XIV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

"A 30 años de vigencia de la Constitución de 1993 y el Bicentenario de la Constitución Peruana de 1823"

Homenaje a Domingo García Belaunde

LIBRO DE PONENCIAS

Tomo II

BIBLIOTECA PERUANA
DE DERECHO CONSTITUCIONAL

67

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

XIV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

"A 30 años de vigencia de la Constitución de 1993 y el Bicentenario de la Constitución Peruana de 1823"

Homenaje a Domingo García Belaunde

LIBRO DE PONENCIAS

Tomo II

Coordinador:
Jorge Luis Cáceres Arce

Tribunal Constitucional

FONDO EDITORIAL UCSM

APDC
ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL SECCIÓN PERUANA

XIV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL
"A 30 años de vigencia de la Constitución de 1993
y Bicentenario de la Constitución Peruana de 1823"
Homenaje a Domingo García Belaunde Libro de Ponencia

Tomo II

Coordinador académico:
Jorge Luis Cáceres Arce

Coordinación Libro de Ponencias:
Dante Paiva Goyburu
Orlando Curaca Kong
Jhonny Tupayachi Sotomayor
Rubén Collazos Romero
Andrés Zúñiga Najarro

Edición actualizada editada por el:
Tribunal Constitucional del Perú
Fondo Editorial del Tribunal Constitucional
publicaciones@tc.gob.pe

Diseño y diagramación:
José Luis Vizcarra Ojeda
jose.diagrama@gmail.com

Primera Edición: octubre, 2023
Segunda edición actualizada: diciembre, 2023

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2023-12298

Se terminó de imprimir la segunda edición en diciembre del 2023 en:
Corporación Gráfica JMD S.A.C.
Av. Francisco Lazo 1737 - Lince
Telf. 633 2669
Lima - Perú

ISBN: 978-612-5126-03-0 Obra completa
ISBN: 978-612-5126-04-7 Tomo I

Primera edición: octubre 2023
Segunda edición: diciembre 2023
Tiraje: 500 ejemplares

No se permite la reproducción total o parcial de este texto ni el almacenamiento en un sistema informático, ni la transmisión de cualquier forma o medio electrónico, mecánico, fotográfico, registro u otros medios sin el permiso previo o escrito del titular del copyright.

Comité Editorial:

Francisco Morales Saravia
Presidente del Tribunal Constitucional

Helder Domínguez Haro
Director General del Centro de Estudios Constitucionales

Jorge Luis Cáceres Arce
Vicerrector Académico de la UCSM

James Fernández Salguero
Director del Instituto Víctor Andrés Belaunde Diez-Canseco

Coordinación Libro de Ponencias:
Dante Paiva Goyburu
Orlando Curaca Kong
Jhonny Tupayachi Sotomayor
Rubén Collazos Romero
Andrés Zúñiga Najarro

Índice

ÍNDICE 9
PRESENTACIÓN 13
PRÓLOGO 17
INTRODUCCIÓN 21

PILARES FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES (APORTES DESDE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA) 35
Eduardo Ferrer Mac-Gregor

DE LOS DERECHOS SOCIALES A LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: EL CASO DE MÉXICO 61
José Ma. Serna de la Garza

CAPACITACIÓN DIGITAL: UNA NUEVA FORMA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN EL SIGLO XXI 83
José María Coello de Portugal

EUTANASIA Y RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA 97
Luz Pacheco Zerga

LA GARANTÍA EUROPEA DEL DERECHO DE SUFRAGIO .. 119
Ignacio García Vitoria

SUICIDIO, SUICIDIO ASISTIDO, CUIDADOS PALIATIVOS Y EUTANASIA 155
Ramiro Antonio Bustamante Zegarra
Diego Fernando Ángel Angulo Osorio

