eisenmann, sobre el funcionamiento del Tribunal Constitucional austriaco, que también apareció en 1928.

Además, aunque los tribunales constitucionales surgieron durante el período de entreguerras (Checoslovaquia y Austria, en 1920, y España, en 1931), su mayor difusión institucional y sus experiencias exitosas corresponden, más bien, al período de la posguerra (desde 1945). Así surgieron, en las respectivas Constituciones los tribunales constitucionales de Italia (1948) y Alemania (1949), luego el Consejo Constitucional de Francia (1958), los tribunales de Portugal (1976) y de España (1978), Y últimamente en países de la Europa oriental, como Hungría, Rusia, Rumania y Bulgaria. Lo mismo sucede en nuestra América latina, aun antes de la experiencia peruana de 1979. Antes que España y Portugal, Guatemala había creado, en 1966, su propia Corte de Constitucionalidad; y también Chile, que creó un Tribunal Constitucional tras una reforma constitucional introducida en 1970 a la vigente Constitución de 1925. Luego aparecen tribunales de Garantías Constitucionales en las Constituciones de Ecuador (1978) y de Perú (1979), mientras que Chile y Guatemala retomaron Y reforzaron sus respectivos tribunales en sus nuevas Constituciones (de 1980 y de 1995, respectivamente), y últimamente se han integrado a ese proceso.

Colombia (Constitución de 1991) y Bolivia (reforma constitucional de 1990). Y no son los únicos casos a considerar en América latina. Aunque carecen de un Tribunal Constitucional formal, algunas cortes supremas,

11 Cft. KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional) Reproducido en: *Ius et Veritas* 9, revista publicada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, pp. 17-43. Traducción de Rolando Tamayo.

12 En Francia, regía la III República, que tenía una Constitución dispersa y flexible, compuesta por tres leyes constitucionales aprobadas en 1875 y vigentes hasta 1945. Sin supremacía constitucional era imposible proyectar en Francia, en esa época, un órgano de jurisdicción constitucional.

como las de Costa Rica, Uruguay, El Salvador, Venezuela y Brasil, ejercen el control constitucional de las leyes en forma directa, por vía de acción o de una demanda y con efectos generales (*erga omnes*) y abrogatorios respecto a la ley cuya constitucionalidad se discute. En algunos casos el control lo ejerce una sala especializada (Sala constitucional) al interior del órgano judicial, en otras, con cierta familiaridad al modelo estadounidense (aunque con alcances y efectos distintos), los propios magistrados supremos resuelven las demandas de inconstitucionalidad.

Esta proliferación de órganos de control constitucional dejó en absurda situación la vieja preocupación de Lambert y de sus seguidores. La propia Francia, en su Carta de 1958 (con casi cuarenta años de vigencia), incorporó un tribunal con control preventivo sobre las leyes, antes de su promulgación, consagrando un sistema de control automático sobre la obra del legislador, que si podría suponerse “tercera cámara” porque impide que la ley entre en vigor si el Consejo Constitucional no la encuentra conforme a la Constitución. El artículo 46 de la Carta de 1958 establece el control constitucional obligatorio para todas las leyes orgánicas: “Las leyes orgánicas no pueden ser promulgadas hasta que el Consejo Constitucional declare que son conformes a la Constitución”. Lo reitera el artículo 61, incluso para los reglamentos de las cámaras, con lo cual el órgano de control constitucional es obligado juez de la conformidad constitucional de las normas internas de ambas cámaras. Además, el propio artículo 61 faculta al presidente de la República, al primer ministro o a cualquiera de las dos cámaras para que remitan las leyes simples al Consejo Constitucional, también “antes de su promulgación”. Si el Consejo no resuelve indicando la conformidad de la ley con la Constitución, entonces ella no podrá ser promulgada, tal como lo indica el primer párrafo del artículo 62: “Una disposición declarada inconstitucional no puede ser promulgada ni puesta en vigor.” Así de sencillo. Este control previo de la constitucionalidad de las leyes existe, también, en Alemania, Austria, Italia, España y Portugal. Y en la mayoría de tribunales constitucionales de América latina, como los de Guatemala (versión de 1985), Chile (versiones de 1970 y 1980), Colombia (1991) y Bolivia (1994). Dicho sea de paso, el Tribunal Constitucional peruano, que a algunos asusta por sus mínimas atribuciones en defensa de la integridad constitucional no tiene este control preventivo.

Es, por tanto, la propia Francia, en su nuevo régimen constitucional, la que desoye las tesis anacrónicas del “gobierno de los jueces”. Se ha convertido deliberadamente al Consejo Constitucional en una “tercera cámara”, que actúa en forma automática. Y tiene más poder que los jueces norteamericanos (que sólo inaplican la ley inconstitucional), aunque es un órgano débil si lo comparamos con otros tribunales constitucionales, precisamente por su control previo de las leyes orgánicas y a pedido de las partes legitimadas, de cualquier otra ley. Lo de *tercera Cámara*, sin embargo, es metodológicamente inexacto porque no discute el contenido específico de la ley, sino que sólo verifica su conformidad constitucional, aun cuando las minorías parlamentarias estén legitimadas (en porcentaje representativo, como el tercio de la Cámara) para recurrir al Tribunal antes de promulgarse la ley. El propio Kelsen reconocía esta importante atribución: “Las minorías parlamentarias o autoridades del Estado le someten casos a priori o a posteriori los tribunales aseguran ese tipo de control preconizado desde el comienzo por Kelsen, y que consiste de hecho en un control en interés del orden constitucional.”¹³

III. EL PARLAMENTO, PRESUNTO ENEMIGO O VIOLADOR DE LA CONSTITUCIÓN

Esta extensión de los tribunales constitucionales por el mundo, comprueba lo desfasado de la tesis de Lambert, acaso explicable en 1921, pero que nadie honestamente puede asumir o repetir en 1996 sin riesgo de ser considerado como desconocedor de temas constitucionales. los jueces, está claro, no gobiernan. Pero sí protegen a la Constitución (y a los ciudadanos y a las minorías parlamentarias) de los abusos de los gobiernos y de las mayorías parlamentarias. La finalidad de una Constitución escrita no es otra que garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos preservando un ambiente de garantías y de reglas de juego para los operadores del derecho y para todo ciudadano en general.

Esta seguridad jurídica exige, en primer lugar, *garantizar la suprallegalidad de la norma constitucional* evitando su modificación por vías irregulares o su violación sistemática por obra del legislador o del

13 FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 36.

gobernante. Por tanto, rompiendo el esquema tradicional de los tres poderes, como bien advierte Cappeletti¹⁴, los órganos de control constitucional que se han extendido por todo el planeta en las últimas décadas, *parten de la premisa o de la presunción de que, al legislador, a través de su eventual mayoría, pueda ser el principal enemigo o el primer violador de la constitución*. Y en eso reside la tarea central del magistrado constitucional: en recordarle, a las eventuales mayorías, que las leyes deben aplicarse en función de los principios esenciales de una Cita y que no pueden ni deben distorsionar la Constitución.

Es decir, contra la absurda tesis decimonónica de la “soberanía del legislador” ha aparecido el moderno principio de la soberanía o supremacía de la Constitución.

Y, sobre todo, la opinión común de que se necesita un órgano especial que sea distinto al Parlamento para que emprenda, en forma permanente. La defensa de la Constitución. Así lo ratifican estos argumentos esgrimidos por Louis Favoreu, uno de los principales especialistas en materias sobre Tribunal Constitucional –y es francés, por si acaso, pero de los años 90–;

459

- a) “Ante todo, las terribles lecciones de las experiencias nazi y fascista, que se hallan en la fuente misma de la creación de los tribunales constitucionales en Alemania y en Italia, y en el restablecimiento del Tribunal austriaco. La voluntad de establecer una verdadera democracia tras los periodos de dictadura, explica igualmente, sin duda, la creación de los tribunales español y portugués”¹⁵.
- b) “Se siente la necesidad de controlar los Parlamentos porque su legislación, movida por las pasiones electorales, se ha convertido en una peligrosa amenaza para las libertades”¹⁶.
- c) “Además, ya no se experimenta el temor de atentar contra la soberanía del legislador, pues éste ha fracasado en su misión, el legislador

14 CAPPELETTI, Mauro. “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional” En: *Revista Española de Derecho Constitucional* 17. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales mayo-agosto 1986, pp, 11-13

15 FAVOREU, Louis. *Los tribunales...*, op. cit. p. 22

16 HAURIUO, André. *Précis...*(2ª vol.) p. 636. Citado por FAVOREU, Louis. *Los tribunales...*, op. cit., p.25

ha mostrado que podía ser opresor suscitando con ello la necesidad de defenderse de él”¹⁷.

- d) “No se puede contar, pues, con el propio Parlamento para realizar su subordinación a la Constitución. Se trata de un órgano diferente de él, independiente de él y, en consecuencia, también de cualquier otra autoridad estatal a quien le compete la anulación de los actos Inconstitucionales; es decir, una jurisdicción o Tribunal Constitucional”¹⁸.
- e) “Esa necesidad se ha vuelto imperiosa citando los regímenes parlamentarios o semiparlamentarios han evolucionado hacia un sistema en el que se ejerce sin límites un poder mayoritario compuesto por la mayoría parlamentaria, soldada a un Gobierno estable y monolítico (...) Frente al bloque mayoritario, la oposición debe ser protegida y la propia mayoría precisa de a contrapeso”¹⁹.

La creación de un órgano especial para el control jurisdiccional de la Constitución era, por lo demás, el único camino institucional que garantizaba cierta eficacia en la revisión de la constitucionalidad de las leyes. El propio Cappeletti ha señalado una importante diferencia entre el magistrado de la Suprema Corte de los Estados Unidos y los vocales supremos de la justicia ordinaria de Europa (y también de América latina). Como éstos son de carrera y resuelven casos muy diversos, están acostumbrados a actuar como “fieles servidores de las leyes”, y no están dispuestos, en función de esa costumbre, a ejercer el control constitucional de las leyes”²⁰. De ahí que fuese indispensable crear un tribunal especial, con magistrados especiales, dispuestos a asumir, como función exclusiva y excluyente, y sin ninguna cortapisa, la defensa de la jurisdicción constitucional.

Toda esta construcción resultó ficticia. El legislador no existía como tal, en forma abstracta, sino que dependía del juego dialéctico entre mayorías y minorías. Y las mayorías resultaron, muchas veces, abusivas y erráticas, cuando no antojadizas respecto al auténtico sentido de una

17 FAVOREU, Louis. *Los tribunales...*, op. Cit. p 33.

18 Citado im ibid.

19 Ibid., p. 25.

20 CAPELLETTI, Mauricio. *Cortes constitucionales*, p. 465. Citado por FAVOREU, Louis. *Los tribunales...*, op. cit. p 39.

Constitución. Es bueno incidir, por ello, en que en el moderno derecho constitucional la tesis de la soberanía del legislador está totalmente desacreditada. La ley no solo no es infalible, sino que, recogiendo modelo británico de la autolimitación, se debe fundamentar en la razonabilidad.

Esta razonabilidad es una condición tácita de la conformidad constitucional de una norma, que puede –y debe– verificarse en toda ley al momento de juzgar sus objetivos y de contrastarlos con los métodos o mecanismos que propugna para ello. Es decir, *la razonabilidad del artículo 4 de la ley orgánica del Tribunal está en cuestión cuando se exige un sistema de votación nada razonable* (seis votos conformes, de siete magistrados) para resolver favorablemente las demandas de inconstitucionalidad que se presentan ante el Tribunal²¹.

Veámoslo por analogía. ¿Sería razonable una disposición legal o reglamentaria que obligue a los miembros del Congreso a aprobar leyes con una votación calificada de 6/7 del total de sus miembros? Esta norma les exigiría reunir –como en el caso del Tribunal Constitucional peruano– el voto favorable del 85% de los congresistas para aprobar una ley, es decir, la aprobación expresa de 102 congresistas. Sin duda, resultaría materialmente difícil –para los congresistas– realizar su función ordinaria de aprobar leyes con un número tan exagerado. Y ello sin mencionar los inconvenientes que surgirían al colocarles –al mismo tiempo– un quórum para funcionar, no del 50% más uno (61 congresistas), como es hoy, sino también de 6/7 (102 congresistas). Esta analogía deja en claro cómo una votación de 6/7 afecta el normal funcionamiento de un órgano de jerarquía constitucional como el Congreso. Claro que si la votación de 6/7 estuviese prevista en la Constitución, entonces aunque fuese arbitraria sería constitucional. Pero, a partir de

21 Si estudiamos la explicación expuesta por los autores de esta votación, la lógica jurídica –si la hay– resulta endeble y muy extraña que unos congresistas plantearon reunir siete votos y otros cinco votos., entonces la mayoría optó por calificar seis. Es fácil revisar el debate y comprobar que no hubo el presunto consenso, ni esa fue una “fórmula intermedia”. Solo un congresista, de ciento veinte –el único que se opuso a crear el Tribunal Constitucional (lo que explica su intención)–, planteó exigir siete votos, que es la unanimidad. Y si bien el principal ponente del grupo de mayoría, Carlos Ferrero, planteó cinco votos, las diversas minorías (que suman muchos más congresistas que el solitario que propuso siete votos) planteaban cuatro votos y mayoría simple, como en todos los tribunales constitucionales del mundo. Esos grupos parlamentarios, ¿no cuentan para la lógica de la “media aritmética”? Es fácil verificar que la “media”, como presunto consenso entre los grupos parlamentarios, no era de seis votos.

una ley -o de su propio reglamento- *no puede establecerse una disposición así, que paraliza el funcionamiento regular del ente legislativo* afectando su autonomía como institución y vulnerando la lógica de poderes inscrita en el ordenamiento constitucional. El mismo criterio resulta válido respecto a los 6/7 exigidos al Tribunal Constitucional, órgano que también tiene jerarquía constitucional y cuya principal función ha sido mediatizada por la votación exigida en el artículo 4 de su ley orgánica. Dicha votación hipercalificada *vulnera no sólo su autonomía institucional, sino el equilibrio entre poderes y el esquema de protección constitucional respecto a las leyes disertado en la vigente Constitución.*

Ahora bien, lo interesante del principio de razonabilidad en el derecho moderno es que no sólo debe modelar los actos del legislador y las resoluciones del juez. Lo contemporáneo es discutir las esencias de la ley, y esa discusión -esa búsqueda de la razonabilidad- queda a cargo del juez ordinario, pero muy especialmente del juez constitucional, cuya sentencia debe también atenerse a estas características. En consecuencia, contra la reconocida infalibilidad del legislador se ha elevado -como garantía constitucional- la instancia jurisdiccional, que puede derivar en la derogación, anulación o en la simple inaplicación. En suma, si una ley niega el principio de razonabilidad en alguno de sus artículos o preceptos, *constituye un deber irrenunciable del magistrado constitucional* suplir esa razonabilidad mediante una sentencia que adecue los mecanismos y métodos de la ley -como el sistema de votación- a los objetivos esenciales de los órganos previstos por la Constitución. Pero si el organismo encargado de ejercer el control constitucional no lo hace por alguna traba legal o reglamentaria, estará exponiendo a la sociedad a vivir en permanente inestabilidad, al acecho de leyes que vulneren sistemáticamente la Constitución, en una suerte de “golpe de Estado permanente” protagonizado por la superpuesta e Incontrolada voluntad del legislador.

IV. EL ABUSO LEGISLATIVO Y LA FUNCIÓN IRRENUNCIABLE DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Antes nos habíamos referido a la razonabilidad de la ley y al escudriñamiento de esa razonabilidad como una facultad implícita (e irrenunciable) del magistrado constitucional. Leibholz y Morati se han referido

al “exceso de poder legislativo” y Piero Calamandrei a la “desviación de poder” del legislador, que configura un indudable caso de “ilegitimidad constitucional”. Esta desviación, este abuso de poder, se percibe no sólo en la contradicción literal que pueda existir entre el texto de la Constitución y el texto de una ley, sino principalmente *por la negación de los principios y valores inherentes a los derechos y a las insituciones que reconoce y consagra el texto constitucional*. Hay, por tanto, necesariamente una doble labor interpretativa que el magistrado constitucional habrá de realizar respecto a los fines y medios que la Constitución proclama, y respecto a los fines y medios constitucionales que la ley dice procurar o alcanzar. Ahí el magistrado debe indagar si hay plena conformidad entre ambas o si el legislador ha abusado de su potestad desviando los principios mínimos que la Carta exige garantizar. Y eso es lo que sucede con el sistema de votación que proclama la ley orgánica al exigir la conformidad de seis de siete magistrados.

Respecto a las motivaciones de una ley, si bien esos criterios pertenecen a una órbita no jurídica, es evidente que la finalidad de los mecanismos adoptados por una ley revela ciertas motivaciones expresas del legislador. Calamandrei es muy explícito respecto a la posibilidad de determinar esas motivaciones a través de la línea directriz de la norma aprobada: “Es tan fácil darse cuenta de que este es un razonamiento que lleva demasiado lejos; en efecto; si no se podrá llegar hasta el punto de examinar bajo el perfil de la “desviación del poder” cuáles hayan sido los motivos psicológicos internos que hayan inducido a los componentes de los órganos legislativos a aprobar una ley (...), se podrá en todo caso controlar bajo este perfil si el legislador, al legislar, se ha inspirado en aquellas normas directivas de carácter político, más que jurídico, que la Constitución ha dictado para que sirvan como motivos inspiradores de la legislación ordinaria”²².

Descartada la soberanía del legislador, queda en manos de la justicia constitucional determinar –según Pablo Lucas Verdi– la autoconciencia que la Constitución posee de su propia eficacia y dinamismo”²³.

22 CALAMANDREI, Piero. Estudios sobre el proceso civil. Buenos Aires. Ediciones Juridicas, 1985, p. 52. Ver también RODRIGUEZ ZAPATA, J. “Desviación de poder y discrecionalidad del legislador”. En: *Revista de Administración Pública* 100, 1943, p. 339.

23 LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de derecho público*. Madrid: Tecnos, 1974, p. 443.

En este caso, la ‘eficiencia’ y el “dinamismo” previstos por los preceptos constitucionales no pueden ni deben ser negados al ser mediatizados por la ley llamada a desarrollar los órganos constitucionales. Es el evidente caso del sistema de seis votos.

Y esa autoconciencia de la Constitución radica en el propio magistrado constitucional, quien actúa como intérprete supremo. Desde esa perspectiva, le corresponde hacer explícitos, en su sentencia, los objetivos y medios indispensables de colocar en la ley para alcanzar la eficiencia y dinamismo requeridos para el funcionamiento regular del órgano de control de la constitucionalidad. Contrario sensu, al juez constitucional le corresponde salvaguardar esa eficiencia reconociendo como inconstitucional –y expulsándolo, en consecuencia, del ordenamiento jurídico– a aquel mecanismo que contraría o impida la eficiencia y dinamismo de la Constitución, precisa mente en un capítulo tan importante como el referido al propio control constitucional.

464

Para Hans Kelsen -creador del Tribunal Constitucional-, la garantía jurisdiccional “es un elemento del sistema de medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales”²⁴, Con mayor razón, esta garantía jurisdiccional deberá centrar su preocupación en el Funcionamiento regular de su órgano principal, cual es el Tribunal Constitucional. Y ¿qué significa, según Kelsen, la “garantía de la Constitución”? Significa nada menos que garantizar “la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir, esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes”²⁵. Y esa garantía deberá aplicarse, *en primer término al verificar la conformidad constitucional de la propia ley orgánica del Tribunal Constitucional*.

Finalmente, para el prestigioso profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Göttingen y exmagistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán, Gerand Leibholz, si al revisar alguna reglamentación el magistrado constitucional llega a la conclusión “de que el legislador ha cometido un abuso de poder y la norma es objetivamente improcedente y

24 KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional...* op. cit. P 34.

25 Ibid, p. 39.

puede calificarse de arbitraria, entonces, y sólo entonces, el juez constitucional puede dejar de aplicarla y declararla anticonstitucional”²⁶.

Sumando todas estas lustradas opiniones podemos concluir que, cuando se trata de facultades implícitas, inherentes a la defensa de la integridad de la Constitución y que además afectan la esencia del funcionamiento del Tribunal Constitucional, la actitud de los magistrados no puede ser dubitativa porque implicaría negarse a sí mismos. Y negar, de paso, la propia función de ejercer jurisdicción constitucional:

- a) “Cuando, en contrapartida, el Tribunal no tiene otro remedio que devolver la ley al Parlamento sin poder anularla por sí mismo, cabe dudar de que haya verdadera jurisdicción”²⁷,
- b) “No hay justicia constitucional y, por tanto, no hay Tribunal Constitucional sin la atribución central que es el control de constitucionalidad de las leyes, es decir, la sumisión de la voluntad del Parlamento al respeto de la regla de derecho, ya se trate de una regla formal o de fondo.”²⁸

465

V. LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN Y FACULTADES IMPLÍCITAS

Como precisa García de Enterría, apelando a la clásica distinción entre derecho y ley, el juez debe, inexorablemente, “construir derecho en todos y cada uno de los preceptos legales antes de proceder a su aplicación”, con el fin, precisamente, de “ser fieles al mandato constitucional de establecer un Estado de Derecho y no un simple Estado de legalidad”²⁹, Para ello, como la Constitución encarna un conjunto de valores se requiere tener cierta poción del consenso de valores que corresponde al legislador resguardar y que el magistrado constitucional podrá recordar y consignar

26 LEIBHOLZ, Gerhard. *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid. Instituto de Estudios Públicos, 1971, p. 185.

27 FAVOREU, Louis. *Los tribunales...* op. cit, p. 34.

28 Ibid, p. 55.

29 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Madrid: Civitas. 1984, pp. 102-204.

al fundamentar su sentencia. Para el efecto, hay fuentes muy útiles para el magistrado constitucional “Las tendencias legislativas, la historia del derecho, o el derecho comparado, en cuanto expresión este último de valores universales y no sólo nacionales, tienen precisamente esa función de expresar el consensus de valores que el propio derecho ordinario puede llevar a cabo...”³⁰,

El Tribunal Constitucional, según la célebre frase que el magistrado Wilson acuñó para la Suprema Corte de los Estados Unidos, es una especie de “poder constituyente en función permanente”. Por ello, los magistrados constitucionales entendidos como “la voz de la Constitución”- pueden también, a través de sus sentencias, *recordar al legislador los mandatos-expresos o tácitos*- de la Constitución y, en caso de laguna o presunto vacío normativo llenar ese espacio con cierto desarrollo de valores y de contenidos, estableciendo pautas interpretativas en los fundamentos de la propia sentencia. En tal caso. las facultades implícitas del Tribunal antes vistas- se pueden ejercer a través de sentencias ordinarias o, también, en la fundamentación de la sentencia, o en forma de sentencias especiales -que actúan como pautas de interpretación que son insertas en las sentencias que Capeletti denomina “manipulatorias”, “aditivas” o “sustitutorias” porque entrañan pautas que son mandatos expresos al legislador para el caso concreto que ha sido legislado y, luego demandado ante el Tribunal.

Como lo señalaba Gerard Leibholz, esta técnica interpretativa se aplica en el “caso en que los órganos legislativos hagan uso de su discrecionalidad en un sentido claramente injusto hasta tal punto que sea patente un abuso de poder y que el acto concreto sometido a la cognición judicial pueda ser caracterizado como objetivamente arbitrario”. En tal caso –agrega– “puede el Tribunal Constitucional actuar dentro de sus competencias de una manera correctora, restableciendo la situación constitucional”³¹. Así, puede fijar el modo de interpretar constitucionalmente una ley reputada de inconstitucional y puede, a la vez que establece la inconstitucionalidad de una norma, ampliar –en la fundamentación de la sentencia– los contenidos interpretativos que se derivarían de la Constitución, entregándole al

30 ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación...* op. cit, p. 314.

31 LEIBHOLZ, Gerhard. *Problemas...*, op. cit. P. 167

legislador una pauta sustitutiva a fin de no aguardar que otra demanda alargue el proceso de definición constitucional. Esta técnica se vuelve indispensable cuando hay algunas cifras o cantidades que requieren interpretar la frontera de lo constitucional y lo no constitucional.

En Alemania, por ejemplo, el *Tribunal Constitucional Federal* expide desde 1955, aun sin necesidad de anular la ley, un fallo interpretativo denominado “de interpretación conforme”, con directrices para los legisladores respecto a su aplicación constitucional. Un caso interesante sucedido respecto a la ley de Partidos de 1967, que exigía que toda donación que excediera los 40:000 marcos debía hacerse pública, pero el Tribunal Constitucional –en sentencia del 9 de abril de 1992– consideró excesiva esa cantidad, y agregó, en forma interpretativa y como pauta sustitutiva (de la cantidad considerada inconstitucional, por ser excesiva), que para asegurar una mayor transparencia de las campañas el legislador debía ampliar la obligación de publicación a las donaciones –de toda empresa– cuyos montos sobrepasasen los 20.000 marcos. Y así sucedió: el legislador, en 1993, asumió esta cantidad, que colocó el Tribunal en su sentencia, considerándola óptima.

467

En Francia, el *Consejo Constitucional*, en una importante decisión en defensa del derecho de libre asociación estipulada el 16 de julio de 1971-, ha creado derecho positivo al reconocerle al preámbulo de la Carta de 1958 un carácter jurídicamente vinculante respecto al legislador³², con lo cual enlaza al texto constitucional de 1958 todas las disposiciones del preámbulo de 1946 (aludidas en el preámbulo de 1958), incluyendo aquellas como el derecho a la educación, al trabajo y a la salud, o los derechos a la cogestión y a la huelga, nítida expresión del constitucionalismo social expuesto en la Carta de 1946. Como labor complementaria, el Consejo Constitucional ha fijado los principios enunciados en la Constitución (preámbulo y articulado) y ha ampliado y desarrollado sus contenidos. Del preámbulo de 1946, por ejemplo, el Consejo *ha reconocido categoría condicional a varios derechos no previstos en el feto original de 1958*,

32 Cfr. La coincidencia de esta decisión y su repercusión en la protección de los derechos en LUCHAIRE, François. *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*. Paris. Economica, 1987.

como el derecho a mejores condiciones de vida (decisión constitucional del 28 de enero de 1987), el derecho de huelga (decisiones de 1979, 1986 y 1987), el derecho del trabajador a participar en la gestión de la empresa (1977) o el derecho de asilo (1986). Igualmente, ha reconocido valor constitucional a principios extraídos de los artículos de la vigente Carta, tales como libertad individual, igualdad del sufragio, libertad de formar partidos y grupos políticos, libre administración de las colectividades territoriales, funcionamiento regular de los poderes públicos, independencia de la autoridad judicial, inamovilidad de los magistrados, indivisibilidad de la república, independencia nacional, entre otros. En fin, desde entonces –*por la vía creadora de la interpretación extensiva*– muchas otras decisiones del Consejo Constitucional han considerado inconstitucionales varias leyes con tan sólo incidir en el valor constitucional” del preámbulo de 1946. Incluso, una decisión del Consejo vinculada a aspectos tributarios señaló, en diciembre de 1973, que la norma en discusión era contraria a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (de 1789), “solemnemente reafirmada por el preámbulo de la Constitución”³³.

468

En *Estados Unidos* también la *Suprema Corte* ha asumido funciones de interpretación constitucional y hasta ha dictado interpretación constitucional y hasta ha dictado mandatos implícitos. Como dice Baum: “La revisión judicial no es la única base de políticas: la Corte puede entrar en conflicto con las políticas de los demás poderes a través de su interpretación de los estatutos. Pero la Corte Interviene en el proceso de trazado de políticas en forma más directa y más clara a través de su uso de la revisión judicial”³⁴. El famoso caso Nixon –que derivó en la renuncia del presidente de los Estados Unidos– fue ocasionado directamente por la decisión de la Suprema Corte de considerar que no era potestad constitucional del presidente de la República mantener en reserva cintas grabadas (del caso Watergate, en concreto), lo cual llevó consigo un mandato al presidente para poner a disposición del juez de distrito las grabaciones. Por cierto, que a nadie se le ocurrirá buscar en la Constitución de los Estados Unidos (capítulo de atribuciones del presidente de la República) si ella menciona algo sobre cintas grabadas. Pero, desde Marshall, la Suprema Corte decide y

33 Cfr. *Trente ans de jurisprudence du Conseil constitutionnel* 1959-1988. Paris. 1989, pp. 305- 390.

34 BAUM, Lawrence. *La suprema corte*. Grupo Editor Iberoamericano, 1966. p. 225.

define -por extensión- qué es constitucional y qué no lo es. Incluso algunos jueces supremos han aceptado que ejercen cierta función legislativa. Así lo fundamentó el *justice chief* Benjamin Cardono, nominado por el presidente conservador Hoover y considerado un verdadero maestro en técnica judicial. Él explicó los “puntos de contacto con el legislador que tenía el juez supremo, corta el conocimiento de la norma a través de la experiencia, el estudio y la reflexión y la elección de métodos do que hoy denominamos “razonabilidad”) y de principios (como el “énfasis en el bienestar social”), si bien la Corte no legisla en abstracta, sino en función de los problemas concretos generadas por la ley³⁵.

Y en Colombia la Corte Constitucional, sin necesidad de declarar inconstitucional una ley, puede también dictar “sentencias interpretativas” para fijar –en forma vinculante– una interpretación a la que los órganos constitucionales deben adecuarse.

Incluso la Constitución habilita a la Corte a comunicarse con el presidente de la República o con el Congreso para incrementar su información y justificar sus argumentos y sus líneas interpretativas de la Constitución. Así, en 1992, a raíz de la revisión de una tutela (el amparo colombiano) presentada por un ciudadano de la tercera edad contra la Caja de Previsión Nacional de la Salud, el pleno de la Corte –por unanimidad– expidió una sentencia derivando del artículo 1 de la Constitución –que consagra a Colombia como un Estado social de Derecho– los siguientes mandatos para el legislador colombiano. Citamos: “el Estado social de Derecho exige del legislador y del gobierno atención preferencial para la satisfacción de las demandas de la población enderezadas a hacer efectivos este tipo de derechos. Los planes de desarrollo y el presupuesto deben contemplar la permanente amplificación de las oportunidades reales para que un mayor

35 Cfr. CARDOZO, Benjamin. *La función...* op. cit, pp. 57-58, 63 y 74. El dictó una serie de conferencias sobre la función judicial en la Universidad de Yale, precisamente en 1921, cuando Lambert publicó su libro. La tercera conferencia se tituló “Metodo sociologico. El juez como legislador”. Para él, la Suprema Corte “legisla solo donde exista lagunas. Cubre los espacios vacíos de la ley”. Y también como la historia judicial lo demuestra “cuando se ha manifestado un claro abuso, el cual despierta finalmente a la opinión pública por su mismo exceso”. Schwartz ha elogiado a Cardozo por advertir el “derecho creativo del poder judicial” y porque fue consciente “de la extensión en la cual los jueces debían legislar”. Cfr. SCHWARTZ, Bernard. *Algunos artífices del derecho norteamericano*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1989, p. 151.

número de personas puedan gozar y ejercer los derechos que la Constitución proclama...”.

Las facultades de la prestigiosa y muy eficiente Corte Constitucional de Colombia³⁶, derivadas de su labor como guardián de la integridad de la Constitución, incluyen la posibilidad de dictar no sólo pautas interpretativas al legislador, sino hasta de dictar órdenes expresas en resguardo del cumplimiento de la Constitución a órganos políticos y administrativos que no están bajo su dependencia, pero sí bajo el mandato y el imperio de la Constitución. El balance de su primer año de funciones fue glosado así, en función del recurso constante a sus facultades implícitas la Corte Constitucional ha emitido diferentes tipos de órdenes: “de realizar una determinada acción o abstenerse de hacerlo, de interpretar la ley de acuerdo con las pautas constitucionales que ella señale, de dar cumplimiento inmediato a una instrucción, y de ejecutar una actividad específica dentro de un determinado plazo”³⁷. Por ejemplo: al revisar la tutela presentada por un ciudadano perseguido por las fuerzas de seguridad, la Corte resolvió, entre otros puntos:

470

“TERCERO Ordenar al Director General del Departamento Administrativo de Seguridad (D. A. S.) proceda a asumir la protección inmediata del señor Humberto Rolón Maldonado, de manera que se asegure su pacífico retorno e incorporación a su hogar y lugar de trabajo y el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

CUARTO: Solicitar al Defensor del Pueblo que, dentro de la órbita de su competencia y para los fines indicados en el artículo 282 de la Constitución, elabore, en el término de tres (3) meses un informe con destino al Congreso Nacional, al Gobierno y al Procurador

36 En su primer año (marzo de 1992 - febrero de 1993), la Corte Constitucional de Colombia emitió 323 sentencias, casi una diaria. De ellas, 158 fueron de control constitucional, 77 demandas, 12 tratados, 38 demandas de corrupción y 1 observación presidencial.

37 CEPEDA, Manuel José. “*El derecho a la Constitución en Colombia*” En: CALDERON, Camilo. Simposio internacional sobre derecho del Estado. Homenaje a Carlos Restrepo Priedrahitá. Universidad Externado de Colombia, 1995, v. II, P. 189. Además, exhortó a un juez laboral que tenía pendiente un fallo durante diez años que produjera sentencia en cuarenta y ocho horas y, por negligencia administrativa, condeno al Estado a pagar por perjuicios que sufrió un empresario por la demora de la aduana en la entrega de una máquina.

General de la Nación, sobre el estado en que se encuentran las investigaciones penales y disciplinarias que se adelantan como consecuencia de las muertes de miembros del partido político Unión Patriótica (...) así como promover ante las autoridades judiciales competentes las acciones necesarias para el definitivo y tos esclarecimiento de estos hechos.

QUINTO; Ordenar al Ministerio de Defensa se sirva remitir copia de la presente providencia a todas las guarniciones, cuarteles e instalaciones militares del país con miras a que la doctrina constitucional en ella contenida sea divulgada y estudiada por las miembros de las Fuerzas Militares”.

Convertirse en auténtico custodio de la Constitución es tarea que habrá de comenzar enderezando la norma que impide el libre y autónomo funcionamiento del Tribunal Constitucional, y sólo la pueden realizar los magistrados del Tribunal, a fin de adquirir ese prestigio que ya tiene su vecina, la Corte Constitucional de Colombia. Gracias a ella, la Carta de 1991 “ha empezado a penetrar en todas las facetas de la vida de los colombianos: sexo y violencia en televisión, vendedores ambulantes en las calles urbanas, locales comerciales en zonas residenciales, uso del pelo largo y de maquillaje en los colegios cobro de deudas morosas mediante “chepitos”, supresión de nombres en bancos de datos financieros, construcción de alcantarillados, suspensión de obras que destruyen el medio ambiente, pago rápido de pensiones, prohibición de construir un edificio más en el casco urbano de Cartagena, rutas de buses de transporte a barrios marginados, enfermos de sida, castigo disciplinario de los colegios, cuidado de los niños, violencia del marido contra la esposa, vida universitaria, comunidades indígenas; la lista podría continuar indefinidamente (...) Las autoridades públicas y los particulares han comenzado a ajustar sus actos a las disposiciones de la Constitución”³⁸. Sin duda, el exitoso debut institucional de la Corte Constitucional de Colombia, y su actual prestigio, son una muy útil inspiración para otros tribunales constitucionales de América latina.

38 Ibid, pp. 379-440.

VI. EN DEFENSA DE LA PROPIA AUTONOMÍA

En América latina los tribunales constitucionales son expuestos como los órganos de control constitucional. Así, la Carta de Bolivia (art. 121) indica que a través del Tribunal Constitucional se ejerce el “control de la constitucionalidad y la interpretación judicial de la Constitución”. La de Colombia (art. 241) confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución’. La de Guatemala (art. 268) considera a la Corte de Constitucionalidad como “tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional”. Y la del Perú (art. 201) lo denomina “órgano de control de la Constitución”. Asimismo, los textos constitucionales remarcen la independencia y autonomía del Tribunal. Así, según la Constitución de Bolivia (art. 121) el Tribunal Constitucional es “independiente de los demás órganos del Estado y está sometido solo a la Constitución’. La Constitución de Guatemala (art. 268) señala que la Corte “actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado”, que es respaldada por una “independencia económica” que “será garantizada con un porcentaje de los ingresos que correspondan al organismo judicial”. Y la Carta peruana de 1993 hasta parece reiterativa el remarcar que el Tribunal Constitucional es “autónomo e independiente” (art. 201). Se trata, entonces, de un *principio constitucional que el legislador debe reconocer y respetar al momento de discutir y aprobar la respectiva ley orgánica*.

472

¿Vulnera o no la autonomía del Tribunal un sistema de seis votos de siete magistrados como requisito para cumplir su función esencial? Para Massimo Boclandi, la “autonomía” de la magistratura, como la de cualquier otra “estructura política”, se refiere a su grado de diferenciación respecto a otras estructuras, encamada en ‘su capacidad de desarrollar recursos propios de legitimidad y, por tanto, de monopolizar con éxito el desarrollo de Funciones políticas, en cuanto consigue desalentar la competencia de estructuras políticas alternativas’³⁹. Desde esa perspectiva, hay que preguntarse si la votación exigida le impide al Tribunal Constitucional “desarrollar recursos propios” o si le impide “monopolizar con éxito” su

39 BORLANDI, M. “Magistratura” En: *FARNETI, P. de Política e sociedad*. Firenze, La Italia, 1979, p. 355.

función de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Aún más: hay que prepararse si ello refuerza o favorece a estructuras políticas alternativas, como lo sería el Congreso.

No puede surgir duda alguna al respecto. Su función principal, que es declarar inconstitucional las leyes, se encuentra inutilizada, máxime porque la propia ley orgánica dispone que si no alcanza los seis votos (un cinco contra dos, supongamos). entonces se considera que la ley si es conforme a la Constitución. El sistema de votación, en su conjunto, vulnera directamente el ejercicio autónomo de su función. Y lo vulnera en beneficio, precisamente, de una estructura política alternativa, como el Congreso, cuyas disposiciones corresponde controlar al Tribunal Constitucional. De por si, hay aquí un visible abuso del Poder Legislativo en provecho propio, a fin de hacer difícil -o imposible- el control constitucional de las leyes expedidas por el Congreso.

El axioma es muy simple: al mediatizar el sistema de votación, se mediatiza la función principal del Tribunal y por tanto, al propio Tribunal. Está claro, además, que todos los tribunales constitucionales del mundo deciden por mayoría simple (o absoluta, cuando más), incluso considerando sólo a los magistrados presentes. Más bien no parece casual que quienes defienden el sistema de los seis votos sean los mismos que se ufanan de no creer en el Tribunal Constitucional y desean que no funcione cabalmente. Por tanto, la demanda de inconstitucionalidad puede ser resuelta considerando que el sistema de seis votos -que “amarra” la decisión y coacta la voluntad del Tribunal como cuerpo colegiado- vulnera la autonomía del Tribunal consagrada por el artículo 201 de la Constitución como principio elemental para el ejercicio de sus funciones.

Pero, además, de la propia autonomía se deriva la potestad de ejercerla y defenderla, así como la de autonomarse, máxime cuando se trata de un órgano que expresa mente debe resguardar el control de la autonomía -mezclado con su función esencial de ejercer la jurisdicción constitucional en toma dinámica y eficiente- se ha derivado la flexibilidad organizativa de los tribunales respecto a los límites y mandatos de su propia ley orgánica. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Austria tiene catorce magistrados y, según su ley orgánica, su quórum para sesionar -como pleno- es de ocho jueces. Pero en la práctica seguida por el Tribunal Constitucional

austriaco algunos fallos han sido desarrollados con un quórum de cuatro jueces, práctica iniciada por el propio Tribunal en Función de su autonomía y que ha sido denominada como sentencias del “pequeño Senado. Según resalta Louis Favoreu, esta práctica del sesionar y sentenciar a través de una subcomisión (Senado) no está prevista en los textos -en la ley orgánica del Tribunal- y es, sin embargo, cada vez más importante en su uso”⁴⁰. Algo similar sucedió con las subcomisiones de Colombia y de Alemania, o con la propia Figura del amparo constitucional en Alemania, ejercida desde 1951, aunque solo inserta en la Constitución vía reforma en 1969, adaptando así al texto constitucional una práctica importante que se desviaba de la defensa de los derechos ciudadanos.

Una figura importante en el ejercicio de la autonomía es el denominado acuerdo Interno del Pleno del Tribunal, que es esencialmente autonormativo y puede definir mecanismos internos, máxime. si se pone en discusión su conformidad con la Constitución. El propio artículo 4 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional señala, en su primera parte, lo siguiente: “El Tribunal resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos salvo para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia...” Bastaría, en consecuencia, un acuerdo por mayoría simple de votos para resolver el sistema interno de votación, adecuándolo al dinamismo y eficiencia exigidos por la Constitución al Tribunal. El acuerdo es una norma interna usada por todos los tribunales para autorregularse en función de su consagrada autonomía, Así por ejemplo, en el caso del Tribunal Constitucional español podemos citar esta secuencia de acuerdos internos que dictó en sus primeros años

- a) Acuerdo del 14 de julio de 1980, que fija la fecha para ejercer sus competencias.
- b) Acuerdo del 15 de enero de 1981, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Personal.
- c) Acuerdo del 15 de junio de 1982, por el que se aprueban las normas que han de regir el funcionamiento del Tribunal durante el periodo de vacaciones.

40 FAVOREU, Louis. *Los tribunales...* op. cit, p. 48.

- d) Acuerdo del 20 de diciembre de 1982, por el que se aprueban normas acerca de la defensa por pobreza en los procesos constitucionales.
- e) Acuerdo del 11 de marzo de 1986, que dispone la división y composición de las salas y secciones del Tribunal Constitucional
- f) Acuerdo del 2 de abril de 1986, que modifica el horario del Registro General del Tribunal Constitucional.
- g) Acuerdo del 2 de abril de 1986, que modifica determinados preceptos del Reglamento de Organización y Personal.
- h) Acuerdo del 23 de mayo de 1986. por el que se modifican y aprueban normas sobre tramitación del recurso de amparo, previstas en la ley orgánica del tribunal de 1985⁴¹.

Hay enorme jurisprudencia en defensa de la propia autonomía. Tanto tribunales de Europa como de América latina han llegado a declarar inconstitucional un artículo o un precepto de su propia ley orgánica, asumiendo incluso –para no dejar un vacío– la facultad implícita de crear derecho y de establecer pautas de interpretación vinculantes para el legislador. Así, por ejemplo, en la década pasada la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Colombia –que ejerció el control constitucional hasta la creación de la Corte Constitucional con la nueva Carta de 1991 declaró inconstitucional una norma que le exigía expedir sentencias por mayoría calificada de dos tercios.

Otro caso de gran interés, y de alcance muy similar, lo produjo recientemente –hace un año– la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (que ejerce desde hace poco, en aquel país, el control constitucional) cuando *declaró inconstitucional un artículo de su ley orgánica que establecía como edad límite para los magistrados de esa sala la edad de 65 años*. La sentencia de la Sala Constitucional se sustentó en la ausencia de límites en la Constitución.

Pero es indudable que el mejor precedente lo ha dado la prestigiosa Corte Constitucional de Colombia, en una extensa –y muy bien

41 Cfr. *Tribunal Constitucional. Memoria. 1980-1986*. Madrid, 1946, p. 71.

fundamentada— sentencia expedida el 5 de febrero de este año, respecto a lo que vendría a ser su propia ley orgánica. Como ustedes saben, la Corte Constitucional aparece en el título de la Constitución referido a la “Rama judicial”. Pues bien, el Congreso colombiano dictó este año la ley 270, que es una muy vasta ley estatutaria: —así denominan a las leyes orgánicas en Colombia— superior de Administración de Justicia, uno de cuyos capítulos está destinado a regular el funcionamiento de la Corte Constitucional, Mediante el sistema del control preventivo (previo a la entrada en vigor de la norma), la Corte Constitucional de Colombia declaró inconstitucionales varios preceptos de su ley estatutaria. Así, por ejemplo, *declaró inconstitucional el artículo que le exigía seleccionar ‘por lo menos el cinco por ciento (5%) de las decisiones de tutela que mensualmente le remita para su revisión’.* la sentencia indicaba que ellos como magistrados del Tribunal son la única autoridad competente para fijar un porcentaje relativo a la revisión de las decisiones de tutela...”. Como se aprecia, los magistrados colombianos consideraron que esa prescripción de la ley lesionaba su propia autonomía.

Pero, además, en materia similar a la que aquí nos preocupa, en esa sentencia la Corte colombiana también consideró inconstitucional la vocación de dos tercios que le exigía su ley estatutaria para expedir determinadas sentencias:

“Con todo, debe señalarse que tanto el requisito de ser aprobadas las sentencias por las dos terceras partes de los miembros de la Corporación (Corte), como el de señalar que las causales de pérdida de investidura serán únicamente de las que trata el artículo 183, transgreden las disposiciones y el espíritu mismo de la Carta Política cuanto a la primera situación, debe decirse que el Estatuto Superior consagra como principio general que debe inspirar la labor reguladora del legislador, el que las decisiones de las corporaciones públicas han sido adoptadas por mayoría simple, salvo que se trate de casos especiales (...) Pero como si lo anterior no fuese suficiente para la Corte, la decisión de eslabonar un quórum especial vulnera la autonomía de que goza el Consejo de Estado para determinar la forma, el procedimiento y los requisitos necesarios para tomar en el seno de sus salas las decisiones de su competencia”.

Resulta forzoso, en consecuencia, *declarar la inaplicabilidad de la expresión las dos terceras partes, contenida en el numeral que se revisa.*

VII. LA VERDADERA TRASCENDENCIA DEL JUEZ MARSHALL

Los enemigos del Tribunal Constitucional suelen afirmar que hubiese sido preferible, para el Perú, un sistema de revisión judicial como el que existe en los Estados Unidos desde la época del juez Marshall.

No reparan en que ya hace mucho tiempo se descubrió en Europa y en América latina que la enorme potestad de la Suprema Corte de los Estados Unidos, como auténtico contrapeso del Congreso y del Ejecutivo, no es exportable. Entre otras razones, hay dos la tradición del derecho natural que provenía del Common law y que se aplicó en los tribunales de las colonias, y el origen ulterior de la Unión y de su Poder Judicial (Federal) como elemento arbitral de las sociedades políticas pre existentes (las ex colonias, convertidas en estados), que mantenían su trípode del poder (Legislatura, Gobernador y Corte Suprema estatales) pero que temían del excesivo poder que podían abrir los legisladores en el Congreso de la Unión contra los gobiernos estatales; dos elementos básicos, que explican el poder de la Suprema Corte estadounidense, y que son irrepetibles:

Aun así, la Suprema Corte solo asumió la integridad de sus funciones desde la sentencia de Marshall en 1803, en el célebre caso *Marbury vs. Madison*.

En segundo lugar, es interesante recordar –en especial a quienes creen válido contraponer la Suprema Corte de los Estados Unidos a la moderna institución del Tribunal Constitucional– que *la atribución de la Suprema Corte de revisar a las leyes del Congreso son o no conformes a la Constitución, y de declararlas inaplicables, no figuraba entonces –como no figura hoy mismo– en la Constitución de los Estados Unidos de 1787*. Pese a la protesta de los congresistas de la época, el presidente de la Corte, John Marshall, asumió la revisión judicial de las leyes como una facultad implícita de la Corte, que es precisamente –como antes vimos– lo que

todo Tribunal Constitucional (incluyendo el peruano) realiza al extender⁴² el árbitro expresa de sus funciones. Y la asumió como si fuese de oficio, recogiendo implícitamente las potestades del derecho common law ni siquiera a petición de parte. Además, la ley que Marshall *declaró contrario a la Constitución fue, precisamente, su propia ley (la sección 13 de la ley del Poder judicial)*. Es decir, en términos peruanos, *declaró constitucional parte de su propia ley orgánica*, asunto muy similar al que corresponde resolver al Tribunal Constitucional lo que no se comprende, ciertamente, es como se puede estar en desacuerdo con que un Tribunal Constitucional declare inconstitucional una ley y, al mismo tiempo, elogiar –y estar de acuerdo con– el que una Corte Suprema, como la de Estados Unidos, pueda hacerlo.

En tercer lugar, desde entonces la Suprema Corte –que está integrada por sólo nueve magistrados– resuelve si una ley es o no contraria a la Constitución, por mayoría simple Y su quorum para dictaminar un caso es de seis miembros, lo que significó que bastaría la presencia de seis vocales supremos para declare contraria a la Constitución una ley del Congreso bicameral de los Estados Unidos. Y, no obstante que el Congreso estadounidense no es propenso a aprobar leyes inconstitucionales, ha habido épocas en que esos nueve magistrados han acumulado un alto promedio de derogación de leyes federales. Sólo entre 1932 y 1936 la Suprema Corte derogó 12 leyes Federales, todas muy sustantivas en la política legislativa de la época, lo cual significó un promedio de cuatro leyes anuladas cada año.

En cuarto lugar, se olvida que Marshall también fue víctima de la oposición de muchos miembros del Congreso, que increparon contra la revisión judicial de Las Leves por cuanto ellos velan que así la Corte les arrebatara la última palabra en la potestad exclusiva de legislar –que la Constitución les reconocía–. Nos lo recuerda Schwartz: “Los puntos de vista de Marshall sobre el poder de revisión de la Suprema Corte, así como sus principios nacionalistas básicos, suscitaban la amarga oposición de la

42 Respecto al juez Cooke y la anulación de leyes en los tribunales ingleses como antecedente decisorio de Marshall por el esclarecedor estudio de CAIRO ROLDAN, Omar. “El mito Marbury vs Madison”. En: *Iurisdictio* 2, revista de derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, pp. 75-81.

mayoría de los miembros del partido político dominante, incluyendo a su jefe, el presidente Jefferson”⁴³ Y nos lo reitera Lawrence Baur, al referirse a las Funciones de La Corte en la era Marshall: “La agresividad de la Corte llevó a denuncias y amenazas, incluido un esfuerzo por parte del presidente Jefferson de asegurarse la remoción por lo menos de un miembro a través de un juicio político⁴⁴” Seguramente no habrá faltado algún congresista que considere que Marshall, con su sentencia, dio un “golpe de Estado” máxime si la Constitución no le reconocía a la Corte esta facultad. Sin embargo, la historia judicial norteamericana, que celebra con orgullo la sentencia de Marshall, no ha tenido espacio para consignar las amenazas y declaraciones de coyuntura que él recibió.

Y es que, con el tiempo, como agrega Baum, “los poderes que reclamaba para la Corte y el papel central de esta en el proceso de trazado de políticas pasaron a ser aceptados por los otros poderes gubernamentales y por la ciudadanía en general”⁴⁵.

Por lo demás, algo así ha sucedido hace poco en el Perú con una importante resolución del Jurado Nacional de Elecciones (JNE), que inaplicó –por considerarlas contrarias a la Constitución– dos leyes del Congreso que modificaban el sistema de recolección de planillones para el referéndum⁴⁶ y el propio referéndum. La resolución del JNE, declarando inaplicables las Leyes 26590 y 26670, fue acatada pese a las amenazas vertidas por la propia mayoría parlamentaria.