UN PROTOCOLO PARA LA PROMOCIÓN DE LA EUTANASIA 171
Ramiro De Valdivia Cano

EL VOTO PREFERENCIAL 177
Ernesto Blume Fortini

EL PROCESO COMO DERECHO O COMO ESTRUCTURA POLÍTICA GARANTIZADORA..... 187
Joseph Gabriel Campos Torres

CINE Y DERECHO CONSTITUCIONAL: BREVES REFLEXIONES CONSTITUCIONALES EN TORNO A LA PELÍCULA *JUDGMENT AT NUREMBERG*..... 197
Bruno Novoa Campos

LA TAREA CONSTITUCIONAL PENDIENTE DEL PERÚ: FINALIZAR CON LA LIMINALIDAD CÍVICA DE LA POBLACIÓN... 207
Manuel Bermúdez-Tapia

LA GOBERNABILIDAD Y SUS RETOS

PRESIDENCIALISMO E HIPERPRESIDENCIALISMO EN AMÉRICA LATINA 223
Antonio María Hernández

EL RÉGIMEN POLÍTICO EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA: REPENSAR Y PROPONER SU REFORMA 247
César Ochoa Cardich

ROL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA EN LA BÚSQUEDA DEL ADECUADO FUNCIONAMIENTO DE LA FORMA DE GOBIERNO PERUANA 275
Ernesto Álvarez Miranda

UNA VISIÓN CONSTITUCIONAL DE LA GLOBALIZACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA 291
Gerardo Eto Cruz

EL DEBIDO PROCESO DE ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL 331
Marco Falconí Picardo

CONTROL PARLAMENTARIO Y GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA 363
Milagros Campos Ramos

EL URGENTE E INMEDIATO RELEVO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993 377
Carlos Alberto Torres Caro

"DESIGUALDAD, INFRACCIÓN Y ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL ACCESO A CARGO POLÍTICO DE MINISTRO DE ESTADO DE JUECES Y FISCALES Y EL NECESITADO *DERECHO DE ACCESO A LOS CARGOS POLÍTICOS* EN EL PERÚ" 391
Jhonny Tupayachi Sotomayor

LA AUTONOMÍA DE LOS TRIBUNALES

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS CONVENIOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 ... 419
Óscar Urviola Hani

EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA DEMOCRACIA..... 437
José Antonio Rivera Santivañez

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ¿PODRÁ SER LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN? 475
Eduardo Andrés Velandia Canosa

EL PRECEDENTE VINCULANTE EN MATERIA CONSTITUCIONAL Y SU TRATAMIENTO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL 507
Luis R. Sáenz Dávalos

IMPEDIMENTO DE REVISAR LAS SENTENCIAS QUE HOMOLOGAN LOS ACUERDOS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA . 549
Guillermo Martín Sevilla Gálvez

BALANCE DEL PROCESO DE CUMPLIMIENTO A TREINTA AÑOS DE SU CREACIÓN POR LA CONSTITUCIÓN DE 1993 561
Alfredo Orlando Curaca Kong

LA DEMOCRACIA EN EL PERÚ, CASO DISOLUCIÓN INCONSTITUCIONAL DEL CONGRESO A LA LUZ DE LA SENTENCIA 0004-2022-PCC/TC 591
César Alejandro Del Carpio Ugarte

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ: UN ANÁLISIS A LA LUZ DE DOS CASOS SIMILARES RESUELTOS DE MANERA DIFERENTE POR EL PODER JUDICIAL Y EL TRIBUNAL DE TRANSPARENCIA .. 603
Andrés Alonso Zúñiga Najarro

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: ANÁLISIS Y REFLEXIONES..... 621
Nadia Paola Iriarte Pamo

AMPARO ELECTORAL Y REFORMA CONSTITUCIONAL: SOBRE LA CONVENIENCIA DE MANTENERLO, REGULARLO O ELIMINARLO..... 633
Enrique Pestana Uribe

PRESENTACIÓN

Los avances de la democracia que ratificaban los derechos de las personas dieron origen a las constituciones, entendidas como la norma suprema donde se establece y regula los aspectos políticos y sociales de las naciones y sus habitantes. En mérito a esta premisa, el XIV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, organizado por la Universidad Católica de Santa María, aborda dos aspectos de suma actualidad: la Constitución de 1823, que cumple 200 años; y los 30 años de la vigencia de la Constitución de 1993, que hoy nos rige.

El ilustre arequipeño Francisco Javier de Luna Pizarro fue, a los pocos meses de la Independencia del Perú, el ideólogo de la Constitución de 1823, que resultó toda una novedad por sus ideas muy avanzadas para la época. El notable jurista Domingo García Belaunde, cuya intelectualidad es indiscutible y a quien el XIV Congreso rinde homenaje, considera que Luna Pizarro se inspiró en la corriente francesa de derechos promovida por Edmundo Burker (1729-1797) y en el norteamericano Thomas Paine (1737-1809), quienes —con ciertas diferencias— tenían como premisa los derechos de las personas.

Los ejes planteados por el genial político y jurista arequipeño fueron tres: la defensa de la República, el orden constituyente y el sistema presidencial moderado. «El máximo de nuestros bienes sociales […] es la independencia de un poder extranjero», decía Luna Pizarro en una de sus intervenciones en el Congreso, de ahí que la Constitución de 1823 fuera calificada como liberal, lo que contrastaba en cierto grado con las circunstancias históricas, pues el Perú aún no se consolidaba como independiente, tuvo que ocurrir la Batalla de Ayacucho para finalizar la presencia española.

La maestría como jurista de Javier Luna Pizarro se volvería a demostrar en la Constitución de 1827, dentro del periodo que el catedrático Raúl Chanamé Orbe considera como la República Utópica (1821-1860) por la influencia dominante de los militares. En ambas ocasiones, el egregio arequipeño demostró su enorme valía imprimiéndoles a las leyes ideas que, desde la Constitución de 1823, permanecen plenamente vigentes, tales como los derechos de las personas, piedra angular para las demás leyes y normas del Estado.

El segundo tema del XIV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, la Constitución de 1993, posee hoy una gran relevancia. Esta Carta Magna fue el fruto del autogolpe del presidente Alberto Fujimori, ocurrido el 5 de abril de 1992 cuando, imposibilitado de gobernar, cerró el Congreso de la República (diputados y senadores), el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Ministerio Público y concentró todo el poder. Debido a la presión internacional, Fujimori convocó a una Asamblea Constituyente cuya carta política fue llevada a referéndum en octubre de 1993 en el que obtuvo el respaldo popular.

Arequipa, región donde pervive el espíritu contestario y rebelde, fue la excepción en aquella consulta, pues por el Sí votó el 47.32 % y por el No el 47.11 %, es decir, ganó la propuesta a favor de la nueva constitución por escasos 0.21 % de votos, a diferencia de otras ciudades donde los márgenes eran mucho mayores.

Tres aspectos son importantes en la Constitución de 1993: la apuesta por el liberalismo, el presidencialismo (con más atribuciones) y la eliminación del Senado de la República para dar paso al Congreso unicameral. La relevancia de estos ejes es más notoria si consideramos el contexto histórico y social en que se aprobaron. El Perú hacía poco había pasado una crisis espantosa con una hiperinflación desbocada y, además, la acción violenta del terrorismo se hizo presente hasta casi amenazar la viabilidad como país.

A tres décadas de la vigencia de actual constitución, las voces políticas tienen hoy dos posiciones: por un lado, están quienes desean modificar y perfeccionar la Carta Magna y, en el otro extremo, los que consideran que debe ser eliminada para dar paso a una nueva constitución.

En 30 años, el Perú se ha consolidado económicamente con algunos altibajos; sin embargo, el gran desafío se encuentra en lograr una madurez en el campo político y mejorar la institucionalidad, desafío donde se espera el aporte y desempeño de ciudadanos, instituciones y entidades de gobierno.