43 SCHAWRTZ, Bernard. *Algunos...* op. cit., p.74.

44 BAUM, Lawrence. *La Suprema...*, op. cit., p. 56. Recientemente, Luis Paulino Mora, presidente de la Sala Constitucional de Costa Rica, señaló, respecto a algunas reacciones oficiales a las sentencias de la Sala Constitucional de Costa Rica. Este es un país de derecho y cada poder tiene determinadas facultades. Cada poder no puede hacer mas de lo que la ley le permite (...) Lo que sí es cierto es que nuestros gobernantes no están acostumbrados a la existencia de un Tribunal Constitucional que vela por el respeto de las principales normas contenidas en la Carta Magna” En: Revista Parlamentaria 5. San Juan de Costa Rica. Asamblea Legislativa, diciembre 1995, volumen 3, p. 387.

45 BAUM, Lawrence, op. cit., 56.

46 Vale la pena nombrar las consideraciones: a) Porque el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución obliga a todo órgano jurisdiccional a preferir la Constitución en caso de incompatibilidad con una norma legal; b) Porque el artículo 31 de la Constitución vigente reconoce a los ciudadanos al derecho al referéndum; c) Porque ninguna autoridad puede avocarse causas pendientes ante el órgano jurisdiccional (art. 139 inc. 2 de la Const.), ni interferir en sus resoluciones, cuando han pasado en autoridad de cosa juzgada, y d) Porque conforme al artículo 102 de la Constitución, ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos.

En quinto y último lugar, el alcance del poder de revisión judicial de la Suprema Corte es ahora muchísimo mayor que el previsto por Marshall. Hoy, la Suprema Corte no se limita a revisar las leyes federales del Congreso. Como explica Baum: “La Suprema Corte puede declarar inconstitucional cualquier tipo de política o práctica gubernamental, no sólo leyes puestas en vigencia por cuerpos legislativos. En los últimos años, la Corte ha derogado prácticas tales como las de alquiler de un gobierno estadual (...) El número de prácticas no estatutarias que la Corte ha derogado, probablemente, es mucho mayor que las 1.300 leyes que revocó”⁴⁷. Con esta potestad, por ejemplo, La Corte (*Train vs US*) le recortó al presidente de la República en 1975 la facultad de reducir pastos programados en el presupuesto federal. Como se aprecia, esta incesante y ampliada práctica judicial (tampoco reconocida expresamente en la Constitución de 1787) ha superado con creces las expectativas de Marshall, aun cuando se origine y fundamente en su célebre decisión de 1803. De ahí que la verdadera trascendencia del juez Marshall fue que, sin referencia constitucional expresa a la facultad de revisar la constitucionalidad de las leyes y obviando las amenazas y protestas de los congresistas colocó, con esa sentencia, los cimientos básicos del derecho constitucional estadounidense, razón principal de su continuidad y estabilidad por más de dos siglos.

Schwartz, al reseñar la actitud principista de Marshall, expone palabras que contienen una valiosa sugerencia para los magistrados de cualquier Tribunal Constitucional: “La primera preocupación de Marshall, luego de su designación en la Suprema Corte, fue la de afirmar para el departamento judicial los poderes necesarios para permitirle forjar los vínculos constitucionales de una nación poderosa”⁴⁸. Recuerda, asimismo, que en función de su revolucionaria sentencia de 1803 a Marshall le ha correspondido en la historia estadounidense “el más grande lugar ocupado nunca por un juez”⁴⁹. Sin duda, un espacio igual de honroso en nuestra historia constitucional aguardará también a nuestros magistrados constitucionales si confirman –como lo hizo Marshall– que su primera preocupación es la de asegurar los poderes necesarios para el eficaz funcionamiento del Tribunal Constitucional en el Perú.

47 BAUM, Lawrence. *La Suprema...* op. cit., p. 231.

48 SCHWARTZ, Bernard. *Algunos...*, op. cit., p. 37.

49 Ibid, p.73.

La otredad: Un diálogo entre el liberalismo político y la cristología (a propósito de Pedro Planas)*

 MANUEL MONTEAGUDO VALDEZ**

Dos años después del fallecimiento de Pedro Planas publiqué un breve artículo en la revista *Caretas* en el que intenté sintetizar su personalidad y pensamiento (Monteagudo 2003), que conocí con relativa cercanía por la entrañable amistad que me concedieron él y su familia. Titulé el artículo, “*In memoriam* de un hombre de fe” y la revista, sabiamente, le añadió la frase Pedro Planas el joven utopista. Esta era una interesante doble referencia, pues aludía a uno de los primeros libros de Pedro (El joven Haya) y a la idea central de mi texto en el que me preguntaba de qué se nutría el impulso, la euforia y los interminables libros, artículos y ponencias de Pedro en una época en que las preferencias ciudadanas denostaban de la política (ya se había acuñado el sentido peyorativo de la expresión político tradicional y era un buen signo de quienes ejercían el poder el declararse independientes). En aquella ocasión esboqué algunas hipótesis de respuesta, pero la pregunta me siguió acompañando durante mi vida profesional y académica. Y es que a veces uno trata de encontrar una explicación enteramente racional y orgánica a los actos y pasiones de los

481

* Este trabajo fue originalmente publicado en Campos, M. (Ed). (2012). *Democracia, Humanismo y Política. Homenaje a Pedro Planas*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima, pp. 133-145. En ese sentido, la Revista Peruana de Derecho Constitucional cumple con reconocer los créditos y agradece al actual Magistrado del Tribunal Constitucional, doctor Manuel Monteagudo Valdez, y al Fondo Editorial de la Universidad de Lima por su plena disposición para que sea publicado en el presente número de la revista. El texto se ha reproducido como aparece en la obra original.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Paris I, Panthéon-Sorbonne. Magister en leyes por la Universidad de Houston. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor ordinario de Derecho Internacional Económico en esta última universidad y gerente jurídico del Banco Central de Reserva del Perú.

individuos comprometidos y al final, como sugiere el jesuita Gastón Pietri a propósito de los poetas, ellos simplemente escriben por una necesidad vital que no podrían expresar de otro modo (Pietri 2009).

Pedro Planas tenía fe, era un hombre de acción creador de espacios públicos y comprendía el constitucionalismo como un humanismo. Así lo entendí en medio de la consternación y el deseo de comprender su paso fulminante por la vida. Hoy siento que continúa siendo vital darle la palabra a Pedro y reflexionar con él sobre los problemas de nuestro tiempo. Estoy convencido de que su influjo y carisma no fueron gratuitos y su obra corresponde ser estudiada y analizada por las generaciones actuales y las venideras, pues fue un hombre que supo decir no a un enajenado modo de entender el ejercicio del poder y el principio de eficiencia (en boca de celebres hombres de prensa), y además valientemente se lanzó a navegar a contracorriente.

En mi experiencia personal debo reconocer que mi cercanía a Pedro fue una de las principales causas de que mis intereses académicos y profesionales, más bien centrados en cuestiones monetarias y financieras internacionales, buscaran siempre recodarse en el sentido político y hasta antropológico de las instituciones económicas.¹ Lo que ocurre es que en sus conversaciones y disertaciones él tuvo una obsesión por la política en el sentido *arentiano*, pues siempre trató de encontrar en la historia política del Perú una fuente de información de valores o métodos que faciliten la consolidación de nuestras instituciones republicanas.²

La conmemoración de la partida de Pedro coincide con el paso de una década desde el restablecimiento de la democracia en el Perú y es una extraordinaria oportunidad para reflexionar sobre algunas de las motivaciones intelectuales del espíritu de Pedro. Por ello, en este artículo quisiera

- 1 Mi tesis doctoral está dedicada a un análisis jurídico-político de la independencia del Banco Central a la luz de la experiencia europea y las reformas en América Latina. La versión en español de la tesis ha sido publicada en el 2010 como *La independencia del Banco Central*, por el Banco Central de Reserva del Perú, la Universidad del Pacífico y el Instituto de Estudio Peruanos.
- 2 Una de las más notables condiscípulas y amigas de Pedro fue precisamente la doctora Antonieta Ocampo Delahaza, quien realizó un valioso estudio sobre el pensamiento y la tradición de Hannah Arendt (y sobre el de Ernesto Laclau y Chantal Mouffe), los que, de alguna manera, Pedro Planas adoptó como forma de vida (véase Ocampo 1997).

repasar el sentido del otro (la *otredad*) desde la perspectiva del liberalismo político clásico (I) y al mismo tiempo desde una mirada más bien cristológica (II).

I. LA OTREDAD Y EL DERECHO AL SERVICIO DEL HOMBRE

Una de las claves para entender el sentido humanista del constitucionalismo podemos encontrarla en el sencillo enunciado de Montesquieu al definir la libertad política, como:

[...] aquella *tranquilidad* de espíritu que proviene de la idea que cada uno tiene de su seguridad; y para tener esa libertad, es preciso que el gobierno sea de tal naturaleza, que un *ciudadano nunca pueda temer a otro* [...] cuando se reúnen en una misma persona o en el mismo cuerpo de magistratura la potestad legislativa y la potestad ejecutiva, no existe libertad, ya que cabe el temor de que el mismo monarca o el mismo senado puedan hacer las leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente (Hauriou 1971: 236-237).

483

El temor al otro por el poder desenfrenado (político, económico o físico) que pueda ejercer sobre nosotros, es una realidad en la esfera espiritual o psicológica. De este modo, Montesquieu ingresa a la intimidad del individuo para definir la libertad política. *No soy libre si temo al otro* y la situación resulta aun mas degradante si ese sentimiento íntimo se funda en la precepción del sistema jurídico y político.

En consecuencia, la organización del poder y la autoridad tienen necesariamente que garantizar que el hombre se *sienta* libre, de lo contrario, no existe libertad política. La clave reside en que hay un sentido tutelar o garantista y, al mismo, tiempo pedagógico de la libertad en manos de la autoridad y, por supuesto, de la sociedad en su conjunto. Aquí viene a colación la distinción que, a lo largo de la historia, la filosofía política ha intentado hacer entre el *auctoritas* y el *potestas* (Terré 2010: 905), pues nos permite comprender el rol pedagógico del poder público. El *auctoritas* importa un poder inherente reconocido y legitimado y el *potestas* representa un conjunto de competencias expresamente atribuidas por la ley. Así, el poder público requiere de una legitimidad en la vida diaria como de una indiscutible autoridad moral, independientemente (además) de sus

atribuciones jurídicas. Para Hannah Arendt la autoridad en un sentido puro no requiere de medio exteriores de coerción (Terré 2010), y en línea con nuestro análisis de la otredad, la legitimidad de la autoridad reside en que los individuos se *sientan libres* y sin temor, entre unos y otros.

En la sociedad moderna, abierta a la libre competencia y a la globalización, el temor al otro y la función tutelar del Estado cobra una relevancia inusitada. Es muy importante entender que la purgación de ese temor no opera precisamente con la eliminación del otro (recordemos la frase simbólica de Sartre, el infierno son los otros), sino exactamente lo contrario. La lógica del liberalismo económico reside en el libre intercambio con el otro, de la misma forma e intensidad que en la confrontación de ideas en la democracia liberal. La teoría de las ventajas comparativas, que ha continuado inspirando la liberalización comercial desde la posguerra descansa en el aprovechamiento de diferencias entre unos y otros agentes económicos, que además del propio Adam Smith entendía parte de un espíritu de colaboración, en su libro *Teoría de los sentimientos morales* (Dermage 2003: 2314-2315).

484

Por otro lado, una buena parte del derecho está conformado por reglas civiles y comerciales destinadas a facilitar la relación con el otro (la otra contratante). Y si pensamos en el vigoroso desarrollo que ha tenido en el mundo la legislación que garantiza la libre competencia y protección al consumidor, encontraremos su sustento en la teoría de la otredad y la proscripción del temor al otro. Definitivamente, los monopolios constituyen una forma de concentración de poder y la legislación tiene por finalidad proteger a los ciudadanos, en tanto que asalariados, empleadores o accionistas, como apropiadamente lo señaló el entonces comisionado europeo para la competencia, Karel Van Miert, el año 1995. Los acuerdos destinados a fijar precios y cuotas o a dividir de manera artificial la Comunidad con el objetivo de evitar el juego de la libre competencia se traduce en un aumento de precios y una disminución de alternativas para el consumidor [...]. Esta conclusión es igualmente verdadera en los casos en que las sociedades abusan de su posición dominante, afectando artificialmente la libre competencia (Souty 1997: 17).

Hay que descartar que no es una casualidad la asociación que el derecho europeo contemporáneo hace entre libertades políticas y derechos

económicos, o, dicho de otro modo, entre la inseparable contextura del liberalismo político y el liberalismo económico (insuficientemente comprendido en Latinoamérica). El derecho de la Unión Europea se nutre de su propia tradición liberal, una de cuyas vertientes proviene de un grupo de católicos alemanes que en los años treinta propusieron el *ordoliberalismo*, más conocido como la 'economía social de mercado'. Sin ánimo de ingresar a un análisis pormenorizado de esta corriente que hemos expuesto en otros trabajos, cabe remarcar que para los ordoliberales la eficacia económica, la moral social y el orden macroeconómico constituyen una trinidad conceptual. El *laissez-faire* no existe más. El espacio de la economía y el espacio del derecho tienen una relación intrínseca, de modo que se plantea la noción de *Estado de derecho* y Constitución económica bajo un orden digno del hombre (Lautourald 1995).

El propio Montesquieu, además de filósofo, sociólogo y político fue un cultivador y comercializador de vinos,³ y expresó su sentido de la libertad en términos muy concretos, pues también comprendió en ella a las leyes civiles de su tiempo: la libertad consiste principalmente en no estar obligado a hacer algo que la ley no ordena y solo nos encontramos en ese estado cuando somos gobernados por leyes civiles: somos libres porque vivimos bajo leyes civiles (Laurent 1998: 14-15). Uno de los principales objetivos de la ley civil es la protección de la propiedad privada, inseparable del ejercicio efectivo de la libertad y de la producción del interés general (Laurent 1998: 14). Goyard-Fabre señala que la libertad de la que habla Montesquieu no es una libertad metafísica o moral, abstracta o impersonal. Se trata más bien de una libertad real que la experiencia cotidiana somete a la prueba de la verdad (1993: 156). Hay que recordar además que en el *Espíritu de las leyes*, Montesquieu dedica libros enteros a la teoría del comercio y la teoría monetaria, como aspectos concomitantes con el ejercicio de la libertad (Monteagudo 2010: 48).

Regresando a nuestro tópico principal lo que nos interesa resaltar es el sentido intimista del liberalismo constitucional clásico, que permite constatar por qué el orden constitucional no es una construcción únicamente de buen gobierno o de distribución de competencias inspiradas por

3 Recomendamos la interesante bibliografía de Montesquieu de Jean Lacouture (2003).

un principio de eficiencia, sino que es más bien un mecanismo tutelar de la libertad del individuo. Cuando la Constitución de 1979 empieza por consagrar en su primer artículo que la *persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado*, no lo hace con una finalidad puramente retórica, sino que asume una tradición histórica que coloca toda la organización jurídica al servicio del hombre. Ese sentido ordenador está expresado en el artículo primero de la Constitución de 1993 con una forma aún más garantista al señalar que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Como es evidente y nos lo demuestra la historia reciente, no es suficiente la consagración de un texto en la ley para que las instituciones políticas y los derechos fundamentales sean reconocidos. El régimen de Fujimori, al que Pedro Planas combatió desde sus libros y la cátedra, descolocó a la persona humana del centro del sistema jurídico y, en línea opuesta a la tradición liberal, concentró diferentes competencias de poder público.

La sensación de libertad o ausencia de temor del otro no es sino la mejor expresión de la libre autodeterminación, individual y colectiva. Como señala Henri Legohérel, después de la Revolución Francesa, la libertad es al individuo como la soberanía al Estado (1996: 47 y 48) y en realidad hoy en día el salto cualitativo del individuo al Estado, bajo el prisma de la libertad, resulta perfectamente coherente, pues el Estado gana o pierde su *auctoritas* cuando protege o vulnera la libertad de sus ciudadanos. De la misma forma, cualquier acción al poder externo que limite la libertad como el terrorismo que atemoriza a los ciudadanos, constituye una abierta violación al derecho fundamental a la libre determinación.

Como corolario de este sentido intimista (humanista) y garantista del constitucionalismo, encontramos hoy en día su mejor expresión en la consolidación del derecho internacional de los derechos humanos. El profesor Pierre Marie Dupuy señala que las delegaciones nacionales que suscribieron la Declaración Universal de los derechos Humanos de 1948 quizá no fueron muy conscientes que estaban entronizando un *rival* en el orden jurídico, al establecer un conjunto de reglas de derecho aplicables directamente a los estados y regulando de este modo las relaciones entre los soberanos y sus subordinados. Con ello la soberanía deja de ser un fin en sí mismo, para convertirse en un medio al *servicio del hombre*, cumpliéndose – como dice Dupuy -la profecía de Hersch Lauterpacht: El

derecho internacional es hecho por los estados y no los estados por el derecho internacional, pero ello, es solo cierto en el sentido en que el estado es hecho por seres humanos y no los seres humanos por el Estado (2000: 416). El derecho internacional de los derechos humanos termina construyéndose como una garantía colectiva de los estados, distinta de la prevista en los ordenamientos jurídicos nacionales (Faúndez 2004). El individuo está ahora protegido por un sistema *supranacional* ante la violación de sus derechos fundamentales. En el caso específico del Sistema Interamericano, la recurrencia la Corte Interamericana de Derecho Humanos corresponde *a toda persona* sujeta a su jurisdicción de los estados miembro (artículo 1 de la Convención), que hay sido víctima de violaciones de derechos humanos, sin importar su nacionalidad. Ello es así porque el objetivo de la Convención Interamericana no son los estados sino los individuos.

A manera de síntesis diremos que la ausencia del temor al *otro* y entendido este en el sentido más amplio posible (incluyendo por supuesto a todo representante del poder público), permite a los individuos interactuar, ejercer sus derechos políticos, emprender negocios, artes y oficios... Y esta concepción ha sido asumida por el constitucionalismo moderno desde sus albores y como *piedra angular* de un derecho al servicio del hombre.

II. LA OTREDAD: UNA MIRADA DESDE LA CRISTOLOGÍA

Pedro planas también fue un hombre creyente. Y es difícil imaginar que su experiencia religiosa haya estado disociada de su pasión política. De hecho, sus publicaciones sobre el pensamiento socialcristiano y su activa participación en el Instituto de Estudios Social Cristianos fueron reveladores de algunos interesantes puntos de encuentro. La vitalidad de Pedro necesariamente también tenía que estar impulsada por la palabra que los creyentes entendemos *viva*. Como ha señalado Guillebaud, “[...] si el mensaje está vivo, entonces puede ser releído y descifrado por los hombres y mujeres de hoy” (Guillerbaud 2007: 163). Inspirado por esa vocación, a continuación quisiera explorar algunos puntos de encuentro y dialogo entre la otredad política y los textos evangélicos.

Si en el no temer al otro se delinea uno de los pilares de la tradición del constitucionalismo clásico, ningún hombre es cristiano completamente

solo o para el mismo, lo es en referencia y en relación con el otro (Certeau 1987: 304). El *otro* en el mensaje evangélico es más bien el *lugar* de encuentro de una de las expresiones del creador. Cuando le preguntan a Jesús cual es el mandamiento más grande de la ley, Él responde: “Amarás al Señor, tu Dios, con todo tu corazón, con toda tu alma y con todo tu espíritu. Este es el más grande y el primer mandamiento. El segundo es semejante al primero: Amarás a tu prójimo como a ti mismo. De estos dos mandamientos dependen toda la Ley y los Profetas” (Mateo 22, 35-40). En realidad, el mandato de amar al prójimo ya se encontraba en el Deuteronomio, sin embargo, la novedad reside en que Jesús coloca los dos mandamientos en pie de igualdad (Moingt 1997: 128), pues no es posible amar a Dios si no se ama al otro.

Amigo y maestro de Pedro, el sacerdote jesuita Vicente Santuc solía repetirnos que si buscamos a los personajes ejemplares en el discurso de Jesús, encontraremos un cúmulo de individuos que no son como Jesús, ni pertenecen a su comunidad: El buen samaritano, la mujer cananea, los leprosos, los publicanos... Todos ellos constituyen claras expresiones de una *otredad* radical frente a la cual se rinde el hombre de fe. Al final, como indica el cardenal Lustiger, el obstáculo mayor que tiene que ver con la incapacidad del ser humano de salir de sí mismo hasta el punto de amar al otro olvidándose de sí mismo (2004: 72)⁴. La lógica de Cristo es trascender el temor al otro e ir en su búsqueda en forma completamente desinteresada. Los textos evangélicos refieren a los milagros de Jesús como actos gratuitos en beneficio del *otro* y en algunos casos hasta inesperados por sus beneficiarios. Por ejemplo, a diferencia de la viuda de Naim, el ciego de Jericó, o Martha y maría, que interceden por su hermano Lázaro, el primer milagro de Jesús del que da cuenta el Evangelio de san Juan (la conversión del agua en vino durante las Bodas de Caná), no es precisamente un requerimiento de los novios ni de sus familiares, pues en el estado en que se encuentran no deben inspirar compasión.⁵

4 El otro es presentado como peligroso para mí si no se somete a aquello que yo quiero y a aquello que soy... Hacer la paz implica literalmente hacer caer aquello que San Pablo llamo el ‘muro de separación’ (Ef. 2, 14) entre el hombre prisionero de sus ídolos y el hombre que Dios ha liberado de toda idolatría revelándose que es un hijo de Dios. Así, el hombre puede amar y debe amar a su prójimo como Dios, el padre, lo ama a él (Lustiger et al. 2004).

5 Véase esta interesante explicación de la gratuidad de este milagro en Jacques Duquesne (2008: 105).

Por supuesto que las consecuencias de la gratuidad también trascienden a toda economía, si pensamos con nuestra lógica actual y vemos con sospecha esta actitud, por ser irracional o implicar a priori una actitud que no mide consecuencias. Bien lo ha recordado Benedicto XVI en su encíclica *Caritas in Veritate* cuando señala que la “gratuidad pasa frecuentemente desapercibida debido a la visión de la existencia que antepone a todo la productividad y la utilidad”. Y es que tenemos que admitir que la lógica de Cristo supera nuestros propios parámetros. Yo mismo lo experimenté como investigador, al repasar las diversas referencias monetarias en los evangelios, y específicamente cuando descubrí los pasajes de la expulsión de los cambistas del templo (Mateo 21:12) y el del “dadle al César lo que es del César” a propósito de la moneda imperial (Mateo 22:19-21). Ocurre en la Roma antigua, las monedas romanas convivían con muchas monedas provinciales como las judías, que solo podían ser empleadas para la compra de animales que serían sacrificados en las puertas del Templo. Existía una concurrencia de monedas extranjeras y nacionales, como podemos verlo actualmente, en nuestro país y en el extranjero. Resultaba en consecuencia, perfectamente lógico que los judíos en su vida cotidiana empleasen ambas monedas y accedieran al servicio de cambio. No había nada de perverso en esos usos y costumbres.⁶ Sin embargo, el simbolismo de la reacción de Cristo en ambos pasajes va más allá de nuestro razonamiento puramente económico. No niega la naturaleza y eficacia del instrumento monetario (pues la fortaleza del sistema monetario romano fue por mucho tiempo una expresión de la grandeza de Roma). Su propuesta es más bien el poner de manifiesto, en el terreno religioso, el anuncio de un nuevo orden que exige pensar diferente. Y por supuesto que este anuncio esencialmente religioso, querámoslo o no, tendrá inevitables consecuencias en la cotidianidad, en la polis, en los negocios y en general en la vida colectiva. El reino *ya está aquí*, presente sobre la tierra, como nos lo ha recordado el Concilio Vaticano II (*Gaudium et spes*. La Iglesia en el mundo de este tiempo). Sus principios, que nos impulsan y conmueven, corresponden a otra realidad que hay que ir descubriendo (recordemos el alegato de Jesús al procónsul de Roma: “mi reino no es de este mundo”). Sin embargo, estos principios trascendentes paradójicamente se aplican – de una forma u

6 Véase la referencia de este pasaje en Joseph Ratzinger (Benedicto XVI) (2011: 15-16). También véase el contenido en Monteagudo (2010: 51-53).

otra – a este mundo real. El proyecto de Cristo es un proyecto *terrenal*. No temer ni odiar al otro (aun siendo nuestro enemigo), sino más bien amarlo es un asunto que corresponde ejecutarse en el mundo real, en la pura contingencia histórica en la que nos encontramos los seres humanos. También por esta razón *el cristianismo es un humanismo*.

Empezamos señalando que para Pedro planas el constitucionalismo es un humanismo y, por supuesto, ahora no debemos sorprendernos. Sin embargo, tenemos también que reconocer que la cristología no necesariamente corresponda todos los estamentos de la construcción constitucional y política. No me refiero a la separación entre la Iglesia y el Estado (que a fin de cuentas devino en una victoria del cristianismo) sino a una diferencia de enfoques que hace posible el diálogo. El sentido y la caracterización del *otro* en los evangelios se proyecta más allá de las categorías propias de la Teoría del Estado.

Veamos, en primer término, que la idea de que el reino *ya está* aquí (en medio de ustedes) nos plantea a los creyentes algunos problemas de acción muy severos. La venida de Jesús inauguró un tiempo que los hombres debemos completar (otra vez el sentido terrenal del proyecto) (Duquesne 2008: 149). Y en ese escenario, el Dios de los cristianos “necesita de los seres humanos”. Suena estremecedor pero solo tenemos que recurrir a los evangelios para corroborarlo, cuando Jesús “no podía hacer ningún milagro” por la falta de fe (Marcos 6, 6).

Por otro lado, los enunciados de Jesús relacionados con el ejercicio del poder son sumamente esclarecedores. Y quiero referirme a dos de ellos a partir de un interesante documento de la Comisión Especial del Episcopado Francés, denominado “Rehabilitar la política” (Comisión Sociale de l’Episcopat 1999). Cuando desde el derecho administrativo pensamos en el principio de legalidad para determinados actos del poder público, inmediatamente lo relacionamos con la formalidad que supone la preexistencia de la norma legal. Por ejemplo, que solo una ley crea impuestos o cuando queremos identificar un derecho reconocido por nuestro ordenamiento jurídico, pensamos que este tiene que estar necesaria y exclusivamente cristalizado en una norma jurídica positiva. Un razonamiento que solo piensa en la forma puede llevarnos a reglamentarismos obsesivos que al final no consolidan el estado de derecho. En realidad,

la preexistencia de una ley que crea los tributos no es otra cosa que la exigencia de la legitimidad política (que la otorga el Parlamento) para que proceda la afectación, por el poder público, de un patrimonio o renta privada. De la misma forma, el solo texto de la ley puede no ser la condición suficiente para reconocer un derecho, siendo mas bien necesario recurrir a principios (incluso de derecho internacional) que llenan lagunas o corrigen defectos de las normas. Y entonces, a los juristas nos resulta verdaderamente paradigmática la respuesta de Jesús ante un supuesto incumplimiento de la Ley: el Sabbath “ha sido instituido para el hombre y no el hombre para el Sabbath” (Marcos 2, 27).

Jesús también expresa la idea de que todo poder (político, económico, social o intelectual) debe ser ejercido como un servicio. “Los reyes de las naciones las dominan como señores absolutos, y los que ejercen poder sobre ellas se hacen llamar Bienhechores, pero no así vosotros [...] el mayor entre vosotros sea el más joven y el que gobierna como el que sirve” (Lucas 22: 25-26). Este enunciado va más lejos que nuestra inmediata lógica política, pues el reino pertenece a los que son como niños (Marcos, 10, 14) y la autoridad (auctoritas) no se ejerce como un dominio *absolutista*. El reino de Dios *pertenece* a aquellos que no significan nada o son considerados como tales y no a los reputados como sabios y poderosos de este mundo (Perrot 1998: 35). Se trata —como comenta Duquesne— de propósitos difícilmente aplicables a un Estado o un territorio (Duquesne 2008: 149), pero que residen en nuestra conciencia y no podremos liberarlos de ella. Por su parte, la historia del derecho constitucional no es otra que la historia de la limitación del poder y la teoría de la representación nos enseña que el poder público se ejerce en representación de la soberanía, que en una última instancia reside en el pueblo.

Lo verdaderamente enriquecedor de la observación cristológica del poder político es la posibilidad de ejercer otra mirada crítica de las instituciones que las sociedades van creando. Justamente, si existe una manera de resumir en una frase la inspiración del Concilio Vaticano II, tomamos la de Rouquette cuando sugiere en buena cuenta que el *Milagro Roncalli* (el papa Juan XXIII) fue llevar la luz del Evangelio a los problemas que angustian a la humanidad (2002: 60). Esta acción eclesial es permanente como también lo evidencia la voz natural que ha dejado oír la Iglesia a raíz de la actual crisis financiera internacional. Esta voz nos recuerda

nuevamente el imperativo de vivir en el terreno político y económico, la cultura de la otredad. Prácticamente todos los diagnósticos del origen de la crisis coinciden en que los mercados entretuvieron artificialmente y deliberadamente a agentes económicos insolventes (*otros*) desencadenando una crisis global, pues se crearon sofisticadas estructuras financieras que contenían préstamos hipotecarios de baja calidad e inmediatamente se le hizo circular fuera de control. De este modo, la búsqueda de la rentabilidad (que nos es mala en sí misma si recordamos la parábola de los talentos) desencadenó una carrera frenética e irresponsable. La Iglesia se ha preguntado ¿Cómo se ha llegado a esta desastrosa situación, tras un decenio en que se han multiplicado los discursos sobre la ética de los negocios y de las finanzas? (nota de la Santa Sede ante la Conferencia de las Naciones Unidas en Doha, 2008). Diversos documentos de la Iglesia reconocen en el mercado, un legítimo lugar de encuentro, como lo reitera *Caritas in Veritate*. “El mercado es la institución económica que permite el encuentro entre las personas [...] que utilizan el contrato como norma de sus relaciones y que intercambian bienes y servicios para satisfacer sus necesidades y deseos” (*Caritas in Veritate* II, 2009). Pero, lamentablemente, lo sucedido en los mercados financieros en la era de la apertura y la liberalización de la economía, bajo reconocidos principios de autorregulación, nos muestra que la otredad puede ser banalizada sin límites por los propios individuos.

492

Y una industria en la que la confianza y la reputación de los agentes y los mercados juega un rol fundamental bajo la sola lógica económica, es claro que no puede permanecer aislada de los valores éticos y un sentido de responsabilidad por el otro, y también de gratuidad. En la época de la globalización, la actividad económica no puede prescindir de la gratuidad, que fomenta y extiende la solidaridad y la responsabilidad por la justicia y el bien común en sus diversas instancias y agentes. Se trata, en definitiva, de una forma concreta y profunda de democracia económica. La solidaridad es en primer lugar para que todos se sientan responsables de todos (*Caritas in Veritate* III, 2009: 38).

III. CONCLUSIÓN

- Una vez más el evocar a Pedro Planas y sus interminables impulsos por dejarse oír nos llena de esperanza. Solo un espíritu libre es capaz

de empecinarse y enfrentarse a poderosos e influyentes, sin bajar la guardia. Lo que ocurre es que nuestro escriba –aun en tiempo de dictadura—nunca temió al otro. Siempre estuvo dispuesto a dialogar y polemizar sin complejos. Y ahora, al repasar el sentido de la *otredad* como piedra angular del derecho constitucional, comprendo que Pedro asumió *vivir* la libertad política en el sentido más clásico del término y hasta sus últimas consecuencias...El constitucionalismo es un humanismo, pues, por encima de todo, el orden jurídico está al servicio del hombre y no a la inversa. Afortunadamente, la humanización del derecho ha derivado en la definitiva consagración el derecho internacional de los derechos humanos. Y aunque algunos lo duden, la cristología no solo es fundadora de la defensa de la dignidad del hombre y los derechos humanos insospechados. La obra política de Pedro Planas es una privilegiada oportunidad para el dialogo entre cristología y política. Y en última instancia, para creyentes y no creyentes, el advenimiento del reino de los humildes es un llamado de conciencia a la democracia, a la libertad económica y al sentido de solidaridad.

BIBLIOGRAFÍA

- CERTEAU, Michel de (1987). *La faiblesse de croire*. Paris: Editions du Seuil.
- COMMISSION SOCIALE DE L'ÉPISCOPAT (1999). “Réhabiliter la politique”. Declaration de la Commission Sociale. Paris: Bayard.
- DERMAGE, F. (2003). “Le Dieu du marché: Éthique, économie et théologie dans l'œuvre d'Adam Smith”. *Économie et Sociétés (Série Oeconomia)*. *Histoire de la pensée économique* PE núm. 33, 12.
- DUPUY, Pierre-Marie (2000). *L'Unité de l'ordre juridique international*. Cours Général de Droit International Public. RCADI.
- DUQUESNE, Jacques (2008). *Jésus - document*. Paris: J'ai Lu.
- FAÚNDEZ LEDESMA, H. (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales*. 3.^a edición. San José de Costa Rica: IIDH.

GOYARD-FABRE, Simone (1993). *Montesquieu: la nature, les lois, la liberté*. Paris: PUF.

GUILLERBAUD, J-C (2007). *Comment je suis redevenu chrétien*. Paris: Albin Michel.

HAURIOU, André (1971). *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Colección Demos. Barcelona: Ariel.

LACOUTURE, Jean (2003). *Montesquieu, les vendanges de la liberté*. Paris: Éditions du Seuil.

LATOURNALD, A-G (setiembre del 2005). “L’ordolibéralisme, les linéaments d’une synthèse entre l’histoire, le droit et l’économie politique”. Mémoire DEA: Histoire de la pensée économique et épistémologie – Paris I, (director: Francoise Duboeuf).

LAURENT, Alain (1998). *Les grands courants du libéralisme*. Synthèse Armand Colin.

LEGOHÉREL, Henri (1996). *Histoire du droit international public*. Paris: PUF.

LUSTIGER, J-M. et al. (2004). *Qui nous fera voir le bonheur?* Conferencia en Notre Dame. Paris: Presses de la Renaissance.

MOINGT, Joseph (1997). “Le Dieu des chrétiens”, en Bottéro, J.; Ouaknin, M-A y J. Moingt. *La plus belle histoire de Dieu*. Paris: Éditions du Seuil.

MONTAGUDO, M. (2010). *La independencia del Banco Central*. Lima: Banco Central de Reserva del Perú/Universidad del Pacífico/Instituto de Estudios Peruanos.

MONTAGUDO VALDEZ, Manuel (octubre del 2003). “Pedro Planas, el joven utopista, in memoriam de un hombre de fe”, *Caretas* 1794.

OCAMPO DELAHAYZA, Antonieta (1997). *Teoría de los derechos políticos*. Lima: Banco Central de Reserva del Perú.

PERROT, Charles (1998). *Jesús*. Charles Paris: PUF.

PIETRI, Gastón (junio del 2009). “La doute et la foi”. *Études* 4106.

RATZINGER, Joseph (Benedicto XVI) (2011). Jesús de Nazaret. Trujillo: Arzobispado de Trujillo.

ROUQUETTE, R. (2002). “Le mystère Roncalli”, en Grandes voix jésuites du XXème siècle. Paris: Bayard.

SOUTY, Francois (1997). *Le droit de la concurrence de l’Union européenne*, Paris: Montchrestien.

TERRÉ, Francois (2010). “La autorité dans la démocratie”. *Commentaire*, vol. 33 (132).

Pedro Planas: un buen demócrata militante y descentralista*

 HELDER DOMÍNGUEZ HARO**

“Su deceso se produjo mientras promovía el trabajo]de la Comisión Nacional de Descentralización, de la cual era secretario técnico. Planas se encontraba en Huamanga (Ayacucho), donde tenía previsto reunirse con autoridades locales.

Por la mañana estuvo de buen humor, en especial porque una paloma blanca había ingresado a su habitación del hotel Plaza, lo que interpretó como señal de paz (...)”

Diario El Comercio, octubre 3, 2001, p. a8.

497

I

A la memoria del maestro, amigo y un gran peruano Pedro Planas Silva (1961-2001), permítanme compartir e internalizarnos de modo sucinto y significativo a golpe de pincel en la vida, obra y pensamiento del joven intelectual Pedro Planas, cariñosamente “Pedrito”, y más precisamente, de su opúsculo *Manual del Buen Descentralista*, su último libro en vida.

Antes de sumergirnos en el océano de sus ideas, si tuviera que resumir quién fue Pedro, a viva voz diría lo siguiente: fue un demócrata militante, modélico, dinámico, innovador e infatigable; un fervoroso

* Este artículo ha sido actualizado para la presente edición de la Revista Peruana de Derecho Constitucional.

** Magistrado del Tribunal Constitucional, Director General del Centro de Estudios Constitucionales, profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

combatiente por la descentralización real de nuestros pueblos; en tanto estuvo convencido que la descentralización es la principal reforma de un Estado auténticamente democrático.

No cabe duda alguna que la presencia del profesor Planas en la vida académica, intelectual y de praxis política, no obstante haber partido del mundo terrenal a los 40 años, ha sido y es notoriamente significativa y de trascendencia superlativa, no sólo en predios nacionales sino también supranacionales.

No me considero un erudito del pensamiento planista, para llamarlo de algún modo, sólo manejo un bosquejo de las ideas de Pedro, acaso por haber escrito un primer estudio juvenil embrionario sobre la obra del homenajeado (hace ya más de veinte años), que precede al contenido del Manual del Buen Descentralista, estudio que evidentemente merece ser mejorado.

En tal sentido, si bien las posiciones e ideas de Pedro responden a ese contexto en el tiempo (hasta el 2001), mantienen plena vigencia, unos por ser históricos, otros por ser conceptos permanentes, y finalmente aquellos que tienen visión futurista.

Después de su partida al cielo, son muchos los artículos y comentarios aparecidos en los diferentes medios de comunicación, que evidencian y reafirman la sana y activa personalidad de Pedro, sus destacadas cualidades intelectuales, morales y como ser humano: talentoso, lúcido, ingenioso, consecuente, prolífico escritor, acucioso analítico y político, laborioso, conciliador, entusiasta, vehemente, generoso, amistoso y sencillo.

El diálogo, su pensamiento y su enorme sencillez eran sus herramientas del “obrero político-académico” Planas. Prefería el perfil bajo, no obstante, sus importantes cargos de asesoramiento a distinguidas personalidades de la experiencia democrática como Alberto Andrade y Valentín Paniagua. No era popular (postuló dos veces al Congreso); pero era conocido en el ámbito intelectual, académico, político y dirigencial. Su fenomenal sapiencia hizo que se convirtiera en un brillante jurista y constitucionalista sin ser abogado, sin ser letrado; un dinámico operador de iniciativas ciudadanas sin ser congresista; un ejecutivo con capacidad de resolver problemas sin ser ministro. Allí está lo curioso, lo extraordinario y la riqueza intelectual de Pedro.

En otras palabras, sin haber estudiado derecho en pregrado, a su título de Licenciado en Ciencias de la Comunicación por la Universidad de Lima (egresó en 1982), realizó estudios de posgrado en Derecho Constitucional y Ciencia Política en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, y de Derechos Humanos y Ordenamiento Jurídico en la Universidad Complutense, lo que demuestra que no fue un improvisado en asuntos constitucionales y de politología; como también puede verse en sus diferentes libros y artículos (recuérdese el artículo “Los límites del legislador ante el juez constitucional” publicado en la Revista *Ius et Praxis*, n.º 27, Universidad de Lima, 1997; y “El caso Luis Pardo. Leading case sobre el control de inaplicabilidad de las leyes en el Perú”, en *Iuris Omnes*, año 3, N.º 1, Corte Superior de Justicia de Arequipa, 2000).

Agréguese su calidad de ser unos de los primeros asociados ordinarios de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Constitucional, colaborador del Anuario de Derecho Constitucional Iberoamericano, profesores de varias universidades del Perú (inclúyase su Alma Mater como profesor de derecho constitucional en la Facultad de Derecho y docente en la Facultad de Ciencias de la Comunicación) y fue profesor visitante del Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Harvard.

El profesor Planas era apasionado como sus palabras, hablando veloz y siempre atento en sus conversaciones, sus gruesos bigotes ayudaban a resaltar una sonrisa casi permanente, optimista, contagiosa y hablando apurado, con frases breves, rápidas, precisas. Su capacidad de hacer varias cosas a la vez era inimaginable. Recuerdo que, en una reunión de trabajo en pleno desayuno, además de conversar sobre la problemática libertaria, Pedro estaba terminando un artículo más en su computadora personal, simultáneamente escuchando su pequeño radio para estar en el acto informado sobre lo que sucedía en el Perú, mientras su celular no paraba de timbrar. Sus compañeros de aventuras: su laptop, mini radio y celular.

Nuestro homenajeado vivía la “profesión de ciudadano” y de ser un “demócrata militante” o militante de la democracia, un “demócrata combativo” con un horizonte ético, por la distribución y racionalización del poder político desde las regiones, desde los departamentos, desde lo más profundo del país. No era exclusivamente un intelectual de escritorio,

combinaba muy bien la teoría con la práctica. Le gustaba estar allí donde se debía prevenir o, en su caso, apagar incendios, escudriñando soluciones sobre la base del consenso y las necesidades de cada región: un forjador del diálogo y del consenso institucional (tan es así, que había fundado con un grupo de intelectuales la ONG Consenso Ciudadano).

II

Hace muchos años, cuando alguna vez alguien expresó de nuestro homenajeado “que este robusto y barbado joven es un auténtico recordman en calidad y cantidad de libros publicados”, a esa persona no le faltaba razón. La pasión bibliófila de Pedro Planas, su vehemencia por escribir (y es de esos que escribieron bien) y publicar libros tras libros a su edad “asustada”, comparable con autores extranjeros por no ser habitual en sede patrio (se me viene a la memoria el recordado maestro Raúl Porras Barrenechea, quién a los 40 años de edad tenía también una producción respetable). No podría ser de otro modo, pues fue un investigador acucioso que dejó la tradicional máquina de escribir por la sofisticada computadora personal, ora en el desayuno o en el avión incluso, con el sólo fin de sumergirnos en la realidad política, social, jurídica nacional y latinoamericana.

500

Hasta el año de su fallecimiento se publicaron “sólo” 26 obras, las mismas que pueden ser agrupadas bajo tres grandes temas, a saber: a) pensamiento político peruano, 6 libros; b) doctrina democrática y constitucional, 8 libros (aquí ubicamos Parlamento y gobernabilidad en América Latina de presentación póstuma en el Congreso de la República); y c) reflexión institucional sobre el Perú, 12 libros (aquí se ubica su último libro Manual del Buen Descentralista). Veamos:

- a) Libros sobre pensamiento político peruano: Mito y Realidad de Haya de la Torre. El joven Haya (CDI Editores, Lima, 1985, 215 pp.) a sus 24 años de edad se constituye en la primera obra y le siguen: Los Orígenes del APRA. El joven Haya. (Okura Editores, Lima, 1986, 258 pp.), Antología del Pensamiento Político Latinoamericano (con la escritora paraguaya Milda Rivarola. ICI, Madrid, 1989, 225 pp.), El 900. Balance y Recuperación (CITDEC Ediciones, Lima, 1994, 456 pp.), Bibliografía del movimiento

- socialcristiano en el Perú (1926-1956) (Fundación Adenauer, Lima, 1996, 200 pp.) y *El pensamiento social de Víctor Andrés Belaunde* (IESC, Lima, 1997, 183 pp.)
- b) Libros sobre doctrina democrática y constitucional: *El Estado Moderno. Apuntes para una nueva biografía del Estado Social de Derecho* (Desco, Lima, 1993, 166 pp.), Karl Popper. *Pensamiento Político* (Fundación Naumann, Bogotá, 1996, 82 pp.), *Regímenes Políticos Contemporáneos* (Fundación Ebert, Lima, 1ra. ed., 1997, 449 pp.; Fondo de Cultura Económica, 2da. ed., 1998, 638 pp.), *Derecho Parlamentario* (Ediciones Forenses, Lima, 1997, 618 pp.), *Comunicación política y equidad electoral en América Latina* (Universidad de Lima, 1998, 190 pp.), *Nuevas tendencias del Derecho Constitucional en América Latina* (Universidad Católica Santa María de Arequipa, 1999, 248 pp.), el libro para Bachillerato, *Estado y Ciudadanía* (Ministerio de Educación, Lima, 2001, 200 pp.) y los tres tomos de *Parlamento y gobernabilidad en América Latina* (Fondo Editorial del Congreso de la República, Lima, 2001, 1309 pp.).
- c) Libros de reflexión institucional sobre el Perú: *Rescate de la Constitución* (Abril Editores, Lima, 1992, 572 pp.), *La Constitución traicionada* (con Domingo García Belaunde. Seglusa Editores, Lima, 1993, 321 pp.), *La República Autocrática* (Fundación Ebert, Lima, 1994, 268 pp.), *El Magisterio Constitucional de Ramírez del Villar. Antología* (Fundación Bustamante de la Fuente, Lima, 1996, 328 pp.), *¿Cómo hacer operativo al parlamento peruano? Control parlamentario, transparencia y opinión pública* (Instituto Prensa y Sociedad-Fundación Seidel, Lima, 1996, 112 pp.), *De espaldas al país. Anotaciones sobre una persistente tradición republicana* (IDL, Lima, 1998, 48 pp.), *La Descentralización en el Perú Republicano (1821-1998)* (Municipalidad de Lima, 1998, 588 pp.), *Democracia y Tradición Constitucional en el Perú* (Editorial San Marcos, Lima, 1998, 567 pp.), *El Fujimorato. Estudio político-constitucional* (Ediciones Papyrius, Lima, 1999, 420 pp.), *La Democracia volátil. Movimientos, partidos, líderes políticos y conductas electorales en el Perú contemporáneo* (Fundación Ebert, Lima, 2000, 422 pp.), *La Videopolítica en el Perú. Las elecciones y el acceso de los partidos y de los candidatos en los inicios de la T.V. peruana* (Universidad

de San Martín de Porres, Lima, 2001, 241 pp.) y Manual del Buen Descentralista (Trujillo, 2001, 145 pp.).

Sin publicar y sobre la manga ha quedado los siguientes estudios: uno hecho en España de la campaña de marketing que empleó Alan García para ganar la elección de 1985; la obra inédita *La Gran Minoría*, segunda parte de la Biografía del movimiento socialcristiano en el Perú, que trata de la bancada parlamentaria democristiana, que hizo temblar la política nacional entre 1956 y 1962; El régimen presidencial en América Latina y Jurisprudencia constitucional y valores democráticos.

Sobre ésta última ambiciosa obra de compilación y análisis jurisprudencial, estaba proyectada para cuatro volúmenes, y en plena conversaciones con una conocida casa editorial de Trujillo para una campaña preventa. Dicho trabajo consistía en una antología de jurisprudencia constitucional relevante nacional y extranjera, debidamente comentada texto por texto y distribuida de la forma siguiente: i) jurisprudencia constitucional extranjera (estadounidense; alemana, española, francesa e italiana; del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea -ahora Unión Europea-; y jurisprudencia constitucional latinoamericana); ii) jurisprudencia constitucional peruana (dividida en aquellas que corresponden antes del 5 de abril de 1992 y después de esa fecha); iii) jurisprudencia constitucional interamericana (Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos); y cierra con el capítulo llamado “jurisprudencia constitucional universal” (analizando el caso Pinochet y sobre el Estatuto Penal Internacional).

Desde sus primeros artículos (a los 22 años juveniles), su primera obra *Mito y realidad de Haya de la Torre*. El joven Haya (1985), pasando por su famoso *Rescate de la Constitución* (1992), hasta su última obra póstuma, Pedro ha desarrollado contribuciones de envergadura en las diferentes áreas que se articulan en la sociedad y en el Estado, como expresión de su pasión por el Perú: historia, pensamiento político y constitucional, derechos humanos, libertad de expresión, medios de comunicación, participación ciudadana, movimientos sociales, partidos políticos, sistemas políticos, formas de gobierno, equilibrio de poderes, Estado moderno, derecho constitucional, derecho parlamentario, sistema electoral, constituciones,

jurisprudencia constitucional, ciencia política, gobernabilidad, democracia constitucional, autonomía municipal, descentralización, reforma constitucional y descentralista.

Los aportes más importantes del pensamiento planista se han dirigido a la visión de la democracia, la descentralización y al derecho constitucional peruano, acuñando útiles y utilizando acepciones para la reivindicación democrática de los peruanos, como “valores democráticos”, “Constitución histórica”, “democracia institucional”, “héroes civiles”, “régimen semipresidencial latinoamericano”, “tradición republicana”, “fujimorato”, “república autocrática”, “hipercentralismo”, entre otras. Aportes, que ya se veían venir en 1992 con *Rescate de la Constitución*.

Valga dejar en claro, que a través de sus publicaciones hay una lógica de pedagogía y de enseñanza de las instituciones políticas, constituciones y de los valores democráticos a los estudiantes y ciudadanos de a pie. Por ejemplo, su libro *Estado y Ciudadanía* (2001) fue producto de haber ganado la licitación del Plan Piloto del Bachillerato convocado por el Ministerio de Educación para reemplazar al antiguo curso de Educación Cívica. Un trabajo educativo de enorme capacidad para darnos a conocer de un modo claro y preciso la importancia de vivir con Constitución y en democracia (cualitativamente superior a otras publicaciones de la misma naturaleza y autorizadas por el Ministerio de Educación, que le precedieron tiempo atrás, me refiero a los libros *Para conocer la Constitución peruana* de Marcial Rubio, 1983; y *La Constitución y Tú* de Enrique Chirinos Soto, 1994 y posteriores ediciones). Igualmente, destaca su obra *Democracia y Tradición Constitucional en el Perú* (1998), que agrupa un conjunto de trabajos del autor y un apéndice documental histórico vinculados al derecho constitucional peruano (como el manifiesto de Miguel Grau en defensa de la Constitución), ofreciendo una imagen global de nuestro régimen constitucional, rescatando la memoria de nuestra república y constituye un verdadero material de lectura para los estudiantes, jóvenes y ciudadanía en general.

Bástenos mencionar, que no es éste el lugar de analizar en detalle la prolija obra y razonamiento planista; empero cabe señalar -in globo- que su filosofía y pensamiento se centró en la renovación ética de la política, en la cultura de la democracia, en la racionalización y distribución del poder político dentro de la fenomenología política y constitucional, de esa “energía”

(Bidart o Burdeau) cuyo cimiento es la persona humana -como fin supremo de una organización estadual y societaria-, y propuso también una reforma sustantiva del congreso, una nueva ley de partidos políticos evitando “cambios de camiseta”. El Poder abierto y organizado (con la concurrencia de los actores políticos y sociales individuales y asociados) estructurado bajo lineamientos descentralistas, como parámetro y principio fundamental de coexistencia ciudadana.