La Universidad Católica de Santa María felicita a los organizadores del XIV Congreso Nacional de Derecho Constitucional que reuné a ponentes extranjeros y nacionales en conferencias y talleres excepcionales, de esta manera la Academia cumple su rol con el Perú y con las personas.

Arequipa, Octubre del 2023

Manuel Alberto Briceño Ortega
Rector
Universidad Católica de Santa María

PRÓLOGO

El rótulo que lleva el presente libro nos invita a reflexionar sobre las tres décadas de vigencia de los derechos y deberes constitucionales, de los principios y valores rectores, de la organización del poder y las diferentes instituciones plasmadas en la Constitución de 1993, actualmente la tercera más longeva de nuestra historia constitucional después de las Constituciones de 1860 y 1933. Ya de por sí un logro en un país que, como decía don Manuel Vicente Villarán, "ha vivido haciendo y deshaciendo constituciones". Y es que, a la fecha, en un poco más de 200 años como república independiente, son doce constituciones las que han regido los destinos de nuestra patria -sin contar los documentos normativos con alguna pretensión constitucional-, arrojando un promedio de vida de algo más de 16 años por cada Carta Fundamental.

Con todo, la Constitución de 1993, a pesar de las voces de cuestionamiento de su validez y legitimidad -y que al día de hoy no se han apagado del todo-, ha superado largamente ese promedio y se ha hecho de un indudable espacio en nuestro constitucionalismo, aunque, si bien es cierto, con no pocas enmiendas[1], fruto de la coyuntura o de la intención de

1 Véase Leyes de Reforma Constitucional n.°s 26470, 26472, 27365, 27680, 28389, 28390, 28480, 28484, 28607, 29401, 29402, 30305, 30558, 30588, 30650, 30651, 30738, 30904, 30905, 30906, 31042, 31097, 31118, 31122, 31280, 31304, 31305, 31414 y 31507. Al cierre de la culminación de estas palabras a la presente obra, se ha publicado una nueva enmienda, la Ley n.° 31878, Ley de reforma constitucional que promueve el uso de las tecnologías de la información y la comunicación, y reconoce el derecho de acceso a internet libre en todo el país (modificación de la Constitución en su artículo 2 del numeral 4 e incorporación del artículo 14-A).

mejorarla. Al respecto, habría que preguntarnos si estamos ante el caso de una "Constitución que dura" o "per-dura" parafraseando a Bidart Campos. Ciertamente, esta Carta Suprema y sus cambios normativos son materia de riguroso análisis y de prolijas reflexiones en muchas de las ponencias ofrecidas aquí al lector.

Como es posible ver, durante la vigencia de la Constitución nacida al cierre del siglo pasado, se han presentado interpretaciones disonantes o divergentes en los distintos ámbitos regulados por el Texto Constitucional. Tómese como ejemplo, aquellas interpretaciones sobre el derecho constitucional del poder, su parte orgánica, los controles constitucionales, particularmente, lo relacionado con los conflictos a nivel de competencias funcionales, generándose cierto "choque de trenes" y su impacto o en cada momento superar la zona de penumbra entre cortes de vértice. Todo esto lleva un trasfondo, el cuestionamiento, la reducción o el fortalecimiento de los presupuestos del constitucionalismo de nuestro tiempo en estrecha ligazón con un buen gobierno democrático.

Resáltese también, el hecho de conmemorarse los 200 años de la Constitución de 1823, la primera de nuestras constituciones y tampoco estuvo exenta de turbulencias desde sus orígenes. Así el día anterior a su promulgación el Congreso suspendió el cumplimiento de los artículos constitucionales incompatibles con la autoridad y las facultades otorgadas al General Simón Bolívar, con lo cual no estuvo íntegramente en vigor ni un solo día inmediatamente después de ser aprobada. En la práctica, la Constitución de 1823 solo llegó a regir a partir de 1827, después de la derogación formal de la Constitución de 1826, la llamada "Constitución Vitalicia", pero solamente hasta la promulgación de la Constitución de 1828, lo cual representó un tiempo muy breve.