III

Sobre la descentralización Pedro, ha sido miembro de la Comisión de Descentralización y Gobiernos Locales del Colegio de Abogados de Lima (1999), Director de la Biblioteca Peruana de la Descentralización de la Municipalidad de Lima, que editó la Revista quincenal Memorial Descentralista y organizó el Concurso Nacional “Impulsemos la Descentralización” (1999). Fue co-editor de esa publicación periódica, de contenido dinámico y ágil para el peruano mayoritario. En sus diversas entregas aparece la fina pluma de Planas, en materias como la historia descentralista en el Perú, una sabrosa sección de vocabulario descentralista, un innovador capítulo de test descentralista (que motiva el análisis de la ciudadanía para una pronta respuesta), noticias, propuestas, artículos de opinión y actualidad; constituyéndose en una tribuna de reclamos con el noble fin de hacer realidad el compromiso descentralista de la población toda. Igualmente, ha sido coordinador de la Comisión Presidencial para la Devolución de Rentas y Competencias Municipales, instaurado en el histórico Gobierno de Transición, por encargo del presidente Valentín Paniagua; fue consultor en materia de descentralización para la Comisión de Constitución del Honorable Congreso del Ecuador y su último cargo fue de Secretario técnico de la Comisión Nacional de Descentralización del gobierno peruano.

Varios ensayos y artículos anunciaban su preocupación por el tema descentralista: meditaciones y pensamiento crítico que han servido de “entrada” para la culminación de aquella gruesa obra orgánica: *La Descentralización en el Perú Republicano (1821-1998)*, editada por la Municipalidad de Lima. Esta monumental obra precursora ha servido para que el autor, empapado bajo esta temática descentralista, haya incursionado con destreza y habilidad en publicaciones elementales, de lecturas ligeras,

precisas y a la vez completas, tendientes a fomentar y educar al ciudadano mayoritario del significado del proceso de descentralización en nuestro país. El contenido del Memorial Descentralista es muestra de ello y que, en puridad, ha dado vida al libro Manual del Buen Descentralista configurándose en una síntesis o cuadro sinpótico del universo descentralista, fruto –repito– de una larga y concienzuda meditación, recolección de notas y datos bibliográficos por parte del autor.

El Manual del Buen Descentralista, fue la primera obra de Pedro Planas editada y publicada en Trujillo, pero no la única obra nacida fuera de Lima. Arequipa ya ha gozado editando sus peculiares trazos académicos, hasta en estos detalles corre en sus venas de nuestro autor sangre descentralista. El contenido del Manual llegó a la Ciudadela de Chan Chan en Trujillo a fines de 1999 y desde principios del año 2000 estaba proyectado su edición; empero por razones que no cabe citar no se concretó sino hasta marzo de 2001 (en esta labor estuvimos avocados conjuntamente con mi buen amigo y profesor Miguel Rodríguez Albán, actualmente Director de la Escuela de Ciencia Política y Gobernabilidad de la histórica Universidad Nacional de Trujillo). Su nacimiento en la ciudad de grandes ventanas coloniales y del caballo de paso no fue una casualidad. Siempre Pedro ha visitado geografía liberteña, conocía su realidad problemática y, como no podía ser de otra manera, escribía sobre dicha problemática y diseñaba soluciones (léase su artículo “El imperativo de recuperar Casa Grande”, Diario El Comercio, febrero 27, 2000); incluso sus libros eran presentados en Trujillo, como ocurrió con la publicación La Videopolítica en el Perú (2001), constituyendo un aporte cardinal para la bibliografía y evolución de la ciencia política peruana.

Del Manual se puede advertir que para Planas descentralizar significa trasladar a los pueblos la capacidad de decidir el desarrollo y la inversión en materia de obra pública, caminos, educación, salud, etc., mediante gobiernos territoriales de dimensión regional y fortaleciendo a los municipios (redistribución presupuestal y gestión autónoma). La descentralización se ejerce en dos niveles básicos: regional y municipal. Por su naturaleza múltiple comprende aspectos políticos, jurídicos, sociales y económicos, que deben conectarse adecuadamente con las necesidades y potencialidades de las economías regionales de nuestro país, hacia un sostenido desarrollo macroregional.

La historia republicana peruana se ha desarrollado dentro de un marco de relación pendular entre libertad y poder, entre la antinomia de democracia y autoritarismo. Con ese esquema Planas desplegó su esfuerzo investigativo en el estudio de las formas descentralistas de ayer y hoy; en los pensadores y personajes representativos que contribuyeron a la causa descentralista, como José Faustino Sánchez Carrión, Domingo Elías, Manuel Pardo, Andrés A. Cáceres, Mariano H. Cornejo, Víctor Andrés Belaunde, José Carlos Mariátegui, César Antonio Ugarte, Haya de la Torre, Jorge Basadre, Emilio Romero, Manuel Jesús Gamarra, Hildebrando Castro Pozo, Luis Alberto Sánchez, Santiago Antúñez de Mayolo y Javier Pulgar Vidal.

Podemos decir que la esencia de su pensamiento descentralista enlaza notablemente con su visión institucional de la democracia. Es el vínculo entre descentralización y democracia, o entre democracia y desarrollo, viendo la descentralización como una distribución territorial del poder y garantía para evitar que se concentre la decisión política y presupuestal en el Gobierno Central, en particular el Presidente de la República. Si bien la democracia como “tema recurrente” –para utilizar terminología del italiano Bobbio– se presta a la multivocidad y dispersión –según Sartori–, y se utiliza para disfrazar todo tipo de gobiernos autoritarios, el mérito de Pedro es precisamente el de desenmascarar y desmitificar las formas supuestamente democráticas y descentralistas en la realidad existencial.

La posición del autor no es sectorial, fragmentada o unilateral. Todo lo contrario, abona una postura lata, abarcadora de las dimensiones que conforman la organización de la sociedad y el Estado. Asume, asimismo, una posición humanista en tanto de su pensamiento escrito se desprende que el ciudadano se convierte en el motor y elemento integrador del desarrollo regional y municipal, acorde con su dignidad. Orgánicamente, la descentralización democrática del poder político se convierte en un presupuesto ineludible, dolosamente descuidada por buena parte de los detentadores del poder en la historia republicana.

Destaca en este Manual la aguda crítica al nivel regional de descentralizar en nuestra historia. Sosteniéndose que la conciencia “departamentalista” se presentaría como un transitorio bloqueo al proceso de

regionalización, éste último definido –por el autor– como una forma de descentralizar, a través de espacios territoriales denominados “regiones”, que se caracterizan por exhibir un vínculo territorial propio, con su particular dinámica económica y comercial, que amplía, supera o cruza artificiales demarcaciones departamentales. Ante esta realidad palpable el autor propuso crear gobiernos departamentales (sobre la base de los CTARs de ese entonces) que, con la creación de mercados regionales y la realización de obras e inversiones comunes en territorios contiguos, facilite su progresiva integración tendiente a la unidad regional, avalada y definida mediante consultas populares a las provincias o distritos solicitantes.

Hace particular hincapié a la participación ciudadana en las decisiones regionales: afirmó rotundamente que la organización regional debe apoyarse y beneficiarse con mecanismos de participación, que favorezcan la transparencia de los actos públicos y la permanente rendición de cuentas. Su propuesta se resume en el sentido que la participación en las decisiones descentralizadas no es sólo un veredicto sobre la conducta funcional o la gestión de determinadas personas o autoridades regionales, que origine el uso de mecanismos tradicionales como la revocatoria o de la remoción; debe entenderse como procesos destinados a favorecer la capacidad formativa del ciudadano y su interés por los asuntos vinculados al desarrollo regional, mediante la pre-publicación y el debate prudente de las propuestas de inversión pública y sus alcances, antes de la discusión y aprobación del presupuesto regional.

No quisiera concluir estas ideas sin dejar constancia que Pedro Planas, en su afán descentralista, fue propulsor en América Latina de las “oficinas de gestión parlamentaria”, aplicadas en Guatemala, Costa Rica y El Salvador, para canalizar las opiniones, propuestas, demandas y quejas de los ciudadanos. En ese sentido fue promotor desde hace buen tiempo en el Perú de la creación de Oficinas Regionales del Congreso en cada departamento, para que el congresista del lugar recoja las demandas, quejas, pedidos, sugerencias y propuestas de los electores, autoridades y organizaciones sociales del departamento, contestándolas en un plazo de 10 días.

El buen Pedro, falleció joven al igual que César Vallejo, José Carlos Mariátegui, César Antonio Ugarte, Jorge Guillermo Leguía, Carlos Pareja

Paz Soldán, Alberto Flores Galindo; sin embargo, parafraseando a Víctor Macho “Lo terrible de la muerte no es morir sino el olvido. No teme a la muerte quien tiene quien lo recuerde”. Queda el genuino pensamiento planista, su labor inconclusa que de seguro ha sido y será retomada cada día más por aquellos que creemos que sin la democracia descentralista no hay futuro nacional.

El raciocinio planista no es simplemente un conjunto de cuestionamientos a las formas descentralistas, es también una afirmación sobre la necesidad de la descentralización como proceso permanente, por ende, de la institucionalización y consolidación de la democracia constitucional, y sobre que mecanismos harían operativo su ansiada realización. La descentralización y la democracia es un esfuerzo no sólo de los gobernantes e intelectuales sino de la sociedad peruana en su conjunto.

Amigo Pedro siempre estarás en el recuerdo de la juventud, de la ciudadanía, de la conciencia nacional y regional.

El pensamiento constitucional de Pedro Planas*

 OMAR CAIRO ROLDÁN**

I. INTRODUCCIÓN

Cuando el golpe de Estado del 5 de abril de 1992 acabó con doce años de vigencia de la Constitución de 1979, las convicciones democráticas de nuestros sectores dirigentes fueron puestas a prueba¹. Lamentablemente, sus posturas débiles y vacilantes sugirieron que nunca habían tenido confianza en la democracia como forma de gobierno². Algunos profesores de derecho, incluso de una materia como el derecho constitucional, “sino apoyaron el golpe o conservaron un calculado silencio ante los atropellos sistemáticos, dijeron rechazarlo solo “por ser abogados””³. En ese momento terrible, Pedro Planas empezó a construir.

509

Entre los años 1992 y 2000, al mismo tiempo que libró una lucha decidida contra la dictadura, Pedro Planas escribió más de diez libros sobre Derecho Constitucional⁴ que enriquecieron la doctrina nacional.

* Este trabajo fue originalmente publicado en Cairo Roldán, O. (2008). El Pensamiento Constitucional de Pedro Planas. *Derecho PUCP*, (61), 221-248. <https://doi.org/10.18800/derecho-pucp.200801.010>. En ese sentido, la Revista Peruana de Derecho Constitucional cumple con reconocer los créditos y agradece al doctor Omar Cairo Roldán, al Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y a la Revista Derecho PUCP por su plena disposición para que el trabajo sea publicado en el presente número. El texto se ha reproducido como aparece en la obra original.

** Profesor ordinario Asociado de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado asociado del estudio Monroy Abogados.

1 Planas, Pedro. *Rescate de la Constitución*. Lima: Abril Editores & Impresores, 1992, p. 15.

2 Ib.

3 Planas, Pedro. *El fujimorato. Estudio político-constitucional*. Lima: Talleres gráficos Kelly, 1999, p. 11.

4 Algunas de estas obras son los siguientes:

Rescate de la Constitución. Lima: Abril Editores & Impresores, 1992.

Los elementos de su pensamiento constitucional, que recordaremos a continuación, permitieron a una generación de estudiantes acercarse a una disciplina que, lejos de ser una sofisticación académica, es el fundamento de la vida civilizada.

II. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Pedro Planas entendió a la Democracia constitucional como un conjunto de normas que aseguran libertades y derechos, y como una estructura normativa que divide las funciones de modo tal que impide su concentración y garantiza su fiscalización y control, consagrando un principio jerárquico cuya cima la ocupan los tratados de derechos humanos y la Constitución⁵.

Explicó además que, en lo sustantivo, es un régimen jurídico⁶ y que, como forma política del Estado de Derecho, su fundamento principal “es la distribución del poder estatal en varios órganos independientes, que detentan poder y participan en la formación de la voluntad estatal”⁷. También precisó que, respecto a la ciudadanía, los mecanismos de este sistema político “garantizan la publicidad y transparencia de los actos y decisiones y promueven la mayor participación, la deliberación

La Constitución traicionada (con Domingo García Belaunde). Lima: Seglusa Editores, 1993.
El Estado moderno (Apuntes para una nueva biografía del Estado Social de Derecho). Lima: Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, 1993.

La República autocrática. Lima: Fundación Friedrich Ebert, 1994.

Regímenes políticos contemporáneos. Lima: Fondo de Cultura Económica, 1997.

Derecho parlamentario. Lima: Ediciones Forenses, 1997.

La descentralización en el Perú republicano (1821-1998). Lima: Municipalidad Metropolitana de Lima, 1998.

Democracia y tradición constitucional en el Perú (materiales para una historia del Derecho Constitucional en el Perú). Lima: Editorial San Marcos, 1998.

Nuevas tendencias del Derecho Constitucional en América Latina. Arequipa: Universidad Católica de Santa María, 1999.

El fujimorato. Estudio político-constitucional. Lima, 1999.

La democracia volátil. Movimientos, partidos, líderes políticos y conductas electorales en el Perú contemporáneo. Lima: Friedrich Ebert Stiftung, 2000.

5 Planas, Pedro. *Rescate de la Constitución*. Lima: Abril Editores & Impresores, 1992, p. 69.

6 Ib.

7 Planas, Pedro. *Regímenes políticos contemporáneos*. Lima: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 53.

parlamentaria, el control político y el ejercicio responsable de las decisiones adoptadas”.⁸

En la Democracia constitucional, sostiene Pedro Planas, la Constitución es “el instrumento jurídico fundamental de una Nación, que consagra el gobierno de las normas por encima de las personas a través de un compromiso que involucra, por igual a gobernantes y a legisladores, a funcionarios públicos como a la ciudadanía en general, sentando las bases mínimas de un proyecto nacional”⁹. Su elaboración se realiza “mediante transacciones y concesiones de las fuerzas políticas que asumen, por delegación del pueblo, el Poder Constituyente”¹⁰. Es, por lo tanto, “una norma de consenso”¹¹. Este consenso, según Pedro Planas, surge de un triple compromiso constitucional: el compromiso previo de los constituyentes de deliberar con franqueza y apertura y ponerse de acuerdo en una norma que inspire a los futuros gobiernos, el compromiso final de los mismos constituyentes de aceptar y respetar el texto constitucional que emane de la deliberación interna, y el compromiso posterior de gobernantes y parlamentarios de respetar y cumplir su normatividad¹².

511

Con relación al ejercicio de las funciones políticas en la Democracia constitucional, Pedro Planas recordó que la dogmática constitucional tiende a distinguir entre la división de poderes, la separación de poderes y el equilibrio de poderes¹³ y, al respecto, sostuvo lo siguiente:

[...]. La “división” se aplica a quienes ejercen las diversas funciones del Estado: se trata de garantizar que las funciones del legislar, gobernar y juzgar la asuman distintas personas. La “separación” se refiere al origen y relación de quienes ejercen esas funciones. Y el “equilibrio” –más dinámico y vertebral– se grafica como un sistema de pesos y contrapesos entre las instituciones del Estado, que

8 Ib.

9 Planas, Pedro. *Rescate de la Constitución*. Lima: Abril Editores & Impresores, 1992, p. 14.

10 Ib., p. 131.

11 Ib., p. 431.

12 Ib.

13 Planas, Pedro. *El fujimorato. Estudio político-constitucional*. Lima, 1999, p. 48.

evitan –como lo quería Montesquieu– la concentración y el abuso del poder estatal. [...].¹⁴

Por otra parte, la autocracia, según explica Pedro Planas, es el sistema político contrario a la Democracia constitucional. “Es el caso de la concentración del poder político en un único detentador del poder; sea una persona individual (el dictador), una asamblea, un comité, una junta o un partido”¹⁵. Este sistema puede “apelar a fórmulas ‘democráticas’ o a liderazgos populares, con solo valerse de la identificación personal o carismática con el total de la población, negando la pluralidad política e ideológica y procurando presentarse en calles y plazas y en la radio o canales de televisión, como encarnación del propio Estado”¹⁶. También puede encubrirse tras una “forma constitucional”¹⁷, pero “se trata de una Constitución semántica, fabricada para legitimar un ‘gobierno de facto’ y garantizar la permanencia en el poder de determinado actor o actores políticos, o de una Constitución meramente nominal, que es violada, distorsionada e incumplida con particular frecuencia.”¹⁸

III. LAS ESTRUCTURAS BÁSICAS DE LOS RÉGIMENES POLÍTICOS EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Pedro Planas afirma que, en la dinámica de pesos y contrapesos dentro del Derecho Constitucional, y a pesar de sus diversas configuraciones, el régimen político democrático se caracteriza por garantizar cierto equilibrio fundamental entre las competencias del gobierno y las del parlamento¹⁹.

Así, mientras el **régimen parlamentario** obedece, en rigor, a un esquema de integración de poderes, en el **régimen presidencial** prevalece

14 Ib., pp. 48-49.

15 Planas Pedro, *Regímenes políticos contemporáneos*. Lima: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 51.

16 Ib.

17 Ib., p. 52.

18 Ib.

19 Planas, Pedro. *La Constitución traicionada* (con Domingo García Belaunde). Lima: Seglusa Editores, 1993, p. 194.

un estricto esquema de separación de poderes²⁰. Sin embargo, Pedro Planas explica que ambos esquemas, a pesar de la distinta configuración de sus instituciones y mecanismos constitucionales, aseguran un sano equilibrio entre las competencias gubernamentales y las que corresponden al cuerpo legislativo²¹. Además, sostiene que las principales características de cada uno de estos esquemas son las siguientes:

1. **Esquema parlamentario (integración de poderes).**- a) Separación entre Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, b) No hay elecciones populares para elegir gobernante, c) el gobierno tiene amplia competencia legislativa, y d) La confianza parlamentaria es requisito para la función gubernamental²², pero cuando esta se quiebra los dos métodos para reencontrarla son la censura del gobierno y el derecho de disolución²³.
2. **Esquema presidencial (separación de poderes).**- a) Unión del Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, b) Hay elecciones populares simultáneas para el elegir Congreso y Presidente de la República, c) el Congreso ejerce función de control y d) el Congreso tiene el monopolio de la competencia legislativa²⁴.

513

Teniendo presente estas configuraciones del régimen democrático, Pedro Planas afirma que, desde la perspectiva del origen de la estructura del poder gubernamental “¿Quién es el Jefe de Gobierno y como se le designa?”²⁵, los regímenes contemporáneos de la Democracia constitucional se agrupan en las siguientes posibilidades²⁶:

1. **Régimen de estructura básicamente parlamentaria.**- En este régimen, el “Jefe de Gobierno surge por elección, decisión o votación del parlamento”²⁷. Al “votar por una mayoría parlamentaria

20 Ib.

21 Ib., pp. 194-195.

22 Ib., p. 195.

23 Ib., pp. 195-196.

24 Ib., pp. 196-198.

25 Planas, Pedro. *Regímenes políticos contemporáneos*. Ob. cit., p. 60.

26 Ib.

27 Ib.

se le encarga –simultáneamente– la formación de un gobierno”²⁸. El “nombre acuñado para designar al Jefe de Gobierno puede recibir fórmulas distintas: Primer Ministro (Reino Unido y Francia), Canciller (Alemania y Austria), Presidente del Gobierno (España) o Presidente del Consejo de Ministros (Italia)”²⁹, pero “su origen y funciones son muy similares”³⁰.

2. **Régimen de estructura básicamente presidencial.-** En este régimen, “el Jefe de Gobierno es elegido por votación popular (directa o indirecta), en simultáneo con los miembros del Congreso”³¹, aunque reciba la denominación de “Presidente de la República”, “Delegado”, “Primer Magistrado” o “Gran Jefe”³².

Pedro Planas explica que, cuando se realiza el análisis de las formas de gobierno desde las formas “puras” o modélicas (presidencialismo/parlamentarismo), lo común es encontrar algunas mezclas, no siempre sustantivas, pero lo suficientemente heterodoxas respecto al modelo original como para denominarlo régimen “mixto” o “híbrido”³³. Sin embargo, “el *mixtum*, entendido como tercer sistema (*tertium*), no existiría como modelo autónomo en cuanto no hay un origen de poder distinto a los ya conocidos”³⁴. Por eso, “respecto a la Jefatura de Gobierno: o el régimen obedece a una estructura de poder básicamente presidencial o responde a una estructura básicamente parlamentaria”³⁵. Estas estructuras básicas, sostiene Pedro Planas, permitirán reconocer y clasificar las distintas formas de gobierno de la Democracia constitucional³⁶. Asimismo, precisa que es válido aplicarles la siguiente distinción establecida por Arend Lijphart entre los regímenes presidencial y parlamentario, aunque modificando la expresión “Jefe del Ejecutivo” por la de “Jefe de Gobierno”³⁷:

28 Ib.

29 Ib., pp. 60-61.

30 Ib., p. 61.

31 Ib., p. 60.

32 Ib., pp. 60-61.

33 Ib., p. 62.

34 Planas, Pedro. *Regímenes políticos contemporáneos*. Ob. cit., p. 62.

35 Ib.

36 Ib., p. 60.

37 Ib., p. 61.

- a) En un sistema parlamentario, el Jefe de Gobierno y su Gabinete son responsables ante el Legislativo, en tanto dependen de su confianza y pueden ser revocados si este emite un voto de no confianza, mientras que, en similar circunstancia, en un sistema presidencial, el Jefe de Gobierno no puede ser obligado a dimitir. Es decir, el sistema presidencial se sustenta en la separación de los poderes ejecutivo y legislativo, mientras que el sistema parlamentario se sustenta en la fusión de ambos; y,
- b) El sistema presidencial se caracteriza por la elección popular del Jefe de Gobierno, mientras que en el sistema parlamentario los primeros ministros son elegidos por el Legislativo³⁸.

IV. LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL PODER POLÍTICO EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Desde la perspectiva de la organización territorial del poder político en la Democracia constitucional, Pedro Planas explica que existen los siguientes tres grandes tipos de Estado³⁹:

515

1. **Estado Unitario.-** Se “caracteriza por ser indivisible”⁴⁰. Tiene “un único ordenamiento constitucional y un solo poder constituyente, que ejerce la soberanía popular a nombre de la nación”⁴¹. En “un Estado Unitario, la intención de una provincia o departamento de desagregarse del Estado recibe el nombre de ‘separatismo’”⁴².
2. **Estado Federal.-** Se “organiza como una suma de estados o de entidades políticas previamente existentes, como ha sido el caso de los cantones suizos y de las ex-colonias inglesas en América del

38 Ib.

39 Planas, Pedro. *La descentralización en el Perú republicano*. Ob. cit., 1998, p. 19.

40 Ib.

41 Ib.

42 Ib., p. 21.

Norte”⁴³. Tiene “dos ordenamientos constitucionales simultáneos, que se encuentran deslindados en la Constitución de la Unión”⁴⁴.

Desde una perspectiva más jurídica, su principal característica es “la existencia de estados, provincias o cantones, provistos de autonomía constitucional, cada cual con su Constitución estatal o provincial, con su trilogía de poderes y con capacidad de organizar y dictar su ordenamiento jurídico interior, sin otra limitación que la no contradicción del ordenamiento general federal”⁴⁵. Sin embargo, la “separación es imposible”⁴⁶ y “se considera ‘secesión’, tal como aconteció en Estados Unidos, cuando se desencadenó la guerra de ese nombre en virtud de la proclama que hicieron los estados rebeldes del sur”⁴⁷.

3. **Confederación.-** Es “la unión o federación de Estados soberanos que mantienen su soberanía aun después de integrados”⁴⁸. Su “integración se produce mediante un tratado internacional, sujeto a las normas del Derecho internacional Público, y puede ser objeto de rescisión unilateral, si así lo ha previsto el propio tratado”⁴⁹.

Sin embargo, es preciso distinguir la hipótesis en la cual “dos o más Estados soberanos deciden integrarse y formar un solo Estado, con la previa renuncia a sus propias soberanías”⁵⁰. En este caso estaríamos, según explica Pedro Planas, “ante una fusión que es un proceso distinto al confederativo”⁵¹. La “fusión implica la desaparición de los Estados precedentes y la creación de uno nuevo, cuya organización interna bien podría ser unitaria o federal”⁵²

43 Ib., p. 19.

44 Ib.

45 Ib.

46 Ib., p. 21.

47 Ib.

48 Ib., p. 20.

49 Ib., pp. 20-21.

50 Ib., p. 21.

51 Ib.

52 Ib.

Pedro Planas precisó, además, que Estado Unitario y centralismo “no son conceptos identificables”⁵³ pues, aunque el Estado Unitario “tiene un único centro, desde donde nace el ordenamiento jurídico fundamental de la nación”⁵⁴, este centro “es solo su génesis mas no su organización ni estructura”⁵⁵. “Que exista Estado Unitario no significa centralizar potestades y competencias en un único órgano central”⁵⁶, porque este Estado “admite diversas formas descentralizadas, mediante órganos autónomos cuyas características mínimas serían su dimensión territorial intermedia (entre los municipios provinciales y el gobierno central), su potestad normativa, su autonomía económica y administrativa (con rentas propias) y, muy especialmente, su carácter electivo o representativo”⁵⁷. También advirtió que no debía confundirse “la descentralización con la simple desconcentración, que es solo una técnica de funcionamiento y acción del centralismo que genera ciertas esferas de autonomía, mediante corporaciones o juntas subordinadas jerárquicamente al gobierno central, con funcionarios nombrados por el propio Presidente de la República o por el Ministro del respectivo sector.”⁵⁸

V. LA ESTRUCTURA BÁSICA DE LOS REGÍMENES POLÍTICOS EN AMÉRICA LATINA

En nuestro medio se solía afirmar que el Perú y el resto de América Latina siguieron el modelo presidencial creado por los Estados Unidos y que a este modelo se le adicionaron diversos elementos de control, tomados del modelo parlamentario. Frente a esta circunstancia, Pedro Planas consideró necesario “reformular la percepción que hasta hoy se tiene con respecto a los orígenes del presidencialismo latinoamericano, como fruto de una inspiración —en el mejor de los casos— o de una dependencia mental —en el peor respecto al esquema instaurado por los Padres Fundadores

53 Ib., p. 20.

54 Ib.

55 Ib.

56 Ib.

57 Ib.

58 Ib.

en 1787”⁵⁹. Por lo tanto, explicó que, en “sus orígenes constitucionales, el presidencialismo latinoamericano estuvo mucho más próximo a la influencia europea que al presidencialismo estadounidense”⁶⁰.

Pedro Planas recordó que casi todos los países latinoamericanos, en sus primeras constituciones, “consagraron, desde el inicio, instrumentos extraídos de las monarquías europeas, tales como la refrendación ministerial, la iniciativa legislativa del Ejecutivo, la interpelación ministerial y el derecho al libre acceso de los Ministros en los debates legislativos, institutos que no existían —ni existen hasta hoy— en el presidencialismo estadounidense”⁶¹.

La presencia temprana de estos institutos en las constituciones latinoamericanas, según explica Pedro Planas, se manifestó de la forma siguiente:

1. La Constitución grancolombiana de 1819 “consignó el derecho de los Ministros a participar de las deliberaciones del parlamento con voz y sin voto y también les otorgó ‘asiento propio’ en ambas Cámaras, simplemente por su condición de Ministros”⁶².
2. “El requerimiento por las Cámaras a los Ministros (sin ser estos miembros del Parlamento) para que informen, expliquen o defiendan las políticas del Ejecutivo”⁶³ —que “será el germen de la interpelación ministerial”⁶⁴— ya se encontraba “plenamente instalado como atribución de las Cámaras en la mayoría de las constituciones latinoamericanas, en forma literal, en circunstancias en que los parlamentos de Europa Continental recién comenzaban a aplicar esta misma institución”⁶⁵.

59 Planas, Pedro. *Regímenes políticos contemporáneos*. Ob. cit., p. 78.

60 Ib.

61 Ib., pp. 78-79.

62 Ib., p. 79.

63 Ib.

64 Ib.

65 Ib.

3. En Chile, “aunque la interpelación no estuvo registrada en la Constitución de 1833, se introdujo en el Reglamento de la Cámara de Diputados de 1846 y fue práctica frecuente en ambas Cámaras, en las décadas posteriores”⁶⁶. En Uruguay, “la interpelación o ‘llamado a Sala’ aparece acompañada de la posibilidad de las Cámaras de expresar ‘advertencias’ y ‘manifestaciones’ –delante del Ministro– respecto a si ellas están satisfechas con las explicaciones del Ministro interpelado”⁶⁷. Además, “en el caso uruguayo, parece que la interpelación fue una práctica precoz y sistemática, inaugurada por los propios constituyentes de 1829-1830, si es que no fue antes”⁶⁸.
4. En el Perú, “donde la Cámara de Diputados censuró en 1849, por vez primera a un Ministro (el de Hacienda), se aprobó más tarde, en 1856, una Ley de Ministros que organizó el Consejo de Ministros, creó la Presidencia del Consejo de Ministros y legalizó el voto de censura, que si bien no tenía efectos obligatorios, motivó numerosas renuncias de ministros y hasta de gabinetes, en algunos casos con la sola amenaza de presentar una censura por determinados actos, responsabilidad del Ministerio”⁶⁹.
5. “La práctica parlamentaria chilena motivó renuncias ministeriales (censuras u órdenes del día), asoció los gabinetes con cierta correlación de fuerzas en el parlamento y hasta consideró al Ministro del Interior con un ‘primer ministro’ encargado por el Presidente de formar el Ministerio y luego de exponer el programa a las Cámaras (todo ello antes de 1891)”⁷⁰.

Pedro Planas sostuvo que el desarrollo parlamentario y constitucional de estos instrumentos de control parlamentario en América Latina, fue propio, autónomo y paralelo al desarrollo constitucional que los mismos instrumentos tuvieron en Europa Continental⁷¹. No hubo, por lo tanto,

66 Ib.

67 Ib.

68 Ib.

69 Ib., p. 80.

70 Ib.

71 Ib., p. 81.

copia alguna⁷². Además, “dentro del constitucionalismo inicial latinoamericano se había previsto la refrendación ministerial, instituto del cual emanaría —tarde o temprano— la responsabilidad política de los Ministros ante el parlamento por los actos de gobierno refrendados, que fue exactamente lo sucedido en Europa continental, en especial desde mediados del siglo XIX”⁷³.

Este proceso de construcción del constitucionalismo latinoamericano no sucedió “cuando el dilema principal de las ‘formas de gobierno’ se reducía a la confrontación entre Monarquía y República”⁷⁴. Pedro Planas explicó que, en este contexto, “si Estados Unidos era una *República presidencial en un Estado Federal*, estos países latinoamericanos (Uruguay, Chile o Perú, por ejemplo) serían ejemplos de una *República semipresidencial en un Estado unitario*”, que se mantenía dentro del esquema básicamente presidencial, aunque insertando en él un conjunto de prácticas de censura y de control, destinadas a hacer efectiva la responsabilidad de los Ministros por los actos de gobierno”⁷⁵. Según Pedro Planas, en esta “forma de gobierno” inscrita dentro de la estructura presidencial⁷⁶ —que consigna “instituciones típicas del régimen presidencial latinoamericano, casi desde sus orígenes, que no han sido propias del régimen presidencial estadounidense”⁷⁷—, se encontraba “la mayoría de Constituciones de América Latina en 1997”⁷⁸.

VI. LOS ORÍGENES Y EL SIGNIFICADO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Pedro Planas recordó que se decía que el Estado Social de Derecho surgió “como ‘superación’ de las insuficiencias que trajo adheridas en el terreno económico y social el Estado de Derecho”⁷⁹. Según esta tesis, el Es-

72 Ib.

73 Ib.

74 Ib.

75 Ib., pp. 81-82.

76 Ib., p. 82.

77 Ib.

78 Ib.

79 Planas, Pedro. *El Estado moderno (Apuntes para una nueva biografía del Estado Social de Derecho)*. Lima: Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, 1993, p. 32.

tado de Derecho habría sido típico del siglo XIX europeo y su superación se habría producido recién “tras el ensayo de Weimar en la posguerra”⁸⁰. Su inconveniente habría sido asimilar a su constitución orgánica “un sacrosanto respeto a las libertades económicas (de comercio, de contratación de trabajo, de precios y salarios), caracterizado por dos principios: el derecho absoluto de propiedad (siguiendo la partitura romana del *ius abutendi*) y el indiferentismo estatal (esto es, el no intervencionismo en cuestiones de índole económica y/o social)”⁸¹.

Frente a la tesis descrita, Pedro Planas, en primer lugar, detectó la estructura del Estado Social –“como estructura jurídico-política, independientemente de su vínculo o no con la estructura jurídico-formal del Estado de Derecho, o con las libertades individuales, el pluralismo político y el marco institucional de la democracia política”⁸²– entendiéndolo como “un Estado cuya función principal es ‘garantizar la existencia’ ‘obtener y mantener la plena ocupación’, ‘proteger el potencial del trabajo’ y establecer mecanismos de ‘prevención y asistencia social’⁸³. Con este punto de partida, explicó que el Estado Social de Derecho “fue resultado de una armoniosa confluencia de los principios del Estado Social con los del Estado de Derecho, después de seguir caminos y luchas paralelas durante el siglo XIX”⁸⁴, y que ambos –Estado Social y Estado de Derecho– “*despegaron juntos*, de la misma Revolución Francesa”⁸⁵. Los principios del Estado Social, según Pedro Planas, estuvieron presentes en los siguientes actos políticos y normativos correspondientes a los momentos iniciales de esta revolución:

1. En la Constitución monárquico liberal de 1971 estuvo prevista “la creación de ‘un establecimiento general de socorros públicos para educar a los niños abandonados, aliviar a los enfermos pobres y proponer trabajo a los pobres inválidos que no hubieran podido procurárselo’”⁸⁶

80 Ib., p. 32-33.

81 Ib., p. 32.

82 Ib., p. 55.

83 Ib., pp. 55-56.

84 Ib., p. 56.

85 Ib.

86 Ib.

2. El primer artículo de la Constitución de 1793 especificó “que ‘el fin de la sociedad es el bienestar común’”⁸⁷, y su artículo 21 otorgó a este “enunciado finalista una identidad muy cercana a lo que en nuestros días tipificamos como Estado de Bienestar”⁸⁸. Este artículo 21 prescribió lo siguiente:

Art. 21.- El socorro público es una deuda sagrada. La sociedad debe asistencia a los ciudadanos desgraciados, bien procurándoles trabajo, bien asegurando los medios de existencia para aquellos que no están en situación de trabajar.⁸⁹

3. El “19 de marzo de 1793, la Convención aprobó en función de la Constitución de 1791, las *bases de organización del socorro público*”⁹⁰ y los dos primeros artículos de esta ley de bases proclamaron lo siguiente⁹¹:

1.- Que toda persona tiene derecho a su sostenimiento por medio del trabajo si está capacitado para ello, y si no lo está tiene derecho a socorros gratuitos.

2.- Que el cuidado de vigilar por la subsistencia del pobre es una obligación nacional.⁹²

4. Mediante la “ley de bases” de 1793, entre junio y julio de este año se dictaron medidas específicas “favoreciendo “a los niños pobres o abandonados, a los ancianos y a los indigentes””⁹³:

Así, por ejemplo, por decretos de 8 de marzo y 24 de junio de 1793 se establecieron socorros para indigentes, niños y ancianos. Con la ley de 10 de junio de 1793 se autorizó el reparto de bienes comunales, convirtiendo a numerosos campesinos en propietarios.

87 Ib.
88 Ib., pp. 56-57.
89 Ib., p. 57.
90 Ib., pp. 58-59.
91 Ib., p. 59.
92 Ib.
93 Ib.

El 11 de marzo de 1794 se “instituyó el principio de seguridad social” y se abrió el Livre de la bienfaisance nationale, registro especial que sirvió para otorgar socorros en cada departamento para un número limitado de campesinos y artesanos enfermos o mayores de 60 años, y a madres viudas cargadas de hijos, recibiendo todos ellos asistencia médica gratuita a domicilio. Con ley del 10 de julio de 1794 se declaró nacionales los hospitales y centros de beneficencia. Además el Comité de Mendicidad, establecido en 1790, fue transformado en una dinámica Comisión de Socorros, “verdadero ministerio de asistencia –según opina Soboul– encargado de asegurar tanto la distribución de los socorros militares como los socorros de beneficencia”⁹⁴.

5. La Declaración de Derechos de la Primera República (1793) es “la primera formulación histórica y constitucional de los derechos económicos y sociales”⁹⁵, pues incorpora “en su texto, el derecho al trabajo a la asistencia y a la instrucción, no mencionados en la Declaración de 1789”⁹⁶.

523

Por otra parte, algunas de las expresiones de la *eficacia normativa* de la estructura jurídica del Estado Social⁹⁷ durante el siglo XIX, encontradas por Pedro Planas, son las siguientes:

1. La exigua vigencia de los *Talleres Nacionales*, inspirados en Louis Blanc, en Francia, en 1848.⁹⁸ Estos talleres funcionaron como remedio provisional “hacia el desempleo, canalizando a los hombres en situación de desocupados –fuesen obreros calificados o no– a trabajos en excavaciones, construcción de carreteras o fortificaciones alrededor de París, con salario mínimo garantizado”⁹⁹.

94 Ib., pp. 59-60.

95 Ib., p. 56.

96 Ib.

97 Ib., p. 75.

98 Ib., p. 60.

99 Ib.

2. La política social de Napoleón III: Inició “un inmenso e intenso programa de obras públicas (carreteras, canales, redes ferroviarias, puertos, etcétera) a través del cual multiplicó puestos de trabajo”¹⁰⁰, “redujo la jornada laboral (a 12 horas, incluyendo los domingos) e instituyó diversas medidas de previsión social: cajas mutuas, viviendas populares, etcétera”¹⁰¹.
3. En “Prusia, durante el *II Reich*, y a través del sistema de Seguros Sociales implantado por Bismarck”¹⁰², “el Estado Social adquirió su primer perfil institucional”¹⁰³, porque dejó de “asumirse como un ensayo provisional, o como una política vinculada a determinado gobierno, y fue asimilado, institucionalmente, al propio comportamiento funcional del Estado”¹⁰⁴. Este sistema “fue sumamente minucioso y completo: seguros por enfermedad y maternidad (aprobados en 1883), por accidentes laborales (en 1884) y por invalidez y ancianidad (1889)”¹⁰⁵.
4. Suiza fue “el primer país europeo en elevar a norma constitucional los Seguros Sociales”¹⁰⁶. “En una enmienda aprobada el 26 de octubre de 1890 se incorporó a la Constitución de la Federación Helvética el art. 34. bis. que prescribe a la letra: “La Confederación establecerá, por ley, el seguro en caso de accidente y de enfermedad, teniendo en cuenta las cajas de socorros existentes”. Y agrega, en otro párrafo: “Ella (la ley) puede declarar que la participación en esos seguros es obligatoria en general o para ciertas categorías determinadas de ciudadanos””¹⁰⁷.

En consecuencia, el Estado Social de Derecho no supuso una superación histórica del Estado de Derecho. Por el contrario, según explica Pedro Planas, el Estado Social de Derecho asomó, históricamente, como la

100 Ib., p. 63.

101 Ib.

102 Ib., p. 64.

103 Ib.

104 Ib.

105 Ib.

106 Ib., p. 75.

107 Ib.

natural integración de tres facetas (política, económica y sociojurídica)¹⁰⁸ del Estado, en las cuales, durante el siglo XIX, se había producido una decisiva una transformación¹⁰⁹:

En el terreno político: mediante la ampliación de las libertades y los derechos de ciudadanía hasta conseguir cierta homogeneidad política, extinguiendo al restrictivo Estado liberal (de naturaleza timocrática) y combatiendo, a la vez, la aparición de nuevos absolutismos, hasta consolidarlo institucionalmente como un Estado Democrático de Derecho. En el terreno socio-jurídico: mediante la intervención administrativa para asegurar ciertas condiciones mínimas de bienestar a los ciudadanos más empobrecidos y ciertas condiciones de dignidad a los trabajadores, anulando el predicamento abstencionista de ciertos sectores políticos e intelectuales, aparentemente hegemónicos. Y en el ámbito económico: mediante la tácita participación del Estado como agente promotor del desarrollo de las economías nacionales, aun a contrapelo de las pregonadas teorías económicas smithianas, trazando un constitucionalismo económico implícito sustentado en el impulso al sector privado y en la regulación de los mercados con la finalidad de obtener mayores niveles de riqueza para la sociedad¹¹⁰.

VII. LA HISTORIA CONSTITUCIONAL PERUANA Y LA HISTORIA DE NUESTRAS CONSTITUCIONES

Pedro Planas distinguió entre la Historia de las Constituciones y la Historia Constitucional. La primera “se concentra en los textos constitucionales, independientemente de su vigencia normativa”¹¹¹, repasa el contenido de estos textos y sus innovaciones¹¹², analiza la organización de los poderes y la distribución de los derechos¹¹³, consigna “el cambio producido entre el articulado de determinada Constitución y el de la Constitución precedente”¹¹⁴, describe “el ambiente y la fecha en que se realizó

108 Ib., p. 106.

109 Ib.

110 Ib., p. 107.

111 Planas, Pedro. *Rescate de la Constitución*. Lima: Abril Editores & Impresores, 1 992, p. 87.

112 Ib.

113 Ib.

114 Ib.

su promulgación así como el nombre de los constituyentes más destacados y los debates más sonoros y trascendentes”¹¹⁵. Sin embargo, nada dice de la aplicación institucional ni de la eficacia normativa de los textos constitucionales, ni del desarrollo legislativo de los postulados constitucionales¹¹⁶. Tampoco “explica si los gobernantes acataron o respetaron la normatividad global de cada Constitución o si fue, en los hechos, una Constitución ficticia, desplazada por un decidido proceso de desconstitucionalización”¹¹⁷.

La Historia Constitucional, en cambio, “privilegia la eficacia normativa de las instituciones públicas aun por encima de las propias instituciones consagradas en el texto de las sucesivas constituciones”¹¹⁸. Consigna, “casi de soslayo, la referencia que tal o cual Constitución realiza respecto a determinado instituto, mecanismo o procedimiento”¹¹⁹, pero “busca, como prioridad, su real desarrollo, a nivel de la normatividad (legislación ordinaria) y del ejercicio político confrontando su trayectoria en los textos y en los hechos”. En consecuencia, por Historia Constitucional “entendemos la trayectoria viva (de continuidad práctica) que han tenido nuestras instituciones republicanas aun a pesar de nuestros numerosos textos constitucionales”¹²⁰.

VIII. LA FORMA DE GOBIERNO EN EL PERÚ

Tomando como referencia la historia constitucional del Perú, Pedro Planas sostuvo que nuestra forma de gobierno ha ido creándose, desde los primeros años de estabilidad republicana, como un régimen semipresidencial¹²¹.

Además, precisó la diferencia entre el régimen semipresidencial y el régimen semiparlamentario:

115 Ib.

116 Ib.

117 Ib.

118 Ib.

119 Ib., pp. 87-88.

120 Ib.

121 Ib., pp. 108-109.

[...]. En el régimen semi-presidencial, el eje del poder gubernamental ha sido establecido de acuerdo a los patrones del presidencialismo. Reunión del Jefe de Estado y Jefe de Gobierno en una sola persona. Origen popular del gobernante cuyo título es el de Presidente de la República. En el régimen semiparlamentario, en cambio, el eje de poder gubernamental responde a un mecanismo propio del parlamentarismo. Gobierna el gabinete (o Primer Ministro) con la confianza de la mayoría parlamentaria. Sus respectivas diferencias con los modelos puros (presidencialismo y parlamentarismo) emanan del sistema de controles que ha sido adherido a este eje principal que conforma su lineamiento principal como forma de gobierno. En el sistema semipresidencial se han introducido controles al gobierno a través del parlamento (interpelación y censura) y del Consejo de Ministros (como institución colegiada), elevándose al Presidente del Consejo de Ministros como elemento bisagra. En el sistema semi-parlamentario se introduce un Presidente de la República elegido por sufragio popular y dotado de funciones reales a fin de controlar el poder del parlamento y del gobernante.¹²²

Algunas de las instituciones principales que conforman el régimen semipresidencial peruano son las siguientes:

1. **El Consejo de Ministros.-** Esta institución fue consagrada durante el primer gobierno de Ramón Castilla¹²³. Aunque el Consejo de Ministros no existía en las leyes peruanas¹²⁴, el presidente Castilla “resolvió reunir a sus ministros para someterles a consulta las principales decisiones de su Gobierno”¹²⁵. En un debate parlamentario ocurrido hacia 1861, “Mendiburu recordaba que la práctica del Presidente de someter al acuerdo de sus ministros las principales decisiones gubernamentales la ejerció Castilla durante su primer gobierno (1845-1851)”¹²⁶. “Esta deliberación del Presidente de la Re-

122 Ib., pp. 109-110.

123 Planas, Pedro. *Democracia y tradición constitucional en el Perú* (materiales para una historia del Derecho Constitucional en el Perú). Lima: Editorial San Marcos, 1998, p. 86.

124 Ib.

125 Ib.

126 Ib., p. 75.

pública con sus ministros se convertiría en una saludable práctica y logrará su bautizo normativo once años después, al expedirse la Carta de 1856 y dictarse –ese año– una vertebral Ley de Ministros”¹²⁷. “La práctica –los hechos– han precedido aquí también, en la figura constitucional del acuerdo de ministros, a los textos”¹²⁸.

Por otra parte, en la Ley de Ministros de 1863 se estableció una clasificación de los asuntos a tratar en Consejo, con jerarquía, exigiendo el “voto decisivo” de este órgano en un conjunto de asuntos considerados de principal importancia¹²⁹. Las tres fórmulas consignadas en esta norma “fueron la “opinión ilustrativa”, el “voto consultivo” y el “voto deliberativo”. En el primer caso, el Presidente de la República era libre de someter algún asunto a consulta del Consejo, con un propósito meramente ilustrativo. En el segundo caso, la consulta es obligatoria y se determina por los asuntos consignados en la ley. La votación, sin embargo, no es vinculante.

528

El Presidente es libre de seguir o no la opinión del Consejo. En cambio en los asuntos sometidos al voto deliberativo, el Presidente está obligado a proceder conforme a la decisión del Consejo de Ministros, conforme al voto de la mayoría de sus miembros. De esta forma, el Consejo de Ministros adquirió en el Perú una auténtica categoría de entidad colegiada y desde entonces participa, como tal, en las decisiones de gobierno. Así ha sido reconocido en las Constituciones de 1933, 1979 y 1993”¹³⁰. Correspondió a la Constitución de 1933, “el mérito de introducir a nivel constitucional las atribuciones del Consejo de Ministros, incluyendo la clásica distinción legal entre “voto deliberativo” y “voto consultivo””¹³¹.

2. **El Presidente del Consejo de Ministros.-** “Una importante creación de la Ley de Ministros de 1856 –pese a no estar prevista en la Constitución de ese año– fue el cargo de Presidente de Consejo

127 Ib., p. 86.

128 Ib.

129 Ib., p. 58.

130 Ib.

131 Ib., p. 59.

de Ministros”¹³². Tres atribuciones consustanciales del Presidente del Consejo de Ministros, que permiten perfilar su función estelar como necesario contrapeso del poder del Presidente de la República¹³³, son las siguientes:

- a) Su “intervención decisiva en la proposición y en el nombramiento del resto de Ministros”¹³⁴.- Defender “la función pública y realzar la dignidad ministerial”¹³⁵ es “la primera atribución concebida en el Perú para el Presidente el Consejo de Ministros”¹³⁶. “Por ese motivo, es él –y no el Presidente de la República– quien hace las propuestas ministeriales a fin de revelar la aptitud de la función por encima de la inevitable tentación presidencial de verse rodeado por adulones y personas –todas– incondicionales a él. Así lo consagró en su texto, la importante Ley de Ministros de 1856”¹³⁷. Este proceso de nombramiento ministerial fue reforzado por la Ley de Ministros de 1862¹³⁸, la cual precisaba “que el Primer Ministro propondría mediante carta oficial, a aquellas personas que considere idóneas para el respectivo ministerio”¹³⁹. A nivel constitucional, el artículo 216 de la Constitución peruana de 1979 estableció que el Presidente de la República “ nombra y remueve a los demás Ministros, a propuesta y con acuerdo, respectivamente del Consejo de Ministros”¹⁴⁰, y esta norma “proviene, como antecedente inmediato, del artículo 158 de la Constitución peruana de 1933”¹⁴¹.

- b) Su “presencia ante el Congreso como máximo responsable gubernamental y principal representante del Presidente de

132 Ib.

133 Ib., p. 72.

134 Ib.

135 Ib.

136 Ib.

137 Ib.

138 Ib.

139 Ib.

140 Ib., p. 73.

141 Ib.

la República¹⁴².- La “exposición del programa de gobierno por el Presidente del Consejo de Ministros ante el Congreso”¹⁴³ surgió “en los hechos antes que en los textos”¹⁴⁴, por iniciativa del Primer Ministro Pedro Gálvez¹⁴⁵, quien ejercía el cargo de Ministro de Gobierno del Presidente José Balta¹⁴⁶. Gálvez, quien “consideró inherente a su función iniciar, en nombre del Presidente de la República, una fecunda comunicación con la representación nacional”¹⁴⁷, “redactó la exposición programática que fue leída ante el Congreso peruano, el 8 de agosto de 1868”¹⁴⁸. Explicó ahí “que el documento fue aprobado por unanimidad por los miembros del gabinete”¹⁴⁹ y “que respondía a la inspiración del Presidente Balta”¹⁵⁰. Este fue el origen, en la práctica constitucional peruana, del artículo 224 de la Constitución de 1979 “que obliga al Presidente del Consejo de Ministros a ‘exponer y debatir’ el programa de gobierno ante la representación parlamentaria”¹⁵¹ y a poner a conocimiento del Congreso ‘las principales medidas que requiere su gestión’”¹⁵².

El antecedente inmediato de esta norma “es el artículo 167 de la Constitución de 1933”¹⁵³.

- c) **Su “participación en la dirección del gabinete en la coordinación de la política gubernamental”**¹⁵⁴.- La función del Presidente del Consejo de Ministros en nuestro sistema

142 Ib., p. 72.

143 Ib., p. 74.

144 Ib.

145 Ib.

146 Ib.

147 Ib.

148 Ib.

149 Ib.

150 Ib.

151 Ib.

152 Ib.

153 Ib.

154 Ib., p. 72.

constitucional¹⁵⁵ es “la de liderar y personificar al Consejo de Ministros como institución”¹⁵⁶, ser “intermediario –al interior del gobierno– entre el Presidente y el Consejo de Ministros, entendiéndolo como entidad colegiada, previsto no solo para deliberar y acordar respecto a las más importantes decisiones gubernamentales sino incluso para frenar o controlar alguna imprudencia presidencial”¹⁵⁷.

3. **La Censura ministerial.**– En los hechos, “ya en 1847 la Cámara de Diputados proclamó su facultad, en nombre del pueblo, de negarle la confianza a algún ministro”.¹⁵⁸ El 23 de agosto de ese año, “el diputado Pedro Quintana, en forma individual, presentó un proyecto, en cuya parte dispositiva señalaba: “El Congreso resuelve que se haga presente al gobierno un voto para que remueva al Ministro don José Gregorio Paz Soldán”. Dos años después, la víctima fue otro Ministro de Hacienda de Ramón Castilla, Manuel de Río.

Al aprobarse un empréstito solicitado por el ministro, la Cámara aprobó una adición con efectos jurídicos condicionales: “Esta autorización tendrá lugar si el Ejecutivo nombra otro Ministro que reúna la confianza pública”¹⁵⁹. Del Río presentó su renuncia y, sorprendentemente, “el Presidente Ramón Castilla aceptó su dimisión en términos que asumían la moción de censura o desconfianza de los ministros como facultad implícita del Congreso:

Atendiendo a que la renuncia del Ministro de Hacienda está motivada en el mal estado de salud y en la proposición adoptada por la Cámara de Diputados para que se nombre otro Ministro y considerando que: se ha puesto en duda su conducta con perjuicio del honor del Gobierno y del mismo Ministro y que el esclarecimiento de los cargos que se le hacen interesa al crédito de la Administración: admítase la referida renuncia y dígase a la Cámara de Diputados

155 Ib., p. 75.

156 Ib.

157 Ib.

158 Ib., p. 64.

159 Ib., p. 64-65.

que en su oportunidad y con arreglo a las leyes puede hacerse efectiva la responsabilidad que resultare [...] ¹⁶⁰.

Más adelante, el voto de censura fue incorporado en la Ley de Ministros de 1856¹⁶¹. “Pese a que la Convención de 1855-1856 no la exhibió en el proyecto, ni la incorporó en la Constitución fue introducida por la vía legal en octubre de ese año, mediante el último –y muy escueto– artículo de esa ley: “No merece la confianza pública el Ministro contra quien emitan las Cámaras un voto de censura (art. 37)””¹⁶². En 1862, “en una versión ampliada de la Ley de Ministros, el Congreso agregó este artículo para precisar el anterior precepto, distinguiéndolo de las causas y el procedimiento inherente a la acusación constitucional: “El Congreso usará el voto de censura para desaprobare la conducta de un Ministro por las faltas que cometa en el ejercicio de sus funciones y que no merezca acusación”¹⁶³”. Posteriormente, en abril de 1867, se produjo la censura del primer gabinete ministerial (censurado en conjunto). Y la Constitución de ese año, aunque solo rigió durante ocho meses, aprobó un texto, aún más preciso, que fue la primera consagración constitucional del voto de censura. El artículo 88 de la efímera Carta de 1867 señaló:

El Presidente no puede despachar en ningún departamento de la Administración Pública sin la concurrencia oficial del Ministro responsable.

Tampoco puede despachar en ningún Departamento con el Ministro contra quien el Congreso haya emitido voto de censura.¹⁶⁴

La “práctica parlamentaria de la interpelación y censura fueron habituales entre 1860 y 1919, año en que se inició la autocracia de

160 Ib., p. 65.

161 Ib. Ib.

162 Ib.

163 Ib., p. 66.

164 Ib.

Leguía”¹⁶⁵. “Así, entre 1864 y 1919, se aprobaron once votos de censura efectiva en un período de 55 años”¹⁶⁶. “En un caso (1876), ella alcanzó a dos Ministros a la vez y en cinco casos, afectó al gabinete en pleno”¹⁶⁷. Más adelante, correspondió a la Constitución de 1920, “la definitiva plasmación constitucional del voto de censura –o voto de desconfianza– en nuestra normatividad constitucional”¹⁶⁸. Su artículo 133 indicó: “No pueden continuar en el desempeño de sus carteras los Ministros contra los cuales alguna de las Cámaras haya emitido un voto de falta de confianza”¹⁶⁹. “La denominación de 1920 (“falta de confianza”) no prosperó, como no prosperaron las censuras en el régimen de Leguía (1919-1930), salvo un caso poco ejemplar.

Las tres Constituciones posteriores (1933, 1979 y 1933) retomaron el término “voto de censura” y regularon su procedimiento”¹⁷⁰. En el régimen semi-presidencial peruano, la “censura se plantea solo a los ministros, como responsables directos –a través de la refrendación– de los actos gubernamentales. A diferencia del régimen parlamentario, no hay aquí censura ni remoción del gobernante. El Presidente de la República, como Jefe de Gobierno, queda salvo del ejercicio de la interpelación política de sus actos en los ministros”¹⁷¹.

IX. LA DESCENTRALIZACIÓN EN EL PERÚ

Pedro Planas sostuvo que el Perú “ha tenido y conocido importantes etapas de su historia bajo una profunda y fructífera descentralización”¹⁷². También explicó que, a grandes rasgos, la evolución constitucional peruana

165 Ib.

166 Ib., p. 67.

167 Ib.

168 Ib., p. 127.

169 Ib.

170 Ib.

171 Ib., p. 108.

172 Ib., p. 188.

encuentra las siguientes grandes etapas que enmarcaron el desarrollo de la descentralización¹⁷³:

- a) **Etapas de amoldamiento institucional (1823-1872).**- En esta etapa destacó “el consenso logrado por nuestros primeros constituyentes, que descartaron el federalismo y el centralismo, estableciendo unas Juntas Departamentales que ya proyectaban, hacia la parte del Perú aun no emancipada (Ayacucho, Cusco, Arequipa y Puno), un horizonte institucional descentralista”¹⁷⁴. Más adelante, después de la intentona centralista de Bolívar, se reunió el Tercer Congreso Constituyente y restauró plenamente las Juntas Departamentales, aunque con mayores atribuciones y mayores rentas”¹⁷⁵.

Así, se inició “un tramo de efectiva descentralización, entre 1828 y 1834”¹⁷⁶. Durante este tiempo, las Juntas Departamentales “cumplieron destacada labor material en los departamentos y hasta una inesperada labor de conciliación frente a las turbulencias políticas del momento”¹⁷⁷ pero, finalmente, fueron eliminadas por el hegemónico militarismo, iniciándose “una etapa de severo centralismo, agudizada con el proyecto confederacionista autoritario de Santa Cruz y con Gamarra y su restauración nacionalista, que fue igualmente centralista y autoritaria, al extremo de suprimir también los municipios como lo hicieron antes Bolívar y Santa Cruz. Luego hubo dos esfuerzos descentralistas bajo las Constituciones liberales de 1856 y de 1857 aunque ambos culminaron sin éxito”¹⁷⁸.

- b) **Etapas de plena descentralización (1873-1920).**- Esta etapa se inició “con la visión de estadista de nuestro primer presidente civil, Manuel Pardo, quien, pese a que el silencio de la Constitución de 1860 no se lo exigía, remite un proyecto urgente al Congreso para descentralizar administrativamente y económicamente el territorio

173 Ib.

174 Ib.

175 Ib., pp. 188-189.

176 Ib., p. 189.

177 Ib.

178 Ib.

peruano, creando Concejos Departamentales de carácter representativo, que recaudarían, presupuestarían y ejecutarían sus propias rentas”¹⁷⁹. Esta descentralización rigió hasta enero de 1880, “cuando por efecto de la Guerra con Chile, Piérola proclama la dictadura y suprime los Concejos Departamentales, así como los Concejos Provinciales y Distritales”¹⁸⁰. Culminada la Guerra, la “Ley de Descentralización de noviembre de 1866 restableció las Juntas Departamentales, progresivamente fortalecidas por leyes del Congreso dictadas en 1893, 1897 y 1916”¹⁸¹. Durante esta etapa de “35 años consecutivos de las Juntas y 43 años casi ininterrumpidos de descentralización”¹⁸² se “produjo el desarrollo político, económico, cultural e institucional de las regiones, en particular del Sur, del Norte y del olvidado Oriente”¹⁸³. Posteriormente, sin embargo, “las Juntas fueron indirectamente disueltas por Leguía entre 1920 y 1921, primero al secuestrarle su presupuestos y sus rentas y luego al presionar a los Congresos Regionales para que ejecuten su disolución”¹⁸⁴.

- c) **Auge centralista del Estado (1920-1989).**- En la Constitución de 1920 se contempló “un sistema que no puede asimilarse como auténticamente descentralista por cuanto obvió el instrumento fundamental de toda descentralización: configurar los gobiernos descentralizados (departamentales o regionales) con sus respectivas atribuciones, competencias y rentas. En su lugar creó unos Congresos Regionales, asignados a tres regiones, así denominadas sin ningún criterio económico o administrativo: la Región del Norte, la Región del Centro y la Región del Sur”¹⁸⁵. “Instaladas en un ambiente artificial, sin pluralismo político y sin posibilidad de canalizar libremente las demandas regionales, los Congresos Regionales de 1920 derivaron en un simple engranaje decorativo de la República

179 Ib.

180 Ib.

181 Ib.

182 Ib.

183 Ib.

184 Ib.

185 Ib., p. 203.

Autocrática, que era centralista por propia vocación, pues incluso suprimió las elecciones municipales y traspasó importantes competencias ediles a la Presidencia de la República. El fin de estos Congresos Regionales estaba anunciado: fueron disueltos al poco tiempo por el propio Leguía, tras comprobarse fehacientemente su total inoperancia”¹⁸⁶.

En la Constitución de 1933 fueron restaurados los Concejos Departamentales¹⁸⁷ y, además, “el Congreso Constituyente se preocupó en dictar en setiembre del mismo año 1933 una magnífica Ley Orgánica de Descentralización Económica y Administrativa”¹⁸⁸.

Sin embargo, el gobierno de Benavides “incumplió el mandato constitucional de presentar el proyecto de presupuesto reservando las rentas departamentales de los Concejos y tampoco convocó a elecciones para integrar los Concejos Departamentales, ni para elegir municipalidades”¹⁸⁹. Finalmente, “tampoco entraron en vigor estos Concejos Departamentales”¹⁹⁰. “Más bien el más notorio avance descentralista efectuado en esta etapa fue la convocatoria a elecciones municipales por Belaunde en 1963 y en 1966, rompiendo más de cuatro décadas de designación gubernamental de Alcaldes, metodología luego reasumida por el gobierno militar de Velasco”¹⁹¹.

- d) **El frustrado proceso regionalista (1989-1992).**- “Conforme a lo previsto en la Constitución de 1979, el Ejecutivo elaboró el Plan Nacional de Regionalización, que a su vez previó una Ley de Bases, que permitió articular el proceso definitivo de creación de regiones y de elección de autoridades regionales entre 1988 y 1990, incluso con la realización de las consultas populares solicitadas por

186 Ib., p. 204.

187 Ib., p. 190.

188 Ib.

189 Ib.

190 Ib.

191 Ib.

determinadas provincias o distritos para decidir si se mantenía en la región predeterminada o se trasladaba a alguna región vecina”¹⁹².

“Mientras estas consultas se definieron en octubre de 1989, en noviembre, coincidiendo con las elecciones municipales, las regiones que no tenían cuestiones de demarcación que deslindar erigieron su autoridades regionales (por sufragio universal e incluso las delegadas), a la vez que se reconocía a los nuevos alcaldes provinciales como miembros de pleno derecho de las Asambleas Regionales”¹⁹³.

Sin embargo, “el gobierno de Fujimori frenó el proceso de transferencia de bienes y rentas, primero por el “fujishock” y luego por otros argumentos escasamente consistentes”¹⁹⁴. Además, se negó a “a aplicar en el presupuesto público el Fondo de Compensación Regional, pese a ser un mandato constitucional, al extremo incluso de ofrecer repartir este Fondo –que es una reserva presupuestal de carácter constitucional– a la Asociación de Municipalidades, con el simple ánimo de dividir a los partidarios de la descentralización”¹⁹⁵.

537

- e) **El régimen hipercentralista (1992-1998).**– Con el golpe del 5 de abril de 1992, “Fujimori disolvió el Congreso y las propias asambleas regionales”¹⁹⁶. Además, poco después del golpe, “el régimen estableció los Consejos Transitorios de Administración Regional (CTAR) designados por Palacio de Gobierno, en sustitución de los gobiernos regionales electos por los ciudadanos. A la vez, creó el Ministerio de la Presidencia, andamiaje centralista del cual dependerían los doce CTAR”¹⁹⁷, los cuales se convertirían en entidades no de carácter transitorio, sino de carácter permanente¹⁹⁸. Esto quedó plenamente confirmado al expedirse la mal denominada “Ley

192 Ib.

193 Ib.

194 Ib.

195 Ib., pp. 190-191.

196 Ib., p. 191.

197 Ib.

198 Ib.

Marco de Descentralización”, promulgada en febrero de 1998, “que en lugar de cumplir el mandato constitucional de dar pronto inicio al proceso descentralista, amplió los doce CTAR existentes desde 1992 a un total de 23, esta vez de carácter departamental (CTAR departamentales)”¹⁹⁹. “Todo ello contra el expreso mandato constitucional (Octava Disposición Transitoria de la Carta de 1993), que obligaba al Congreso a expedir de modo prioritario aquellas normas de desarrollo constitucional que permitiesen tener “autoridades regionales electas a más tardar en 1995””²⁰⁰.

199 Ib.

200 Ib.

En recuerdo de Pedro Planas*

 DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

En octubre de 2001 murió Pedro Planas, súbitamente, en Ayacucho, en donde se encontraba en plena labor de servicio público. Y hace cincuenta años que nació en un mes de marzo. Sorprende comprobar el tiempo que ha pasado. La noticia de su deceso me llegó cuando estaba fuera. Con algunos colegas estábamos en Roma en aquel instante (José F. Palomino, Gerardo Eto Cruz, Ernesto Blume Fortini y mi hijo Domingo) y Edgar Carpio, desde Lima y mediante un fax –conocía nuestra dirección del Hotel– nos anunció la muerte de Pedro. Sabíamos que se había incorporado al equipo gubernamental del presidente Alejandro Toledo –luego de servir cercanamente a Valentín Paniagua en su presidencia transitoria– y estaba dedicándose a sus nuevas labores con frenesí. La noticia nos dejó consternados e impotentes, pues a la distancia nada podíamos hacer. Solo a nuestro posterior regreso a Lima, luego de atender diversas invitaciones en el exterior, pudimos afrontar el hecho y enterarnos de los detalles de su deceso.

539

Pedro Planas murió a los 40 años... en plena juventud y maduración de su talento. Sorprende todo lo que hizo y todo lo que escribió. Es cierto que era periodista por vocación y siguió con éxito sus estudios de Comunicaciones que le dieron la licenciatura. Pero su filón, dentro del periodismo, fue la política. A ella se dedicó desde muy joven, rondando aspectos sociales, históricos y filosóficos. Fue así como lo conocí en uno de esos encuentros que se hicieron con motivo de la celebración del centenario del nacimiento de Víctor Andrés Belaunde, en 1983. Desde entonces se forjó entre nosotros una estrecha amistad que duró hasta su muerte. Luego empezaron sus libros, en especial el dedicado a Haya de la Torre, que era

* Publicado en *Tiempos de Constitucionalismo* (2020), Gaceta Jurídica, pp. 597-599. La Revista Peruana de Derecho Constitucional agradece al Doctor Domingo García Belaunde por su autorización y su plena disposición a colaborar en este homenaje.

la figura dominante o en todo caso omnipresente en aquella época, análisis que emprendió con rigor, con respeto, pero sin caer en la hagiografía. Siguiéron estudios sobre otros temas políticos y fue ahí que le recomendé que se iniciara en el campo constitucional, que era el mejor complemento a su vocación política, y que en todo caso le ayudaría a mejor entender lo que hacía. Le regalé un manual de derecho constitucional moderno, y algunos clásicos para que los leyese (recuerdo a Jellinek, a Carl Schmitt y a Kelsen) con el compromiso que luego los comentásemos, lo que efectivamente hizo. Fue así como enderezó sus estudios en esos temas, de los cuales son viva muestra su volumen dedicado a la descentralización, a los regímenes políticos contemporáneos, al Parlamento y al rescate de la Constitución (que fuimos juntos a presentar en la Universidad San Agustín de Arequipa), entre otros.

Por esa época es que Planas, haciendo un gran esfuerzo, se fue a Madrid, con diversas recomendaciones, entre ellas la mía. Ahí estuvo haciendo estudios durante un año en el entonces llamado Centro de Estudios Constitucionales, y conoció a mucha gente, como Antonio Lago Carballo. En el centro había sido alumno de un cursillo dictado por Antonio E. Pérez-Luño, al que fuimos a visitar a Sevilla. Pasé con él varios días en Andalucía y luego en Madrid, en donde me invitó a su “piso” a almorzar, o comer, como dicen los españoles. En esa ocasión, yo me puse a descansar en su pequeña biblioteca mientras Pedro cocinaba y la verdad es que no pude hacerlo, porque lo único que escuché fueron ruidos y golpes. En fin, llegó la hora del almuerzo, y parecía que Pedro había matado ahí mismo el pollo que, finalmente, algo chamuscado, gozamos los dos.

En Lima nuevamente, se dedicó a lo mismo y a retomar sus labores periodísticas en “Oiga”, en donde siempre tuvo el apoyo de Paco Igartua. Y a sus estudios sobre el novecientos, que dio origen a varias reuniones y discusiones con él y otros amigos suyos, empeñados en conocer esa interesante época de nuestra historia intelectual.

I. BATALLA AL AUTORITARISMO

Más adelante nos dedicamos a combatir el golpe de Estado de 1992 y del autoritarismo que se nos venía. Nos opusimos ambos al proyecto de Constitución a través de los medios, pues lo que se pretendía era perpetuar

a Fujimori en el poder, y para dar más solidez a nuestra postura, juntamos esfuerzos y publicamos un libro con el título que encontré más adecuado y que era un trasunto de mis lecturas juveniles: “La Constitución traicionada”. Salió, pues, el libro y se agotó muy pronto... nunca más lo volvimos a editar, aun cuando ganas no nos faltaron. Pero lo que más ambos conversábamos es cómo, en el 2000, la clase política se había acostumbrado a la Constitución de 1993 y no pensaba sino en reformas puntuales (un poco el modelo chileno con la constitución pinochetista de 1980, vigente hasta ahora con grandes cambios). Ambos pensábamos que, con la caída de la dictadura, caía también su Constitución, como había sido lo usual.

Pero eso no sucedió por diversas razones que sería largo explicar. Decididamente nos equivocamos, lo cual demuestra que el futuro y los tiempos son impredecibles. Pero por lo menos acertamos en el retorno a la democracia, que felizmente se mantiene hasta ahora. Su matrimonio con Mónica Andrade, fiel compañera, cambió en algo su vida, pero le trajo muchas compensaciones. La familia que formó lo ayudó mucho y le dio nuevos incentivos para seguir trabajando. Aguijoneado por mí, inició lecturas de libros de Introducción al Derecho y más tarde, incluso se matriculó en la maestría de Derecho Constitucional de la Universidad Católica, si bien no llegó a concluir sus estudios. Cada vez más, a la distancia, recuerdo la simpatía y la generosidad de Pedro, su alma sin dobleces, su desprendimiento del dinero, su amor por las ideas y su fe en la democracia. Y, además, su profunda fe católica, que no abandonó ni en sus peores momentos. Lo que me queda de él es el recuerdo de su invariable amistad, su clarísima inteligencia que pudo dar más y no lo dio y el recuerdo de jornadas inolvidables.

PEDRO PLANAS*

(1961-2001)

 MIRKO LAUER

Este hombre honorable y talentoso nos deja en un momento clave de la lucha reciente por la descentralización, en la que una figura clave. Tenía la historia y las ideas sobre el tema clarísimas, y una gran disposición al activismo político descentralista, que él entendió como diálogo con los protagonistas regionales. En ese diálogo lo sorprendió la muerte.

Sus estudios de la historia de las ideas (jurídicas sobre todo mas no exclusivamente) en el Perú hacen de él un intelectual de primera magnitud. En lo personal siempre he preferido sus trabajos de historia política, como la República autocrática (1994) o La democracia volátil (2000), pero creo que su aporte más importante está en el campo del descentralismo.

543

La obra La descentralización en el Perú republicano (1821-1998) (1998) es el más completo trabajo legislativo institucional sobre el tema. Allí recoge y aporta ideas de gran claridad para comprender la secular frustración que agotó a las provincias y precipitó el desarraigo migratorio. Ideas para la acción, que él ya había emprendido.

Su trabajo plantea que a pesar de su desorden el s. XIX y que eso permitió lo de consolidación nacional que pudiéramos tener. Planas pone de relieve también la relación umbilical, de lógica casi geométrica, entre autoritarismo y centralismo en el s. XX como en Augusto B. Leguía y Alberto Fujimori.

* Columna publicada en la edición del diario “La República” del día martes 9 de octubre de 2001. La Revista Peruana de Derecho Constitucional cumple con reconocer los créditos y agradece al doctor Mirko Lauer por su autorización para que el trabajo sea publicado en el presente número. El texto se ha reproducido como aparece en la columna original.

Planas llama la atención sobre el carácter representativo de la aspiración descentralista. En consecuencia invita a que no se vea sus irrupciones en la historia como reacción al caudillismo autoritario sino como – una fórmula natural de organización de la sociedad - . De donde se desprende una explicación sobre por qué el centralismo es empobrecedor.

En cuanto abogado constitucionalista, Planas era un defensor de la Carta de 1979, entre otras cosas por su mejor enfoque de lo regional. En la dedicatoria que me hace del ejemplar de un libro suyo en julio de 1998 escribe al pie de la firma “19º aniversario de la Constitución de 1979”, clara forma particular de no aceptar la vigente.

Durante el pasado decenio Planas fue un eficaz crítico del falaz doble discurso en descentralización, de los que llamó el hipercentralismo del régimen de Fujimori y del descentralismo falaz de la Constitución de 1993. Como asesor de Valentín Paniagua y como consejero de Alejandro Toledo, su tarea fue llevar esas críticas académicas a la práctica.

De la obra de Planas se deduce con claridad que uno de ellos aportes más eficaces para mantener al autoritarismo a raya es fortalecer el descentralismo. También se puede deducir que lo avanzado con la Constitución de 1979, aún perfectible como es, constituye la base más sólida para reencontrarse con el curso perdido con el golpe de Estado de abril de 1992.

La videopolítica y el proceso electoral*

 HELDER DOMÍNGUEZ HARO

A pocos días de elegir al nuevo jefe del Estado Peruano, en este corto tiempo de reflexión ciudadana, vale acotar algunas ideas de historia y practica política-electoral en torno al poder desde los medios de comunicación, y más precisamente, de la sociedad televisiva; y cuyo propósito es despejar y aclarar meridianamente conceptos y actitudes del proceso político-electoral.

Esta reflexión lo hacemos sobre la base del libro “La Videopolítica en el Perú. Las elecciones y el acceso de los partidos y de los candidatos en los inicios de la T.V. peruana” (abril, 2001, 245 pp.) del escritor, periodista y constitucionalista Pedro Planas Silva, presentado en la Sala de Conferencias de la Universidad Privada del Norte. Entrega que constituye un singular aporte para la bibliografía y evolución reciente de la Ciencia Política peruana (recordemos que es a partir de la década de los 70 que se inician los estudios con rigor científico) y si la memoria no me traiciona es el único en su género libresco.

De esta obra de corte informativo y formativo, recogemos el mensaje político en la televisión peruana desde su aparición en 1958 hasta inicios de la década de los 70. Las últimas décadas responden a nuestro parecer.

Se debe dejar en claro que “videopolítica” no es la “política del video” o el uso de esas famosas cámaras escondidas que en un momento dado visualizan inconsulta un acto de corrupción o ilícito penal reprochable a todas luces (los denominados “vladivideos” tan de moda en nuestro medio desde el recordado 14 de septiembre del año que paso).

* Publicado en Diario La Industria, Trujillo. Mayo 31, 2001, p. 67. La Revista Peruana de Derecho Constitucional cumple con reconocer los créditos y agradece al Magistrado Helder Domínguez Haro por su autorización para que el trabajo sea publicado en el presente número. El texto se ha reproducido como aparece en la publicación original.

Nosotros queremos apuntalar con la expresión “videopolítica” (acuñado por el politólogo Giovanni Sartori) a la forma como los medios de comunicación influyen en el poder, el poder político de la televisión, la política a través de este medio. Desde que la televisión aparece se cambia las formas de hacer política en el Perú, complementa los debates que se daban en las plazas públicas o en el fuero parlamentario. Son las imágenes políticas las que informaran y formaran al ciudadano (categoría nacida con el constitucionalismo liberal e histórico del siglo XVII-XVIII) y que por el correr vertiginoso de los años tomará cuerpo por un “videociudadano”.

La prenda y el debate escrito al ser trasladado a la televisión va a servir de instrumento para que los partidos y políticos, en época electoral, cautiven el voto ciudadano hacia una determinada candidatura presidencial, congresal o municipal. A diferencia de los últimos tiempos, en la etapa fundacional de la televisión peruana, se van introduciendo hábitos de mutuo respeto, diálogo, tolerancia, pluralismo democrático y veracidad. Toda una apertura del proceso político.

546

Vale recordar los debates televisivos programáticos y técnicos de los políticos y candidatos, que combinando gesto + frase, pretendían persuadir y convencer al cuerpo electoral; tenemos así las figuras de Belaunde, Beltrán, Odría, Haya de la Torre, Cornejo Chávez, Sánchez, Ravines, Chirinos, Grieve, Orrego, Ruiz Eldredge, Vega, entre otros.

Si bien la televisión se ha convertido en el principal medio de información y opinión de la población, por el impacto que tiene en las elaboraciones y percepciones colectivas, en las últimas décadas, los riesgos del poder acumulado en la televisión han ocasionado que los espacios políticos se degeneren, como producto de la crisis de la política (actividad) y de lo político (estructura), de la institucionalización. El Público desconoce la información y está mal informado, las formas en que se presentan las noticias, monólogos, polémicas, debates, etc. proporcionan la apariencia, no la esencia de la información o, en el peor de los casos, información superficial.

Los debates para el peruano mayoritario y concreto son espectáculos de imágenes, frases, oratoria, golpes bajos, gesto, movimientos corporales, rostros llamativos o carismáticos, más que un análisis de propuestas

y programas gubernamentales, en donde la regla es la abstracción y la generalidad (¿qué hacer?) y la excepción es el planteamiento específico y particular (¿el cómo?).

Lamentablemente el sólo hecho de las imágenes han reemplazado a la actitud pensante del ciudadano. El tradicional Homo Sapiens, esencialmente racional, está siendo cada vez más sustituido por el Homo Videns, “un animal fabricado por la televisión cuya mente ya no es conformada por conceptos, por elaboraciones mentales sino es un hombre estimulado por imágenes y sensaciones”, a decir de Sartori. O en otros términos, acostumbrado al simple “mostrar” y ya no al racional “demostrar” parafraseando a Planas. La gente reacciona a los hechos políticos que presenta la televisión (a lo que ésta hace visible), que se convierte en un factor moldeador y hasta decisivo en un acto electoral, descuidando el criterio y análisis conceptual.

Las preferencias en las encuestas nos demuestran, muchas veces, que, en el momento de sufragar, p.e. el ciudadano emite su voto a favor del probable ganador o competidor para no “desperdiciar su voto” o “hacerle la elección difícil”, vota por la persona más no por sus ideas. Ese es un voto no pensante y es que las encuestas no necesariamente revelan la voz del pueblo, más bien revela la voz de los medios de comunicación en el pueblo. En tal sentido, la “encuestocracia” tiene sus propios riesgos.

547

En este esquema y contexto, evidentemente, existe responsabilidad en cada uno de los actores políticos y sociales que integran todo proceso electoral. Las imágenes pueden decirnos mucho, algo o nada y tocar la emotividad ciudadana; empero no agota el contenido político. Es necesario que la población reformule y complemente su mirada a las propuestas y probables soluciones de cada uno de los candidatos, comparando proyectos y alternativas viables, sus lineamientos para la acción política. En ese camino el rol de los partidos y de la televisión deberá ser trascendental, deberán replantear sus funciones a fin de educar al ciudadano para la responsabilidad política.

La decisión final, de cada elector en cada proceso a participar, debe ser materializada a través del voto pensante y racional. El gran reto personal es la elección por principios, difícil tarea; pero por algo debemos empezar para sembrar y consolidar la gobernabilidad institucional y la democracia.



UNIVERSIDAD
DE • LIMA

Dirección de Imagen y Promoción

CATHEDRA

Simposio **Pedro Planas: Político y Humanista**



Expositores

Valentín Paniagua, ex presidente del Perú; Javier de Belaunde, jurista;
Julio Cotler, sociólogo; y Francisco Igartua, fundador de la revista Oiga.

Jueves 6 de diciembre 2001
19.00 horas, Auditorio Central

Teléfono: 437-8266
Fax: 435-3449
E-mail: daii@ulima.edu.pe

U. LIMA IMAGEN

**Publicidad de evento académico organizado
por la Universidad de Lima, en honor al profesor
Pedro Planas Silva, publicada en el diario El Comercio
el 02 de diciembre de 2001**

SECCIÓN
JURISPRUDENCIA COMENTADA

**Una píldora que cayó de madura.
Reflexiones sobre la liberación
del anticonceptivo oral de emergencia
a la luz de la sentencia emitida por el Tribunal
Constitucional en el Expediente
N° 0238-2021-PA/TC**

**A pill that fell ripe. Reflections on the release of
the emergency oral contraceptive in the light of the
Constitutional Court ruling in Case N° 0238-2021-PA/TC.**

 LUIS R. SÁENZ DÁVALOS*

553

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Tras la expedición de la sentencia en la que el Tribunal Constitucional se pronuncia validando la distribución o reparto gratuito del anticonceptivo oral de emergencia, varias son las reflexiones que pueden extraerse.

Una de las más llamativas o simbólicas parece ser la de constatar, que en un país como el nuestro, los casos que por una u otra razón enfrentan a corrientes de pensamiento contrapuestas, requieren para ser resueltos un periodo extremadamente largo, tanto así que aunque parezca exagerado –y tal vez esa sea la razón del título principal por el que hemos optado– es esta una causa que prácticamente llego a su fin, no tanto por la importante

* Asesor de Despacho en el Tribunal Constitucional. Docente de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Miembro Ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

definición que contiene sino por la extensión casi desmesurada de litigio en que se tradujo, originando que la respuesta termine siendo consecuencia más de su prolongada longevidad que de su rigurosa sensatez.

Casi veintiún años de larga controversia jurisdiccional dividida en tres procesos constitucionales, parecen indicar que la discusión ha quedado finalmente cerrada. Por lo menos eso es lo que se espera antes que reminiscencias estructuradas a partir de razones incompatibles con el Derecho.

Otra de las reflexiones que a nuestro modo de ver merece ser enfocada es aquella que apunta a una sana pero imprescindible crítica a ciertas apreciaciones manejadas en la sede judicial sobre lo que representan ciertos institutos procesales.

Es lo que de alguna forma se evidencia en la sorprendente coincidencia entre lo resuelto por primera y segunda instancia judicial particularmente durante la tramitación del último de los procesos constitucionales y en el que a pesar de apreciarse una sustancial diferencia en el sentido de lo decidido no parece observarse una idea muy precisa de lo que representa el régimen procesal conocido como amparo contra amparo, lo que llama poderosamente la atención pues no estamos hablando de un modelo jurisprudencial novedoso, sino de uno que cuenta con más veinte años de desarrollo casuístico, incluidos dos precedentes y buena parte de doctrina jurisprudencial vinculante.

Tal parece que o no se conoce adecuadamente el tema o tal vez siendo conscientes de lo que este realmente significa, se le ha utilizado como pretexto ya sea para enfrentar de manera antojadiza la polémica suscitada, ya sea para eludir un tema de notable interés. Si es lo primero preocupa por razones esencialmente jurídicas, si es lo segundo, dice mucho del franco temor que aún suscitan ciertas causas sensibles para los ojos de la magistratura judicial. Afortunadamente el Tribunal Constitucional ha puesto una dosis de cordura en este extremo, haciendo lo que de él precisamente se espera e interpretando adecuadamente el alcance de sus propios pronunciamientos.

La última de las reflexiones y que es en definitiva la principal nos conduce directamente al tema de fondo cuyo tratamiento por parte de la

sentencia es digno de saludar y digámoslo de verdad, hasta de aplaudir. Sin embargo, siendo muy importante lo que se ha hecho en términos argumentativos, bien pudo aprovecharse la ocasión para corregir algunos excesos de concepto en los que lamentablemente el propio Tribunal Constitucional había incurrido años atrás. No habiendo ocurrido esto último, habrá que esperar futuros casos en los que el supremo Colegiado termine por depurar su propia perspectiva jurisprudencial.

El objeto del presente trabajo, procurará detenerse en los aspectos enunciados en la lógica de esclarecer los antecedentes del caso y los derroteros por los que finalmente se ha optado.

II. LA POLÉMICA SOBRE EL ANTICONCEPTIVO ORAL DE EMERGENCIA. UN CAMINO DE IDAS Y VENIDAS Y DE SUCESIVOS PROCESOS

Los antecedentes de la controversia son como se ha dicho, algo lejanos.

555

Efectivamente, hacia el último tramo del año 1999, fue expedida por el Ministerio de Salud la Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, de fecha 22 de setiembre de 1999, mediante la cual se aprobaron las denominadas normas de planificación familiar con el propósito de contribuir a poner a disposición de mujeres y hombres del Perú la más amplia información y servicios de calidad en la lógica de que estos últimos puedan concretizar como mejor convenga, sus ideales reproductivos.

Tiempo después y concordante con dicho pronunciamiento, sería también emitida la Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM de fecha 13 de julio del 2001, conforme a la cual se ampliarían las normas sobre planificación familiar incorporándose por vez primera al Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE) como uno de los métodos rigurosamente anti-conceptivos, lo que, desde tal perspectiva, habilitó su distribución en todos los hospitales del Estado y centros de salud públicos.

Cabe puntualizar que cuando el Ministerio de Salud adoptó estas decisiones, no fue por un tema en estricto discrecional, mucho menos personal, como en principio se llegó a pensar sino tras un detenido y arduo

estudio en el que participaron diversas organizaciones y especialistas tanto en planificación familiar como en políticas de salud¹.

El caso es que pese a esta preliminar decisión de pacífica distribución de lo que para ese momento era un indudable método anticonceptivo, de pronto y sin mayor explicación se dio marcha atrás y sin que mediara pronunciamiento formal alguno por parte del Estado se decidió que ya no iba el reparto del Anticonceptivo Oral de Emergencia. La razón implícita de fondo no era otra que la polémica generada en aquellos días por algunos sectores de opinión que alegaban un carácter supuestamente nocivo por parte de dicho fármaco, apoyada en la aseveración de que además de retrasar la ovulación e impedir el proceso de migración espermática (típicos alcances de la mayor parte de anticonceptivos ordinarios) generaba también un tercer efecto sobre el endometrio o capa interna del útero y que este último no era otra cosa que un atentado contra la vida del concebido, en otras palabras, un indiscutible aborto.

556

Lo curioso del caso es que la discusión así planteada no era promovida por los organismos científicos especializados que en todo caso eran los llamados a pronunciarse sobre el tema (la Organización Mundial de Salud, la Organización Panamericana de la Salud, entre otros), sino por personas y organizaciones decididamente vinculadas a ciertas corrientes de pensamiento ortodoxo, respetables sin duda, pero no precisamente pertenecientes a instituciones representativamente oficiales. Sin embargo también era cierto que algunos sectores científicos no oficiales se sumaron a esta postura generalizándose desde ese momento una fuerte controversia, de manera muy similar a la que sobre idéntica materia, se había suscitado en otras latitudes².

Ante tal estado de cosas y al no efectivizarse los mandatos contenidos en las resoluciones ministeriales antes mencionadas, desde los predios de la sociedad civil se promovería con fecha 18 de setiembre del 2002 un

-
- 1 Cfr. Al respecto, Ministerio de Salud. *Normas del Programa Nacional de Planificación Familiar*; Dirección General de Salud de las Personas. Dirección de Programas Sociales; Imprenta Producciones Gráficas Peruanas S.R.L.; Mayo del 2000.
 - 2 Un interesante inventario del debate a nivel de diversos países de latinoamérica lo encontramos en Villanueva Flores, R. (2008). *La anticoncepción oral de emergencia. El debate legal en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, UNFPA, ASDI.

proceso constitucional de cumplimiento por parte de doña Susana Chávez Alvarado y un numeroso grupo de ciudadanas quienes consideraban que la renuencia del Estado a cumplir sus propios mandatos formales resultaba totalmente violatoria de los derechos reproductivos de las mujeres y en particular de los derechos de aquellas pertenecientes a los sectores más vulnerables no solo por su estado de pobreza extrema sino por ser en una gran cantidad de casos víctimas de abuso sexual y de correlativos embarazos no deseados, motivo por el que sobre todo para ellas era urgente el acceso al AOE.

Paralelo al inicio de este proceso constitucional y ante la evidente discusión suscitada, desde el Estado se convocaría a diversos especialistas a fin de dilucidar sobre la veracidad o no de las objeciones planteadas con relación a los efectos del AOE. Se recabarían al respecto los informes tanto de la Comisión de Alto Nivel designada por el Ministerio de Salud mediante Resolución Suprema N° 007-2003-SA del 11 de setiembre del 2003 como el Informe evacuado por la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia acompañado por Oficio N° 516-2004-JUS/DM. Por su parte, la Defensoría del Pueblo, emitiría el Informe Defensorial N° 78 dedicado en particular a la Anticoncepción Oral de Emergencia³. En todos estos documentos la posición a favor del carácter no abortivo del AOE resultaba concluyente y se respaldaba en la sólida información científica hasta ese momento existente.

No obstante ello y al encontrarse en trámite el antes citado proceso, el Estado quedaría a las expensas de lo que allí se resolviera. En tanto tal situación se produjera, evaluó la conveniencia de actualizar las normas sobre planificación familiar, lo que en efecto se produjo con la emisión de la Resolución Ministerial N° 536-2005/MINSA de fecha 14 de julio del 2005 que dejó sin efecto la Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM empero manteniendo la totalidad de sus postulados esenciales⁴.

3 Defensoría del Pueblo. (2003). *La anticoncepción oral de Emergencia*; Serie Informes Defensoriales; Informe N° 78.

4 Cfr. Ministerio de Salud. (2005). *NT N° 032-MINSA/DGSP-V.01 Norma Técnica de Planificación Familiar*; Dirección General de Salud de las Personas, Estrategia Sanitaria Nacional de Salud Sexual y Reproductiva; Talleres de Hilmar S.A.

Tiempo después y con fecha 13 de noviembre del 2006, el Tribunal Constitucional, en ese momento integrado por los Magistrados Víctor García Toma, Magdiel Gonzales Ojeda, Javier Alva Orlandini, Juan Vergara Gotelli, César Landa Arroyo y Carlos Mesía Ramírez, emitiría su esperada sentencia final en el marco del Expediente N° 7435-2006-AC/TC. Esta ejecutoria, dicho sea de paso, sería adoptada por unanimidad⁵ y mediante la misma se tomaría una postura claramente estimatoria estableciendo en forma concluyente que conforme a la información científica recabada y que a esas alturas comprendía, informes y pronunciamientos de los más calificados organismos nacionales e internacionales, el Anticonceptivo Oral de Emergencia tenía los efectos de todo anticonceptivo común y corriente y por tanto no tenía incidencia abortiva alguna, motivo por el que no se justificaba de ninguna manera el incumplimiento de los mandatos exigidos, los que ahora debían entenderse como referidos a las nuevas resoluciones ministeriales que regulaban la misma materia que originalmente regulaban las resoluciones originalmente invocadas⁶.

558

Así las cosas, todo hacía suponer que con el referido pronunciamiento quedaba zanjada la controversia y lo que a renglón seguido correspondía era de inmediato proceder a la inclusión del AOE dentro de los métodos de planificación familiar y a su inevitable distribución gratuita a nivel de los hospitales o entidades de salud públicas. Las cosas sin embargo no serían así.

Por aquellos días, se difundiría la noticia de que mucho antes de la emisión de la sentencia del Tribunal Constitucional había sido promovida ante el Poder Judicial una demanda constitucional de amparo, cuyo propósito, por paradójico que resulte, era exactamente el contrario al perseguido en el proceso de cumplimiento. Esta nueva demanda que había

5 La sentencia del Tribunal Constitucional, emitida en este primer proceso, vendría a clarificar las cosas, pues el derrotero seguido hasta ese momento en sede judicial había sido en estricto cambiante. De una resolución de primera instancia que declaraba fundada la demanda (resolución emitida por el Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima con fecha 16 de junio del 2004) se pasaría a una resolución de segunda instancia que optaba por la improcedencia del reclamo sin pronunciamiento de fondo tras considerar la existencia de una supuesta sustracción de materia (resolución de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 23 de marzo del 2006).

6 Cfr. Publicada el 20 de noviembre del 2006.

sido interpuesta con fecha 29 de octubre del 2004 por la Organización No Gubernamental “Acción de Lucha Anticorrupción” buscaba la prohibición del reparto gratuito del AOE bajo la argumentación de que dicho fármaco resultaba presuntamente lesivo del derecho a la vida del concebido⁷. Incluso perseguiría a nivel de su petitorio, trasladar el debate al seno del Congreso de la República pues reclamaría que cualquier decisión sobre la inclusión y uso del AOE, debía requerir la consulta previa de dicho poder del Estado. En otras palabras, buscaba relativizar el análisis jurídico y más bien, politizar el tema.

En este segundo proceso constitucional el debate jurídico se volvería mucho más prolongado pues la entidad demandante intentaría por todos los medios posibles exaltar las supuestas discrepancias científicas producidas en torno del denominado tercer efecto en el AOE. Aunque en parte lograría dicho propósito a nivel de la primera instancia judicial⁸, no lo lograría a nivel de segunda instancia⁹, motivo por el que la discusión, por segunda vez, pasaría al Tribunal Constitucional, que para entonces contaría con una composición de Magistrados en su mayoría reestructurada, habida cuenta que muchos de ellos recién verían el caso por vez primera (a Juan Vergara Gotelli, Carlos Mesía Ramírez y César Landa Arroyo que venían del anterior Pleno, se integrarían Ricardo Beaumont Callirgos, Fernando Calle Hayen, Gerardo Eto Cruz y Ernesto Álvarez Miranda).

7 Puede especularse que quienes se oponían al uso del AOE, presumieron que existía toda la posibilidad de que el proceso de cumplimiento lograra su cometido y por ello buscaron neutralizar dicho efecto con otro proceso constitucional como en este caso lo fue el amparo comentado. Todo apunta a que ese fue el propósito si nos atenemos a las fechas en las que se expide la sentencia de primera instancia del proceso de cumplimiento (16 de junio del 2004), estimatoria como ya se ha dicho, y la casi inmediata interposición de esta demanda de amparo (29 de octubre del 2004).

8 Mediante resolución emitida por el Vigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima con fecha 17 de agosto del 2005, se declararía fundada en parte la demanda por considerarse que el anticonceptivo oral de emergencia podría poner en peligro la vida del concebido, al no haberse descartado la existencia de un tercer efecto. Sin embargo, se desestimaría la demanda en el extremo en el que se solicitada la previa consulta por parte del Congreso de la República.

9 De acuerdo con la resolución expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima con fecha 27 de noviembre del 2008, se declararía fundada la demanda solo respecto del derecho a la información tras considerarse que las Guías Nacionales de Atención Integral de Salud Sexual y Reproductiva debían informar que el AOE producía una ligera alteración en el endometrio, aunque dejaría en claro que dicha alteración no era constitutiva de un aborto, lo que evidentemente no iba de la mano con el raciocinio de la parte demandante.

Llegado el momento de resolverse el Expediente N° 2005-2009-PA/TC por parte del Supremo Intérprete de la Constitución, se emitiría sentencia final con fecha 16 de octubre del 2009, observándose de su contenido una radical división de posturas en la perspectiva de los Tribunales. Mientras que por declarar fundada la demanda (esto es, en contra del reparto gratuito del AOE) se pronunciarían los Magistrados Juan Vergara Gotelli, Carlos Mesía Ramírez¹⁰, Ricardo Beaumont Callirgos, Gerardo Eto Cruz y Ernesto Álvarez Miranda, en contra de la misma (y en línea similar a la sostenida en el Expediente N° 7435-2006-AC/TC, es decir, argumentando de manera amplia y detallada que el AOE, no producía efectos abortivos ni vulneraba el derecho a la vida del concebido) se sumarían los votos de los Magistrados César Landa Arroyo y Fernando Calle Hayen. Con todo, la sentencia en comento dispondría en su parte resolutive que el Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita del AOE así como ordenar que los laboratorios que producen, comercializan y distribuyen el citado fármaco incluyan en la posología o recetario que el mismo podría inhibir la implantación del óvulo fecundado¹¹.

Esta nueva ejecutoria, originaría un gran debate en la comunidad académica más que por el cambio de posturas, por la notoria incoherencia que suponía el haber prohibido el reparto gratuito del AOE en los hospitales públicos, es decir, para las personas que carecían de recursos económicos, mientras que, por el contrario, haber garantizado su venta libre en los establecimientos de carácter privado. En otras palabras, si se entregaba gratuitamente se incurría en un atentado a la vida, si se comercializaba en cambio, se encontraba ello permitido en base a las reglas del mercado¹².

10 Tanto Vergara Gotelli como Mesía Ramírez cambiarían su posición en relación con la sostenida por el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N° 7435-2006-AC/TC, argumentando ahora que el AOE si resultaba supuestamente lesivo del derecho a la vida del concebido.

11 Cfr. Publicada con fecha 22 de octubre del 2009.

12 Nos hemos ocupado de analizar ampliamente dicha ejecutoria en Sáenz Dávalos, L. (2010). El dilema de la píldora del día siguiente (a propósito de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano en el Exp. N° 2005-2009-PA/TC), en *Derechos de las mujeres y discurso jurídico*; Perú, Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales 2009, DEMUS; Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género; noviembre; pp. 19-39.

Sin embargo, esta misma sentencia, incorporaría un argumento que, como analizaremos más adelante, sería decisivo para el futuro inicio de un tercer proceso constitucional. De acuerdo con su fundamento 52 y como consecuencia del persistente esfuerzo de la entidad demandante por alegar que existían dudas sobre el carácter abortivo del AOE en base al llamado tercer efecto del que hablaban casi todas las recetas o posologías que en sus diversas presentaciones tenía dicho fármaco, llego a sostener que la decisión mayoritaria del Colegiado se basaba en la necesidad de aplicar criterios precautorios, pero que si dichas dudas desaparecían en el futuro, el mismo Colegiado podría cambiar de opinión, no siendo por tanto dicha sentencia de carácter inmutable. A este fundamento por lo demás, se sumaría también el 62 que colocaría en cabeza de las autoridades competentes la facultad de cerciorarse hasta lograr un grado de certeza, que el AOE tiene propiedades benéficas y que no produce efectos secundarios mortales o dañinos.

El enfoque así acogido suponía que en medio de todo, la discusión no quedaba en absoluto cerrada, sino que podía volverse a replantear de variarse las condiciones que generaron las dudas en la mayoría de quienes integraban el Colegiado. Y en efecto, las condiciones empezaron a variar más pronto de lo previsto, pues poco después de emitirse la sentencia del Tribunal Constitucional que aquí se ha comentado, el Ministerio de Salud, en cumplimiento de sus propios mandatos decidió efectuar las consultas ante la Organización Mundial de Salud en torno del denominado tercer efecto del AOE, las que una vez absueltas por la Organización Panamericana de la Salud (como su organismo de línea) corroborando que este último no constituye un aborto al no impedir la implantación o anidación de un óvulo fecundado, dieron lugar a que la Dirección General de Salud de las Personas, la Dirección General de Medicamentos, insumos y Drogas y el Instituto Nacional de Salud del Perú, se pronuncien en forma favorable a su implementación como método anticonceptivo, lo que finalmente se vería corroborado con la emisión de la Resolución Ministerial N° 167-2010/MINSA de fecha 08 de marzo del 2010 que dispuso hacer de conocimiento público el carácter no abortivo del AOE y que se tomen las acciones a fin de aplicar la NT N° 032-MINSA/DGSP-V-01 Norma Técnica de Planificación Familiar aprobada por Resolución Ministerial N° 536-2005/MINSA, lo que en la práctica dejaba expedito nuevamente el reparto gratuito del AOE en los hospitales públicos.

En este contexto y a pesar de que todo parecía en ese momento clarificarse, el juez que se encontraba a cargo de la ejecución de la Sentencia emitida en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC de pronto emitió un proveído mediante el cual requería al Ministerio de Salud a fin de que cumpla con ejecutar la parte resolutive de la sentencia de amparo¹³, posición que tras ser apelada sería confirmada por la instancia judicial superior¹⁴. El origen de esta incidencia, era directa consecuencia de la abierta oposición que la parte demandante del proceso de amparo había formulado a lo dispuesto en la antes citada Resolución Ministerial N° 167-2010/MINSA, tras considerar que la misma comportaba un desacato a la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional.

Lo curioso del caso, porque no de otra forma puede ser entendida dicha reacción, es que para la parte demandante todo se reducía al fallo de la sentencia que, como antes se ha precisado, prohibía el reparto gratuito del AOE y ordenaba que las recetas advirtieran de un presunto efecto contra la implantación del óvulo fecundado, pero omitía por completo las importantes –y más aún, decisivas consideraciones– contenidas en los fundamentos 52 y 62 que dejaban en claro el carácter condicional de la misma ejecutoria. Las instancias de ejecución pese a ser conscientes de la sentencia y de lo que su contenido decía, no quisieron sin embargo meterse en el tema (en realidad y para ser exactos rehuyeron la discusión) y se limitaron a exigir el cumplimiento del fallo. Ante tal circunstancia y tras sucesivos requerimientos del citado mandato judicial, el Ministerio de Salud, emitiría la Resolución Ministerial 0652-2010-MINSA de fecha 19 de agosto del 2010 cuyo tenor dispuso que la Dirección General de Salud de las Personas y la Dirección de Medicamentos, Insumos y Drogas se abstengan de realizar cualquier actividad referida al uso del levonorgestrel como anticonceptivo oral de emergencia. De esta forma, quedaría total y absolutamente vedado el reparto gratuito del AOE.

Ahora bien, muy al margen de la actuación del Poder Judicial en sede de ejecución y de lo decidido por el Ministerio de Salud en el ámbito administrativo, es un hecho que tampoco podía desconocerse que el debate

13 Cfr. Resolución del 17 de mayo del 2010.

14 Cfr. Resolución del 25 de mayo del 2011.

a nivel científico médico había clarificado mucho más las cosas con el paso del tiempo. Contrario a lo que en su momento llegó a decir la sentencia de amparo emitida en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC en el sentido de que las posologías o recetarios del anticonceptivo oral de emergencia hacían referencia a un tercer efecto sobre el endometrio, dicha alegación progresivamente vino siendo descartada, volviéndose en determinado momento prácticamente inexistente. La situación descrita se hizo tan evidente que los niveles de consenso en la comunidad científico médica se volvieron cada vez más sólidos. Así se corrobora de las posiciones asumidas por la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud oportunamente recabadas por el Estado.