No faltaron en su momento críticas y cuestionamientos sobre la breve vigencia y el contenido mismo de la Constitución de 1823. Toribio Pacheco, señalaba con razón, "la Constitución del año 23 nació solo para morir" y Jorge Basadre la calificaba de "utópica" y de plasmar la "candorosa fe doctrinaria de los liberales". Pese a ello, marcó las grandes líneas estructurales que, de alguna manera, se repitieron en el resto del constitucionalismo peruano, como la instauración de la forma republicana, desechando la monarquía; el modelo del Estado unitario en vez de uno federal; la decisión de establecer una forma de gobierno presidencialista, descartando el parlamentarismo; así como la adopción

de la democracia liberal, la división de poderes y el reconocimiento de los derechos individuales. Ello en consonancia con los valores liberales proclamados en las "Bases de la Constitución Política del Perú" de 1822. Así, la Constitución de 1823 dejó sentado el anhelo republicano que merece ser recordado y se ve reflejado en el preámbulo constitucional buscando afianzar las libertades del pueblo y promover su felicidad (algunos denominan "felicidad constitucional").

En la presente obra, de dos tomos, su contenido temático ha sido distribuido, para una mejor comprensión, en cinco bloques o ejes temáticos: constitucionalismo e inconstitucionalidad, el constitucionalismo en el tiempo, pilares fundamentales de la persona, la gobernabilidad y la autonomía de los tribunales; los mismos que abordan -a su vez- aspectos medulares de una profusa diversidad de cuestiones. Percíbase que la publicación se erige en homenaje a Domingo García Belaunde, el constitucionalista más prestigioso dado por el Perú, prolífico autor y experimentado docente, pero sobre todo un gran ser humano, siempre generoso, siempre participativo, siempre dispuesto a colaborar no solo con los académicos, sino también, con los jóvenes y futuros abogados. En él encontrarán una opinión sincera y el consejo de un sabio maestro.

Una mirada atenta al libro, coeditado entre el Tribunal Constitucional del Perú y la Universidad Católica de Santa María de Arequipa, nos permite decir que su diseño y formación está dado -básicamente- por las ponencias correspondientes al XIV Congreso Nacional de Derecho Constitucional; y creemos de su utilidad para la actual generación de estudiantes y profesionales; y también para las generaciones venideras.

Lima, setiembre de 2023

Francisco Morales Saravia
Presidente del Tribunal Constitucional

Helder Domínguez Haro
Director general del Centro de Estudios Constitucionales

INTRODUCCIÓN

La obra "Ponencias del XIV Congreso Nacional de Derecho Constitucional" comprende: un libro, dos textos editables de una misma materia de vitalidad ciudadana que es la Constitucional, es trascendente por sus artículos, contribuciones de matices inspiradores y enfoques libres; por eso, la dedicamos a dos acontecimientos y a un jurista Iberoamericano.

Los acontecimientos: el Bicentenario de la dación de nuestra primera Constitución Política de la República Peruana que data del 20 de noviembre de 1823 y las tres décadas de la vigente Carta Constitucional de octubre de 1993.

El jurista: el Maestro del constitucionalismo contemporáneo peruano, singular y notable ciudadano iberoamericano, extremo curador del "Estado Constitucional" don Domingo García Belaunde, innegable hombre entregado a la pedagogía del derecho constitucional, enseñando con decencia y con valores y no dejando de aprender de la historia valedera y certera; por si fuera poco: personaje decente, honesto, que ya está inscrito en la historia republicana.

Los textos se han estructurado en dos tomos que agrupan cinco líneas temáticas, vinculadas académicamente una con la otra y cuyos contenidos guardan relación los dos componentes centrales y rectores del "XIV Congreso Nacional de Derecho Constitucional" a materializarse entre el 2 al 4 de noviembre del año en curso en las instalaciones de la licenciada y acreditada Universidad Católica de Santa María de Arequipa-Perú, organizado por la casa santamariana, la Asociación Peruana de Derecho

Constitucional, el Instituto Víctor Andrés Belaunde y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, con el auspicio institucional del Tribunal Constitucional, el Poder Judicial y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y el destacable patrocinio de la Empresa minera Southerh – Perú, Grupo México y otras connotadas firmas comerciales arequipeñas, a quienes expresamos gratitud.

La primera línea temática la reservamos al "Constitucionalismo e Institucionalidad", en ella aportaron nueve catedráticos iberoamericanos, quienes se ocupan de distintos tópicos, empero centrados en el eje del estudio comentado.

Unos, dedicados a los acontecimientos de los últimos 25 meses de Gobierno (julio del 2021 a septiembre de 2023): como los procesos de vacancia presidencial a los que estuvo incurso el palurdo Castillo Terrones y su "Golpe de Estado Fallido" del 7 de diciembre de 2022. Los mentores de los aportes: el jurista Domingo García Belaunde, el profesor tacneño Fernando Berrios y el suscrito, investigador santamariano.

El letrado italiano Lucio Pegoraro de la Universidad de Bolonia, aborda al constitucionalismo peruano en el marco latinoamericano; don Jorge Alejandro Amaya, de la Universidad de Buenos Aires (UBA) se encarga del "Juicio Político en Latinoamérica" en la Constitución peruana y en la argentina de 1994.

El calificado expresidente de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos, el ecuatoriano Hernán Salgado Pesantes se ocupa de los aspectos institucionales del Perú, vistos por un constitucionalista ajeno a nuestra realidad, lo que le otorga objetividad. El destacado pedagogo argentino, Sergio Díaz Ricci, investiga sobre las reformas constitucionales que a su entender requiere nuestro país y que deberían servir de base para la reconstrucción democrática.

Los Profesores peruanos Víctor García Toma y Francisco Miró – Quesada Rada, con la lucidez y la solvencia intelectual que los caracteriza destacan los alcances cercanos al Estado y al Régimen Económico, así como a los Institutos de la Democracia Directa en nuestra Carta Política y en la normatividad comparada; se trata sin duda de aportaciones notables de la teoría.

La segunda línea temática va de la mano con el sendero cardinal del certamen jurídico nacional de noviembre próximo: "El Constitucionalismo en el Tiempo" (historia constitucional). Quince mentes ilustradas y especializadas escribieron cientos de hojas de nuestro pasado republicano.

El señor maestro venezolano, residente en tierras norteamericanas, Alan Brewer Carías, escribe con severidad y agudeza constitucional lo fundamental, es decir los principios del Estado de Derecho, desarrollados en la primera Constitución republicana, la de noviembre de 1823, la inspirada por su ideólogo y visionario, el clérigo mistiano Francisco Javier De Luna Pizarro y Pacheco.

Don Helder Domínguez Haro, Director General del Centro de Estudios del Tribunal Constitucional y Magistrado del órgano de control, con acierto y mérito de honor, le dedica un justificado homenaje a nuestro Presidente Honorario Domingo García Belaunde; titula el estudio "Bosquejo del Pensamiento García-Belaundiano: Filosofía y Ciencia Constitucional", documento elocuente y de lectura con paciencia que recoge los pensamientos, ideas y razonamientos de quien podemos asegurar es un notable y auténtico constitucionalista.

Contamos con singulares lecturas de catedráticos embestidos de conocimientos, acontecimientos, relatos, vivencias y enseñanzas de la prolija, sólida y basta historia constitucional peruana.

El Presidente del Tribunal Constitucional Francisco Morales Saravia, con acertada cultura constitucional desarrolla el estudio "A 30 años de la vigencia de la Constitución del Perú de 1993".

Encontramos al investigador sanmarquino, José Félix Palomino Manchego, quien efectúa un repaso histórico por el Bicentenario de la primera Constitución de la República de 1823.