En tales circunstancias y con fecha 14 de julio del 2014 la ciudadana doña Violeta Cristina Gómez Hinostroza decidió promover ante el Poder Judicial una nueva demanda de amparo. De acuerdo con esta última, se solicitaba que el Ministerio de Salud replantee sus informaciones y por sobre todo, reinicie la distribución gratuita del Anticonceptivo Oral de Emergencia en todos los hospitales públicos bajo la consideración de que acorde con lo señalado por el propio Tribunal Constitucional mediante la sentencia emitida en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC, las objeciones sobre los presuntos efectos de dicho fármaco habían variado sustancialmente y por consiguiente, ya no existía la presunción o sospecha sobre su carácter abortivo. En otras palabras, se solicitaba, en consonancia con lo dispuesto en los fundamentos 52 y 62 de dicho pronunciamiento, una actualización de sus alcances ya que tal postura era abiertamente legitimada por su contenido. Se invocarían al respecto los derechos a la igualdad y a no ser discriminado, a la información, y a la autodeterminación reproductiva, principalmente.

Iniciado este tercer proceso constitucional se tramitaría tiempo después, una solicitud cautelar en la que se pediría el acceso provisional de toda mujer al AOE bajo consideraciones similares a las expuestas en la demanda, originándose que con fecha 19 de agosto del 2016, el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, conceda dicha petición tras estimar la existencia de una evidente verosimilitud en los derechos reclamados y un probable riesgo en la demora. Como consecuencia de dicha decisión se reiniciaría, nuevamente, la distribución gratuita del AOE quedando el tema fondo a expensas del proceso principal que en ese momento se venía tramitando.

Llegada la ocasión de expedirse sentencia a nivel de primera instancia la demanda sería declarada fundada bajo la premisa de haberse acreditado la vulneración de los derechos fundamentales objeto de reclamo¹⁵. Sin embargo, dicha decisión sería revocada a nivel de segunda instancia¹⁶ bajo consideraciones formales bastante discutibles y que luego analizaremos. Con este resultado el caso pasaría nuevamente al Tribunal Constitucional, quien para esta oportunidad se encontraría conformado por los Magistrados Constitucionales Francisco Morales Saravia, Luz Pacheco Zerga, Gustavo Gutiérrez Ticse, Helder Domínguez Haro, Manuel Monteagudo Valdéz y César Ochoa Cardich.

Finalmente y con fecha 21 de marzo del 2023, el renovado Tribunal Constitucional emitiría por mayoría su decisión en el contexto del Expediente 0238-2021-PA/TC. A favor de declarar fundada la demanda y liberar en definitiva el Anticonceptivo Oral de Emergencia por no ser este último abortivo, se pronunciarían los tribunales Francisco Morales Saravia, Helder Domínguez Haro, Manuel Monteagudo Valdez y César Ochoa Cardich. En contra de la demanda, lo harían los Magistrados Luz Pacheco Zerga y Gustavo Gutierrez Ticse¹⁷.

564

Con este pronunciamiento, se cerraría en definitiva el ciclo de cuestionamientos que a nivel de procesos constitucionales se mantuvo subsistente por buena cantidad de años.

III ¿UN CASO DE AMPARO CONTRA AMPARO O UNA SENTENCIA CONSTITUCIONAL CONDICIONADA?

Uno de los temas que fue planteado como cuestión previa tanto en las instancias judiciales como a nivel de lo decidido por el Tribunal Constitucional en el marco del Expediente N° 0238-2021-PA/TC fue el concerniente con la dilucidación de si en el presente caso nos encontrábamos ante

15 Cfr. Resolución emitida por el Primer Juzgado Constitucional de Lima con fecha 02 de julio del 2019.

16 Cfr. Resolución emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima con fecha 16 de Setiembre del 2020.

17 Cfr. Publicada el 30 de marzo del 2023.

un proceso constitucional interpuesto contra otro proceso constitucional (un típico amparo contra amparo) o se trataba en cambio de un proceso constitucional totalmente autónomo en el que el Colegiado se viera obligado a revisar de alguna forma una anterior sentencia suya.

El tema procesalmente hablando no era baladí, sino verdaderamente interesante además de atípico, pero entendemos que requería un adecuado enfoque que lamentablemente no supo dispensar el Poder Judicial cuando tuvo la oportunidad de hacerlo. Su introducción en el debate, respondió de alguna manera al hecho de haberse deslizado como argumento de defensa por parte de uno de los litis consortes pasivos (ONG Acción de Lucha Anticorrupción “Sin Componenda”, demandante en el proceso de amparo con Expediente N° 2005-2009-PA/TC) en la lógica de oponerse a que prosperara el presente proceso constitucional¹⁸.

Lo primero que cabe recordar al respecto es que lo que se conoce como amparo como amparo es un régimen procesal especial creado ex profeso con el propósito de habilitar la revisión mediante un proceso constitucional de las inconstitucionalidades que puedan haber sido generadas en otro proceso constitucional. El presupuesto indispensable es en consecuencia que un proceso constitucional primigenio pueda haber devenido en inconstitucional y que por consiguiente necesite ser corregido mediante un nuevo y posterior proceso constitucional¹⁹.

La naturaleza de dicho régimen procesal es de por sí sumamente excepcionalísima, de allí que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tras largos años de desarrollo haya ido generando reglas especiales que permitan validar su validar su procedencia. De un total de nueve reglas hasta la fecha existentes²⁰, una en particular sería invocada en el caso que

18 Cfr. Al respecto el escrito de absolución de la demanda presentado con fecha 11 de setiembre del 2017 (fs. 1282 y siguientes de los actuados).

19 Sobre el tema existe hoy en día abundante bibliografía. En nuestro caso nos remitimos a Sáenz Dávalos, L. (Coordinador). (2007). *El Amparo contra Amparo y el Recurso de Agravio a favor del Precedente*. Cuadernos de Análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional N° 3. Palestra Editores.

20 Cfr. Sáenz Dávalos, Luis. El Amparo contra Amparo en el Perú: estado actual de la cuestión a la luz de los precedentes existentes; en Peña Gonzales, Oscar (Coordinador). (2012). *Los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. APECC. Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación; pp. 51 y ss.

aquí se comenta y era aquella que establecía que no procede dicha opción impugnatoria contra las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional.

La objeción en apariencia era llamativa si lo que se buscaba mediante el proceso de amparo tramitado en el Expediente N° 0238-2021-PA/TC era directamente cuestionar lo decidido en la sentencia recaída en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC. Sin embargo, las cosas no eran exactamente así, pues en ningún momento la demandante del tercer proceso constitucional estaba reclamando desconocer a la sentencia inmediatamente anterior (la del segundo proceso), sino más bien interpretarla de acuerdo a lo que ella misma enfáticamente sostenía.

Lastimosamente este escenario no lo entendería del todo el Poder Judicial y se inclinaría en sus dos instancias por desarrollar sobre este punto en concreto una serie de consideraciones bastante opinables asumiendo extrañamente que de acuerdo con las mismas, sí se trataría de un amparo contra amparo.

566

Más allá de las importantes argumentaciones que utilizaría el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima para evidenciar que en las actuales circunstancias las condiciones de duda sobre el efecto abortivo del AOE habían desaparecido, su sentencia entendería que en sentido estricto o literal sí nos encontramos ante un caso de amparo contra amparo donde de alguna manera se hacía necesario cotejar la regla de improcedencia de dicho régimen procesal con lo dispuesto por diversas disposiciones del Código Procesal Constitucional (en ese momento vigente), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de la Constitución destinadas a fortalecer la interpretación de los derechos con sujeción a los tratados internacionales y a la propia jurisprudencia internacional.

Por otro lado y aunque efectivamente era cierto que algunos de los fundamentos contenidos en la sentencia emitida en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC, devinieron con los años en contrapuestos a la jurisprudencia internacional (en particular, a la jurisprudencia derivada del Caso Artavia Murillo²¹, específicamente sobre lo que representa el concebido) tal consta-

21 Cfr. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

tación, tampoco era indispensable para resolver la presente controversia ni mucho menos para establecer una inaplicación forzada de la sentencia del Tribunal Constitucional en base al desconocimiento de una de las reglas del amparo contra amparo. Era suficiente con establecer a modo de *obiter dicta* la nueva postura interpretativa y resolver la pretensión como realmente correspondía. La lógica de desafiar al Colegiado cuando no estaba en entredicho una discusión que exigiera tal postura no era probablemente el mejor de los caminos.

Situación mucho más preocupante se observaría del razonamiento utilizado en la resolución expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. De acuerdo con este último lo que estaba en cuestión mediante el proceso constitucional interpuesto era un abierto desconocimiento de lo decidido en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC, lo que llevaría a considerar el caso como uno en el que se hace plenamente aplicable la regla de prohibición del amparo contra decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional.

Así las cosas, sorprendería que la instancia superior, pese a ser consciente de la existencia de argumentos como los establecidos en los fundamentos 52 y 62 de la sentencia, haya optado por refugiarse en un abierto formalismo, sin detenerse a examinar el carácter condicional de lo decidido en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC. Con ello no solo se evidenciaría una clara voluntad de eludir el debate de fondo, sino de desconocimiento de los supuestos para los que realmente fue creado el amparo contra amparo.

Esta postura sería abiertamente cuestionada por el Tribunal Constitucional vía su último pronunciamiento en el que dejaría claramente establecido que en el presente caso de ninguna manera nos encontrábamos ante un cuestionamiento de lo decidido en la anterior sentencia constitucional ni desde la perspectiva de lo planteado en la demanda ni desde el trámite procesal seguido en el proceso, motivo por el que no resultaba de recibo invocar la doctrina amparo contra amparo. Lo que estaba en discusión era determinar o en concreto dilucidar, si las nuevas circunstancias a las que se refirieron en su momento los antes referidos fundamentos de la anterior sentencia se habían o no configurado en la práctica.

Y efectivamente, la última de las sentencias del Tribunal lo que establecería claramente es el carácter condicional que en todo momento acompañó a la sentencia recaída en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC, habida cuenta que esta última había establecido para sí misma que la decisión que en ese momento adoptaba “de ninguna manera podría pretender ser inmutable” debiendo quedar en claro “que si en el futuro se llegase a producir niveles de consenso tales respecto de la inocuidad del *levonorgestrel* para el concebido, evidentemente tendría que cambiarse de posición” (fundamento 52), motivo por el que dispondría que “las autoridades competentes... deben efectivamente cerciorarse, hasta tener un grado de certeza, que el fármaco tiene propiedades benéficas para la salud y que no produce efectos secundarios mortales o dañinos” (fundamento 62).

No fue pues un amparo contra amparo el planteado en el caso que le tocó resolver al Tribunal Constitucional en el proceso con Expediente N° 0238-2021-PA/TC sino un amparo destinado a verificar el cumplimiento de las condiciones en su día establecidas por la sentencia del Expediente N° 2005-2009-PA/TC. Lejos de suponer entonces un desconocimiento de aquella, fue más bien una manera de asegurar que sus mandatos se efectivizaran a la luz de un nuevo escenario temporal.

568

IV. LO ESENCIAL DE LA SENTENCIA EMITIDA EN EL EXPEDIENTE N° 0238-2021-PA/TC. LO QUE PUDO PRECISARSE

Por razones de espacio no vamos a efectuar un desarrollo analítico de todos los aspectos abordados en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0238-2021-PA/TC. Lo esencial, sin embargo, es que esta última asumió una postura absolutamente concluyente en relación con el panorama de dudas o incertidumbres que caracterizaron a su predecesora, es decir a la sentencia del mismo Colegiado expedida en el anterior proceso de amparo.

Para nadie es un secreto que la entidad que en su día promovió el proceso constitucional que concluyó con la sentencia del Expediente N° 2005-2009-PA/TC y todos aquellos que defendieron dicha ejecutoria, exaltaron a su máxima potencia el argumento de las objeciones al

Anticonceptivo Oral de Emergencia, sobre la base del llamado tercer efecto al que de plano le asignaron la equivalencia de un aborto.

A pesar de que ya por aquellos días la Organización Mundial de la Salud y los organismos oficiales representativos de la ciencia médica habían establecido que dicho tercer efecto, de producirse, solo era constitutivo de una leve alteración en el endometrio pero que de ninguna manera significaba interrumpir la anidación del ovulo fecundado cuando esta ya se había producido, nada convencería a los objetores. Para estos últimos eso era un aborto y no había vuelta que darle.

Para reforzar esta postura divulgaron la interesada idea de que la ciencia médica estaba dividida en el tema, lo cual era un evidente sofisma, pues la ciencia nunca estuvo dividida desde la perspectiva oficial. Una cosa es que algunos científicos pensaran de modo distinto a los organismos oficiales (lo cual efectivamente ocurrió, como ya lo hemos dicho en otro momento) y otra diferente afirmar que dentro de las mismas instituciones científicas oficiales no había consenso. Pero como todo sofisma necesita un elemento de apoyo y no solo aseveraciones utilizaron dos argumentos que serían determinantes en la generación de la incertidumbre. Las recetas o posologías médicas de algunas variantes que adoptaba el levonorgestrel (Glanique, Tibex, Postinor 2, Nostrel y Post Day) y la posición de la Agencia Norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas (FDA). Mientras que las primeras mencionaban (o no descartaban) un tercer efecto en el Anticonceptivo Oral de Emergencia, el segundo si se inclinaba por hacer analogía entre el citado tercer efecto y un aborto. Desde luego y en este último caso, poco importo que se tratara de un órgano administrativo regulador de los medicamentos y no de un Centro de Investigación en Medicina, la versión servía a sus propósitos y como tal fue utilizada.

Ahora bien, sobre la base del miedo todo es posible y no fue por ello extraño que la mayoría de Magistrados que integraron el Colegiado de aquella época sostuvieran que tenían dudas y que ante dicho escenario optaban por prevenir. Sin embargo también aseveraron que tal estado de dudas no tenía porque ser permanente por lo que precisamente advirtieron la necesidad de no proclamar que su decisión era inamovible y que antes bien podía cambiar con el tiempo de demostrarse que el Anticonceptivo Oral de Emergencia no tenía los riesgos que sobre aquel se planteaban.

Fue justamente esta precisión la que finalmente sería determinante en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional pues lo que se comprobaría con el paso del tiempo es que todo eso que se decía sobre el citado fármaco, lejos de cierto, era totalmente falso y como tal había quedado desvirtuado.

Y en efecto tras las reiteradas consultas a la Organización Mundial de la Salud, pero por sobre todo, tras la atenta revisión de las recetas o posologías médicas de las mismas variantes de levonogestrel que paladinamente y en su día habían sido utilizadas, se comprobaría que las mismas en su versión actualizada, ya no hacían ninguna referencia del susodicho tercer efecto o, si lo hacían, descartaban por completo que se tratase de un aborto. El Colegiado, al igual como en su momento había glosado el recetario de las modalidades de levonogestrel, esta vez haría lo propio con las correspondientes al Glanique 1, Tibex, Postinor 1, Post Day, Nogestrol, Merginex Plus y Norlevo (fundamento 21).

570

Paralelo a ello y para que no quede atisbo de duda sobre lo que ahora se estaba determinando recogería la opinión actualizada de la misma Agencia Norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas (FDA) que en su momento había sido utilizada por la anterior sentencia constitucional, para dejar en claro que a partir del 23 de diciembre del año 2022, dicho organismo había cambiado de parecer, terminando por descartar expresamente que el Anticonceptivo Oral de Emergencia produzca efecto abortivo alguno (fundamento 22).

Como habían desaparecido del escenario los argumentos que en el pasado contribuyeron a generar incertidumbres, sólo quedo refugiarse en el pretexto formal de que se trataba de un amparo contra amparo. Esto último sin embargo y según se ha dicho anteriormente, no resistiría el menor análisis y sería totalmente refutado por el Tribunal Constitucional, más allá de que el Poder Judicial, haya navegado en un mar de confusiones sobre el mismo tema.

Al dejarse en claro que el Anticonceptivo Oral de Emergencia no tenía ningún efecto nocivo, el Tribunal Constitucional validaría su distribución gratuita en los hospitales del Estado y centros de salud públicos, acabando de una vez por todas con el preocupante trato discriminatorio que permitía que dicho fármaco solo pueda ser adquirido por quien tuviese recursos y en cambio negado para quien careciera de los mismos.

De esta forma se potenciaría no solo la importancia de lo que representan los derechos reproductivos en cabeza de todas las personas que pretendan ejercerlos, sino garantizando que quien corre el riesgo de una maternidad forzada a instancias de un delito de violación pueda contar con un preventivo eficaz y oportuno.

Resta por advertir que el nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional esclarecería una serie de interrogantes a la luz de lo que hoy en día se entiende por los métodos de planificación reproductiva, dejando de lado perspectivas en estricto tradicionales o a estas alturas desfasadas. Sin embargo mantendría silencio sobre algo que curiosamente y exprofeso había sido introducido por la ejecutoria del Expediente N° 2005-2009-PA/TC, concretamente, la definición de lo que se entiende por concepción.

Este último tópico, para ser consecuentes con la verdad, había generado desde hace mucho una acalorada discusión consistente en determinar desde cuando se iniciaba o contabilizaba dicha situación especial. A esta interrogante había contribuido también y en no poca medida el silencio que por largo tiempo había mantenido nuestro propio ordenamiento jurídico.

571

Ante ello el Tribunal Constitucional, sin que nadie se lo solicitara, buscó otorgar una respuesta vía la sentencia emitida en el anterior proceso constitucional. Sin embargo, lo que llamaría poderosamente la atención no sería tanto que el Colegiado haya intentado adoptar una determinada posición, sino que lo haya hecho de una forma tan evidentemente contradictoria, alegando, por un lado, que sus puntos de vista se sustentaban sobre la base de los raciocinios de la ciencia médica, mientras que, por el otro, pasara a opinar extramuros de lo que esa misma ciencia médica, tan insistentemente invocada, llegaba a sostener.

De esta paradoja argumentativa ya nos hemos ocupado en un anterior trabajo²² y no vamos volver sobre la misma. Sin embargo sí queremos destacar que si para los días en que el Tribunal Constitucional emitió la sentencia en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC la ciencia médica había

22 Cfr. Sáenz Dávalos, L. El dilema de la píldora del día siguiente (a propósito de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano en el Exp. N° 2005-2009-PA/TC), en *Derechos de las mujeres y discurso jurídico*. pp. 26-32.

dejado en claro que la concepción se determinaba no en el momento en que se fusionaban el óvulo femenino con el espermatozoide masculino (teoría de la fecundación) sino desde el instante en que el óvulo fecundado encontraba las condiciones adecuadas que le permitieran madurar (teoría de la anidación), quedaba claro que ya nada había que dilucidar ni menos discutir. Ello no obstante el Colegiado, omitiendo lo que previamente había señalado respecto de su condicionamiento a la ciencia médica, terminaría adscribiéndose a una postura a esas alturas severamente cuestionada.

Así las cosas y con una perspectiva como la descrita poco es lo que se contribuiría a clarificar el estado de la cuestión. Más bien se evidenciaría una expresa voluntad de inclinarse por una de las posiciones en disputa, allí donde el Derecho no era precisamente el llamado a decidir.

Lo que en todo caso sí es un tema jurídico que no debiera ignorarse a estas alturas es que desde que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en el Caso Artavia Murillo adscribiéndose como tenía que ser a lo señalado por la ciencia médica vía la Organización Mundial de la Salud, el concepto de concepción dejó de ser lo que el Tribunal Constitucional dijo en algún momento y pasó a ser uno totalmente distinto. Conforme a este último el factor determinante cuando del concebido se trata, no es pues el de la fecundación sino y en definitiva el de la anidación del óvulo fecundado, lo que por consiguiente y así no le agrada a ciertas corrientes de pensamiento, permite delimitar desde cuándo o desde qué instante es que se otorga la protección subjetiva del derecho fundamental a la vida.

Y desde luego tampoco puede ser omitido, porque es un expreso mandato constitucional, que los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados internacionales suscritos por nuestro Estado (Disposición Final Cuarta de la Constitución Política del Estado), mientras que de acuerdo con lo dispuesto por el Nuevo Código Procesal Constitucional el contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados por dicha norma no sólo deben interpretarse de conformidad con los Instrumentos Internacionales relativos a Derechos Humanos sino de manera compatible con las decisiones adoptadas por los Tribunales Internacionales sobre Derechos Humanos

constituidos según los tratados de los que nuestro país forma parte (Artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional²³).

Como ya lo hemos dicho anteriormente, no era indispensable o determinante para resolver la controversia planteada en el Expediente N° 238-2021-PA/TC, definir los alcances del derecho a la vida desde que el mismo Tribunal Constitucional descartó cualquier presunto efecto abortivo en el Anticonceptivo Oral de Emergencia, sin embargo hubiese sido perfectamente legítimo y hasta recomendable que al haberse desarrollado una postura opinable en el *obiter dicta* de la sentencia anterior, esta se hubiese precisado o mucho mejor aún, sincerado, de cara al actual estado de las cosas.

En la medida que esto último no ha ocurrido, será en todo caso en el escenario de futuras controversias donde se marcará la ruta interpretativa de nuestro actual Colegiado

23 Similar postulado, ya lo tenía también el Artículo V del Título Preliminar del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del año 2004.

Derecho al uso del propio idioma y derecho de defensa. Comentario a la Sentencia 3/2023 (Expediente 03703-2019-PHC/TC)

**The right to use one's own language
and the right of defense. Commentary to Judgment 3/2023
(Case 03703-2019-PHC/TC)**

 NADIA PAOLA IRIARTE PAMO*

I. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

575

En la Sentencia 3/2023, recaída en el Expediente 03703-2019-PHC/TC, se identificaron las siguientes materias constitucionalmente relevantes: i) el derecho al uso del propio idioma, ii) el derecho de defensa, y iii) el derecho al uso del propio idioma y su incidencia en el derecho de defensa.

II. CONTEXTO DE LA SENTENCIA

El Perú es uno de los países con mayor diversidad cultural y lingüística de la región con 55 pueblos indígenas, y 48 lenguas originarias. Esta gran diversidad es parte de nuestra riqueza cultural.

La Constitución Política del Perú (en adelante Constitución) protege nuestra diversidad cultural, étnica y lingüística (artículos 2.19, 17, 48, 88, 89, y 149). La Constitución no es solo una obra normativa, sino

* Abogada por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Magister en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Docente universitaria y de la Academia de la Magistratura. Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

que en su dimensión cultural es “expresión de un estado de desarrollo cultural, medio de la autorrepresentación cultural del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas”¹, que contiene en su seno diversas reglas que se erigen como expresión de la identidad cultural fundada en la diversidad.

Bajo este marco, las lenguas originarias constituyen la expresión de una identidad colectiva y de una manera distinta de concebir y de describir la realidad, por ende, gozan de las condiciones necesarias para su mantenimiento y desarrollo.

La Constitución trata los derechos lingüísticos y su relación con el accionar del Estado, desde una doble perspectiva. La individual que implica el derecho de cada miembro de una comunidad lingüística a comunicarse en su propio idioma con cualquier autoridad en cualquier lugar de la República, sea directamente o a través de un intérprete proporcionado por el Estado (artículo 2.19 de la Constitución). La dimensión colectiva del derecho al uso de la propia lengua originaria, cuya virtualidad máxima se alcanza cuando ella es predominante en una determinada zona geográfica del país, pues en ese caso, dicha lengua, además del castellano, debe ser oficial en la referida zona (artículo 48 de la Constitución)².

Por otra parte, advertimos que los derechos lingüísticos inciden en otros derechos. Así, para que las persona puedan ejercer su derecho de defensa; es necesario, que en un proceso o procedimiento se nombre intérprete a aquella parte que tiene como idioma propio uno distinto al castellano.

La Sentencia 3/2023 –objeto de análisis– aborda importantes derechos fundamentales: el derecho al uso del propio idioma y el derecho de defensa. Se expide en el proceso de *habeas corpus* (Expediente 03703-2019-PHC/TC) promovido por el señor Medina Siccós, quién solicita que

- 1 HÄBERLE, Peter. (2004). Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural en el Ejemplo de los cincuenta años de la Ley Fundamental, en Balaguer Callejón F. (Coord). *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*. Editorial Tecnos.
- 2 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 0889-2007-PA/TC, de fecha 17 de abril de 2018, fundamentos 8 y 9.

se declaren nulas: (i) la sentencia, de fecha 7 de mayo del 2010, emitida por la Sala Mixta Descentralizada de Calca Urubamba, mediante la cual se le impuso la condena de 20 años de pena privativa de la libertad por el delito de violencia sexual de menor de edad, y (ii) la ejecutoria suprema, de fecha 7 de abril del 2011, expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, que declaró no haber nulidad en la citada condena.

El recurrente alega que dichos pronunciamientos judiciales han sido emitidos vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, a contar con un intérprete o traductor en el idioma quechua, a la debida motivación de las resoluciones judiciales, así como los principios de legalidad penal, de seguridad jurídica, a la prueba, y a la no autoincriminación.

El Tribunal declara fundada la demanda de *habeas corpus*, al acreditarse la vulneración de los derechos al uso del propio idioma y de defensa del demandante, en la tramitación del Expediente penal N° 2009-00084-0-1015-SP-PE-01. Asimismo, declara nulas la sentencia de fecha 7 de mayo del 2010, y la resolución suprema expedida con fecha 7 de abril del 2011.

577

Finalmente, ordena la notificación de la Sentencia 3/2023 a la Sala Mixta Descentralizada de Calca Urubamba y a la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, a fin de que adopten las medidas necesarias para asegurar la participación del actor en el proceso, y que se le brinde un intérprete, en un plazo no mayor de 48 horas. Precisa que el cumplimiento de este mandato no implica la excarcelación del recurrente, debe ponerse a disposición del juez competente para que decida su situación jurídica.

III. ANÁLISIS

1. El derecho al uso del propio idioma

En el caso concreto, el Tribunal verifica que la totalidad de diligencias del proceso penal seguido en contra del actor, han sido desarrolladas en castellano jurídico y observa que no se contó con el apoyo de algún intérprete –de manera oficial e íntegra–. Además, constata que el recurrente

tiene origen y domicilio en comunidades campesinas del valle de Urubamba (Cusco), se desempeña como agricultor (campesino) y es analfabeto, con lo cual el idioma quechua que alega como su idioma predominante, coincide plenamente con el idioma que es parte de dicha región y localidad del país³. En atención a ello, el Tribunal declara fundada la demanda por considerar que se vulnera el derecho al uso del propio idioma.

Destacamos que, en la Sentencia 3/2023, el Tribunal realiza valiosas precisiones sobre este derecho fundamental, reconocido en el artículo 2.19 de la Constitución, que preceptúa: “[t]odo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete”. Esta disposición constitucional busca tutelar los derechos culturales y las garantías mínimas de las personas frente a la autoridad.

En el ámbito nacional, se cuenta con diversas normas sobre la materia. Para ilustrar, mencionamos la Ley 29735 –Ley regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú– que en el artículo 4.1 detalla que son derechos de toda persona: “c) Usar su lengua originaria en los ámbitos público y privado. (...) f) Ser atendida en su lengua materna en los organismos o instancias estatales. (...) g) Gozar y disponer de los medios de traducción directa o inversa que garanticen el ejercicio de sus derechos en todo ámbito”. Así como, el Decreto Supremo 002-2015-MC que crea el Registro Nacional de Intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas u Originarias del Ministerio de Cultura. Registro que tiene como finalidad incorporar a personas hablantes de lenguas indígenas u originarias del Perú, debidamente acreditadas en interpretación y/o traducción de lenguas indígenas u originarias por el Ministerio de Cultura, para la prestación de servicios de interpretación y/o traducción en lenguas indígenas u originarias, que garanticen los derechos lingüísticos en los ámbitos público y privado, con pertinencia cultural y libre de toda forma de discriminación.

A nivel judicial, el artículo 15 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo 017-93-JUS,

3 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 3/2023 recaída en el Expediente 03703-2019-PHC/TC, de fecha 6 de diciembre de 2022, fundamentos 26 y 27.

estipula que cuando el idioma del justiciable sea distinto al castellano, las actuaciones se realizan ineludiblemente con la presencia del intérprete, no debiendo impedir el uso de su propio idioma durante el proceso.

En esa línea, la Resolución Administrativa 011-2016-CE-PJ dispone la implementación del Módulo Web del “Servicio de Intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas u Originarias del Poder Judicial”; la Resolución Administrativa 008-2019-CE-PJ aprueba diversos documentos de gestión administrativa sobre la materia; y, la Resolución Administrativa 0216-2021-CE-PJ aprueba el Reglamento del Registro Especial Nacional de Intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas u Originarias del Poder Judicial (RENIT), que es una herramienta del Poder Judicial que contiene información de intérpretes y/o traductores de lenguas indígenas u originarias con especialidad en justicia para su participación en procesos judiciales.

En suma, el sistema jurídico peruano cuenta con un marco normativo, documentos de gestión administrativa y diversas herramientas para hacer efectivo el ejercicio del derecho al uso del propio idioma.

579

En la Sentencia 3/2023, el Tribunal -acertadamente- trae a colación lo expuesto en el fallo emitido en el Expediente 07731-2013-PHC/TC y precisa que una persona quechuahablante y analfabeta que declara su entendimiento mínimo del español, tiene derecho a que el juez penal le proporcione un intérprete con la finalidad de que pueda comunicarse correctamente y sin limitaciones, a la par que ser oída de la forma más adecuada a lo largo del proceso⁴. Sobre el particular, advertimos que en anterior jurisprudencia el Tribunal sostuvo que garantizar el desarrollo de un proceso judicial brindando el intérprete correspondiente, coadyuva a encontrar la verdad de los hechos, pues la expresión natural de un idioma originario traducido por un intérprete, permitirá al juez comprender de manera directa si las justificaciones vertidas por el imputado de un proceso penal con relación a los hechos objetivos, configuran o no un delito⁵.

4 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 3/2023 recaída en el Expediente 03703-2019-PHC/TC, de fecha 6 de diciembre de 2022, fundamento 11. Sentencia recaída en el Expediente 07731-2013-PHC/TC, de fecha 9 de diciembre de 2015, fundamento 19.

5 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 467/2020 recaída en el Expediente 0367-2016-PHC/TC, de fecha 21 de julio 2020, fundamento 32.

El Tribunal, en diversos procesos constitucionales, se ha pronunciado sobre el derecho a usar el propio idioma ante cualquier autoridad. Por ejemplo, en el proceso de cumplimiento signado con el N° 06349-2015-PC/TC se expide la Sentencia 390/2020 que declara fundada la demanda porque se ha acreditado la renuencia de la Corte Superior de Justicia de Amazonas en dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 114, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal⁶, en el sentido de proporcionar un intérprete a los miembros de la etnia nativa awajun-wampis que carezcan de conocimientos de idioma castellano o que tengan problemas para entenderlo. Ello en todos los procesos que estas personas enfrenten en la citada Corte Superior⁷.

En el proceso de *habeas corpus* 0367-2016-PHC/TC, el Tribunal emite la Sentencia 467/2020 que declara fundada la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho del señor Ríos Silvano a usar su idioma shipibo conibo en la tramitación del Expediente penal N° 2004-00903-0-2402-JR-PE-01. Además, con acierto, dispone que todos los jueces que tengan a su cargo el trámite de procesos constitucionales en los que participen ciudadanos peruanos que se autoidentifiquen como miembros de comunidades indígenas, adopten las medidas necesarias a fin de garantizar el derecho a usar su propio idioma a través de un intérprete durante todo el trámite del proceso, para lo cual, podrán requerir del apoyo del Servicio de Intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas u Originarias del Poder Judicial o del Registro Nacional de Traductores e Intérpretes de Lenguas Indígenas del Ministerio de Cultura⁸.

Observamos que el derecho objeto de nuestro estudio ha concitado la atención del ámbito internacional. En ese sentido, el Convenio 169

6 Código Procesal Penal. Artículo 114.- Idioma “(...) 2. Cuando una persona no comprenda el idioma o no se exprese con facilidad, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto pueda desarrollarse regularmente. 3. Deberá proveérseles traductor o intérprete, según corresponda, a las personas que ignoren el castellano, a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, así como a los sordomudos y a quienes tengan algún impedimento para darse a entender.

7 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 390/2020 recaída en el Expediente 06349-2015-PC/TC, de fecha 14 de julio 2020, parte resolutive.

8 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 0367-2016-PHC/TC, de fecha 21 de julio 2020, fundamento 42 y parte resolutive.

de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, en el artículo 12 establece que deben tomarse medidas para garantizar que los miembros de los pueblos indígenas puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles intérpretes.

Por su parte, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14.3 dispone que, durante el proceso, la personas tienen las siguientes garantías mínimas: “a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella” (...) “f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana) consagra en el artículo 8.2.a. el “derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal”.

Sobre la materia abordada, se pronuncia la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana) en profusa jurisprudencia. Así, en el caso Tiu Tojín vs. Guatemala, considera que para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas y que la investigación de los hechos se realice con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación; el Estado de Guatemala debe asegurar que las personas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin⁹.

En la misma perspectiva, en los casos Fernández Ortega y otros vs. México; y, Rosendo Cantú y otra vs. México, la Corte Interamericana manifiesta que: “la imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales implicó (...) un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad (...) basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia”¹⁰.

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 100.

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr.

La Corte Interamericana, en la Opinión Consultiva OC-16/99, advierte que el proceso –para alcanzar sus objetivos– debe reconocer y resolver factores de desigualdad real de quienes son llevados a la justicia. En ese marco, se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento¹¹.

Otro aspecto esencial sobre el que se repara, en la Sentencia 3/2023, es respecto a esta afirmación realizada por el presidente de la Sala del Poder Judicial: “los miembros del colegiado pueden hacer las veces de intérpretes por dominar el quechua”. Sobre el particular, el Tribunal sostiene que si bien es cierto, las autoridades o funcionarios públicos –al tener arraigo en determinados lugares– pueden desempeñarse mediante el castellano y el idioma mayoritario de la región en el que se encuentren; sin embargo, tratándose de un procedimiento en el que se está discutiendo la responsabilidad penal de un procesado y que, eventualmente, concluirá con una pena tan severa como es la privación de la libertad de una persona, resulta razonable, a la par que exigible, que cuente con un intérprete¹².

582

Definitivamente, el Tribunal con acierto repara en la necesidad de contar con un intérprete oficial, prescindiendo de la posibilidad de que alguno de los magistrados del colegiado haga de intérprete. Enfatizamos que el juez tiene la obligación de proporcionar un intérprete a la persona que no comprende o no habla el idioma del tribunal. Agregado a ello, recordamos que en el ámbito judicial se cuenta con el Registro Especial Nacional de Intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas u Originarias del Poder Judicial (RENIT); y, el Protocolo para la participación de traductores e intérpretes de lenguas indígenas u originarias en procesos judiciales, que deben ser tomados en cuenta para garantizar el ejercicio pleno del derecho al uso del propio idioma.

201. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 185.

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, párrs. 119 y 120.

12 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 07731-2013-PHC/TC, de fecha 9 de diciembre de 2015, fundamento 29.

Finalmente, en la Sentencia 3/2023, el Tribunal se refiere al artículo 48 de la Constitución. Al respecto, llama la atención sobre el estado de cosas inconstitucional en relación con la ausencia de vigencia efectiva del derecho a que el Estado peruano se comunique oficialmente en lenguas originarias, en las zonas del país donde estas son predominantes, declarado en la sentencia emitida en el Expediente 0889-2017-PA/TC. Además, incide en la exhortación a todas las entidades públicas y privadas que presten servicios públicos, a efectuar su mayor esfuerzo para oficializar el uso de la lengua originaria predominante en sus ámbitos de desarrollo. Ello con la finalidad de dar cumplimiento efectivo al mandato de oficialidad de los idiomas originarios contenido en el mencionado artículo 48¹³.

2. El derecho de defensa

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 3/2023, se pronuncia sobre el derecho de defensa. Ello a la luz de las normas nacionales e internacionales vigentes.

El artículo 139.14 de la Constitución, establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional: “El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente, y por escrito, de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”.

La sentencia analizada, puntualiza que el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último¹⁴. Precisamos que el debido proceso implica la observancia, dentro de un proceso, de derechos fundamentales, principios y reglas; y,

13 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 3/2023, recaída en el Expediente 03703-2019-PHC/TC, de fecha 6 de diciembre de 2022, fundamentos 15 y 17. Sentencia recaída en el Expediente 0889-2007-PA/TC, de fecha 17 de abril de 2018, fundamento 49 y parte resolutive.

14 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 3/2023 recaída en el Expediente 03703-2019-PHC/TC, de fecha 6 de diciembre de 2022, fundamento 7.

tiene dos expresiones: una formal –exigencias procedimentales formalmente estatuidas– y otra material –razonabilidad y proporcionalidad–. El derecho al debido proceso no se agota en lo estrictamente judicial, sino que se extiende a otros ámbitos (administrativo, corporativo, parlamentario, etc.) Es considerado un derecho continente, dentro de él se encuentra el derecho de defensa.

En esa línea, coincidimos con Bernal Pulido, cuando manifiesta que el derecho de defensa se erige como uno de los principios integradores más importantes del debido proceso¹⁵. En efecto, el derecho de defensa se constituye como un requisito de validez del propio proceso.

En la Sentencia 3/2023, el Tribunal acota que el derecho de defensa se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés¹⁶. Este desarrollo jurisprudencial ha sido expuesto por el Tribunal en anterior jurisprudencia: las sentencias recaídas en los expedientes 05085-2006-PA/TC¹⁷, 04719-2007-HC/TC¹⁸, y 07731-2013-PHC/TC¹⁹

En relación con la situación de indefensión a la que alude el principio de interdicción, el Tribunal ha observado que no solo se presenta cuando el justiciable no ha tenido la oportunidad de formular sus descargos frente a las pretensiones de la otra parte, sino también cuando, no obstante haberse realizado determinados actos procesales destinados a levantar los

-
- 15 Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, p. 368.
- 16 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 3/2023 recaída en el Expediente 03703-2019-PHC/TC, de fecha 6 de diciembre de 2022, fundamento 7.
- 17 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 05085-2006-PA/TC, de fecha 13 de abril de 2007, fundamento 5.
- 18 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 04719-2007-PHC/TC, de fecha 3 de octubre de 2007, fundamento 9.
- 19 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 07731-2013-PHC/TC, de fecha 9 de diciembre de 2015, fundamento 4.

cargos formulados en su contra, en el caso, se evidencie que la defensa no ha sido real y efectiva²⁰.

Sobre el principio de contradicción, ponemos de relieve que éste posibilita que las partes puedan acceder al proceso con la finalidad de hacer valer libremente sus pretensiones, aportando diversas alegaciones fácticas y probatorias que las fundamenten.

De otro lado, siguiendo la línea jurisprudencial establecida en la sentencia recaída en el Expediente 06998-2006-PHC/TC, el Tribunal -en la Sentencia 3/2023-, afirma que el derecho de defensa requiere que el justiciable se informe de la existencia del proceso penal. Ello en atención a su derecho de conocer de forma cierta, expresa e inequívoca los cargos que pesan en su contra. Además, sostiene que el derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos²¹.

585

En el ámbito del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, el derecho de defensa se encuentra consagrado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos²²; y, en el artículo 14.3.d. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²³. Por su parte, en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos

20 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 01658-2018-PHC/TC, de fecha 7 de enero de 2021, fundamento 4.

21 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 3/2023 recaída en el Expediente 03703-2019-PHC/TC, de fecha 6 de diciembre de 2022, fundamentos 8 y 9.

22 Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 11.1: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

23 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 14.3: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”.

Humanos, este derecho se recoge en el artículo 8.2.d. de la Convención Americana²⁴.

La Corte Interamericana, en el caso Ruano Torres vs. El Salvador, puntualiza que el derecho a la defensa es un componente central del debido proceso que obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo. Así, este derecho debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. Especifica que el derecho a la defensa se proyecta en dos facetas dentro del proceso penal: por un lado, a través de los propios actos del inculpado, siendo su exponente central la posibilidad de rendir una declaración libre sobre los hechos que se le atribuyen y, por el otro, por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del Derecho²⁵.

586

Por otra parte, observamos que el recurrente –en el caso concreto– es una persona de condición quechuahablante, además de analfabeta. En mérito a ello, en la sentencia analizada, el Tribunal señala que el derecho de defensa supone la existencia del derecho que tiene la persona analfabeta a no dejar de ser asistida por un abogado y, por tanto, a recibir una debida defensa acorde a su condición en los procesos judiciales. Específicamente, la persona analfabeta tienen derecho a: (i) recibir la asistencia técnica de un abogado libremente elegido o uno de oficio; y, en este último supuesto, a que el Estado no renuncie en ninguna circunstancia a su deber constitucional de otorgar defensa, (ii) que la autoridad judicial promueva las medidas necesarias a fin de que pueda conocer la naturaleza, el objeto y alcances del proceso seguido en su contra, y (iii) que la autoridad judicial le garantice el conocimiento de las principales

24 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 8.2 : “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas (...) d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 153.

decisiones emitidas en el proceso, no siendo suficiente el acto de notificación para dicho efecto²⁶.

Este desarrollo jurisprudencial se enmarca en aquella obligación que el Estado tiene de procurar a las personas analfabetas una protección especialmente garantista, que permite que ellas puedan asistir a un proceso en mejores condiciones y puedan exigir de manera efectiva el respeto de sus derechos.

La Sentencia 3/2023 centra su atención en la relevancia del ejercicio pleno del derecho de defensa en el proceso penal. En ese sentido, pone de relieve la doble dimensión del derecho de defensa: (i) material, que alude al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo, (ii) formal, referida al derecho a una defensa técnica; es decir, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. En el caso analizado, el Tribunal considera que se ha lesionado el derecho de defensa del actor en su dimensión material, pues, pese a que éste contó con una defensa técnica; el recurrente no pudo ejercer de manera adecuada su propia defensa ya que no entendía correctamente el idioma castellano²⁷.

587

De la jurisprudencia del Tribunal, se aprecia que son diversos los casos en los que el órgano constitucional ha tutelado el derecho de defensa en su ámbito material. Verbigracia, la Sentencia 467/2020 recaída en el expediente 0367-2016-PHC/TC²⁸.

Cabe precisar, que el Tribunal en reiterada jurisprudencia se pronuncia sobre estas dimensiones del derecho de defensa, las mismas que forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. Por ejemplo, mencionamos las sentencias expedidas

26 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 3/2023 recaída en el Expediente 03703-2019-PHC/TC, de fecha 6 de diciembre de 2022, fundamentos 20 y 21.

27 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 3/2023 recaída en el Expediente 03703-2019-PHC/TC, de fecha 6 de diciembre de 2022, fundamento 32 y 33.

28 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 467/2020 recaída en el Expediente 0367-2016-PHC/TC, de fecha 21 de julio 2020, fundamento 28.

en los expedientes 01919-2006-HC/TC²⁹, 01860-2009-PHC/TC³⁰, y 0610-2011-PHC/TC³¹.

En la Sentencia 3/2023, el Tribunal expresa que las autoridades jurisdiccionales no otorgaron una debida tutela al actor, en la medida en que no ofrecieron las garantías necesarias a fin de que el derecho de defensa del recurrente en su calidad de analfabeto y quechuahablante se encuentre plenamente protegido. A juicio del Tribunal, la autoridad judicial debió asignarle un intérprete para que pueda comunicarse correctamente y sin limitaciones con el objeto de que pueda ser oído en el proceso³².

A nuestro parecer, en el ámbito penal, la protección de los bienes jurídicos en conflicto requiere una especial protección del derecho de defensa. En ese sentido, las autoridades jurisdiccionales están sujetas al deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar el ejercicio pleno de este derecho fundamental.

3. El derecho al uso del propio idioma y su incidencia en el derecho de defensa

En la Sentencia 3/2023, el Tribunal considera –acertadamente– que el respeto de los derechos culturales –siendo uno de ellos, el derecho al uso del propio idioma– posibilita que los procesados puedan ejercer de manera adecuada su derecho de defensa. En esa línea, refiere que el ejercicio de este último derecho, requiere que se nombre un intérprete a aquellas personas que tengan como idioma propio uno distinto al castellano y, por ende, no tuvieran la posibilidad de comprender el idioma usado en los tribunales³³.

29 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 01919-2006-PHC/TC, de fecha 16 de marzo de 2006, fundamento 3.

30 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 01860-2009-PHC/TC, de fecha 30 de marzo de 2010, fundamento 4.

31 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 0610-2011-PHC/TC, de fecha 19 de mayo de 2011, fundamento 9.

32 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 3/2023 recaída en el Expediente 03703-2019-PHC/TC, de fecha 6 de diciembre de 2022, fundamento 34.

33 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 3/2023 recaída en el Expediente 03703-2019-PHC/TC, de fecha 6 de diciembre de 2022, fundamento 10.

El ejercicio del derecho al uso del propio idioma y su incidencia en el derecho de defensa ha sido puesto de relieve en anterior jurisprudencia del Tribunal. Para ilustrar, citamos la sentencia recaída en el expediente 07731-2013-PHC/TC³⁴.

En el ámbito internacional, la Corte Interamericana, en la Opinión Consultiva OC-16/99, sostiene que la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas –siendo una de ellas, proveer de traductor– que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Asimismo, enfatiza que si no existieran esos medios, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas³⁵.

Por otra parte, en la Sentencia 3/2023, el Tribunal trae a colación la declaración de un estado de cosas inconstitucional sobre la ausencia de vigencia efectiva del derecho a que el Estado peruano se comunique oficialmente en lenguas originarias en las zonas del país donde éstas son predominantes (Expediente 0889-2017-PA/TC); para enfatizar que dicho mandato constitucional se encuentra, directamente vinculado con el derecho de defensa de todas las personas que se comunican en idiomas originarios, pues, en los casos particulares, el juez competente tiene la obligación constitucional de salvaguardar su derecho adoptando las medidas necesarias para asegurar que el desarrollo del proceso sea totalmente comprendido por ellas³⁶.

Definitivamente, el ejercicio del derecho de defensa no sería posible si, en el seno de un proceso, no se nombra intérprete a aquella persona que tiene como idioma propio uno distinto al castellano y, en consecuencia, no

34 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 07731-2013-PHC/TC, de fecha 9 de diciembre de 2015, fundamento 6.

35 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, párr. 119.

36 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 3/2023 recaída en el Expediente 03703-2019-PHC/TC, de fecha 6 de diciembre de 2022, fundamento 15. Sentencia recaída en el Expediente 0889-2007-PA/TC, de fecha 17 de abril de 2018, fundamento 49 y parte resolutive.

tiene la posibilidad de entender el idioma usado en los tribunales, a fin de ejercer adecuada y eficazmente su defensa.

En conclusión, la Sentencia 3/2023 reafirma aquella línea jurisprudencial del Tribunal que tutela los derechos al uso del propio idioma y de defensa. Asimismo, realiza importes y valiosas precisiones sobre estos derechos, a la luz del derecho nacional e internacional vigente.

BIBLIOGRAFÍA

Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Fondo, Reparaciones y Costas.

Häberle, Peter. (2004). Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural en el Ejemplo de los cincuenta años de la Ley Fundamental, en Balaguer Callejón F. (Coord.). *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homaje a Peter Häberle*. Editorial Tecnos.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 467/2020 recaída en el Expediente 0367-2016-PHC/TC, de fecha 21 de julio 2020.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 3/2023 recaída en el Expediente 03703-2019-PHC/TC, de fecha 6 de diciembre de 2022.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 390/2020 recaída en el Expediente 06349-2015-PC/TC, de fecha 14 de julio 2020.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 07731-2013-PHC/TC, de fecha 9 de diciembre de 2015.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 0889-2007-PA/TC, de fecha 17 de abril de 2018.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 05085-2006-PA/TC, de fecha 13 de abril de 2007.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 04719-2007-PHC/TC, de fecha 3 de octubre de 2007.

591

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 01658-2018-PHC/TC, de fecha 7 de enero de 2021.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 01919-2006-PHC/TC, de fecha 16 de marzo de 2006.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 01860-2009-PHC/TC, de fecha 30 de marzo de 2010.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 0610-2011-PHC/TC, de fecha 19 de mayo de 2011.

El derecho a la vida privada y el uso de drones y cámaras de videovigilancia. Comentario a la STC 03882-2016-PHC/TC y 04038-2016-PHC/TC

**The right to privacy and the use of drones
and video surveillance cameras.
Commentary to Sentences 03882-2016-PHC/TC
and 04038-2016-PHC/TC**

 ALFREDO SÁENZ ASENCIOS*

593

I. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES EXAMINADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En la sentencia bajo comentario se identifica como materias constitucionalmente relevantes, el derecho a la libertad de tránsito y el derecho a la vida privada.

II. CONTEXTO HISTÓRICO-POLÍTICO DE LA SENTENCIA

Los dispositivos dron son parte de una de las categorías de aeronaves no tripuladas; en específico, la denominación *drone* (“zángano”, en inglés) es un término proveniente del ámbito militar para referirse a las aeronaves pilotadas a distancia (también conocidas como RAD por sus iniciales del inglés *Remotely Piloted Aircraft*). En este sentido, de acuerdo a la Norma Técnica Complementaria “Requisitos para las Operaciones de

* Asesor Jurisdiccional encargado en la Dirección de Publicaciones y Documentación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

Sistemas de Aeronaves Pilotadas a Distancia” las RAD se caracterizan por ser aeronaves pilotadas “por un ‘piloto remoto’, emplazado en una ‘estación de piloto remoto’ ubicada fuera de la aeronave (es decir en tierra, en barco, en otra aeronave, en el espacio) quien monitorea la aeronave en todo momento y tiene responsabilidad directa de la conducción segura de la aeronave durante todo su vuelo”. En este sentido, “una RPA puede poseer varios tipos de tecnología de piloto automático, pero, en todo momento, el piloto remoto puede intervenir en la gestión del vuelo”.

Si bien la producción y uso de los drones no es reciente, debido a la masificación de su producción y la accesibilidad de su presencia en el mercado durante los últimos años se han producido diversas situaciones entre privados en las cuales el uso de estos dispositivos tiene incidencia en la vida privada y la intimidad de las personas.

En este sentido, el uso civil de los drones ha generado importantes cuestionamientos, debido a que la incidencia en la esfera privada de las personas tiende a ser particularmente grave debido a la posibilidad que estos equipos incorporen y hagan uso de micrófonos, cámaras fotográficas, equipos de grabación de video de alta resolución, equipos de grabación de imágenes térmicas y la capacidad de interceptar comunicaciones inalámbricas.