Luis Castillo Córdova, desde la Universidad de Piura, nos alcanza el análisis "A los 30 años de la Constitución Política de 1993", y con talento mayúsculo, plantea posibilidades de mejoras efectivas y practicables, porque todo documento es perfectible y debe serlo en coherencia con la investigación, la teoría y la praxis constitucionales.

El destacado académico Edgar Carpio Marcos, ex Vice – Ministro de Justicia, reflexiona sobre el último profesor de derecho constitucional, Luciano Benjamín Cisneros, del Colegio de San Carlos.

También es remarcable Raúl Chanamé Orbe, maestro de la historia del derecho, dos veces Decano del Colegio de Abogados de Lima; redacta sobre la percepción de la Constitución de 1993 en sus tres décadas de vivencia.

Don Aníbal Quiroga León nos comenta desde las entrañas, de los rincones fríos del texto constitucional, con la objetividad y profesionalismo cuantitativo de todo docente universitario serio e inteligente.

Desde la Universidad de los Andes en Huancayo, Miguel Vilcapoma Ignacio, verifica a la jurisprudencia en su tiempo histórico, como todo buen docente del constitucionalismo puro.

Por su parte, el magistrado del Jurado Nacional de Elecciones, Willy Ramírez Chávarry, con la creatividad intelectual que lo distingue, se refiere a los Diputados peruanos en Cádiz y la personalidad de su Presidente, el peruano Vicente Morales (Primer Decano del Colegio de Abogados de Lima).

Los calificados profesores universitarios y miembros asociados del "Gremio de Constitucionalistas": Dante Paiva, Luis Roel y Eduardo Rivera escriben con mérito y laureles certificados, temas dedicados a la juventud constitucional y su mentoría a la Carta del 93, sus reformas y sus mutaciones constitucionales y finalmente lo incambiable sin dejar de apostar por cimentar la identidad, es decir por la Nación, un proyecto siempre postergado y que resulta angular para la conjugación peruana.

Juan Carlos Nalvarte, filósofo, abogado y doctor en Humanidades explica los alcances de la Carta Liberal de 1856 (dictada por Ramón Castilla) y con la venia de los sacerdotes y su rol en la Convención Nacional, ellos encauzados por el Obispo conservador Bartolomé Herrera Vélez.

El profesor santamariano Gerardo Zegarra Flórez, se retrae en el tiempo y con certeza jurídica y política destaca "La Influencia de la Constitución peruana de 1979, en el constitucionalismo latinoamericano".

Entramos, luego, a la tercera materia constitucional y ella determinará los "Pilares Fundamentales de la Persona". Once estudiosos acuciosos, liderados por el señor Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, don Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, el que analiza los derechos humanos de los individuos mayores (aportes desde la jurisprudencia internacional); estamos seguros de la nutrida literatura jurídica evaluada por el jurista azteca.

El Vicerrector de la renombrada Universidad Complutense de Madrid, José María Coello de Portugal Martínez del Peral resalta lo trascendente de la capacitación digital, como una nueva forma del derecho a la educación en el siglo XXI. Es la herramienta indispensable de la conectividad cultural universitaria, bien sustentada con destacable acierto.

José María Serna de la Garza, Maestro mexicano (UNAM) investigador titular y ex Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, hace referencia al símbolo rector del constitucionalismo mexicano, descrito y enumerado en su histórica Constitución de Querétaro de febrero de 1917. Los Fundantes Derechos Sociales (Educación, salud, trabajo, seguro social entre otros)

La señora Vice Presidenta del Tribunal Constitucional peruano, Doña Luz Imelda Pacheco, aborda un nervio sensible "La Eutanasia y Respeto a un Derecho Sagrado, la Dignidad" (Derecho recogido de la Ley Fundamental alemana de Boon), en nuestra legislación adquiere status constitucional con la Ley Suprema de 1979.

Ignacio García Vitoria, de la prestigiosa Universidad Complutense, se ocupa de un asunto sensible, la garantía europea del derecho al sufragio, como el acto del ejercicio ciudadano responsable, derecho político que, en los últimos tiempos y procesos, ha sido desdibujado y desnaturalizado.

Nuestro expresidente del Tribunal Constitucional y de la APDC, Ernesto Blume Fortini, nos comenta del voto preferencial, incorporado al sistema electoral y político a partir de 1984, forma de sufragio que lleva a mercantilizar los procesos electorales, para elegir primero Diputados y Senadores y luego Congresistas de la República, con resultados no favorables para la descalificada generación de políticos carentes de componentes éticos, para el ejercicio de una auténtica representación.

Los arequipeños, uno ex Juez de la Corte Suprema de Justicia, Ramiro De Valdivia Cano y el otro actual Juez Supremo Ramiro Bustamante Zegarra, redactaron ensayos referidos al "Protocolo para la promoción de la Eutanasia" y en el segundo texto, un asunto de debate interminable en el rubro académico "El suicidio asistido, cuidados paliativos y Eutanasia". Sin duda, dos mentes ilustradas, de formación cristiana y con solvencia académica santamariana.

Joseph Campos Torres, profesor universitario y Forense calificado, Bruno Novoa Campos, letrado de talento acucioso y Manuel Bermúdez Tapia, docente con tránsito jurídico reconocido, nos presentan al proceso, como derecho o como estructura política garantizadora. Un segundo artículo universitario creativo titulado "Cine y Derecho Constitucional" y el tercer aporte vinculado a finalidad cívica de la población.

Abordamos el cuarto contenido publicado: "La Gobernabilidad y sus Retos", en el que ocho destacados especialistas escribieron con detalle y pasión constitucional aspectos dedicados al sistema Presidencial e Hiperpresidencial en América Latina; encontramos al calificado maestro cordobés Antonio María Hernández. Igualmente al señor magistrado del Tribunal Constitucional, César Ochoa Cardich, quien se ocupa del régimen político en la Constitución vigente y va más allá, propone reformas oportunas.

En otro aspecto, el expresidente del ente autónomo, Ernesto Álvarez Miranda, analiza el rol del Congreso en la búsqueda del adecuado funcionamiento de la forma de Gobierno, estudio tolerante y constructivo.

El notable profesor y ex Magistrado del Tribunal Constitucional, Gerardo Eto Cruz, nos alcanza la visión constitucional de la globalización desde la perspectiva latinoamericana.

Aparece, de la misma forma, El Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María, don Marco Tulio Falconí Picardo, quien evalúa con acierto y efectividad jurídica "El debido proceso" que debe ser cumplido en el trámite parlamentario de la acusación constitucional.

Milagros Campos Ramos, docente recta y conocedora experta en derecho legislativo, ha escrito del "Control Parlamentario y Gobernabilidad Democrática".

Los docentes Carlos Torres Caro (ex parlamentario) y Jhonny Tupayachi Sotomayor (procurador en materia constitucional en el Poder Judicial) han elaborado en relación a la urgente necesidad o relevo de la Constitución de 1993 y en lo referido a la desigualdad, infracción y acusación constitucional, en los procesos de control político.

Finalmente, la quinta y última línea temática, se denomina "La Autonomía de los Tribunales", con diez acertadas crónicas.

Oscar Urviola Hani, apertura esta tribuna y lo plasma con calidad académica, el aporte lo reserva a la constitucionalización de los convenios de estabilidad jurídica en la Ley Fundamental de 1993.

A su estilo, el expresidente del Tribunal Constitucional boliviano, José Antonio Rivera, con la soltura que lo personifica, nos comenta del papel de los tribunales constitucionales en la democracia.

Y el profesor colombiano Eduardo Valencia Canosa desarrolla con armonía jurídica a "La Jurisdicción Constitucional e Inteligencia