Por otro lado, y a pesar de ser tecnología relativamente nueva, se han establecido determinadas restricciones al uso de estos dispositivos en los países donde este tipo de dispositivos vienen siendo continuamente usados por las Fuerzas Armadas. De esta forma, diversas agencias públicas de los Estados Unidos han pedido una exención de su uso por parte de Aduanas y Protección Fronteriza (destaca el caso del Estado de Oklahoma, que pidió a las Fuerzas Armadas una exención general de ochenta millas de espacio aéreo) [M. Ryan Calo, *The Drone as a Privacy Catalyst*, 64 Stanford Law Review Online 29 (2011-2012)].

III. ANÁLISIS

En la sentencia emitida en los Expedientes 04374-2015-PHC/TC y 04038-2016-PHC/TC (acumulados), el Tribunal Constitucional resolvió dos demandas de *habeas corpus* presentadas por la señora Máxima Acuña

Atalaya y su esposo Jaime Chaupe Lozano contra la Minera Yanacocha SRL. En ellas, cuestionaban, por un lado, la instalación de cercos, tranqueras y puestos de vigilancia, toda vez que estos impedirían el acceso a su domicilio y vulnerarían su libertad de tránsito. Por otro lado, alegaban que la minera había realizado “actos de vigilancia y seguimiento” contra su familia al haber hecho sobrevolar un dron e instalado una cámara de vigilancia en una zona aledaña a su domicilio.

El Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda con relación a la presunta vulneración del derecho a la libertad personal, puesto que los hechos denunciados no se encuentran relacionados con la tutela del derecho a la libertad de tránsito respecto del domicilio de los demandantes, sino con el derecho de posesión del predio materia de la controversia. Además, el domicilio de los recurrentes se encuentra en el caserío Amarcucho, distrito de Sorochuco, lugar distinto al invocado mediante el presente *habeas corpus*, máxime si de autos tampoco quedó acreditada que exista imposibilidad absoluta de que los demandantes puedan ingresar o salir del predio.

Con relación a su segundo cuestionamiento, el Tribunal Constitucional realizó interesantes consideraciones al establecer ciertos lineamientos sobre el uso de nuevas tecnologías en clave de protección y respeto del derecho a la vida privada. Así, reconoció que el uso de terminales de videograbación, orientados al registro de espacios públicos o privados no son *per se* inconstitucionales, sino que pueden serlo en la medida que impliquen una vulneración irrazonable o desproporcionada de algunos derechos fundamentales. En efecto, resaltó que el uso de dispositivos de videograbación puede estar legitimado, en primer lugar, en manos de las autoridades estatales con la finalidad proteger la seguridad pública, por ejemplo, y por ende pueden ser utilizados como herramientas efectivas y eficaces para la lucha contra la delincuencia. Tal sería el caso, por ejemplo, del uso de cámaras de seguridad ubicadas en diversas calles o entidades públicas, que son monitoreadas por las autoridades pertinentes, entre varias otras posibilidades.

Asimismo, el Tribunal Constitucional añadió que el uso en el ámbito particular será constitucional siempre y cuando se trate de la protección de la propiedad y la seguridad privadas. De la misma forma, argumentó que esta posibilidad de registrar imágenes a través de dispositivos de videograbación

solo se justifica si no involucra una injerencia irrazonable o desproporcionada en la vida privada o en la libertad personal de la ciudadanía. Así, la existencia de este tipo de dispositivos en ningún caso permitiría, por mencionar algunas posibilidades emplear formas de seguimiento o vigilancia que solo corresponderían ser autorizadas judicialmente; tampoco legitimaría el eventual acoso o asechanza a determinadas personas, por medio de cámaras situadas en lugares públicos; ni permitiría formas vedadas de intromisión en los quehaceres personales o en la vida privada y familiar, por ejemplo, a través del registro indebido o innecesario de imágenes en espacios privados.

A partir de lo expuesto, el Tribunal Constitucional verificó que el uso de la cámara de video vigilancia por parte de la empresa demandada incide lesiva e injustificadamente en la vida privada y familiar de la demandante, puesto que, si bien no se ha invadido de manera física el espacio privado de la demandante, la constante presencia del dispositivo de vigilancia puede devenir en una forma intolerable de vigilancia o seguimiento. En este sentido, la continuidad del uso de la cámara de video vigilancia permitiría revelar detalles privados de la vida personal o familiar que, como en el caso de la demandante, no necesariamente se desarrollen al interior de la casa y, a la vez, puede significar una forma indebida de constreñimiento a la libertad personal.

596

Por otro lado, en cuanto a la utilización de drones, el Tribunal Constitucional precisó que el tratamiento de estas situaciones siempre se debe tener una posición favorable al derecho a la vida privada y estableció siete estándares de privacidad en materia del uso de aeronaves pilotadas a distancia:

1. **Uso regulado y limitado:** El uso de los drones puede atentar contra los derechos de la privacidad de las personas, por lo que resulta imperativo que su uso deba ser regulado y limitado. Sin embargo, se exceptuarían los casos en los que los drones sea utilizados por entidades públicas en aras de la seguridad ciudadana o del interés público que no implique una violación grave e irreparable a la privacidad de las personas.
2. **Medidas preventivas:** Sin necesidad de que el dron ingrese en el espacio privado de forma física, a través de su tecnología se podrían captar detalles íntimos de la vida personal o familiar de las

personas, por lo que la manipulación de estos debe realizarse advirtiendo todas las precauciones necesarias para evitar vulnerar los derechos de las personas.

3. **Espacios restringidos:** Evitar acceder a lugares que impliquen un riesgo para la intimidad de las personas, como ventanas, jardines, terrazas o cualquier otro espacio de una propiedad privada cuyo acceso no le fuere previamente autorizado.
4. **Justificación de intrusión:** En caso los drones accedan a un espacio restringido, deberá ser razonable y proporcional al beneficio que se pretende obtener.
5. **Autorización previa:** Se prohíbe sobrevolar predios privados o del Estado sin autorización previa del propietario o de la autoridad pertinente, salvo que se trate de situaciones de interés público y de carácter humanitario, como en situaciones de emergencia o siniestros.
6. **Recolección de datos personales:** Será lícita la recolección de datos personales mediante el uso de los drones siempre que se realice dentro de un predio de uso propio (por ejemplo: en una propiedad privada, alquilada, o adquirida mediante concesión pública, etc.), o cuando se actúe dentro de su perímetro, sin invadir el espacio de uso público o de terceros.
7. **Restricción de sobrevuelo en espacios públicos:** Pese a encontrarse en espacios públicos, las personas mantienen su derecho a la privacidad y a la imagen, por lo que están restringidos los sobrevuelos en espacios públicos con aglomeraciones de personas.

En relación al caso en concreto, el Tribunal Constitucional determinó que hubo una vulneración a la vida privada de los demandantes, pues el vuelo de prueba que realizó la empresa demandada evidenció elementos de hostilización a su libertad individual por cuanto la empresa demandada pudo sobrevolar el dispositivo dron en cualquier espacio de la extensa área de los predios de su propiedad y evitar aproximarse al espacio aéreo circundante a la vivienda de la accionante, en el que se evidencia la construcción de una vivienda, la cual constituye un espacio en el que se puede apreciar aspectos de la vida privada de la demandante y de su entorno familiar.

La condena del absuelto y el derecho a la pluralidad de instancias. Comentario a la STC 04374-2015-PHC/TC

**The sentence of the acquitted
and the right to the plurality of instances.
Comment to Sentence 04374-2015-PHC/TC**

 **ALFREDO SÁENZ ASENCIOS***

I. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES EXAMINADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En la sentencia bajo comentario se identifica principalmente como materia constitucionalmente relevante, el derecho a la pluralidad de instancias en el proceso penal bajo la regulación establecida en el artículo 425, inciso 3. Literal “b” del Nuevo Código Procesal Penal.

599

II. CONTEXTO HISTÓRICO-POLÍTICO DE LA SENTENCIA

A través del artículo 425, inciso 3, literal” b” del Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo 957, se posibilitaba la condena de una persona en segundo grado, que previamente fue absuelta en primer grado, conocida a nivel doctrinario y jurisprudencial como la figura procesal de “la condena del absuelto”. La norma procesal anterior, conocida como Código de Procedimientos Penales de 1940, no contemplaba dicha posibilidad.

* Asesor Jurisdiccional encargado en la Dirección de Publicaciones y Documentación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

Tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial surgió diversos debates y cuestionamientos a la norma procesal antes citados dando cuenta de la imposibilidad de que un condenado en segundo grado pueda recurrir dicha decisión a un órgano jurisdiccional jerárquicamente superior puesto que vulneraría el derecho a recurrir un fallo condenatorio, previsto tanto en el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esta vulneración se produciría en concreto por la inexistencia de un medio impugnatorio previsto legislativamente para cuestionar de manera integral, es decir, tanto aspectos jurídicos como fácticos, un fallo condenatorio emitido en segundo grado.

III. ANÁLISIS

En el presente caso, el objeto de la demanda consistió en que se declare nula la sentencia emitida en segunda instancia, que revocó el extremo de la sentencia de primera instancia, mediante la cual se absolvió a don Harry Danilo Dioses Ávila de la acusación fiscal formulada en su contra por la comisión del delito de robo agravado; y, reformándola, lo condenó a doce años de pena privativa de la libertad. El recurrente alegó que dicho pronunciamiento judicial vulnera su derecho a la pluralidad de instancias, pues, a pesar de que interpuso recurso de casación contra la sentencia cuestionada, se le denegó el derecho constitucional que le asiste de que un órgano superior revise en segunda instancia dicha condena, toda vez que dicho recurso extraordinario fue rechazado.

En atención al argumento planteado por la parte demandante, el Tribunal Constitucional analiza el derecho a la pluralidad de instancias, precisando que este derecho forma parte del debido proceso judicial y goza de reconocimiento a nivel internacional en la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual, en su artículo 8, inciso 2, párrafo “h”, ha previsto que toda persona tiene el “[...] Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior [...]”.

En línea con lo establecido en su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional acota que el contenido del derecho a la pluralidad de instancia “tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que

participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal” (Expedientes 3261-2005-PA/TC, 5108-2008-PA/TC, 5415-2008-PA/TC, 0607-2009-PA/TC).

A partir del análisis del caso objeto del proceso de *habeas corpus*, el Colegiado consideró que el que se permita condenar a la persona absuelta, conforme a lo dispuesto en el artículo 425, inciso 3, literal “b”, del Nuevo Código Procesal Penal, vulnera el derecho a la pluralidad de instancia en tanto no se permite que la sentencia condenatoria pueda ser objeto de revisión por una segunda instancia en la que se analicen los hechos, las pruebas y las cuestiones jurídicas.

A juicio del Tribunal Constitucional, si bien nuestro marco legal contempla el derecho del favorecido a interponer el recurso excepcional de casación, conforme a lo dispuesto en el artículo 429, incisos 1 y 2 del Nuevo Código Procesal Penal, alegando la inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal o material y por inobservancia de normas de carácter procesal sancionadas con nulidad; o por la causal excepcional establecida en el artículo 427, inciso 4, del antes mencionado código procesal; debe tenerse presente, al ser el recurso de casación uno de carácter extraordinario, no permite que la Corte Suprema actúe como órgano superior con la facultad de realizar una revisión integral de esta primera sentencia condenatoria impuesta a don Harry Danilo Dioses Ávila, en los mismos términos en que actuó la Sala penal emplazada, al conocer de la apelación contra la sentencia absolutoria expedida por el Juzgado Penal Colegiado de Tumbes.

Resulta importante resaltar que en la sentencia se aclara que, con la finalidad de garantizar el derecho a pluralidad de instancia, y en tanto nuestro sistema procesal no contemple el derecho de recurrir la condena del absuelto ante un órgano jurisdiccional que esté facultado a revisar de manera integral la recurrida, en el caso de que se considere que la sentencia absolutoria carece de fundamentos que sustenten una decisión en ese sentido, se deberá declarar la nulidad de esta última a fin de que se realice un nuevo juicio en el que se debata nuevamente la responsabilidad penal del procesado, para que, en el supuesto de que se le encuentre responsable

de los cargos que se le atribuyen, este tenga el derecho de impugnar dicho fallo condenatorio.

Por último, el Tribunal Constitucional, además de declarar fundada la demanda de *habeas corpus* en cuanto a la vulneración del derecho a la pluralidad de instancias, exhortó al Congreso de la República para que establezca una modificación en la legislación que permita un recurso de revisión ordinario de aquellas sentencias que condenen a la persona absuelta.

Es así que mediante la Ley 31592, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 26 de octubre de 2022, se modificó el artículo 429 del Nuevo Código Procesal Penal, incorporando el literal “c” a su inciso 3, a través del cual se garantiza el derecho del condenado a la pluralidad de instancias. Así, la normativa incorporada estableció lo siguiente: “c) Cuando la Sala Superior Penal de Apelaciones revoque la sentencia absolutoria y condene al procesado, las partes podrán interponer el recurso de apelación que será de conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema bajo las reglas del presente título”.

SECCIÓN CLÁSICOS

Nota Preliminar

César Antonio Ugarte Ocampo nació en el Cusco, el 26 de diciembre de 1895. Estudió Jurisprudencia, Letras y Ciencias Políticas y Económicas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, doctorándose en todas ellas. En la Facultad de Jurisprudencia adquirió el grado de Doctor con la tesis *Los antecedentes históricos del régimen agrario peruano* (Librería e imprenta Gil, Lima 1918). En la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas lo hizo con la tesis *El problema agrario peruano. Datos y orientaciones generales para un Programa Nacional de Política Agraria*, (1922), que fue póstumamente publicada, en 3 entregas, en la revista *Informaciones Sociales. Órgano de la Caja Nacional de Seguro Social* [Año III, N° 12, Lima 1939, pág. 1223-1246; Año IV, N° 1, Lima 1940, pág. 7-38, y Año IV, N° 2, Lima 1940, pág. 83-109].

605

El magisterio de César Antonio Ugarte se desarrolló esencialmente en la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de la Decana de América, donde en 1924 fue nombrado catedrático del curso “Historia Económica y Financiera del Perú”. Fue tal designación la que apuró la preparación de sus materiales de enseñanza, que publicó un par de años después bajo el título de *Bosquejo de la historia económica del Perú* [Imprenta Cabieses, Lima 1926. Hay varias reediciones: Delva, Lima 1977 y la edición facsimilar del BCR, Lima 1980]. Unos años después, una nueva reforma en San Marcos culminaría con la creación de la Facultad de Ciencias Económicas (1928) y, con ella, que asumiera la responsabilidad de dictar el curso de “Economía Monetaria y Bancaria”, para 3 años después resultar electo como su Decano.

Diversos fueron los cargos públicos que asumió César A. Ugarte durante su vida profesional. Entre ellos destacan haber sido el primer superintendente de la Superintendencia de Bancos y haber conformado con Manuel Vicente Villarán, Toribio Alayza y Paz Soldán, Diómedes Arias Schreiber, Víctor Andrés Belaunde, Carlos García Gastañeta, José León Barandiarán, Ricardo Palma, Emilio Romero, Luis E. Valcárcel, la famosa

Comisión que en 1931 conformó la Junta de Gobierno presidida por David Samanez Ocampo con el propósito de elaborar un Anteproyecto de Constitución.

No ocupando el Derecho el centro de las preocupaciones académicas de Cesar Antonio Ugarte, sin embargo, desde su época de estudiante en la Facultad de Jurisprudencia, especial atención le había causado el Derecho Constitucional, donde tuvo como maestros a Manuel Vicente Villarán [quien había sido asesor de su tesis de doctorado en Jurisprudencia, *Los antecedentes históricos del régimen agrario peruano*] y a Víctor Andrés Belaunde. A su interés por el Derecho Constitucional y a la imposibilidad de Manuel Vicente Villarán de hacerse cargo del dictado del curso por haber tenido que abandonar el país, se debe que en 1925 asumiera interinamente el dictado del curso Derecho Constitucional General y Comparado, involucrándose en la preparación de los materiales de enseñanza, especialmente para la parte comparada del curso. De estos años data el folleto “El gobierno de Suiza”, cuya primera edición apareció en 1925 [Lima, Imprenta Sanmartí y Cía., 26 págs. También fue publicado en *Mercurio Peruano*, Año VIII, Vol. XV, N° 87-88, Setiembre-October, Lima 1925, págs. 372-394].

El folleto tuvo una segunda edición, que apareció 11 años después de la primera [Librería e Imprenta Gil S.A., Lima 1936, 37 págs], y que, por cierto, es la versión que hemos tomado en cuenta para su publicación en la sección “Clásicos” de la *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Se publicó póstumamente, pues cuando estaba por cumplir los 38 años, el 4 de setiembre de 1933 un súbito ataque al corazón terminó con la fructífera existencia de César Antonio Ugarte.

Con toda seguridad la publicación de este ensayo fue dispuesta por Manuel Vicente Villarán para que sirviera como material de enseñanza en su último año de docencia al frente del Derecho Constitucional General y Comparado, nombre de la disciplina que se había restablecido tras las modificaciones al Plan de Estudios de la Facultad de Derecho realizadas en 1935 y donde el propio Villarán tuvo una participación descollante [Cf. Manuel Vicente Villarán, “Exposición de Motivos del Plan de Estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas”, en *Revista del Foro*, Año XXII, N° 7, 8 y 9, Lima, julio-setiembre de 1935, pág. 518 y sgtes.]. Fue

la forma como ese “maestro y amigo” al que César Antonio Ugarte dedicó en 1926 su *Bosquejo de la Historia Económica del Perú* homenajeaba a su recordado discípulo. Villarán dictaría el curso por última vez en 1936, al término del cual solicitó su jubilación (1937), que fue aprobada al año siguiente, cerrándose así una de las etapas más fructíferas de la disciplina hasta entonces.

La obra de César A. Ugarte se encuentra dispersa. Ella puede hallarse en diversas publicaciones de la época, como *Amauta*, *Nuestra Época*, *Mercurio Peruano* (de la que llegó a ser su secretario de redacción), etc., en las que esporádicamente solía publicar sus contribuciones. En materia constitucional, son de especial valía: “La crisis de los partidos” [*Nuestra Época*, Año I, N° 1, Lima 1918], “La libertad de imprenta en el Perú” [en *Revista del Derecho*, Año V, N° 28, Cuzco 1921, pág. 5-13], “El gobierno socialista de Rusia” [*Amauta*, N° 20, Lima, enero de 1929, pág. 1-12, y *Amauta* N° 21, febrero-marzo de 1929, pág. 45-62].

Edgar Carpio Marcos

Profesor de Derecho Constitucional de la USMP

El gobierno de Suiza

 CÉSAR ANTONIO UGARTE OCAMPO

Suiza es uno de los pueblos que más atrae la atención del mundo contemporáneo por el mérito de sus instituciones políticas inspiradas en muy avanzados principios democráticos. Su historia constitucional llena de lecciones cívicas; la variedad y originalidad de sus sistemas de gobierno local; la armonía que ha realizado entre el principio de la unidad nacional y el respeto de la autonomía regional; la eficacia de su poder ejecutivo colegiado, subordinado al legislativo; la aplicación del sistema proporcional en las elecciones; la participación directa del pueblo en las reformas constitucionales y en la legislación por medio del referéndum y la iniciativa popular, son otros tantos aspectos notables de su vida política, digna del más atento estudio.

609

Los resultados de la democracia suiza, alcanzados en condiciones especiales de tradición histórica, de situación internacional y de ambiente geográfico y social, pueden o no indicar la posibilidad de imitar sus instituciones en otros pueblos; pero es evidente que constituyen positivos experimentos humanos en la difícil y nunca perfeccionada tarea del gobierno del pueblo por el pueblo. Y en el Perú, por muy lejos que nos hallemos de alcanzar ese grado de evolución democrática, los ejemplos suizos pueden ser útiles para resolver algunos de nuestros problemas constitucionales.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La Liga Perpetua.- La historia constitucional de Suiza comienza en el siglo XII, cuando las tres centenas rurales de Schwits, Uri y Unterwalden, situadas en el centro de su actual territorio, pasaron al dominio señorial del rey de Alemania por haberse extinguido la casa de Zähringen, a la cual estaban anteriormente sometidas. Con motivo de las luchas dinásticas de Alemania, la casa de Habsburgo pretendió adquirir el señorío hereditario y directo sobre esas centenas, llamadas después cantones,

desconociendo las inmunidades y derechos locales que se les había reconocido cuando pasaron a la sujeción directa de la Corona. Los tres cantones formaron una “Liga Perpetua” en 1291 y el pacto en que estipularon las bases de su alianza es el primer documento constitucional de la nación suiza. El objeto de la liga era que los tres pueblos conservaran su dependencia directa del rey, así como sus derechos de autonomía local. Se comprometieron además los confederados a no recibir ningún juez que no fuera del lugar o que comprara su oficio, a resolver por arbitraje cualquiera dificultad entre sí y a cooperar en caso de peligro exterior.

La liga de Ocho.- Para conservar esas prerrogativas, la Liga tuvo que sostener continuas luchas contra los Habsburgo; pero su ejemplo alentó a los cantones vecinos que uno tras otro se adhirieron al pacto de 1291. En 1353 formaban parte de la Liga, además de los tres cantones originarios, los de Lucerna, Zurich, Glarus, Zug y Berna⁽¹⁾, todos los cuales colaboraron a la defensa exterior de la pequeña confederación, dejando a la posteridad la hermosa tradición de su amor a la libertad, simbolizado en la conocida leyenda de Guillermo Tell. Esta confederación de ocho cantones duró hasta fines del siglo XV, acentuándose durante ese tiempo los vínculos de unión por medio de tres importantes convenciones: la primera, reunida en 1370, que dio la llamada Carta de los Sacerdotes, en la cual se delimitó la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos para disminuir los abusos del clero; otra reunida en 1393, después de la batalla de Sempach, para organizar la milicia y la defensa militar; y la tercera en Stanz el año 1481, que resolvió las querellas entre los cantones rurales y los urbanos, prohibió las alianzas separadas, y confirmó los anteriores pactos⁽²⁾.

La Liga de Trece.- El mismo día del Convenio de Stanz fueron admitidos a la confederación los cantones de Friburgo y Soleure. Pocos años después fueron admitidos los cantones de Basilea, Schaffausen y Appenzell⁽³⁾, quedando así constituida la Confederación de trece cantones, que, gracias a su situación geográfica y al indómito espíritu de sus

1 Lucerna fue admitida en 1332; Zurich, cuya riqueza la hizo convertirse en capital de la Liga, en 1351; Zug y Glarus se adhirieron en 1352, y Berna en 1353.

2 La Carta de los Sacerdotes no fue adoptada por Berna ni Glarus. El Convenio de Sempach recibió la adhesión de todos los confederados.

3 Basilea y Schaffausen ingresaron en 1501; Appenzell en 1513.

habitantes, adquirió desde entonces su independencia, si bien ésta no fue reconocida por las grandes potencias, sino en el tratado de Westfalia de 1648. Durante el proceso de la lucha con los Estados vecinos, la Confederación se amplió con algunos territorios, que no fueron admitidos como miembros autónomos, sino que eran gobernados como colonias de los confederados. Esta posesión común fue uno de los vínculos que salvó la unión suiza durante las agitadas luchas religiosas del siglo XVI, permitiéndole subsistir en su primitiva forma hasta la época de las grandes transformaciones políticas que inició la Revolución Francesa.

Organización La Dieta.- El único órgano gubernativo de la Confederación era una *Dieta*, en la que cada cantón tenía un voto, llevando los delegados instrucciones de sus respectivos gobiernos. La Dieta podía ser convocada por cualquiera de los cantones, y como no tenía medios de acción compulsoria su autoridad y prestigio eran muy escasos. Más que una nación, Suiza era hasta el siglo XIX un grupo de pequeñas comunidades aliadas para la defensa común. Estas comunidades, o sea los cantones, tenían varios tipos de gobierno: los pequeños cantones rurales eran democráticos y conservaban el sistema de gobernarse por asambleas populares; en los demás cantones, el gobierno era oligárquico, concentrado en una aristocracia cerrada, aunque en Zurich, Basilea y Shafhausen los burgueses tenían cierta participación.

611

La República Helvética.- Con la Revolución Francesa comienza una nueva época en la historia constitucional suiza. En 1798 un ejército del Directorio entró en Suiza para imponer a ese pueblo un régimen unitario y democrático, análogo al que regía en Francia. Se fundó así la “*República Helvética*” con una constitución unitaria y centralista, que abolió la subordinación de los territorios sometidos a los antiguos cantones; dividió todo el país en distritos; y creó en vez de la Dieta un Directorio Ejecutivo, un Gran Consejo y un Senado. Pero este régimen, impuesto por la violencia contra una tradición secular, despertó tenaz oposición en los cantones, siempre celosos de su autonomía.

El Acta de Mediación.- Respetando el sentimiento preponderante en Suiza, Napoleón promulgó en 1803 una *Acta de Mediación*, en la que se restablecía el sistema político federal, aunque conservando la igualdad política de los antiguos territorios, transformados en seis nuevos cantones

(Argovia, Turgovia, Vaud, Tesino y los dos Grisones), así como un gobierno central más consistente que el anterior a 1798. Se restableció la Dieta; pero en ella tenían dos votos los seis cantones de más de cien mil habitantes. El poder ejecutivo debía ejercerse por turno por cada uno de los gobiernos de esos seis cantones.

El Pacto Federal de 1815.- La caída de Napoleón dividió a Suiza en bandos opuestos hasta que el Congreso de Viena intervino, dándose con su aprobación el “*Pacto Federal*” de 1815, en sustitución al Acta de 1803. Fueron admitidos tres nuevos cantones: Valais, Ginebra y Neufchatel; se volvió al antiguo sistema de la Dieta, con delegados instruidos por sus respectivos gobiernos, cada uno de los cuales sólo tenía un voto; se encomendó el poder ejecutivo por turno a los gobiernos de Zurich, Berna y Lucerna. Este pacto fue un triunfo de los exaltados sentimientos de autonomía local que se oponían a una constitución de carácter más consistente.

Constitución de 1848.- Después de 1815, la política suiza se movió principalmente alrededor de dos problemas: la democratización de los gobiernos cantonales y la transformación del gobierno federal, haciéndolo más fuerte. Desde 1830 muchos cantones reformaron sus constituciones en un sentido democrático, a veces avanzadísimo; pero no tuvieron éxito las tentativas de revisión del pacto federal hasta 1848, en que la Dieta, después de haber disuelto una liga armada de los cantones católicos, constituyó un comité para presentar un proyecto constitución. El proyecto fue sometido a la votación popular y aprobado por el voto de 15 y medio cantones contra 6 y medio, tal fue el origen de la Constitución de 1848, que creó los órganos del gobierno federal en la forma que actualmente tienen.

Constitución de 1874.- En el partido Liberal, que patrocinó la reforma constitucional del 48, surgió pronto una rama avanzada, que en 1870 se constituyó como un partido independiente, con el nombre de Radical, e intentó hacer aprobar en 1872 una revisión constitucional en sentido democrático y centralizador. Rechazado el proyecto en la votación popular, se sometió al pueblo en 1874 otro más moderado, que fue aprobado por el voto de 14 y medio cantones contra 7 y medio. Tal es la constitución vigente de Suiza, a la cual se han hecho numerosas enmiendas posteriores, ampliando y fortaleciendo la esfera de atribuciones del gobierno federal y una enmienda ampliando la participación directa del pueblo en dicho gobierno.

II. EL SISTEMA FEDERAL

Cantones y semicantones. - La Confederación suiza se compone de 22 cantones; pero tres de ellos están subdivididos para los efectos de su gobierno interior (Unterwalden, alto y bajo; Basilea, ciudad y campiña; Appenzel, o los dos Rhodes)⁽⁴⁾, de modo que en realidad se compone de 25 pequeños estados, de los cuales seis tienen sólo media representación en el gobierno federal.

Estos pequeños estados tienen las más diversas condiciones físicas y sociales: en extensión varían desde uno de 14 millas cuadradas hasta otro con 2,765; en población, desde uno con menos de 20 mil habitantes hasta Berna y Zurich con más de medio millón; una parte mayor del 70 por ciento habla el alemán y es de tronco germánico, otra de más de 20 por ciento es de tronco latino y habla el francés, y otra pequeña es de raza e idioma italianos; dos tercios de la población profesan el protestantismo, un corto número el judaísmo y el resto el catolicismo; hay poblaciones rurales de vida económica rudimentaria y centro industriales tan avanzados como los demás de Europa. Esta heterogénea situación social no ha detenido la evolución política ni ha sido un obstáculo a la unidad nacional, gracias al criterio transaccional y práctico con que se ha organizado el sistema federal.

613

Autoridad cantonal y autoridad federal. - Los cantones o semicantones son soberanos en tanto que su soberanía no esté limitada por la constitución federal, y, como tales, ejercen todos los derechos que no son delegados al poder federal (Art. 3º de la C.F.). Esto es, los poderes del gobierno nacional son predominantes, aunque limitados dentro de marcos más o menos precisos, mientras que los poderes de los gobiernos cantonales son indeterminados. La Constitución federal confiere al gobierno central poderes exclusivos y poderes que ejercen conjuntamente con los gobiernos locales. Entre los primeros, los más importantes son: declarar la guerra y hacer la paz, concluir tratados y dirigir las relaciones exteriores,

4 Unterwalden se dividió desde 1150 en Unterwalden Alto y Unterwalden Bajo debido a la dificultad de comunicaciones; Appenzel en 1597 en Rhodes Interior y Rhodes Exterior, por diferencias religiosas; y Basilea, en Ciudad y Campiña, debido a diferencias de organización social.

administrar los correos y telégrafos, la moneda, las aduanas, los ferrocarriles, el registro de la propiedad literaria, y algunos otros ramos análogos. Fuera de estos casos, todas las demás materias de gobierno incumben tanto al gobierno nacional como a los cantonales; pero en el caso de existir leyes federales estas prevalecen sobre las cantonales, como es lógico. La tendencia legislativa de Suiza es hacia la uniformidad por medio de la ampliación constante de las atribuciones del gobierno federal; así, desde 1912 hay un Código Civil de las Obligaciones y desde 1920 un Código Penal para toda la Confederación. En muchos ramos, el gobierno nacional se limita a supervigilar la acción de los cantones, tal sucede en materia de condiciones industriales, caminos, prensa, educación, etc.

En general, la división de poderes entre las esferas federal y local no es tan nítida como en Estados Unidos. Los suizos, como dice Lowell, han combinado la centralización legislativa con la descentralización administrativa: esto es, las autoridades cantonales, por regla general, son las encargadas de hacer ejecutar las leyes federales. De modo que, mientras la esfera legislativa federal es proporcionalmente mucho mayor en Suiza que en Estados Unidos, la esfera de acción administrativa es mucho más restringida, siendo uno de los motivos de esta diferencia la menor necesidad de una doble maquinaria ejecutiva en un país tan pequeño.

III. EL GOBIERNO DE LOS CANTONES

Importancia política de los cantones. - A pesar de la tendencia hacia la unidad y la centralización que se observa en la evolución constitucional de Suiza desde 1848, los gobiernos cantonales conservan su importancia política y ejercen considerable influencia en todos los aspectos de la vida de este pueblo. Históricamente, la nación suiza, según hemos visto, se ha formado por la integración de unidades locales bajo el estímulo de la defensa de sus libertades, y cada una de esas unidades mantiene hasta hoy su tradicional autonomía en las esferas más importantes de la actividad social, económica y política.

La comuna, unidad política y social suiza. - La verdadera célula social y política de Suiza es la *comuna*. Cada cantón es un núcleo de mayor o menor número de comunas, urbanas o rurales, de diversa extensión y población, que tienen también sus costumbres y gobierno propios. Las

comunas conocen de varios ramos de la administración local, tales como educación, policía, beneficencia, higiene, a veces conjuntamente con las autoridades cantonales; y tienen pastos, bosques y otras propiedades de uso común. Algunas ciudades grandes, como Zurich, han municipalizado los servicios de agua, gas, electricidad y tranvías. Los gobiernos comunales difieren unos de otros tanto como los cantonales. En las pequeñas aldeas de los cantones de habla alemana, el gobierno está en manos del pueblo mismo, que se reúne para votar y discutir sus asuntos. En las poblaciones más grandes, y en los distritos rurales de habla francesa hay un consejo comunal, elegido generalmente por tres años, con un presidente o alcalde de escasa autoridad personal.

La comuna, como observa Bryce, ha sido desde los tiempos primitivos un factor poderoso en acostumbrar al pueblo a interesarse en el manejo de los asuntos públicos sobre una base de igualdad democrática. Ha sido la base no sólo de su organización administrativa, sino también de su educación cívica.

Tipos de gobierno cantonal. - La variedad de las instituciones políticas de los cantones suizos corresponde a la diversidad de sus condiciones de raza, religión, idioma, ambiente y tradiciones locales. Describiremos sólo los rasgos importantes de los dos tipos generales de organización política: el del gobierno popular directo y el del gobierno representativo, sin que esta división tenga un valor absoluto porque ni el primero carece de instituciones representativas, ni el segundo deja de dar participación directa al pueblo.

- i. **Cantones de gobierno directo.** - Los cantones de Uri y Glarus, los dos semicantones de Unterwalden y los dos de Appenzel, todos de habla alemana, de poca población y de pequeño territorio, han conservado desde remotos tiempos el sistema de gobernarse por medio de asambleas populares (“Landesgemeinde”), que legislan y eligen a los principales funcionarios del cantón. La asamblea popular tiene una reunión ordinaria anual y a veces reuniones extraordinarias. Sus funciones son: formular la constitución y las leyes del cantón; elegir un consejo ejecutivo de cinco o más miembros encargados del poder ejecutivo; y elegir los principales funcionarios judiciales y administrativos. El consejo ejecutivo, integrado por delegados

de los distritos o comunas, forma el Gran Consejo, institución que tiene atribuciones legislativas suplementarias, esto es, prepara y completa la tarea legislativa del pueblo. La mayor o menor participación directa y efectiva de la asamblea popular en el gobierno y los detalles formales difieren en cada uno de los seis cantones.

Las Asambleas Populares (Landesgemeinde).- Factores que han permitido su subsistencia.-

La asamblea típica es la del pequeño cantón de Uri, uno de los tres de pacto de 1291. Se realiza en una meseta rodeada de altas montañas, al borde del lago de Lucerna, teniendo por escenario un paisaje bellísimo que hace más impresionante y sugestivo el aspecto de la multitud congregada con ejemplar compostura y alegre entusiasmo. Un domingo de mayo en la mañana, el “landaman” y los demás consejeros se sientan delante de una mesa situada en el centro del campo mientras los hombres se colocan alrededor y las mujeres y niños en una explanada próxima. Dicho funcionario hace una relación de los actos y sucesos del año vencido, reza una oración y da comienzo a la labor. Las medidas y proposiciones se presentan libremente y se votan, dentro de ciertas reglas de procedimiento, los ciudadanos deben dar noticia previa de sus iniciativas a las autoridades del cantón a fin de que éstas informen sobre ellas a la asamblea. El tiempo concedido para el debate es muy restringido y en el curso de él se pueden proponer enmiendas. En los cantones más populosos que Uri, las reglas son más estrictas y no se permiten ni enmiendas ni debate, limitándose la asamblea a aprobar o rechazar los proyectos.

Los factores que han permitido la subsistencia de esta primitiva forma de gobierno democrático son la pequeñez del territorio, la escasez de la población, su carácter agrícola y la fuerza de sus hábitos de gobierno autónomo y directo. Varios cantones que en los siglos XVII y XVIII tenían esta forma de gobierno la han sustituido por el sistema representativo con referéndum e iniciativa popular, una vez que se modificaron las raras circunstancias que permitían su subsistencia. Es probable que el mismo proceso se realice con el tiempo en los seis pequeños cantones que todavía la conservan.

- ii. **Cantones de gobierno representativo.**- Los 18 cantones y dos semicantones de tipo representativo han adoptado el sistema unicameral para su órgano legislativo y el sistema colegiado para el ejecutivo.

Los Consejo Cantonales (Cuerpos Legislativos). - La cámara legislativa se llama *Gran Consejo* o Consejo Cantonal y sus miembros son elegidos por distritos, en una proporción con el número de habitantes variable según los cantones, desde un representante por cada 350 hasta uno por cada tres mil. El término del mandato varía de 1 a 6 años, siendo generalmente de 3, con la posibilidad de reelección, que es muy frecuente. Las sesiones son dos o más al año, en periodos fijos o por propio acuerdo de los representantes. El Consejo Cantonal tiene además atribuciones propias de toda cámara legislativa, ciertos poderes de carácter ejecutivo y judicial; supervigila la administración pública, da reglamentos y ordenanzas, resuelve conflictos entre el ejecutivo y judicial, etc.

La representación proporcional. - La falta de práctica en el gobierno representativo dio lugar a muchos cantones a mediados del siglo pasado a luchas, abusos e irregularidades en la elección de representantes que suscitaron una corriente de opinión favorable a la adopción del sistema proporcional a fin de garantizar los derechos de las minorías. Desde 1890 en que se adoptó ese sistema en Tessino, después de acaloradas luchas y de una intervención federal, el sistema se ha extendido a casi todos los demás cantones. La forma generalmente empleada es una modificación del sistema de “listas”, análoga a la que existe en Bélgica. Cada distrito elige varios representantes y el elector tiene tantos votos como vacancias, con la facultad de concentrar sus votos en un solo candidato. El número total de votos dividido por el de vacantes más uno da el cociente electoral. A cada lista se asigna un número de sitios igual al número de veces que el total de votos obtenido por ella contiene ese cociente.

El Pequeño Consejo. - (Ejecutivo Colegiado Cantonal). - El poder ejecutivo lo ejerce un Consejo administrativo o *Pequeño Consejo*, cuyos miembros son elegidos en algunos cantones por el pueblo y en otros por el Gran Consejo por términos más o menos cortos, pudiendo ser reelegidos. Su número varía, según los cantones, de 5 a 13. En todos, el consejo ejecutivo está legalmente subordinado al Gran Consejo, que puede

enmendar o revocar sus decisiones, aun las de carácter puramente administrativo. A su vez, los miembros del Pequeño Consejo tienen voz e iniciativa en el Grande, y por virtud de su experiencia, prestigio y capacidad tienen gran influencia en las deliberaciones de los legisladores. En general, el Pequeño Consejo tiene carácter de una junta de negocios más bien que el de un poder político, tanto por su imparcialidad y consagración al trabajo como por su dependencia respecto del legislativo sin el contrapeso de la disolución ni de la dimisión por razones políticas, tal como existe en el sistema parlamentario. Esta subordinación existe no sólo en los cantones donde el Gran Consejo elige los miembros del Pequeño, sino también en aquellos donde éste es elegido por el pueblo.

Poder Judicial.- El poder judicial de los cantones es enteramente independiente del Tribunal federal, salvo los casos de jurisdicción voluntaria reconocidos por la Constitución federal, en todos los cantones hay jueces de paz, cortes de primera instancia y una corte de apelaciones. Los magistrados son elegidos por el pueblo, en algunos cantones, y en otros por el Gran Consejo, por tres o cuatro años, aunque casi siempre se les reelige indefinidamente. El jurado se usa para casos de imprenta y delitos graves, y el arbitraje es un recurso muy empleado para evitar litigios.

Referéndum.- El pueblo participa directamente en la revisión constitucional y en la aprobación de las leyes, en un grado mayor o menor según los cantones. Hay uno, el de Friburgo, en el cual la única participación del pueblo es la impuesta por la Constitución federal, según la cual las constituciones cantonales deben ser aceptadas por el pueblo y deben ser susceptibles de revisión cuando lo pida la mayoría absoluta de los ciudadanos. Esta es la *forma obligatoria y general del referéndum*, aplicable a las reformas totales o parciales de las constituciones cantonales. Hay siete cantones en que además del referéndum obligatorio para las reformas constitucionales hay el *referéndum opcional para las leyes*, esto es, que en ellos un número señalado de electores puede pedir dentro de cierto plazo que las leyes aprobadas por el Gran Consejo sean consultadas al pueblo antes de entrar en vigencia. En otros tres cantones el referéndum es obligatorio para ciertas leyes y opcional para las demás. En los ocho cantones restantes *el referéndum es obligatorio para todas las leyes*, de modo que en ellos el Gran Consejo está completa y directamente subordinado al pueblo en el ejercicio de su función esencial que es la de legislar.

Iniciativa popular.- Existe además la iniciativa popular, en todos los cantones para las reformas constitucionales, y en todos menos los de Lucerna, Friburgo y Valais para las leyes. La iniciativa puede limitarse a una petición de carácter general para que se dicte una ley con determinado objeto. En tal caso, si el Gran Consejo no la acepta, se consulta previamente al pueblo si debe o no formularse la ley y en caso de votación afirmativa, se redacta la ley y se la somete nuevamente a la consulta popular. El número de electores necesario para formular una iniciativa popular varía en los distintos cantones; pero rara vez pasa del 10% del total.

Resultados del referéndum y la iniciativa en los cantones.- En conjunto, los resultados del referéndum y la iniciativa popular en los cantones han sido favorables, aunque la mayor o menor influencia directa que el pueblo ejerce en su gobierno varía de unos a otros. En aquellos donde el referéndum es opcional para las leyes o para cierta clase de leyes, las peticiones para someterlas al pueblo no son numerosas. El promedio de votantes varía mucho según el interés e importancia de las leyes consultadas, y generalmente no pasa del 50%, salvo en algunos cantones en que hay penas para los que no votan. En los cantones de referéndum obligatorio, el número de leyes rechazadas no es excesivo, pero sí considerable; lo cual revela que la institución no se reduce a una mera formalidad para sancionar las leyes. En cuanto a la iniciativa popular, se presentan con frecuencia en algunos cantones proposiciones o proyecto mal concebidos e inoportunos; pero el pueblo mismo tiene el buen sentido de rechazarlas. En cambio, muchas importantes reformas políticas y sociales que las legislaturas no aprobaron han entrado en vigencia gracias a esta institución.

IV. EL GOBIERNO FEDERAL

Caracteres generales; subordinación jerárquica de poderes.- La arquitectura del sistema político suizo es simple e inspirada en un espíritu democrático más amplio que la de los sistemas parlamentarios y presidencial. En vez de balance de poderes característico del parlamentario, o de los frenos y contrapesos del presidencial, se reconoce en Suiza una subordinación jerárquica de poderes, que partiendo directamente de la fuente última de la soberanía, el pueblo, se radica, primero en la Asamblea Federal, y luego en el Consejo y el Tribunal Federales. En los siguientes

párrafos veremos cómo se ejercen los poderes de cada uno de esos órganos gubernativos.

La Asamblea Federal.- Aunque en Suiza existía el antecedente unicameral tanto en la antigua Confederación como en los cantones, se adoptó en 1848, siguiendo el ejemplo de Estados Unidos, el sistema bicameral en consideración a sus ventajas para el régimen federal. El artículo 71 de la Constitución establece que “bajo reserva de los derechos del pueblo y de los cantones, la autoridad suprema de la Confederación se ejerce por la Asamblea federal, que se compone de dos secciones o consejos, a saber: el Consejo Nacional y el Consejo de los Estado”.

- i. El *Consejo Nacional* se compone de los diputados del pueblo suizo, elegidos a razón de un representante por cada veinte mil habitantes, o fracción de más de diez mil; eligiendo cada cantón o semicantón, cuando menos, un diputado. Conforme a la enmienda constitucional aprobada por iniciativa popular el 13 de octubre de 1918, las elecciones se realizan según el principio de la proporcionalidad, formando cada cantón o semicantón un distrito electoral. El sistema adoptado en virtud de la ley federal de 24 de febrero de 1919 es el sistema belga de Hondt con algunas variantes. Tiene derecho de tomar parte en las elecciones y, en general, en las votaciones, todo suizo que tenga veinte años cumplidos y que además no se halle excluido del derecho de ciudadanía activa ya sea por la legislación federal o por la del cantón en el cual tiene su domicilio. El Consejo Nacional es elegido por tres años y se renueva íntegramente cada vez. El cargo de diputado es incompatible con el de miembro del Consejo de los Estados, o del Consejo Federal y con cualquier cargo provisto por este último”.
- ii. El *Consejo de los Estados* es la cámara representativa de la autonomía cantonal. Se compone de 44 diputados de los cantones, o sea de dos por cada cantón, y en los cantones divididos uno por cada semicantón. No pueden ser Diputados a este consejo los miembros del Consejo Nacional ni los del Consejo Federal. La duración del cargo, sus requisitos, compensación y demás condiciones son determinadas por las constituciones y leyes de los respectivos cantones,

aspecto que establece una marcada diferencia entre este Consejo y su modelo, el Senado americano.

Presidencia; sesiones.- Tanto el Consejo Nacional como el de los Estados eligen de su seno, para cada sesión ordinaria o extraordinaria un presidente y un vicepresidente, no pudiendo ni uno ni otro ser reelecto para la sesión ordinaria siguiente. Cuando hay empate, el presidente decide, y en las elecciones vota como los demás miembros. Las sesiones duran de tres a cuatro semanas, y hay generalmente cuatro durante el año. Los representantes pueden hablar en cualquiera de los idiomas oficiales que son el alemán, el francés y el italiano. No hay comisiones permanentes; pero sí comisiones especiales que desempeñan su labor con mucha eficacia y laboriosidad.

Reelección.- Caracteres de la actividad parlamentaria suiza.- Aunque los términos de duración de los cargos representativos son cortos, es costumbre arraigada en el pueblo suizo la de confirmar el mandato a sus personeros cuando éstos no lo han desmerecido. La práctica de la reelección ha permitido así a muchos hombres eminentes permanecer en la Asamblea durante 20 y 30 años, adquiriendo gran experiencia política y administrativa utilizada en bien público. Esta práctica proviene no sólo de cierta estabilidad en la situación de los partidos políticos sino de que la mayoría de los votantes se fijan más en la aptitud de los candidatos y en el conocimiento personal que tienen de ellos que en su color político. La actividad parlamentaria, por eso y por otras condiciones peculiares, tiene un carácter muy diferente a la de otros países: en vez de acalorados debates políticos y de emocionantes incidencias, la vida parlamentaria se desliza en medio de la mayor calma, seriedad, y consagración a los asuntos públicos. Según Bryce, el representante suizo es generalmente astuto, firme, frío o al menos poco dispuesto a revelar sus emociones; su punto de vista es el del sentido común y su manera de pensar algo más sistemática que la del legislador inglés o americano. Esas cualidades, en opinión del mismo escritor, hacen de la Asamblea suiza el cuerpo legislativo más consagrado a sus tareas que hay en el mundo.

Atribuciones de los Consejos.- Las atribuciones de los dos consejos son idénticas, y algunas de ellas las ejercen reunidos. Conforme al artículo 84 de la Constitución, les corresponde deliberar sobre todos los

asuntos que son de la competencia de la Confederación y que no son atribuidos a otra autoridad federal. Esas atribuciones son no sólo legislativas, sino también administrativas, tales como la elección del Consejo Federal, del Tribunal Federal, del canciller, y del general en jefe del ejército federal; la aprobación de alianzas y tratados; la supervigilancia de la administración y de la justicia federales. Las leyes y resoluciones federales no pueden entrar en vigencia sino con el acuerdo de los dos consejos, y no hay medio legal de resolver las diferencias que surjan entre uno y otro. La iniciativa corresponde no sólo a los miembros de uno y otro consejo, sino también al Consejo Federal y a los gobiernos cantonales. La práctica ha establecido que todo proyecto que no provenga del Consejo Federal pase a su informe. Al principio de cada sesión, el Consejo Federal remite a los presidentes de cada cámara los asuntos que han pasado a su informe, así como los nuevos que él propone o que han sido elevados por los gobiernos cantonales o por iniciativa popular; los presidentes se distribuyen el trabajo y luego someten a su cámara los respectivos asuntos, pasando después éstos a la otra cámara.

Por diversas causas, principalmente por la mayor estabilidad y firmeza del cargo de diputado ante el Consejo Nacional, este consejo ha adquirido mayor prestigio e influencia que el Consejo de los Estados, cuyos miembros están en la práctica más subordinados a los intereses locales y a las veleidades de la política cantonal. Ha sucedido, así, lo contrario que en Estados Unidos, donde el Senado tiene una situación prominente y mucho más prestigio que la Cámara de Representantes.

El Consejo Federal.- La tradición cantonal combinada con un exagerado temor a toda concentración del poder, determinaron en 1848 la adopción del sistema colegiado para el poder ejecutivo. Según la Constitución Federal, la suprema autoridad ejecutiva y directiva de la Confederación se ejerce por un Consejo federal compuesto de siete miembros, elegidos por tres años, por la Asamblea Federal, entre todos los ciudadanos suizos elegibles al Consejo Nacional. La elección se realiza después de cada renovación de este último consejo, llenándose las vacancias ocurridas en el intervalo sólo para el tiempo que faltaba al consejero reemplazado. No se puede elegir más de un miembro del Consejo que pertenezca al mismo cantón. La costumbre ha consagrado que hay un consejero de Berna y otro de Zúrich; ordinariamente hay uno de Vaud y otro de Tessino o de algún cantón católico.

Presidencia del Consejo.- Departamentos.- El Consejo Federal es presidido por el presidente de la Confederación. Tiene además un vicepresidente, uno y otro elegido por un año, entre los miembros del Consejo, por la Asamblea Federal. El presidente cesante no puede ser elegido presidente o vicepresidente para el año que sigue; la misma persona no puede ser vicepresidente dos años seguidos. El título de presidente de la Confederación sugiere cierta posición de superioridad e independencia con respecto a los demás miembros del Consejo; pero esa posición sólo es efectiva en cuestiones ceremoniales porque sus atribuciones y obligaciones son idénticas a las de sus colegas, y tiene un departamento especial a su cargo.

La idea originaria de los constituyentes suizos fue la de subordinar todas las decisiones importantes, políticas o administrativas, a la deliberación y acuerdo del Consejo; pero por razón del creciente volumen de los asuntos gubernativos, cada uno de los consejeros goza en su departamento de una independencia mucho mayor que antes. Los departamentos son: Relaciones Exteriores, Interior, Justicia y Policía, Guerra, Hacienda, Industrias y Agricultura, Correos y Ferrocarriles.

623

Posición constitucional y política del Consejo Federal.- La posición constitucional y política del Consejo Federal es completamente distinta de la que tiene el gabinete en el sistema parlamentario, o de la que tiene el presidente en el sistema presidencial. No es un cuerpo políticamente homogéneo, sino que representa más bien las varias corrientes de opinión del país. La elección de los consejeros se inspira casi siempre en el aprecio de su capacidad administrativa más que en el de su habilidad política, y generalmente son reelegidos todos los que han desempeñado su cargo con eficacia. Frente a la Asamblea federal, el Consejo “es el guía y a la vez el instrumento, y tan a menudo sugiere como acepta medidas legislativas”. Ordinariamente todo proyecto de ley o de resolución presentado en la Asamblea federal pasa a informe del Consejo, y éste a su vez presenta constantemente proyectos. La desaprobación de las iniciativas o de los actos del Consejo no afecta la permanencia de los consejeros en sus puestos. La Constitución reconoce a la Asamblea un poder superior y por consiguiente a esta corresponde la dirección general de la política, lo cual asegura la continuidad en el funcionamiento del Ejecutivo. Por otra parte, éste ejerce gran influencia en la Legislatura por el valor que tienen

sus informes técnicos y sus opiniones respecto de cada proyecto importante. Pueden surgir y surgen ordinariamente diferencias de opinión entre los consejeros no sólo para adoptar resoluciones de carácter ejecutivo, sino también dentro de la Asamblea federal cuando se discuten medidas legislativas, sin que esto altere su responsabilidad colectiva. Generalmente se llega a un compromiso y en todo caso la decisión corresponde a la Asamblea.

Atribuciones.- Las atribuciones del Consejo Federal son las de todo órgano ejecutivo: velar por la observancia de la Constitución y de las leyes, presentar proyectos de ley o de resolución, hacer los nombramientos no atribuidos a la Asamblea federal o al Tribunal federal o a otra autoridad, velar por los intereses nacionales en el exterior, así como por la seguridad, independencia y neutralidad de Suiza, dirigir la milicia federal, administrar las finanzas, formular el presupuesto y rendir las cuentas de los ingresos y egresos de la Confederación, vigilar la gestión de todos los funcionarios y empleados de la administración federal, etc. Tiene además ciertas funciones características del sistema federal suizo: como son, la de hacer efectiva la garantía de las constituciones cantonales, la de examinar las leyes, concordatos y ordenanzas de los cantones y la de vigilar los ramos de la administración cantonal que se hallan colocados bajo su control.

624

Ventajas del Ejecutivo Colegiado.- La posición constitucional y el funcionamiento del Consejo Federal se consideran como los aspectos en que el sistema de gobierno suizo ha tenido más éxito porque asegura tres grandes ventajas: 1) el Ejecutivo es un cuerpo con influencia eficaz en la Asamblea, pero sin carácter partidista, lo cual le permite intervenir como mediador y conciliador; 2) se asegura al servicio de la nación capacidades administrativas, prescindiendo de las opiniones personales de los consejeros en los puntos que dividen transitoriamente a los partidos; 3) se asegura la continuidad en la política gubernativa, evitándose la demora y el trastorno que ocasionan los cambios ministeriales frecuentes.

Las Cortes Federales.- El Tribunal Federal.- Para la administración de justicia en materia federal hay un tribunal, cuya sede es Lausane, capital del cantón de Vaud. Consta actualmente de 24 jueces elegidos por la Asamblea Federal por el término de seis años, aunque generalmente son reelegidos. Hay además un jurado para los asuntos penales.

La jurisdicción de este tribunal comprende todos los casos en que una de las partes es la Confederación, o un cantón dentro de las limitaciones establecidas por la legislación federal, y además los casos entre particulares que se someten voluntariamente a él y siempre que pasen de cierta cuantía. En materia penal, juzga, asistido del jurado, los casos de alta traición a la Confederación, de revuelta o violencia contra las autoridades federales, los crímenes y delitos contra el derecho de gentes y otros de naturaleza política.

Comparación con las Cortes Federales de Estados Unidos.- El Tribunal federal suizo se halla en una situación muy desventajosa en comparación con la Corte Suprema -de los Estados Unidos por el hecho de que es un órgano único en vez de constituir la cabeza de un gran sistema judicial nacional, y también porque no tiene el mismo grado de independencia frente al poder legislativo. El tribunal suizo, en efecto, está obligado, conforme al artículo 113 de la Constitución, a aplicar toda ley aprobada por la Asamblea federal. Además, se hallan excluidos de su jurisdicción los casos contencioso-administrativos, que, por una enmienda constitucional aprobada en 1914, corresponden a una Corte administrativa federal. Esta Corte se ha creado para resolver las controversias administrativas y los asuntos disciplinarios de la administración que le encomiende la legislación federal o que le sometan los cantones con aprobación de la Asamblea federal.

625

El pueblo y su intervención en el Gobierno federal.- El pueblo interviene directamente en el gobierno de la Confederación: 1) para aprobar o rechazar reformas constitucionales; 2) para aprobar o rechazar leyes; 3) para iniciar reformas constitucionales.

i. El referéndum constitucional obligatorio.- La constitución federal puede ser revisada en cualquier tiempo, total o parcialmente, por la Asamblea federal, siguiendo el procedimiento ordinario de la legislación general; pero la reforma no entra en vigor sino después de ser aprobada en votación popular por la mayoría de los cantones. El resultado del voto popular de cada cantón se considera como el voto de éste.

Cuando uno de los consejos de la Asamblea federal decreta la revisión total de la constitución federal y el otro consejo no consiente

en ella, la cuestión se somete a la votación popular. Si la mayoría se pronuncia por la afirmativa, los dos consejos deben renovarse con el objeto de preparar la revisión, la cual, una vez preparada se somete al pueblo.

Tal es la institución del referéndum constitucional obligatorio, que existe en el gobierno federal de Suiza desde 1848 y gracias a la cual su constitución es una norma de categoría superior a las demás leyes y verdaderamente democrática, puesto que el pueblo mismo le da su sanción previa.

- ii. **El referéndum facultativo para leyes y tratados.-** Las leyes, las resoluciones de carácter general y no urgente, y los tratados internacionales concluidos por plazo indeterminado o mayor de quince años se someten al pueblo para su adopción o rechazo, a solicitud de 30 mil ciudadanos activos o de ocho cantones (art. 89 de la C. P.). Esta es la forma opcional del referéndum, que permite suspender y revocar los actos de la Asamblea cuando hay contra ellos una poderosa corriente popular. No se adoptó sino en la revisión de 1874 y después de una larga lucha, sin incluir los tratados. Estos últimos son susceptibles de sometimiento al pueblo sólo desde 1921, en virtud de una enmienda constitucional que se inspiró principalmente en la debatida cuestión del ingreso de Suiza en la Sociedad de las Naciones.

Para que los ciudadanos puedan presentar su petición de referéndum, las leyes, resoluciones y tratados comprendidos en la disposición mencionada quedan en suspenso durante 90 días; presentada la solicitud dentro de ese plazo, con las garantías de autenticidad determinadas por la ley, “el Consejo Federal señala el día de la votación popular y hace circular ampliamente copias de la ley en los tres idiomas oficiales. Con frecuencia los partidos o grupos se agitan y hacen activa propaganda en pro o en contra. La vigilancia de la votación popular y la ejercen las autoridades cantonales.

- iii. **La iniciativa popular para la revisión constitucional.-** La revisión total o parcial de la Constitución federal puede pedirse por iniciativa popular, esto es por presentación de 50 mil ciudadanos

suizos con derecho de voto (arts. 120 y 121 de la C. F.). Hasta 1891 no existía la iniciativa popular sino para la revisión total; por una enmienda de ese año se la adoptó también para las reformas parciales. Cuando el voto popular es favorable a la revisión total, la Asamblea federal se renueva con el objeto de preparar la revisión. Cuando la iniciativa para una revisión parcial está concebida en términos generales, la Asamblea, si no la aprueba, consulta previamente al pueblo si debe hacerse o no esa revisión, y en caso afirmativo procede a ella, conformándose a la decisión popular. Cuando la iniciativa reviste la forma de un proyecto redactado en todas sus partes, si la Asamblea federal no está de acuerdo puede elaborar un proyecto distinto o recomendar al pueblo el rechazo del proyecto propuesto, y somete entonces a la votación popular su contra proyecto o su proposición de rechazo al mismo tiempo que el proyecto emanado de la iniciativa popular.

La iniciativa popular para las reformas constitucional les ha ampliado bastante el campo de la intervención directa del pueblo en su gobierno, permitiendo la adopción de algunas enmiendas constitucionales que sus representantes no favorecían. Tal ha sido por ejemplo el origen de la enmienda aprobada en 1918, estableciendo el principio de la representación proporcional para las elecciones del Consejo Nacional, enmienda que más de una vez fue rechazada por la Asamblea.

Resultados del referéndum y de la iniciativa popular.- Los resultados de la experiencia suiza en el gobierno directo del pueblo son ilustrativos e interesantes, porque pueden deducirse de ellos ciertos argumentos genéricos sobre el valor de estas nuevas instituciones democráticas. Las votaciones populares revelan en primer lugar que es frecuente el desacuerdo entre el pueblo y sus representantes, aun cuando éstos gocen de la confianza de sus comitentes. El referéndum y la iniciativa popular no han sido, pues meras fórmulas de sanción de la obra legislativa de la Asamblea, sino medios eficaces para controlar y modificar esa obra. De otro lado, en el caso del referéndum opcional, el promedio de leyes sometidos a él es relativamente pequeño, lo que revela que las minorías no abusan de esta franquicia y la emplean sólo cuando tienen grandes probabilidades de obtener el rechazo de las leyes aprobadas por la mayoría de la Asamblea.

Resulta así que, en gran número de casos, el referéndum opcional conduce al rechazo de las leyes consultadas al pueblo. El promedio de ciudadanos que participan en las votaciones no es generalmente muy alto; por eso hay veces en que una minoría activa hace predominar sus puntos de vista sobre una mayoría inerte que se abstiene de concurrir al referéndum. En otros casos, el rechazo se debe a cierto grado de desconfianza por las novedades legislativas, a prejuicios religiosos, al espíritu de economía característico del pueblo suizo, o a otros motivos psicológicos más o menos accidentales; de tal modo que al desaparecer esos factores momentáneos que influyeron en el ánimo de los votantes, las mismas leyes son sancionadas sin oposición. En algunas ocasiones el referéndum ha sido un derivativo de la cólera del pueblo contra actos de sus representantes extraños a la ley consultada, siendo curioso anotar el hecho de que llegado el día de la elección los mismos representantes indirectamente censurados han sido reelegidos porque ya los ánimos estaban calmados y los votantes habían recobrado la serenidad y espíritu conservador que son habituales en Suiza.

Argumentos en favor del gobierno directo.- En vista de los resultados que la observación de los últimos cincuenta años ha revelado, se considera en Suiza como argumentos favorables a la subsistencia y ampliación de estas formas de gobierno directo los siguientes: 1) la mayor autoridad y prestigio que dan a la Constitución y a las leyes; 2) la influencia educativa en el pueblo por el conocimiento previo de las leyes que está llamado a obedecer; 3) la atenuación del espíritu de partido y de la influencia de las organizaciones políticas, ya que las cuestiones públicas se descomponen y subdividen en tal forma que pueden los votantes pronunciarse con más independencia y libertad de criterio; y 4) la atenuación de los conflictos entre los poderes públicos por la subordinación directa de éstos al pueblo, sustituyéndose en esta forma ventajosamente el veto y demás contrapesos del sistema presidencial, así como la disolución de la cámara popular que sirve para equilibrar los poderes en el sistema parlamentario.

Argumentos en contra. - Como argumentos contrarios se aducen: la influencia deprimente de estas instituciones en el prestigio e independencia de los legisladores, la poca capacidad del pueblo para apreciar ciertas leyes, el rechazo o retardo de leyes buenas, el costo y fatiga de las votaciones populares. Pero ninguno de estos inconvenientes ha tenido en

Suiza significación apreciable, siendo mucho más visibles las ventajas anotadas; de modo que en general ese pueblo está satisfecho del buen éxito con que ha aplicado tanto el referéndum en sus formas obligatorias y de opción como la iniciativa popular. Sin estas instituciones todo el sistema político de Suiza tendría que transformarse, pues ellas constituyen parte esencial de su correcto funcionamiento y de la armonía que reina entre los varios órganos gubernativos. Es evidente, sin embargo, que los resultados de la experiencia suiza, como dice Bryce, se deben a antecedentes históricos y a condiciones de igualdad social, patriotismo y cultura cívica que no existen en el mismo grado en otros pueblos.

V. LOS PARTIDOS POLITICOS

1800-1848.- Federalistas y Liberales. - Después de la intervención francesa y hasta la adopción de la Constitución federal de 1848, dos cuestiones predominaron en la política suiza: 1) la democratización de los gobiernos cantonales; y 2) la reforma de la débil Confederación para constituir un Estado Federal compacto y fuerte. En general, el partido o grupo favorable a la democracia simpatizaba también con el fortalecimiento de la unión federal. A este grupo se debió la creación de la nueva Suiza y el pueblo lo bautizó con el nombre de *Liberal*. Frente a él actuaban los elementos que, en términos generales, eran reaccionarios en la política cantonal, católicos en religión y “federalistas” (o sea opuestos a los “centralistas”) en la política nacional. Tal era la situación de los partidos en 1848.

629

1848-1874.- División del partido Liberal: los Radicales.- Pronto surgieron problemas nacionales que fomentaron la división en las filas del partido triunfante. Entre las cuestiones que más agitaron la opinión pública podemos mencionar: 1) la de los refugiados de Italia (1848-50) cuyas turbulencias determinaron la expulsión de algunos por el Consejo Federal, actitud que suscitó intensa oposición de una minoría de la Asamblea; 2) la de las capitulaciones, en la misma época, determinada por los contratos que desde antiguo celebraban algunos cantones para suministrar soldados mercenarios a algunos estados vecinos; 3) la cuestión de los ferrocarriles (1852-64), entre los partidarios de la nacionalización y los de la propiedad

privada, y entre los partidarios de las varias rutas propuestas para el ferrocarril trasalpino; 4) la cuestión de la revisión constitucional (1864-1874). En 1866 el Consejo Federal propuso varias enmiendas con motivo de que la Constitución del 48 sólo garantizaba la libertad de culto a los cristianos y después de gran agitación fue aprobada sólo una de ellas. En 1872, la Asamblea Federal propuso una constitución más centralizada y democrática, que fue rechazada por la alianza de los grupos ultramontanos, cantonalistas, franceses e italianos, temerosos del control germano y protestante. Se agitó el espíritu de partido al punto de que Dubbs, consejero federal, dimitió en son de protesta contra el proyecto.

Durante esta época posterior 1848, y con motivo de cada una de las cuestiones enunciadas y de otras, las filas del antiguo partido Liberal se dividieron entre un elemento moderado y otro radical, y a medida que surgieron nuevos problemas, especialmente sociales y económicos, el último creció a expensas del primero hasta que en 1870 constituyó un nuevo partido que se llamó Radical y obtuvo en 1874 el triunfo de su programa de revisión de la Constitución Federal y de adopción del referéndum opcional para las leyes federales.

1874-1919.- Católicos, Liberales, Radicales y Socialistas. - Desde 1874 la situación de los partidos ha sido más estable y éstos han adquirido una organización vigorosa e influencia considerable en la vida pública, aunque su actividad ha sido moderada y su reciproca rivalidad libre de exaltaciones. La adopción del sistema proporcional en 1919 para la elección del Consejo Nacional, ha consagrado oficialmente a los partidos y les ha dado legalmente, un papel considerable. Actualmente hay cuatro partidos mayores, fuera de grupos de menor importancia: 1) los católicos (derecha), que dominan casi exclusivamente en Uri, los Unterwalden y los dos Appensel, y tienen cierta importancia en otros doce cantones, gracias a su sólida, organización y disciplina; 2) los Liberales (centro), que, conservando la tradición del antiguo partido, quieren moderar las tendencias centralistas de la evolución política y abogan por el *laisser faire* en el orden económico; comprenden leaders industriales y otros hombres de riqueza y prominencia, cuya fuerza se halla en Vaud, Ginebra, Basilea y Neufchatel; 3) los Radicales, llamados también Demócratas Independientes, que patrocinan la centralización, el anticlericalismo y el gobierno popular directo; es el partido que domina desde 1874, el más numeroso, el más difundido

y el más heterogéneo, pues incluye miembros de diversa religión, raza y condición social; cuenta con leaders de la industria y las finanzas y tiene el apoyo de la masa rural de los cantones protestantes; 4) los Socialistas, o Social-Demócratas, cuyo programa es el del socialismo internacional, y que predominan en las ciudades manufactureras como Zúrich, Basilea, Berna, donde ganan cada día más fuerza, si bien las condiciones sociales de Suiza no favorecen una propaganda extremista. En 1917, los Radicales tenían en la Asamblea Federal 129 representantes, los católicos 55, los Socialistas 19, los Liberales 14 y los grupos menores 16. En la primera elección realizada conforme al sistema proporcional, el año 1919, los Socialistas ganaron algo más de la cuarta parte del total de la representación, aumentando su número principalmente en detrimento de los Radicales. Como grupos menores tienen cierta significación la Unión Helvética, la Liga de Campesinos y el grupo Orden y Libertad.

Organización de los partidos. - En organización, los partidos son muy semejantes. Todos son uniones de grupos locales más o menos autónomos. La suprema autoridad es una Dieta, que se reúne cuando menos una vez al año y se compone de delegados de las organizaciones locales con el objeto de oír los informes de los jefes y delegados del partido, de investigar los actos de sus representantes en el Gobierno Federal, y de discutir y adoptar resoluciones sobre los problemas del día para que sirvan de guía a sus voceros. La Dieta no designa candidatos; los candidatos para el Consejo Federal son elegidos en reuniones privadas de los miembros del partido en la Asamblea Federal; los candidatos para el Consejo de los Estados y el Consejo Nacional son elegidos en reuniones locales de todos los adherentes del partido. Hay un comité central del partido, que se elige ya por los comités cantonales, ya por la Dieta. La organización de partido, en suma, refleja aproximadamente la organización del Estado y está fundada en los mismos principios de federalismo y democracia.

Alto nivel de la vida política y espíritu de partido. - No es exagerado decir que el espíritu y los métodos de partido se hallan en un nivel que pocos países han alcanzado. En todas las grandes cuestiones naciones saben subordinar sus intereses y sus diferencias al interés patriótico. Y como son pocos los premios y atracciones de la lucha política, no se la considera como un deporte, sino como un asunto serio. Según Bryce, en ninguna otra democracia es tan pequeño el número de políticos profesionales y

los motivos que atraen a los hombres a la vida pública son generalmente elevados. La intimidación, el fraude y la corrupción electoral apenas se conocen, y aunque los partidos hacen campaña por sus candidatos, el hábito de reelegir a los representantes y funcionarios que cumplen bien sus obligaciones, unido al espíritu de independencia de la mayoría de los votantes, contribuyen a restar influencia electoral a los partidos, siendo muy frecuentes las listas conciliatorias. En la Asamblea federal son frecuentes las discusiones de carácter político; pero se conducen con ánimo desapasionado y en un ambiente poco propicio a las exaltaciones. En algunos cantones la lucha política es más intensa para las cuestiones locales y se presentan con frecuencia elecciones reñidas, en las que se destaca la influencia de los leaders políticos. En muchos cantones, los partidos locales son distintos de los grandes partidos nacionales, y actúan con una organización separada y programas propios.

VI. CONCLUSIONES GENERALES

632

- En síntesis, podemos señalar, siguiendo a Dicey, tres ideas fundamentales que inspiran todas las instituciones políticas suizas. La primera es la soberanía directa del pueblo, que es un principio no sólo teórico sino prácticamente recocado; en Suiza se ha desvanecido la antigua idea de la oposición entre el gobierno y el pueblo; todos los órganos gubernativos son simples agentes del pueblo, el cual interviene directamente en los actos legislativos importantes. La segunda idea a la que dan expresión las instituciones suizas es la de considerar la política como un asunto técnico, una cuestión de negocios, análoga a la administración de una empresa privada; los asuntos nacionales son dirigidos por hombres de capacidad que ejecutan la voluntad de la nación. La última y más original concepción suiza es que la existencia de partidos políticos no implica la adopción del gobierno de partido: tanto el pueblo como sus órganos representativos concentran la atención sobre las medidas gubernativas en sí mismas y no sobre las personas o sobre los programas de los partidos.
- Esas ideas fundamentales que inspiran la vida política suiza, dándole un tono moderado e impersonal, son fruto de las tradiciones y el carácter del pueblo; de su admirable espíritu cívico forjado en las

luchas para mantener su independencia y neutralidad frente a las potencias europeas; de su gran experiencia en el gobierno autónomo; y, en fin, de las favorables condiciones de igualdad social que reinan en este privilegiado país. Pero sus bien meditadas formas constitucionales han sido el cauce adecuado para el desarrollo de esas fuerzas espirituales, que las sanas orientaciones de la familia, la escuela y el periodismo han sabido conservar y acrecentar.

Nota Bibliográfica

Constitution Fédérale de la Confédération Suisse-(Avec les modifications survenues jusqu'au 1er. juillet 1922) -Publiée par la Chancellerie Fédérale.

A. L. Lowell. - Governments and Parties in Continental Europe.

A. L. Lowell. - Public Opinion and Popular Government.

F. A. Ogg. - Governments of Europe.

J. Bryce. - Modern Democracies.

J. A. Vincent. - Government in Switzerland.

W. Wilson. - The State.

A. V. Dicey. - Introduction to the Law of the Constitution.

**SECCIÓN
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS**

El Derecho Constitucional en el cine y la televisión

 ALEX ULLOA IBÁÑEZ*

Título	: “ <i>El Derecho Constitucional en el cine y la televisión</i> ”.
Coordinadores	: Helder Domínguez Haro y Luis Sáenz Dávalos
Edición	: Fondo Editorial del Tribunal Constitucional
Año	: 2022
Páginas	: 334 pp.

Quién no ha comentado entre familiares o amistades alguna serie o película reciente; o, quién no echado mano a sus recuerdos para revivir alguna “gran escena” de un corto o un largometraje. Evidentemente, el libro entre manos, –por un tema temporal– no alcanzó a desarrollar algún valioso artículo sobre “Sonidos de libertad” (*Sound of Freedom*) u *Op-
penheimer*; pero vaya que todos los aportes revisados tienen un valioso y distinto sentido de entender y comprender al Derecho Constitucional; he allí su riqueza.

637

Hoy en día –sobre todo con el uso del *streaming*– el Derecho puede estudiarse (en teoría y práctica) teniendo a la vista un buen filme y porque no, desde la comodidad que brinda una tv, una laptop o, incluso, un celular. La modernidad, los avances tecnológicos y la inteligencia artificial, permiten estas bondades.

Por ello, coincidimos con Chávez y Domínguez (2018) cuando afirman “*Desarrollar el derecho que se conoce a través del cine o hacer*

* Director Académico del Centro de Estudios Constitucionales. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

derecho en el cine es un ejercicio que manifiesta una manera diferente de ver el derecho. Dichas reflexiones no podían ser monopolio de los textos escritos, más aún en estos inicios del siglo XXI, donde la vida se desenvuelve en función de las pantallas”¹.

En esta obra colectiva (con 21 artículos), se presentan – como bien lo señala Domínguez, uno de sus coordinadores – “interesantes aportes que estudian y desarrollan las diferentes categorías del Derecho Constitucional que se desprenden de selectas obras cinematográficas y series de televisión, lo que, hasta donde sabemos, es inédito en la historia de nuestro país, pues no ha habido obra colectiva que se haya dedicado exclusivamente al cine, la televisión y la materia constitucional en primer plano” (p. 14).

En otras palabras, la obra hoy comentada es inédita y reúne aportes sobresalientes para el estudio del Derecho Constitucional en su interrelación con el cine y la televisión. Pasamos a reseñar, brevemente, cada uno de ellos:

638

1. Katherine Alvarado Tapia y su artículo ***“Death wish. Deseo de matar”*** (pp. 17-33), nos permiten apreciar un análisis riguroso sobre la justicia por mano propia –recordando nostálgicamente a Charles Bronson con su saga “Vengador Anónimo”–. Para la profesora Alvarado *“la justicia por propia mano supone un abandono de los mecanismos legales diseñados para garantizar la seguridad jurídica y los derechos fundamentales de la persona, lo que entraña elevadísimos grados de arbitrariedad e inseguridad jurídica que contrastan con la defensa de la libertad individual”*.
2. Manuel Bermúdez Tapia realiza un estudio comparativo entre la serie House of Cards y la política peruana, desde 1980 hasta la actualidad. El artículo que lleva por título ***“House of Cards: Ficción paralela a la realidad peruana”*** (pp. 35-46), da cuenta de una democracia nacional que no está muy alejada de la ficción; y porque no decirlo, probablemente nuestra realidad supere a la ficción televisiva. El autor resume en frases célebres lo que describe como

1 “Los tribunales de justicia en el cine”. Fondo editorial del Poder Judicial del Perú, p. 9.

- “el poder de la mentira y de las mentiras que no involucran actos de Estado”; así por ejemplo: i) “Me intoxique comiendo Bacalao” de Alberto Fujimori Fujimori; ii) “Me secuestraron” de Alejandro Toledo Manrique; iii) “He tenido un hijo con una dama de altas cualidades” de Alan García Pérez; iv) “Ya tengo luz verde” de Pedro Cateriano; v) “Soy accionista [de Westfield Capital], pero no la gestiono” de Pedro Pablo Kuczynski; vi) “No me vacuné, fui parte del grupo de estudio que evaluó la efectividad de la vacuna de Sinopharm” de Martín Vizcarra.
3. Astrid Kelly Cabezas Poma desarrolla el artículo titulado ***“Hack-saw Ridge. Hasta el último hombre”*** (pp. 47-58). La película narra la historia de un soldado norteamericano que se une al ejército de su país pero que al mismo tiempo tenía la firme convicción de orden religioso y moral de no matar a ningún ser humano; razón por la cual nunca utilizó un arma –incluso en la guerra–. Este aporte académico, transita por la naturaleza del derecho a la objeción de conciencia; así como su relación con la libertad religiosa. Brinda precisiones sobre el objetor de conciencia; el sujeto pasivo y el objeto protegido de este derecho.
 4. Luis Roberto Cabrera Suárez nos comparte su artículo titulado ***“A.I. Inteligencia artificial: reflexiones éticas y jurídicas sobre la obra de Steven Spielberg”*** (pp. 59-72). Resalta en el artículo, una enumeración –al menos inicial– de principios jurídicos relativos a la inteligencia artificial y los sistemas autónomos: dignidad humana, autonomía, responsabilidad, justicia, equidad, solidaridad, democracia, estado de derecho, rendición de cuentas, seguridad, protección, integridad física y mental, protección de datos, privacidad y sostenibilidad.
 5. Doris Cajincho Yáñez en su artículo ***“Doce hombres en pugna”*** (pp. 73-85), describe el dilema por el cual atraviesa un jurado norteamericano ante el asesinato de un padre de familia, presuntamente perpetrado por su hijo. Coincidimos con la profesora, que en la película se apreciará, “una aplicación del principio de presunción de inocencia que se alcanza gracias a la duda razonable que tiene el jurado ocho; y que mediante la utilización de la razón se llegó al desarrollo de un juicio justo; en el film además se advierte que existe vulneración al

derecho a la defensa; que habría generado como efecto la aplicación de la pena de muerte sin realizar un mejor estudio del caso; que en el presente no se dio la aplicación de esta pena extrema”.

6. Eddy Chávez Huanca nos ilustra sobre temas trascendentales como la dignidad, derechos humanos, calidad de vida, estado de poder, tecnodictadura; así como el derecho al libre tránsito e identidad, en su artículo ***“Evaporación de los derechos humanos y tecnodictadura corporativa en el precio del mañana”*** (pp.87-98). La película describe un mundo distópico donde los seres humanos sólo viven hasta los 25 años y si quieren seguir viviendo tienen que pagarlo con tiempo; alimentarse y transportarse se paga con minutos y horas. Como bien lo dice el autor: “se ha establecido entonces la materialización de un orden mundial donde la clasificación de los seres humanos se da entre aquellos que son descartables, no hay vigencia de derechos humanos (...) menos aún hay derechos laborales. (...) Hay dos grupos sociales marcados, los descartables y los que pueden ser eternos. (...), ellos son los seres infinitos”. Evidentemente, los seres descartables o finitos son los proletarios; mientras que, los seres eternos o infinitos son los mercantilistas, dentro de un escenario de Estado de poder.
7. José Chávez-Fernández Postigo presenta un trabajo titulado ***“Million dollar baby, y un alegato contra la consideración iusfundamental de la eutanasia”*** (pp. 99-112). En el presente artículo, el autor justifica sus consideraciones en torno al rechazo a la eutanasia como un derecho fundamental autónomo o como “contenido protegido pretendidamente derivado de algún otro derecho fundamental”. El presente aporte toma “una renovada importancia en el contexto contemporáneo del derecho constitucional a causa de la reciente sentencia en el caso Ana Estrada”; como bien lo ha explicado el destacado profesor.
8. Alfredo Orlando Curaca Kong, desarrolla un artículo titulado ***“El Padrino. La justicia y el poder”*** (pp. 113-133). El actual Director de Publicaciones y Documentación del Centro de Estudios Constitucionales nos comparte su visión sobre ambos conceptos de una forma bastante prolija y notable. “Si queremos justicia debemos

acudir a Don Corleone”, haciéndose referencia a un tipo “justicia paralela” al del *establishment* norteamericano; que para el caso específico de Amerigo Bonasera era la muerte de dos jóvenes que habían golpeado salvajemente a su hija, quién había defendido su honor ante un intento de violación; muertes que no ocurrieron porque la hija de Bonasera seguía con vida y tan solo sufrirían en igual medida que lo que sufrió la joven. En relación al poder, el Padrino “creó una unidad política alrededor de él, llamada familia, tributaria de las costumbres de la mafia. En otros términos, le dio forma al poder, lo organizó y otorgó funciones en razón de la posición y las capacidades de cada miembro de la organización”.

9. Helder Domínguez Haro nos comparte su artículo ***“El Juez Dreed y Estado Constitucional en clave cinematográfica. Una aproximación jurídica”*** (pp. 135-145). El actual magistrado del Tribunal Constitucional, describe un mundo distópico, con megaciudades hacinadas, violencia extrema, evidentes desigualdades económicas y el fracaso de la justicia tradicional. Por ello, surge la figura de nuevos jueces que imparten justicia instantánea y en las calles; justicia que se concentra en una sola mano, donde concurren las figuras de policía, jurado y verdugo en una sola persona. Una suerte de “jueces callejeros” como resalta el autor. En este mundo ficticio, no existe el principio democrático de separación de poderes, lo que conlleva a la ausencia del equilibrio, balance y control de los poderes. En buena cuenta, no existe un Estado Constitucional; el cual ha sido sustituido por el Libro de la Ley de la Mega Ciudad 1; el cual evoca “un reglamentarismo puro a todas luces y es una muestra de la importancia de separar por especialidad aquello que corresponde a una Constitución de un Código Penal garantista”.
10. Miguel Alejandro Estela La Fuente nos traslada al apocalipsis zombie con su artículo ***“The walking dead. Estado de Naturaleza, Moral y Derechos Humanos”*** (pp. 147-161). El autor plantea tres interrogantes a lo largo de su texto académico: ¿Cuál es el fundamento filosófico que sustenta la naturaleza de los zombies y los seres humanos en TWD?, ¿Existe la moral en el mundo post-apocalíptico de TWD?, y ¿se puede hablar de derechos humanos en el mundo de TWD? Sobre la primera interrogante, Estela concluye en que el estado de

naturaleza no solo aplica para teorizar respecto al comportamiento humano antes del Estado; sino también después que ha dejado de existir. Sobre la segunda interrogante, concluye en que existe una moral relativa dentro del contexto del derecho natural. Finalmente, afirma que los derechos humanos sólo existen dentro del bienestar general.

11. Edwin Figueroa Gutarra plantea en su artículo ***“Entre la inteligencia artificial y los derechos humanos. Algunas reflexiones a propósito de Blade Runner 2049”*** (pp. 163-184), una interrogante “frontal” y al mismo tiempo provocadora: ¿será la IA, a través de su naturaleza cada vez más expansiva, un medio idóneo para mejorar la observancia, vigencia y respeto de los derechos humanos en el mundo?, o, por el contrario ¿implicará la IA una posibilidad de alto riesgo para los derechos humanos, si avanzados programas informáticos ocultan avanzados y casi indescifrables sesgos cognitivos, prevaleciendo así una cultura vertical de los algoritmos en perjuicio de estos derechos? El autor esboza una serie de conclusiones, de las cuales solo tomamos una a modo de ejemplo: “(...) la IA debe convertirse en una poderosa herramienta de los derechos humanos y no en un factor de su involución”.
12. Nadia Paola Iriarte Pamo describe y analiza a través de ***“Te doy mis ojos. Reflexiones sobre la violencia por razón de género contra las mujeres”*** (pp. 185-198); el círculo de la violencia contra la mujer por razón de género, el derecho a vivir con dignidad sin violencia en cualquiera de sus manifestaciones; y la lucha –de la cual todos debemos ser parte–, contra la violencia hacia la mujer. Se destaca el manejo que realiza la autora sobre el tema en mención, al permitirnos tener una visión integral a la luz de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. Asimismo, resalta la importancia y el rol que debe cumplir el sistema de administración de justicia para mitigar y por qué no, desterrar, este flagelo.
13. Maribel Málaga Alaluna y Carlyne Skarlet Vásquez Torres, comparten un artículo muy interesante titulado ***“Aguas para no beber, análisis de la película Acción Civil desde una perspectiva del Derecho Constitucional y del Derecho Regulatorio”*** (pp.

- 199-219). Las autoras describen y analizan un drama sobre contaminación de un suministro de aguas municipales por tricloroetileno, por parte de tres empresas, que causó la muerte de algunos niños de la localidad de Woburn, Massachusetts. Nos brindan una reflexión final sobre la calidad del agua en nuestro país; la cual es muy delicada; por lo cual se “compromete el futuro de las generaciones venideras y con ello nuestro futuro como nación”.
14. El profesor mexicano José Ramón Narváez H., analiza la segunda generación de los derechos humanos bajo el título ***“Los derechos sociales y el cine”*** (pp. 221-235). En la película *Intolerance* de 1916, el autor analiza el pasaje *La madre y la ley*, describiendo los conflictos laborales entre el “patrón” y sus trabajadores, por una rebaja de su sueldo que desemboca en una huelga y la reacción del “patrón” que utiliza a la milicia para fusilar a los trabajadores levantados en huelga. Luego describe los derechos sociales en el contexto de la Constitución mexicana de 1917; continuando con el análisis de la película rusa *La Huelga* de 1925. Concluye sus puntos de vista con el análisis del film *La sal de la tierra* de 1954, que versa sobre trabajadores explotados.
15. Bruno Novoa Campos colabora con su artículo titulado ***“Breves reflexiones constitucionales en torno a la película Judgment at Nuremberg”*** (pp. 237- 246). Aquí, se describe y analiza el desarrollo de los juicios de Nuremberg, a cargo de los países vencedores de la segunda guerra mundial. Un detalle que resalta el autor, es que los juicios “consideraron del sistema anglosajón la participación de un fiscal acusador y de un abogado defensor; y, del sistema continental, la participación de un juez decisor (a través de un Colegiado)”. Como bien se sabe, el Tribunal de Nuremberg condenó a los acusados a penas de muerte, cadena perpetua o prisión. Sin duda, un aporte que va más allá de una descripción de los hechos filmicos –de por sí impactantes– sino que además explora los conceptos de justicia, verdad y dignidad.
16. Dante Martín Paiva Goyburu analiza instituciones del Derecho Constitucional inglés como la monarquía, el régimen parlamentarista y las relaciones Parlamento – Corona; a través de su artículo

titulado ***“The Crown: una oportunidad de acercarnos a la monarquía británica”*** (pp. 247-260). Antes de tocar el tema de fondo, busca explicar la llegada de la televisión a los hogares y la relevancia de la diversidad de sus contenidos; para luego describir el formato de las “teleseries” que llegaron a abandonar la tv, para trasladarse a las computadoras y teléfonos; a través del uso del streaming y el fenómeno Netflix. Arribando al tema de fondo, *The Crown* permite al espectador conocer los entretelones del sistema político inglés; pero como bien advierte el autor *“(...) si bien la serie se inspira en una monarquía real y muchos de los episodios corresponden a acontecimientos ocurridos, los detalles y conversaciones que se reproducen tienen muchos elementos de ficción, por lo que no debe tomarse con rigor histórico estrictamente (...)”*. En definitiva, un aporte relevante para el estudio del derecho constitucional comparado.

17. María Candelaria Quispe Ponce nos trae ***“Una cuestión de género. Ruth Bader Ginsburg y su lucha por la igualdad”*** (pp. 261-274). Como bien precisa la autora, la película “nos muestra lo que suponía ser mujer hacia la segunda mitad del Siglo XX, en una Facultad de Derecho, un espacio masculino por antonomasia”. El personaje de Ruth Bader Ginsburg tiene que luchar contra la discriminación por razón de género contra las mujeres; incluso desde las más altas autoridades universitarias; ya que se recuerda –entre otros actos discriminatorios– la cena de bienvenida del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard; en la cual solicita justificar a las estudiantes mujeres ¿por qué están ocupando una plaza en Harvard que podría haber sido para un hombre? Interesante aporte académico, que describe los esfuerzos de Bader, desde su primer día como abogada por “derribar el sistema entero de discriminación por razón de género contra las mujeres, instalado en sociedades formalmente igualitarias”.
18. Rafael Rodríguez Campos presenta su artículo ***“La noche de los lápices. Dictadura y Derechos Humanos”*** (pp. 275-286); en el cual analiza la recreación de los hechos ocurridos en Argentina en setiembre de 1976, durante la última dictadura militar de ese país, tras el secuestro, tortura y desaparición de estudiantes de la ciudad

de La Plata. El artículo describe la violación sistemática de los derechos humanos por parte de un régimen dictatorial; por lo cual, resulta importante transcribir una pequeña parte del Informe de la Comisión Sábato: *“Los detenidos eran alojados en condiciones inhumanas, sometidos a toda clase de tormentos y humillaciones. De las investigaciones realizadas hasta el momento, surge la nómina provisoria de 1.300 personas que fueron vistas en alguno de los centros clandestinos, antes de su definitiva desaparición”*.

19. Luis Andrés Roel Alva desarrolla la dualidad Estado y Justicia en su artículo ***“Batman: el caballero oscuro regresa: un dilema constitucional sobre el Estado y la Justicia”*** (pp. 287-307); representados por los personajes de Superman y Batman, respectivamente. En un contexto de guerra fría entre Estados Unidos y la Unión Soviética, con explosión nuclear de por medio, los EE.UU. están sumidos en el caos general; por lo que el *“instrumento coercitivo para asegurar el orden y preservación del Estado”* es Superman, quien sigue las instrucciones del presidente. Por otro lado, Batman personifica la justicia social, *“(...) se muestra en contra del Estado y sus representantes por motivos de indignación y hartazgo ante la incapacidad de los políticos de manejar el país de manera limpia y óptima (...)”*. Como bien se plantea el autor ¿cuál sería nuestra elección en este conflicto entre el Estado (ilegítimo) representado por Superman vs. la Justicia (proscrita) representada por Batman?
20. Luis R. Sáenz Dávalos nos comparte ***“Star Trek y la filosofía de un universo diferente. Los aportes de una saga al Derecho Constitucional”*** (pp. 309-324). El mundo de Star Trek o Viaje a las estrellas, tiene un largo camino de más de cincuenta años entre series televisas y películas. El autor da cuenta de la forma de organización de los planetas, a través de una Federación, que, en clave jurídica, representan las organizaciones multinacionales, con órganos de representación, control y fuerza de seguridad. Otro punto a resaltar es el respeto por la diversidad cultural, al interno de la especie humana; y, entre ésta y las diferentes especies de este universo fantástico. Regla importante que identifica el autor es la denominada primera directriz: *“no intervenir en el desarrollo interno o natural de toda civilización o forma de vida”*. El tema de los derechos se vuelve

complejo ya que se busca reconocer o extender derechos a especies creadas como hologramas o androides. El profesor Sáenz concluye en que *“la saga otorga una lección de tolerancia definitiva, pues intenta conjugar la visión humana y la cultura que la fundamenta, con aquella otra que pueda llegarse a explorar en un tiempo y espacio diferente y lo más importante, desde una perspectiva dotada de matices e inevitables diferencias que solo nuestra evolución y sentido común pueda llegar a lograr”*.

21. Finalmente, Susana Esther Távara Espinoza, analiza la película ***“Los muchachos no lloran”*** (pp. 325-334); a través del cual brinda una visión sólida sobre la violencia por orientación sexual. El filme se centra en la historia real de Brandon Teena “un hombre trans que decide llevar su vida en género masculino y, que, debido a los prejuicios y en un acto cruel fue violado sexualmente y asesinado por dos sujetos con antecedentes penales en diciembre de 1993”. Los hechos ocurrieron en Nebraska, Estados Unidos. La autora busca “reflexionar sobre la diversidad de identidades sexuales y cómo son valoradas socialmente”, “analizar la construcción de la masculinidad, cómo se aprende a ser lo que tradicionalmente se considera hombre” y “reflexionar sobre el hecho de que la sexualidad puede orientarse de modos distintos a lo largo de la vida de una persona”. Távara Espinoza, concluye en que el juez constitucional se constituye como “un auténtico mediador de componente social y jurídico para adaptarnos a una sociedad más equitativa y menos discriminadora”.

Jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional Tomo XI (Enero - Diciembre 2020)

 NADIA PAOLA IRIARTE PAMO*

Título	: <i>Jurisprudencia Relevante del Tribunal Constitucional. Tomo XI - Volúmenes 1 y 2 (Enero – Diciembre 2020)</i>
Autor	: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.
Edición	: Fondo Editorial del Tribunal Constitucional.
Año	: 2022
Páginas	: 1600 pp.

647

El Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, en el marco de su labor editorial y de difusión de la jurisprudencia constitucional, ha publicado la obra “Jurisprudencia Relevante del Tribunal Constitucional”, Tomo XI, que presenta las sentencias más importantes expedidas por el órgano constitucional en el período enero - diciembre 2020.

Este libro constituye una de las obras fundamentales publicadas por el Fondo Editorial del Tribunal Constitucional, no sólo por lo valioso de su contenido, sino también porque da testimonio de una labor continua realizada por el Centro de Estudios Constitucionales, órgano académico y de investigación del Tribunal Constitucional, que desde hace diez años tiene a su cargo la recopilación, sistematización de la jurisprudencia constitucional relevante, y publicación de citada obra.

* Abogada por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Magister en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Docente universitaria y de la Academia de la Magistratura. Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

En efecto, fue en el año 2013 que se publicó el Tomo I de la “Jurisprudencia Relevante del Tribunal Constitucional”, que compendió los pronunciamientos más significativos emitidos por este órgano constitucional desde junio de 1996 hasta diciembre de 2005. Posteriormente, fueron publicados los Tomos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, y X que abordaron las sentencias primordiales dictadas por el supremo intérprete de la Constitución, en el período 2006-2019. En diciembre de 2022, se ha publicado el Tomo XI de la obra reseñada, que presenta la jurisprudencia constitucional relevante del año 2020.

La obra “Jurisprudencia Relevante del Tribunal Constitucional”, Tomo XI se estructura en dos volúmenes. El Volumen I está referido a las sentencias emitidas en los procesos orgánicos; esto es, en los procesos de inconstitucionalidad y competencial. El Volumen II aborda las sentencias expedidas en los procesos de tutela de derechos; es decir, en los procesos de amparo, *habeas corpus*, *habeas data* y cumplimiento.

648

En el Volumen I se exponen sentencias importantes. Por ejemplo, la Sentencia 359/2020 (Expediente 0006-2020-PI/TC), Caso de la ley que suspende el cobro de peajes; la Sentencia 0006-2019-CC/TC, Caso sobre la disolución del Congreso de la República, que resolvió el proceso competencial promovido por el Poder Legislativo contra el Poder Ejecutivo; y, la Sentencia 778/2020 (Expediente 0002-2020-CC/TC), Caso de la vacancia del Presidente de la República por incapacidad moral, dictada en el proceso competencial promovido por el procurador público especializado en materia constitucional del Poder Ejecutivo contra el Congreso de la República, debido al inicio del trámite de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral al interior del Parlamento.

Por su parte, en el Volumen II se presentan sentencias principales expedidas en los diversos procesos de tutela de derechos. En cuanto a los procesos de amparo se menciona: la Sentencia 299/2020 (Expediente 02566-2014-PA/TC) que desarrolla el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud y se pronuncia sobre el control constitucional de las políticas públicas y la tutela de derechos sociales; la Sentencia 03378-2019-PA/TC sobre el derecho a una vida libre de violencia; la Sentencia 00617-2017-PA/TC que declara un estado de cosas inconstitucional

en relación al tratamiento legislativo desigual en razón del sexo respecto a los requisitos para obtener pensión de viudez; entre otras sentencias.

Además, se enuncian las sentencias significativas expedidas en los procesos de *habeas data*, *habeas corpus* y cumplimiento. Verbigracia, la Sentencia 751/2020 (Expediente 03425-2018-PHD/TC) sobre el derecho de acceso a la información pública; la Sentencia 232/2020 (Expediente 05436-2014-PHC/TC) que declara que existe un estado de cosas inconstitucional respecto del permanente y crítico hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en la capacidad de albergue, calidad de su infraestructura e instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros servicios básicos, a nivel nacional; y, la Sentencia 390/2020 (Expediente 06349-2015-PC/TC) sobre el cumplimiento de lo dispuesto el artículo 114, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal, que establece la obligación del Poder Judicial de proporcionar intérpretes a la personas que no comprendan el castellano (en el caso concreto, los miembros de la etnia nativa awajun-wampis).

Por otra parte, la publicación da cuenta que el Tribunal Constitucional -en el año 2020- emitió doctrina jurisprudencial: la Sentencia 467/2020 (Expediente 00367-2016-PHC/TC) que declara que los principios enunciados en su fundamento 44, constituyen doctrina jurisprudencial vinculante. En atención a ello, los jueces constitucionales de todos los niveles tienen el deber de garantizar la impartición de justicia en los casos que alguna de las partes o ambas, se autoidentifiquen como miembros de una comunidad indígena, tomando en cuenta los siguientes principios: principio de acceso a la justicia diferenciada, principio de derecho de defensa, principio pro persona humana (pro homine), principio pro pueblo indígena, principio de no discriminación, principio de equidad jurídica, principio de acción afirmativa, trato con respeto a la diferencia cultural, no revictimización, protección a la identidad e integridad de grupo, y principio a ser informado de manera adecuada.

Ponemos de relieve que la publicación “Jurisprudencia Relevante del Tribunal Constitucional” es una herramienta muy útil para quienes deseen conocer y profundizar en los criterios jurisprudenciales establecidos por el órgano constitucional en el ejercicio de sus competencias, constitucionalmente asignadas.

Por su importante aporte al conocimiento, este libro se erige en una obra de indudable valor jurídico y pedagógico, que evidencia la labor fructífera y el compromiso del Tribunal Constitucional como garante y supremo intérprete de la Constitución.

Definitivamente, esta obra emblemática constituye una contribución esencial para la comunidad jurídica, académica y ciudadanía en general. Se trata de un valioso esfuerzo del Fondo Editorial del Tribunal Constitucional que visibiliza y se suma a las diversas acciones que realiza el Tribunal Constitucional, a través de su Centro de Estudios Constitucionales, para difundir la jurisprudencia constitucional. Además, materializa el aporte trascendental del Tribunal Constitucional para el fortalecimiento del Estado Constitucional peruano. En suma, se trata de una publicación de lectura imprescindible.

Espacios de democracia deliberativa en contextos de reforma constitucional

 ALEX ULLOA IBÁÑEZ*

Título	: <i>Espacios de democracia deliberativa en contextos de reforma constitucional.</i>
Autor	: Víctor Cuesta López
Editorial	: Marcial Pons.
Año	: 2022
Páginas	: 198 pp.

El profesor español Víctor Cuesta López, brinda a la comunidad académica el libro titulado “*Espacios de democracia deliberativa en contextos de reforma constitucional*”; el mismo que a lo largo de sus cinco capítulos; desarrolla ideas y conceptos con un análisis riguroso de los últimos procesos de reforma constitucional en el mundo vinculados a la democracia deliberativa.

651

El capítulo I ha sido denominado “Introducción. La gestación del derecho constitucional ante el giro deliberativo de la democracia”. Aquí se da cuenta de la última reforma constitucional española de noviembre del 2017 a través del cual “se trataba de dar una respuesta política al proceso soberanista catalán”. Asimismo, se describe la “tentativa de revisión integral de la Constitución de la República de Islandia y la serie de enmiendas parciales a la Constitución de la República de Irlanda”. El autor destaca que en estos procesos de reforma constitucional “antes

* Director Académico del Centro de Estudios Constitucionales. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

de la apertura del procedimiento formal (...) las respectivas asambleas legislativas nacionales acordaron la creación de espacios para la deliberación en torno a la reforma en los que tendrían la ocasión de integrarse ciudadanos sin una adscripción política definida”. Se da cuenta también de los procesos de reforma electoral en las provincias canadienses de Columbia Británica (2004) y Ontario (2007). “Otro precedente significativo de deliberación extraparlamentaria para la reforma constitucional fue la Convención Constitucional que se reúne en Australia en 1998 para debatir sobre la forma de Estado”. Estos ejemplos de procesos de reforma constitucional son, como señala el autor, una tendencia denominada por la ciencia política como “giro deliberativo de la democracia”; agregando además que “los acuerdos adoptados en estos espacios, ya sea en forma de recomendaciones, directrices generales o borradores de textos articulados, deberían ser tomados en consideración por los sujetos habilitados para el impulso del proceso formal de reforma, por los órganos encargados de su tramitación o, incluso, por el conjunto de la ciudadanía que eventualmente debe pronunciarse en un referéndum, pero no pueden ser interpretados como mandatos jurídicos vinculantes”.

El capítulo II se denomina “Breve aproximación a los fundamentos teóricos de la democracia deliberativa”. En él se da cuenta de algunos conceptos propios de la democracia deliberativa. Se destaca que el concepto de este tipo de democracia “fue propuesto originalmente por Bessette en *Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government* (1980)”. La democracia deliberativa se desarrolla y consolida en la década de los noventa, destacando los aportes de Rawls y Habermas. “El pensamiento político de Rawls parte del reconocimiento del pluralismo inherente a una sociedad democrática moderna, desarrollando los conceptos de “doctrinas comprensivas divergentes”, “pluralismo razonable” y “consenso superpuesto”. Por su parte, Habermas, aporta su concepto de “discurso práctico” y “distingue un espacio de deliberación periférico, de carácter espontáneo e informal, que denomina la esfera pública, en el que tendría lugar un intercambio libre de opiniones entre los distintos entre los distintos grupos de la sociedad civil. Una segunda instancia de deliberación formal, de carácter central, estaría determinada por el marco institucional del Estado de Derecho, organizado conforme al principio de representación política, en el que se adoptarían las decisiones públicas en forma de normas jurídicas”.

El capítulo III lleva por título “Los diseños institucionales de la democracia deliberativa”, y en él se da cuenta de los “principales diseños institucionales implementados en los últimos años en distintos ámbitos territoriales de gobierno”. Explica, a modo de ejemplo, el “procedimiento deliberativo impulsado por la Unión Europea dentro de la Conferencia sobre el Futuro de Europa que ha reunido en 2021 a cuatro paneles integrados cada uno por doscientos ciudadanos procedentes de todos los Estados miembros, escogidos aleatoriamente, para debatir sobre políticas sociales, democracia europea, medio ambiente y el papel de la Unión Europea en el mundo”. Resalta también algunos mecanismos de democracia deliberativa como los Jurados Ciudadanos y los Presupuestos Participativos en España; o, los Jurados Ciudadanos o Planes Integrales de Barrio, tanto en Reino Unido como en Alemania; sin dejar de mencionar los círculos de estudios implantados en Suecia, Reino Unido y Estados Unidos; entre otros, como el panel ciudadano de Canadá.

El capítulo IV ha sido titulado “Constitucionalismo deliberativo: deliberación en los procesos de gestación y de interpretación del Derecho Constitucional”, aborda “la relación que existe entre los conceptos de deliberación y constitucionalismo, incidiendo particularmente en el empleo de la metodología deliberativa en los procesos de reforma constitucional”. Afirmar el profesor que “cualquier análisis de los espacios de democracia deliberativa en contextos de reforma constitucional deberá valorar, por tanto, cuál es papel de los diversos agentes constitucionales en la creación, el desarrollo y la toma en consideración de los acuerdos que puedan resultar de los procesos deliberativos.

Por otro lado, en el capítulo V denominado “Presentación de los casos de estudio”, el autor da cuenta de ciertos casos de reforma constitucional dentro del contexto de democracia deliberativa. Afirmar lo siguiente: “entre los espacios de deliberación extraparlamentaria para la reforma constitucional activados en los últimos años nos centraremos (...) en los supuestos que a nuestro juicio son más significativos y están mejor documentados. Estos son los casos de la Asamblea Ciudadana para la reforma electoral en Columbia Británica (V.1); el Foro Nacional y el Consejo Constitucional en el fallido proceso constituyente de la República de Islandia (V.2); la Convención Constitucional y la Asamblea Ciudadana que preceden a los últimos procesos de enmienda constitucional en Irlanda (V.3); así

como el proceso de “Diálogos Ciudadanos” (2015-2017) y la Convención Constitucional que, en la actualidad, tiene el encargo de redactar una nueva Constitución para la República de Chile. Cada uno de estos procesos de gestación de Derecho constitucional responde a un contexto político muy diverso y, por su carácter experimental, no obedece a un patrón jurídico determinado”.

Finalmente, el autor aborda en el Capítulo VI sus “Reflexiones Finales”. Por ejemplo, afirma que respecto “a la selección de los participantes en el espacio de deliberación constitucional, hemos comprobado cómo en buena parte de los casos analizados se ha empleado la metodología propia de los minipúblicos que, por definición, recurren a la designación aleatoria”. Otra conclusión corresponde a que el objeto de deliberación constitucional puede ser muy diverso como el encargo parlamentario de elaborar una serie de recomendaciones sobre una agenda de reformas constitucionales concretas. También resalta los principios de inclusividad y transparencia en relación a las condiciones en que se llevó la conversación constitucional. La publicidad de los debates como metodología de trabajo, incluso utilizando la web y el Facebook; es algo que se debe rescatar y sobre todo poner en práctica en aquellos procesos de reforma con democracia deliberativa. Compromiso, moderación e imparcialidad, se erigen como conceptos fuerza para los actos de deliberación.

SECCIÓN DOCUMENTOS

Nota Preliminar

Los textos que se presentan a continuación: *El Congreso Constituyente del Perú a los pueblos del Estado*, Lima: Imprenta de Río y Compañía, 1822, 5 pp. y *Manifiesto del Congreso Constituyente a los pueblos del Perú*, Lima: Imprenta del Gobierno, 1822, 17 pp., son dos documentos del primer Congreso Constituyente de 1822-1823 que describen el tortuoso itinerario de la asamblea en su tarea de constituir al naciente Estado peruano.

El primero, una proclama dirigida a los pueblos del Estado fechada el 12 de octubre de 1822 y suscrita por la mesa directiva del Congreso, podría decirse que es el primer documento público con el cual la representación nacional, una vez instalada, se dirigía a todos los pueblos del Perú (días antes se había redactado otra proclama que leída en la sesión del 11 de octubre debía dirigirse a los indígenas del Perú impresa “en los idiomas vulgar y quechua”: *El Congreso Constituyente del Perú a los indios de las provincias interiores*, Lima, 10 de octubre de 1822, 1 hoja impresa por ambos lados). Su contenido, un alegato que prueba la justicia de la independencia, es también un testimonio de la fe de los constituyentes en que su obra, la del ejército y la de los pueblos, en su lucha contra el enemigo común, se desarrollaría en un marco de unión entre todos los peruanos, evitando la anarquía, la demagogia y el despotismo. Por ello, resueltos y firmes en sus tareas, confiaban en “que el Perú se dé un modo de existir conforme a la naturaleza y a la verdad; de que se establezca un gobierno fundado sobre los derechos generales de los hombres, que tenga a la razón por principio motor y conservador, que eleve algún día el estado a sus brillantes destinos, y desde luego haga entrar a los peruanos en la senda de prosperidad a que son tan acreedores por sus heroicos sacrificios”.

Sin embargo, no sucedería así: la guerra, las facciones, la demagogia y la anarquía obligará a los constituyentes a enfrentar una lacerante realidad. Por ello, el segundo documento, un manifiesto dirigido a los pueblos del Perú, es una reseña de la actuación del Congreso Constituyente

hasta la culminación de su principal tarea: constituir el Estado. Su redacción, impresión y difusión se relacionaba con el primer aniversario de su instalación y pretendía dar cuenta de todas “las maquinaciones contra su existencia” fraguadas por Riva-Agüero, tal como lo expusiera Justo Figueroa, a la sazón presidente del Congreso, en la sesión de 20 de setiembre de 1823. La brillante exposición dio lugar a que varios diputados propusieran que el discurso se imprimiese y “diese al público”, lo que así fue acordado. Empero, la impresión no se realizó en 1823, como figura en la portada del folleto, sino probablemente a fines de enero de 1824, pues en la sesión de 7 de dicho mes y año Francisco Javier Mariátegui manifestó que aún no se había terminado de imprimir el documento por encontrarse la imprenta del Estado en el Callao.

Ahora bien, el manifiesto contiene una amarga y cruda exposición de la trayectoria del Congreso Constituyente y su enfrentamiento con Riva-Agüero. Del mismo modo, es una manifestación de la terca apuesta de una parte de los diputados, a pesar de sus errores e inconsecuencias, por dar término al objeto de su instalación: constituir al país asegurando su libertad e independencia. Principia el documento confesando la ingenua creencia de que “La pacífica y solemne instalación del Congreso Constituyente a los catorce meses de la jura de la independencia presagiaba sin duda a los peruanos la marcha más rápida y feliz en la gloriosa carrera de su libertad”, advirtiéndole luego que “No ha sido ciertamente el furor enemigo, quien nos robó la gloria de haberlo realizado”, aludiendo al “Arimanes peruano” (calificativo que endilgara Luna Pizarro al aristócrata limeño) y a la discordia entre peruanos, para concluir afirmando que sin la sedición de Riva-Agüero “tanta aflicción, tanto clamor, tanta agonía de todas las clases del estado igualadas casi en su miseria por el sostén” de la guerra ya habría finalizado. La cual, no dudaban, sería llevada a término “por el héroe inmortal de Colombia”.

El Congreso Constituyente del Perú a los pueblos del Estado*

El cuadro de la decadencia y renacimiento de los Estados es el más grandioso de cuantos ofrece la historia de los sucesos humanos. A la vista de ellos se descubre el dedo del Omnipotente, que en su justicia y equidad distribuye alternativamente los bienes y los males, la humillación y la gloria entre las diversas tribus con que ha poblado la tierra.

¿Por qué derecho ninguna de ellas ha de sobreponerse a las demás? ¿Por qué no bajará a su turno del odioso imperio, y pagará su orgullo? Después que el primer conquistador sujetó a los hombres libres para dominarlos, los siglos, incansables en destruir sus obras, han ido arruinando desde el Asia su cuna las primeras monarquías, y han ejecutado lo mismo con las posteriores, que caminando hacia occidente, anunciaban llegaría un día venturoso al nuevo mundo. Llegó: y comienzan a levantarse en el esplendor de la libertad las miserables naciones que yacían en la obscura y desastrosa noche de la servidumbre.

659

El Perú luchaba consigo mismo, sin poderla sacudir. Un genio de aquellos raros que produce el tiempo en sus revoluciones le extendió una mano generosa. Asióse de ella, fijó la planta en el camino de la independencia, y no le abandonará hasta concluir su carrera.

Se ha dicho ya que la naturaleza, trabajó sobre grande escala en el Perú. En verdad, nada hay comparable con el resto del globo, ni a su Océano, ni a sus Andes, ni a sus Amazonas. Los talentos mismos se presentan en orden excéntrico desde que comenzaron a ser. ¿Quién enseñó a los Incas aquel admirable gobierno que solo puede creerse, porque existió? Conservaron la moral de los siglos de la creación. Sin desconocer al Ser

* Lima: Imprenta de Río y Compañía, 1822.

Supremo, si dirigieron su culto hacia alguna criatura, fue precisamente al padre del día que con su luz benéfica alumbra, calienta, y hace productiva la tierra; y que rodeado de una brillante y apacible atmósfera, es quizá el trono en que reside la divinidad en el esplendor de su gloria.

Los trofeos del Inca Yupanqui en la conquista de los Mojos y tránsito por los desiertos de Atacama para la de Chile, están al lado de las más insignes y atrevidas empresas que ejecutaran los primeros campeones.

Los españoles sepultaron en el olvido las glorias de los Incas. No podía atenderse a ellas cuando el fraude, la violencia y la desesperación solo dejaban corazón para sentir y ojos para llorar. En sus enlaces con los indígenas han hecho nacer una tercera raza de hombres, que siguiendo el progreso de la generación se aventajan a sus progenitores.

En medio del desprecio y opresión con que trataban las familias maternas y a sus propias criaturas, fundaron ciudades, erigieron templos, y plantificaron escuelas. Pero tres mil millones de pesos que han sacado de estos países, el alto rango a que ascendió su nación en tanta opulencia, y la satisfacción de mandar por siglos a hombres de mayor mérito que sus sátrapas, les han pagado con desmedido exceso beneficios que no estaba en su mano dejar de comunicarnos.

Llegó el tiempo en que hallándose en virilidad esta especie media entre española y peruana quisiera no depender más de un gobierno existente a cuatro mil leguas de distancia, y que conformes con tales sentimientos los indígenas, recuperasen de algún modo sus derechos. La vida humana no alcanzaba para impetrar por una sola vez justicia contra los déspotas opresores.

Era de necesidad emanciparse. En medio de los contratiempos que rodean semejantes mutaciones, los Peruanos avanzan de un modo prodigioso. Un solo año ha corrido después que La Serna huyó espantado del genio de la libertad, y ya está instalado el Congreso Constituyente. Este es el muro contra el cual se estrellan los embates de los aventureros que vagan por las sierras. Nada importa que en su desesperación le insulten. El Congreso en su augusta marcha no se apartará de la dignidad que debe siempre rodearle.

Los hombres se regocijan en el mejor estar de los hijos, y más cuando el carácter dulce de estos mirará en cualquiera circunstancia por la felicidad de sus padres. Empero el español sañudo solo se alimenta con exterminio y desolación. Al desamparar esta tierra, se empeña en despojarla, aglomerando montones de cadáveres de sus propios descendientes. Pueblos, templos, heredades, y lo poco que hicieron sus antepasados en pago de los beneficios que de ella recibieron, todo lo reducen a ruinas y desiertos. A la capital misma que abandonaron cobardemente, desean y se afana por incendiarla para erigir un monumento de cenizas a su rara y feroz venganza.

El Congreso en retorno alarga su mano benéfica a los españoles europeos y a sus familias, en el abismo peligroso en que las sumió el abandono e indolencia de su virrey. En la historia de las perfidias se cuentan pocas de este género. Los castellanos en Lima componían el cuerpo más numeroso y rico de los que existían en esta América. Eran el firme apoyo del dominio español, y para mantenerlo acababan de hacer sacrificios extraordinarios. Excediendo los límites prescriptos a los ciudadanos que no llevan las armas, se declararon enemigos del FUNDADOR DE LA LIBERTAD: enemigos encarnizados y dolosos pusieron a precio su cabeza, las de sus familias, sus naves y su ejército, ofreciendo grandes sumas en impresos que circularon. Atrajeron sobre sí la ley marcial, la ley terrible contra los que seducen las tropas, y provocan traidores asesinos. ¿Qué debía esperarse, si caían sin la menor transacción, ni garantía en las manos de aquel guerrero ofendido? ¿Qué, si se les dejaba en medio de un pueblo inmenso, que por los ultrajes sufridos respiraba venganza en todos sus movimientos?

Pues en esta circunstancia su caudillo huye abandonándolos a merced del vencedor y del pueblo. Huye teniendo fuerzas bastantes para hacer un convenio a su favor: huye a los helados montes que se le habían ofrecido, mientras su rey era informado del estado de la contienda, y se tomaban los medios de ahorrar la sangre humana. Perezca todo, decían esos jefes desnaturalizados, con tal de no tratar con los americanos. Habían atropellado las leyes, arrogándose con violencia el gobierno que no les competía, y consumaron su crimen, hollando los derechos más sagrados y la humanidad misma, sacrificando a sus hermanos.

El general del ejército libertador no tomó otra venganza que la de reconvenirlos, teniendo en la mano el documento que los acusaba. ¡Qué suerte tan diversa habría sido la de los americanos en el caso contrario! Antes, el pueblo de Lima dejado a su suerte, mostró la generosidad y compasión que no se lee haber jamás intervenido en iguales circunstancias. Cuidó solo de asegurar su libertad y quietud conforme al derecho público y privado que le prescribían mirar por sí mismo. Pero la moderación tiene sus límites; y estos se fijaron el siete de setiembre, en que volvieron impensadamente los enemigos a quererle esclavizar de nuevo. Terrible situación era tenerlos adentro y afuera. La suerte de los primeros era inevitable. Se salvaron por una especie de prodigio, y por la clemencia sin límites que caracteriza a los Peruanos.

El temor del peligro en unos, causas políticas en otros, los obligaron a salir del país. Tienen abierta la puerta para volver a entrar luego que acabe la guerra. Su admisión y pleno goce de bienes sociales, dependen de los decretos de su nación. Hay en ellos varones eminentes, animados de los principios de lo recto y justo; otros por desgracia insisten en tener derecho a esclavizar al nuevo mundo, sin recordar los esfuerzos que hicieron sus mayores para arrostrar a los árabes sus señores. En los monumentos de la creación, no se encuentran esos singulares privilegios que no sean comunes a las demás naciones, pueblos y tribus, y hasta a las hordas errantes por el desierto. En verdad que por otro error de su orgullo se persuaden que un puñado de sus valientes reconquistará la América; empero ya han venido muchos con este designio, y nadie ha vuelto a contra sus proezas.

Espanoles existentes al otro lado del Atlántico: cuidad la agricultura que es vuestra verdadera riqueza, y carece de brazos. Si queréis relaciones con el nuevo mundo, buscadlas en el comercio, y buscadlas antes que expire el tiempo de adquirirlas. No contrariéis más los principios luminosos que de tres lustros a esta parte habéis proclamado, negándonos del derecho de elegir el gobierno que creamos más ventajoso, y arrogándoos una autoridad que ninguna ley concede a una porción de hombres sobre otra. Si nos declaráis iguales, confesad que no podemos ser dependientes: dejad de anunciarnos el imperio de la ley en vuestra constitución, hecha para dominarnos bajo formas halagüeñas, con un nuevo género de tiranía. Avergonzaos de que la historia de vuestro gobierno en el Perú, sea un

cuadro monótono del eterno abuso del poder en que nuestros pueblos no hacen otro papel, que el de instrumentos y víctimas del rudo o refinado, y siempre voraz despotismo.

Y vosotros los que pisando todavía los Andes amagáis invadirnos con el objeto de contener la nube preñada que amenaza vuestras cabezas, y descargará donde menos lo pensáis, descended. Los que habitan la Metrópoli del Sur desean ser republicanos, y ansían por acreditarlo en el campo de Marte: en él sembrarán los laureles que abriguen la naciente planta de su libertad. Entre tanto, el Congreso en memoria de sus instalación, acaba de condonar la vida a vuestros paisanos, que a pesar de nuestra dulzura y hospitalidad, no cesarán de maquinan contra nuestra feliz emancipación; pero entended, que la sombra de Bruto va acercándose, y que entregaremos a la muerte a nuestros propios hijos y deudos, si desgraciadamente fueran traidores a la Patria.

Pueblos del Alto Perú: las legiones de la Patria marchan para quitaros las cadenas, y que termine los males que sin número habéis sufrido. A su vista, corred a enlazar vuestros brazos con los suyos, y que no se derrame más sangre sin justicia y sin objeto, y contra las leyes divinas y humanas, y contra los deberes y sentimientos más preciosos de los corazones nobles. A la faz del universo, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo, hemos proclamado la independencia del Perú, y deseamos establecer las primeras bases de su gobierno. A nadie sin cometer un crimen, le es lícito turbar el orden, impedir la paz, y mucho menos emplear fuerzas para esclavizar su patria, vendiéndola a tiranos. No se numere entre los entes racionales el insensato que cerrase los ojos a luz tan clara.

Acelerad guerreros del Austro, la llegada del próspero y feliz día, en que reunidos todos los representantes propietarios de la nación peruana, acrediten al mundo que son dignos de ser libres por sus virtudes y talentos. Los que estamos aquí juntos en este alcázar suntuoso de la sabiduría, les presentaremos nuestros trabajos primordiales, y en especial la firmeza e invencible resolución de que el Perú se dé un modo de existir conforme a la naturaleza y a la verdad; de que establezca un gobierno fundado sobre los derechos generales de los hombres, que tenga a la razón por principio motor y conservador, que eleve algún día el Estado a sus brillantes destinos,

y desde luego haga entrar a los peruanos en la senda de prosperidad a que son tan acreedores por sus heroicos sacrificios-Dado en la sala del Congreso Constituyente del Perú, en Lima a 12 de octubre de 1822.-3.º=*Javier de Luna Pizarro*, Presidente.-*José Sánchez Carrión*, Diputado secretario.-*Francisco Javier Mariátegui*, Diputado secretario.

Manifiesto del Congreso Constituyente a los pueblos del Perú*

La sangre de millares de americanos derramada en la guerra de la independencia se malograría infamemente, si en el nuevo mundo se entronizase el fiero despotismo.

La pacífica y solemne instalación del Congreso Constituyente a los catorce meses de la jura de la independencia presagiaba sin duda a los peruanos la marcha más rápida y feliz en la gloriosa carrera de su libertad. Los representantes de los pueblos elegidos del modo legal más asequible, y con bastante formalidad, según las circunstancias, para interpretar sin equivocación la voluntad de los representados, se consagraron todos desde el momento feliz de su reunión a fijar las bases de la prosperidad del nuevo Estado, y en seguida a levantar sobre ellos el edificio de una Constitución republicana, que afianzando al Perú su ser político, le hiciese entrar como a las demás secciones de América en el rango de las naciones libres. Así, sin haber siquiera probado los horrores de la anarquía, ni sufrido alguna vez los caprichos de los perniciosos demagogos, él pudo verse colocado de repente bajo el imperio de la justicia y la salvaguardia de las leyes. Pocos pueblos habrán visto correr más corto tiempo, ni experimentado menos contrastes, desde el día de emanciparse hasta el de estar en aptitud de constituirse.

No ha sido ciertamente el furor enemigo, quien nos robó la gloria de haberlo realizado. A pesar de aquella invasión inesperada, que solo sirvió a entorpecer por unos días la discusión del proyecto de Constitución, cuya primera parte ya estaba sancionada, el Congreso pudo cómodamente y sin fatiga celebrar el aniversario de su instalación el 20 de setiembre con la jura solemne de la gran Carta, y la creación de los magistrados a quien ella consigna el ejercicio supremo de los tres poderes. La traslación inevitable

* Lima. Imprenta del Gobierno, 1823.

del gobierno y demás autoridades al Callao, al acercarse a la capital los españoles, y las odiosas ocurrencias en aquel punto dimanadas sin duda de la desacordada conducta de don José Riva-Agüero proporcionaron a este una oportunidad muy favorable para explicar su venganza largo tiempo reprimida contra la representación nacional: y comenzando por desobedecerle, entró en el injusto empeño de acriminarla, para justificar a los ojos de los pueblos distantes su antiguo y atrevido proyecto de destruirla. Desde aquí comienza para el Congreso del Perú una época que le es tan humillante, como fueron gloriosos sus primeros días.

Sin embargo, tantos ultrajes, tantas imposturas que el expresidente Riva-Agüero ha acumulado contra el Congreso y sus miembros, no serían parte para movernos a ensangrentar más con una seria refutación de su conducta esta contienda ¿si en la destrucción del cuerpo soberano, no se envolviese la subversión escandalosa de los principios proclamados; si no se diese en ella a los depositarios del poder y la fuerza una lección de arbitrariedad la más funesta a la idolatrada libertad de los pueblos; y sobre todo, si no viésemos con dolor tantos peruanos beneméritos de la patria, y cuyos servicios podían emplearse dignamente en el sostén de la causa pública, envueltos en la miserable ilusión de que un solo hombre que reporta del mando supremo tantas ventajas personales, y que no conoce autoridad ni ley alguna que enfrene sus caprichos, pueda tomar más interés por la libertad de los pueblos, que la reunión de muchos ciudadanos poseídos del amor imprescindible de sus suelos nativos; conocidos muchos de ellos en toda la extensión de la República por el crédito de sus probidad y de sus luces; y que en más de un año de diarias y penosas tareas en el desempeño de la confianza pública con absoluta postergación de sus intereses respectivos?, diga lo que quiera la impudente mordacidad de sus detractores, nada ganan, nada solicitan, nada esperan. Si a pesar de todo, las promesas de un usurpador sostenido en el mando con la fuerza, deben inspirar a los pueblos más confianza, arrójense desde ahora al fuego las filosóficas teorías del amor público, y el admirable secreto de los gobiernos representativos revelado a la política moderna como único antemural del despotismo; destiérrese, sin necesidad de otro juicio, al país de las quimeras.

Empero, se halla muy generalizada ya la ilustración social, y son demasiado familiares aun a los más idiotas los principios fundamentales de donde los pueblos derivan el derecho de gobernarse por sí mismos, para

emplear contra la desacatada conducta del expresidente Riva-Agüero un serio análisis de los dogmas políticos que a despecho de su conciencia ha conculcado, y de los derechos soberanos del pueblo, que casi sin haberle dejado tiempo de gustarlos, ha invadido. La sencilla relación de los acaecimientos que motivaron esta división funesta que agita hoy al Perú, pondrá a este en aptitud bastante clara de fallar sin equivocarse, quién es el verdadero autor de sus desgracias y el único obstáculo a la cabal consolidación de su independencia.

Razones, que toman toda su fuerza de las circunstancias en que suelen verse los pueblos, especialmente en épocas de revolución, coactaron al Congreso a disolver en 28 de febrero de este año la Junta Gubernativa que formaban, por la más digna y circunspecta elección, tres individuos de su seno: y a consentir en que tomase el supremo poder ejecutivo con el título de presidente de la República el que lo era del departamento de la Lima don José Riva-Agüero. Es justo confesar, que él había trabajado como pocos, y lisonjeado como nadie, en la instalación del cuerpo soberano, sin cuya existencia debía creerse justamente muy aventurada la libertad del Perú; como que ha sucedido tantas veces reducirse la suspirada emancipación de un pueblo al mero cambio de más duras cadenas. Mas la retención del ejecutivo en miembros del Congreso, medida reclamada entonces por la crítica situación del Estado, no pareció muy satisfactoria al presidente del departamento que se contemplaba sin duda por este solo título en el escalón más próximo al poder supremo, y con un derecho incuestionable a la predilección de los diputados por la parte tan activa que había tenido en las elecciones y en la pronta instalación del cuerpo soberano. Gloria, de que hacía en sus conversaciones mucho aprecio, y con que se esforzaba a disipar las sospechas que algunos le insinuaban, de que veía con formal desagrado la representación nacional. ¿No es una contradicción tan pueril como vergonzosa que califique ahora este cuerpo, desde el momento de su creación de ilegal y monstruoso, y completamente nulo por todos sus aspectos? A tanto conduce la desatinada lógica del resentimiento.

El de Riva-Agüero por su postergación en el supremo mando se explicaba directamente por que refluiese su encono en el Congreso, contra la Junta Gubernativa; cuyas operaciones se censuraban en todo sentido con el mayor descaro para hacerse sin duda paso a su deposición por un absoluto desconcepto. Los desgraciados sucesos de Moquegua presentaron

las mejores armas a los enemigos de la Junta partícipe solo en el dolor de aquel acontecimiento desastroso: y herido el honor del Congreso con la maligna imputación de que veía con indiferencia las mayores desgracias de la patria por la ambiciosa retención del poder ejecutivo en individuos de su seno, hubo de ceder a la triste necesidad de separarlos de una comisión honrosamente desempeñada, reportando la satisfacción aunque demasiado costosa, de haber acreditado ahora la experiencia, que no era la administración de aquellos beneméritos diputados quien espantaba de nuestros campos la victoria.

Muy difícil es persuadirse, a no haber tantos testimonios de obra y de palabra, que quien al recibir del Congreso la investidura del supremo poder pronunció a la faz de un pueblo numeroso la oración gratulatoria que corre en la Gaceta de Gobierno, haya desmentido después de un modo tan grosero los nobles conceptos con que se esforzó a manifestar a la representación soberana su respetuosa gratitud por la honra que le confería, la consagración de su misma vida al sostén de la inviolable autoridad de la representación nacional, y bajo de sus auspicios al de la libertad de la cara patria. ¿Cómo puede jactarse después de esto de haber recibido su autoridad solo del ejército y el pueblo? y ¿cómo ha sacrificado su vida por sostener ilesa la dignidad del cuerpo soberano, quien por conservar un cargo de que él ha creído justo deponerle, le desobedece, le insulta, le atropella? ¿Ni cómo busca bajo de sus auspicios la libertad de la Patria el que primero destruye al sostenedor de sus derechos para erigirse él solo en árbitro y regulador de su destino? ¡Pueblos! Quién así profanó aquella ceremonia sacrosanta haciendo bajo el aparato más imponente que la religión y el honor han inventado, unas protestas que ya su corazón meditaba traicionar: quién con frente audaz y pérfida sonrisa se burla de los pueblos reunidos por medio de sus representantes en una asamblea soberana, no creáis les preste más respeto, cuando por agentes interesados en su despotismo derrama por todas partes manifiestos, gacetas y proclamas. Todo está fundido en el molde engañoso de su alocución gratulatoria.

Sin embargo, fuesen los estímulos de su gratitud a las repetidas dignaciones del Congreso, sea que este estudió tal vez a costa de su honor todos los modos posibles de acreditar que reinaba la mejor armonía entre los dos poderes, ya por no alentar con nuestras disensiones domésticas

las esperanzas de los enemigos, ya por no contribuir a desmoralizar al pueblo, y no favorecer esa equivocada libertad de que cree gozar en los gobiernos democráticos para acusar y desobedecer a cada paso a las autoridades: lo cierto es, que Riva-Agüero guardó en los primeros días todas las exterioridades de respeto a la representación soberana. Más de una vez significó al presidente del Congreso lo que trabajaba todos los días en sostener la dignidad de este cuerpo contra las importunas pretensiones del general de los Andes D. Enrique Martínez: y al de la división de Chile D. Francisco Pinto no dudó asegurarle que llevando cada diputado diez pesos diarios, no quedaban en los fondos públicos medios de subvenir a las graves necesidades que aquel celoso jefe lamentaba en sus cuerpos. Así se aprovechaba este delicado político de las oportunidades para poner mal al Congreso con los jefes del ejército, y a estos a su vez con el Congreso; porque aquellos y este presentaban iguales embarazos al plan ambicioso de su dominación absoluta y exclusiva. El tiempo ha disipado las sombras de este proyecto inicuo con la feliz interceptación de la correspondencia original de Riva-Agüero, en que por una parte pide al general Santa Cruz le consiga a la mayor brevedad cuantos reclamos pueda de los pueblos en que con fechas atrasadas soliciten la disolución del Congreso: y le encarga por otra, procure precaver en aquellos puntos ocupados por sus armas los perniciosos efectos de la perfidia de los auxiliares. ¡Confesión pública del horror que Riva-Agüero sentía en el atentado de la disolución del Congreso, cuando para cohonestar la que había hecho, supone recibidas peticiones que solo existen en su deseo! Tan vergonzoso es a los mismos tiranos en un siglo liberal atribuirse un poder que constituye la esencia de la soberanía de los pueblos. Mas ¡que distante estaba Riva-Agüero de que la goleta Jesús María en que depositó los secretos de su crueldad viniese a revelar los artificios indecorosos de su tiranía! Sigamos el hilo de los hechos.

La inobservancia de los decretos soberanos sobre la amortización del papel con el cobre amonedado para este solo objeto: la falta de la publicación mensual de los estados de la hacienda, que es para los pueblos la mejor garantía de la honradez de su gobierno: la casi total inversión del crecido empréstito de Londres en contratas superfluas: todo esto acompañado de rumores demasiado públicos, nada favorables a la opinión de Riva-Agüero, hizo pensar a algunos diputados no era justo disimular por más tiempo las arbitrariedades; y con motivo de discutirse una nueva

ratificación del enunciado empréstito, la exposición de algunas opiniones fue una acusación formal de los abusos del ejecutivo. Las contratas se piden: una comisión se encarga de su examen: el odio de Riva-Agüero se enciende: ah ¡sin la venida de los españoles en el mes de junio cuántos misterios de iniquidad se habrían descubierto, o cuantas violencias se hubieran cometido! Jamás habrá sido más favorable al jefe de un Estado la sorpresa enemiga.

En efecto: la precipitada emigración al Callao cortó por entonces esa odiosa contienda, y preparó a Riva-Agüero la mejor ocasión de explicar su venganza. Convenía ciertamente a sus planes mantener la ciudad en la ilusión de su defensa; y al efecto, amanece el 17 en las esquinas un aviso que la tranquilice cuando ya nuestras tropas insuficientes para resistir un enemigo poderoso, abandonaban sus posiciones, y se replegaban al Callao. ¡Qué impudencia! ¡Qué inhumanidad! ¡Qué perfidia! ¡Cuántas personas y aun familias comprometidas por su patriotismo habrían podido excusar, sin este engaño, el mortal sobresalto en que vivieron tantos días bajo las armas españolas! ¡Cuántas hubieran oportunamente salvado sus fortunas, que tuvieron que abandonar, y al fin perdieron por huir precipitadas! Y ¿qué mucho, que después de esta conducta atroz con una ciudad tan benemérita, que encerraba sus deudos, sus amigos, pero no sus tesoros, que con mucha anticipación se habían salvado, descuidase con estudiada malignidad la pronta y decorosa emigración del Congreso, cuya disolución había sido el objeto antiguo y favorito de sus votos?

Jamás le fue grata en las diversas tentativas que antes hizo para empeñar al Congreso en una emigración no necesaria, la heroica firmeza con que unánimemente se comprometieron los diputados a correr la última suerte del pueblo y del gobierno, si la ciudad se defendía. En esta virtud esperaron impertérritos el aviso oportuno que demandaba la naturaleza de su resolución, dirigida a no afligir al pueblo con el retiro de sus representantes, quedando él aún incierto de su suerte; pero no a sacrificarse infructuosamente con él en los momentos del mayor apuro, no siendo la ciudad susceptible de defensa. Mas la esperanza del aviso convenido fue burlada. El 16 en la noche recibe Riva-Agüero del campo la noticia de aproximarse el enemigo y retirarse nuestras tropas. El 17 amanecen las promesas ilusorias de una sangrienta resistencia, y a las ocho y cuarto de la mañana el presidente del Congreso ignoraba oficialmente la urgencia del peligro. El

rumor general, y el tropel de los vecinos para apurar su fuga, obligó también a los diputados a dispersarse para proporcionar la suya, verificándola algunos por la absoluta carencia de recursos con tal heroicidad, que no fue fácil, ni posible a otros imitarles.

¡Qué satisfacción sería para el usurpador concebir ya disuelta de hecho la representación nacional, cuyas últimas sesiones le fueron tan amargas! Pero ignoraba que los diputados del Perú a pesar de los obstáculos que les oponían su indignencia, el tierno clamor de sus familias, y el monopolio de bagajes ordenado por Riva-Agüero para objetos de su primer interés, se trasladarían en las alas del patriotismo a mantenerse solo de su honor a donde les llamase la dignidad de su destino, y el sostén de los derechos de la Patria. El número de 28 habría sido bastante según decretó el Congreso pleno, para llevar la representación nacional a cualquier punto libre, y más de cuarenta se disputaron esta gloria.

Al inhumano sacrificio de la capital, parece quiso añadir el de las fortalezas del Callao, único baluarte que quedaba de asilo a la libertad vacilante del Perú. Sin uso alguno de su investidura política en una plaza sitiada, y constituida bajo el mando exclusivo del jefe militar; Riva-Agüero disponiendo a su antojo y sin conocimiento de aquel, de todos los elementos de defensa, expidiendo órdenes y cruzándose en todas las direcciones los correos del campo enemigo, impedía en los momentos más apurados esa unidad de voz y de combinaciones que es el nervio de las empresas militares. Y ¿representando el general Antonio Sucre esta confusión, este desorden, comprometido su honor militar en un cargo insostenible por la intervención de Riva-Agüero en negocios ajenos de su aptitud y atribuciones, empeñado en su renuncia a vista de estos males podía el Congreso a quien dirigía sus clamores, desentenderse sin gran crimen de acordar el remedio? ¿Y conservando su carácter público D. José Riva-Agüero, cuál podría aplicarse? ¿Su jurisprudencia, su moral, su política tan fecundas en forjarse derechos, no le habrían sugerido mil títulos para abusar de su autoridad, si alguna le quedase? ¿Y el peligro inminente de la Patria, cuya responsabilidad gravaba ya sobre el Congreso, permitía a este, como en tiempos tranquilos, guardarle consideraciones que nunca le hicieron más agradecido, ni mucho menos, moderado? Sin embargo, el decreto de su destitución tan reclamado por el estado mismo de las cosas, no le fue intimado con sorpresa. El presidente mismo del Congreso y dos diputados

de acrisolado honor y probidad, interesados en su menor desaire, pasan a persuadirle la necesidad de esta medida. “Un vaso de cicuta (contestó con afectada resignación) beberé gustoso en obsequio de la Patria. Solo ruego, que habiendo sacrificado a su libertad la rica fortuna de mi casa, se me haga una moderada asignación, en cualquier punto que se me designare, para el sostén de mi pobre familia”. Esto dice a quienes habían presenciado, como todos, el soberbio equipaje con que se trasladó al Callao, el lujo asiático del porte de su casa, y después en su embarque para Trujillo, esa porción de cofres numerosos y pesados, que apenas podían llevar los hombres más robustos. Así suplica quien contra la orden del Congreso, apenas dio a sus diputados un auxilio mezquino para la emigración, y quien en ella les vio con indolencia, tirados unos en las cubiertas de los buques, y acogidos otros de un modo miserable en estrechos mesones. Mas la generosidad de los representantes en nada se detiene, y poco hubiera importado sostener a este hombre peligroso en cualquier destino, como él hubiese abandonado en paz el que ocupaba indebidamente en la República. Confrontemos con los hechos la sinceridad de sus protestas.

El decreto de su destitución se firma al fin con todas las formalidades que han acompañado siempre las resoluciones soberanas, y no siendo justo exigir que un reo sancione con su *guardase y cúmplase* su propia deshonra, Riva-Agüero cree legalmente eludidos los efectos de su deposición con solo negarse a la suscripción de su obediencia. ¡Descubrimiento feliz para los déspotas, burlar las penas a que en los gobiernos representativos están sujetos los administradores del poder, con omitir simplemente la ritualidad del *cumplimiento*! Pues apoyado solo en esta jurisprudencia peregrina, con que desgraciadamente fueron también alucinados talentos más despiertos, Riva-Agüero se descarga de la obligación de sus promesas: el vaso de cicuta le horroriza, y como nunca tuvo intenciones de aceptarlo, se resiste, como los niños enfermos, con frívolas excusas a la dura necesidad de beberlo. Segunda vez los españoles vienen a sacarle del mayor conflicto. El sitio de la plaza se estrecha: el general Sucre, cuya obstinada resistencia cedió en fin a la persuasiva del presidente del Congreso, para ser dignamente investido de un poder militar supremo en todo el teatro de la guerra, insta por la emigración de las autoridades a Trujillo, y no convenido Riva-Agüero con reputarse exonerado de la suya, se adelanta a aquella ciudad con numerosa escolta, y un menaje pomposo para esperar al Congreso en un teatro muy

satisfactorio, y ver desembarcar a los diputados en las borrascosas playas de Huanchaco, con aquella risa insultante que excita en almas negras la seguridad de una venganza.

Trujillo, la venturosa ciudad, cuyos muros resonaban aún con el grito de libertad dado por el gran mariscal don José Bernardo Tagle, la noble y benemérita ciudad de Trujillo, tiene la desgracia de verse erigida en corte de un verdadero usurpador, y en horroroso teatro de persecución y de insultos a la augusta corporación que llevaba la soberanía de los pueblos. Por más que esta, a fin de no prostituir su decoro entrando en incompetentes relaciones con una autoridad desconocida, excusó cuanto 'pudo celebrar sus sesiones, el irritado implacable tirano, que a manera de un león acechaba su apetecida presa, logra al fin invadirla, cuando para ratificar las instrucciones acordadas al enviado de Londres se hallaba reunida en la respetable casa de unas tan virtuosas como ilustres matronas. Ministros adecuados a la audacia y furor de aquel intruso mandatario, forzando las puertas intiman con desacatadas amenazas la disolución del cuerpo soberano. La heroica firmeza con que algunos diputados arrostran su ferocidad no les aterra; sin duda porque las almas viles no conocen el precio de las acciones nobles, ni menos pueden ser afectadas de la admiración y respeto a las virtudes. Así que agriamente reconvenidos por el horrendo perjurio a la obediencia prestada sobre toda otra autoridad a la representación nacional, responden con desprecio, bien adoctrinados por el nuevo socio de la Santa Alianza *que eso se entiende cuando los diputados proceden con honradez, pero no cuando faltan a sus obligaciones y se ocupan en hacer maldades*. ¡Oh humillación inaudita de un cuerpo soberano! ¡Novoa, Echarri, Molero, nombres infames dignos solo de enrolarse entre los viles esbirros del sultán de Constantinopla, erigidos en censores de la magistratura suprema del Estado! ¡Pueblos del norte del Perú! Ved ahí la cartilla por donde el enemigo de la libertad da a sus bárbaros satélites las primeras lecciones del modo de acatar a vuestros representantes! ¡Cuál será según eso la autoridad que él se reserva para hacer y deshacer de vuestros más dignos diputados! En vano se os dice que sois libres: en vano concurriréis con vuestra voluntad y vuestras instrucciones a la formación de las leyes: en vano, en fin, suscribiréis gustosos el código de vuestras seguridades: nada vale contra la ambición de un déspota que tiene a su merece en lugar de soldados, verdugos y asesinos. El día que el cuerpo legislativo trata de reprimir sus abusos o decretar leyes que enfrenen su arbitrariedad, con

solo publicar la voz del cañón o escribir con la punta de la espada *que los diputados faltan a su deber; que hacen traición a la confianza pública, que han perdido su inviolabilidad y sus fueros*; desapareció la representación nacional, y con ella el único baluarte construido por la sabiduría de los publicistas modernos para asegurar contra la fuerza la libertad y derechos del hombre en sociedad.

No ha sido otro, lo decimos con vanidad, el crimen del Congreso Constituyente del Perú, y en especial de aquellos siete diputados que, no siendo dueños de los fuertes resortes de su espíritu, explicaron su celo con más exaltación contra la conducta del usurpador en la capital, y después por su destitución en el Callao; crimen horrendo para quien se creía con derecho por solo sus intrigas en la elección de diputados para disponer a su antojo de los destinos de la Patria. ¿Qué mucho pues, que en el tribunal inexorable de su resentimiento los SS. Andueza, Arce, Quesada, Ortiz, Mariátegui, Colmenares y Ferreyros, fuesen sentenciados con todo el rigor de los más execrables delincuentes: arrestados osadamente en la sala misma de las sesiones entre baldones y denuestos insoportables a almas menos nobles y a conciencias menos inocentes: martirizados en su prisión con hambre e intemperie: despedazada su alma con la vista inexcusable de un castigo cruel al infeliz soldado que les había permitido llevar algún consuelo: extraídos en fin en alta noche con todas las precauciones de unos malvados peligrosos, y conducidos entre las más severas amenazas al puerto de Huanchaco, donde una goleta miserable abierta por todas partes a la muerte debía recibirles, y según los tormentos que acumulaba de alma y cuerpo, llevarles al abismo primero que a Intermedios?

Así cumple el indolente Riva-Agüero, con la ofensa más sensible de la suavidad Limeña, las protestas hechas al presidente del Congreso de que nada faltaría a la comodidad de los desterrados, y que serían tratados como su misma persona ¡rara impotencia de vencerse para hablar siquiera una verdad en obsequio de la virtuosa compasión que se interesa! Gracias a los esfuerzos generosos de tan buen amigo que partió con sus mismos compañeros de su misma indigencia. Gracias a las ilustres matronas que honraron las desgracias de esas víctimas inocentes con su oficiosidad, con sus auxilios, y lo que aprecia más un corazón sensible, con la ternura de sus lágrimas. Gracias en fin a la misma crueldad de aquel tirano, que empeñó la justicia del cielo en trastornar sus proyectos

inimicos y salvar a los diputados la vida por los mismos caminos que les llevaban a la muerte.

Un buque malamente estropeado en sus casco y maniobra, penetrado de todas partes por el agua, roto y sin remuda su velamen, con un rancho mezquino para su marinería y soldadesca, cuyas asquerosas reliquias se daban por todo alimento a los ilustres diputados oprimidos uno sobre otro en la bodega, un buque en fin equipado por la crueldad y la miseria, se veía en necesidad a cada paso de arribar a un puerto. Basta leer la instrucción que el español Echarri dio al desembarcarse en Santa a su segundo Capetillo para ver el colmo de la altivez, el despotismo y desvergüenza que se usaba en cada arribada con los presos, para según las órdenes de Riva-Agüero precaucionar su fuga: órdenes, en cuyo cumplimiento eran los oficiales tanto más exactos, cuanto más interesados en la conservación de los diputados, para despojarles en vida de sus tristes haberes. *Ustedes van a morir*, dijo uno al Sr. Mariátegui, revelándole con afectada compasión este secreto, *Ustedes van a morir: podía V. hacerme el bien de darme con anticipación su reloj, que otro ha de llevarse*. Mas no hallándole tan rico, como lo suponía, y sabiendo que sí lo era el del Sr. Ortiz le dirigió igual súplica, con la misma sentencia: *Ustedes van a morir*. ¡Afligir por solo el interés de despojar! ¿Y estos viles llevan en su frente la escarapela de la Patria? ¿La divisa del honor, de la fraternidad, de la filantropía? ¿Y puede esperarse una acción noble de soldados, que así han llegado a prostituirse? ¡Desgraciado Perú, si solo a una milicia tan corrompida estuviese confiada su defensa!

Mas entre tanto pasaban en el mar estas escenas de ira y de dolor, llega a la Capital la noticia de los atentados de Trujillo, ¡Oh días de inquietud, de furor, de maldición! “Pereció de un golpe la libertad que acaba de costarnos tantos sustos, y antes de ahora tantos sacrificios, era el grito uniforme de los honrados ciudadanos. Si un mandatario armado puede con tanta facilidad destruir la representación de los pueblos ¿dónde está el gobierno popular que hemos jurado? ¿Cuál es la salvaguardia de nuestros derechos que se nos ha ofrecido? Los legisladores han desaparecido, cuando se afanaban gloriosamente por concluir la Constitución del Estado. Solo al Congreso toca construir esta gran fábrica: solo es de los representantes de los pueblos dar jefe a la República y organizar sus leyes: así lo hemos jurado, y todo lo demás es arbitrariedad, es confusión, es anarquía”.

Conducida de estos principios verdaderamente liberales una porción inmensa de lo más recomendable de la Capital le dirige sumisamente y sin tumulto al jefe supremo militar, que por delegación del general Antonio José de Sucre, ausente en el ejército, lo era dignamente el gran mariscal D. José Bernardo Tagle. Limeño verdaderamente ilustre, nacido al parecer para contrastar sus virtudes cívicas la conducta innoble y degradada en tiempos liberales de su compatriota Riva-Agüero. A aquellas se debió el espectáculo ciertamente grandioso de la nueva aparición del cuerpo soberano entre tales aclamaciones de gozo, pompa militar, y solemnidades patrióticas que hicieron olvidar toda la gloria de su primera instalación. ¡Cuántas lágrimas se derramaron en aquella ceremonia majestuosa al contemplar cada uno su libertad salva del naufragio!

676 Mas las que arrancó a la noble sensibilidad de este pueblo la presencia inesperada de los diputados entregados por Riva-Agüero al furor de las olas, solo son comparables a las que vertieron en su amargura sus familias a la primera voz de su desgracia. Las activas providencias del Sr. Tagle vuelan a todos los puntos de la costa, y arribando a Chancay aquella goleta desastrada, el honrado gobernador y otros patriotas ilustres de la villa empeñan felizmente la autoridad y los ardides, burlan la ferocidad de los leones y salvan la inocencia de sus garras. Lima, en los anales de la fastuosa entrada de los virreyes no cuenta tal vez un aparato tan brillante, como el que ostentaron las clases todas de este heroico vecindario al presentarse en sus calles estos virtuosos desterrados. El gobierno, las autoridades y un gentío incalculable concurren al siguiente día en el salón del Congreso, y se renueva el entusiasmo del placer y ternura al dejarse ver en él los siete diputados, y ocupar otra vez unas sillas de donde fueron arrancados sin más crimen que haberse esforzado a llenarlas dignamente. Cuanto han publicado las gacetas de gobierno relativo a estos acontecimientos gloriosos es un débil bosquejo de aquellos días verdaderamente augustos. ¡Qué unísonos se dejaron oír con repetición infatigable las vivas de la libertad, y las maldiciones de la tiranía! Si Riva-Agüero conservando algún resto de pudor hubiese presenciado estas escenas, su crimen aunque horrendo no hubiera necesitado más castigo.

Publique en buena hora para cubrir su infamia ese tropel de imposturas con que ha querido acriminar a los diputados y al Congreso. Superiores estos a su mordacidad, descansarán serenos en el testimonio

de su conciencia, y en los que tantas veces han recibido de la aprobación de los pueblos. Su institución en las diputaciones no habrá tenido la ritualidad de los tiempos tranquilos; pero ha tenido para ser valedera la que en iguales circunstancias han adoptado, sin censura, las naciones más cultas. Si los representantes han abusado de sus poderes muestre Riva-Agüero otros mejores para este juzgamiento, o los principios de derecho público en que apoya la usurpación de un ejercicio, que en ningún caso imaginable conceden los sistemas representativos a un solo magistrado. ¿Y a quién podrá hacer creer que los diputados aspiran a perpetuarse en sus destinos? Si el pueblo todo sabe, que nadan han percibido ni toman de sus dietas; si durante estos cargos hasta aquí de puro honor, no pueden optar ninguno lucrativo; si atareados diariamente por más de un año en el Congreso ha sido inevitable el abandono total de sus propios negocios, ¿qué es lo que hace apeteecer eternamente estos asientos? Y si aún así se suponen codiciables hasta cometer para mantenerlos grandes crímenes, ¿de qué no será capaz, ni como podrá tranquilizarse en su destitución un jefe, que en las agonías del Estado le arranca sin compasión los treinta y seis mil pesos de su renta?

Mas lo que no puede contestarse con serenidad, por más que apuremos la filosofía, es la descarada acusación, de haber perdido los diputados el tiempo en disensiones y personalidades *sin haber siquiera sombreado el objeto de su convocatoria*. ¿Cómo ha permitido un embuste tan vergonzoso a su mecenas el exdiputado D. Pérez Tudela, sabedor como todos los individuos de la Comisión, que al aproximarse a la capital los enemigos la Constitución se hallaba ya concluida; dos de sus tres partes impresas, y la primera sancionada? ¿no advertía para avanzar esta impostura Riva-Agüero que aunque con el maligno objeto de hacernos este crimen, hubiese estudiosamente omitido la oportuna remesa de ejemplares a los pueblos libres; con verse en cualquier tiempo las fechas de la publicación, quedaba confundido? Así fue, que renacido el Congreso de las pocas semillas que a favor de los engaños de aquel quedaron escondidas en la capital; e integrado a los pocos días con la pronta incorporación de los miembros dispersos, pero a pesar de su trasplantación muy vigorosos; la discusión de la Constitución se aviva, se concluye, se jura; y el Congreso Constituyente presentando a los pueblos la gran carta de sus seguridades tiene la gloria de haber desempeñado entre indigencias, persecuciones y fatigas la confianza más noble y sacrosanta de la patria.

¿Y Riva-Agüero ha desempeñado igualmente la suya? ¿Los ofrecimientos quijotesco tantas veces repetidos de que el año de 23 no cesaría su periodo, sin que la guerra de la independencia quedase terminada; se han cumplido? El solemne voto pronunciado a la faz del Congreso de retirarse pronto a una vida privada, no dejando un solo tirano en la República ¿ha tenido su efecto? Por el contrario ¿quién si no él mismo ha retardado a la patria un día tan lisonjero? Dígallo por todos el Marte americano hipócritamente importunado para concluir esta guerra desastrosa, y paralizado tanto tiempo en la capital su brazo emprendedor, victorioso, irresistible, con la esperanza de obtener que aceptada por este proscripto su generosa garantía, uniese sus armas usurpadas a tantos bravos auxiliares impacientes ya por la destrucción del enemigo. Hablen a este objeto tanta aflicción, tanto clamor, tanta agonía de todas las clases del Estado igualadas casi en su miseria por el sostén de una lucha que sin la sedición de Riva-Agüero ya estaría terminada; y que con ella, lo será sin duda felizmente por el héroe inmortal de Colombia; pero quedando aniquiladas todas las fortunas, y esterilizados para siempre los campos con tantos torrentes de lágrimas y sangre.

¿Pueblos? Con las manos empapadas en la de su patria se presenta Riva-Agüero en la arena a disputar el Congreso su honradez y sus glorias. El código sagrado de vuestra libertad que acaba de jurarse, es nuestra respuesta. Al lado de los hechos toda acusación es impudente; lánguida y superflua cualquiera apología. A vosotros toca fallar ¿quién preside con más dignidad vuestros destinos; quién ha llenado con más honor vuestras confianzas; en qué manos está más bien librada vuestra suerte?

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

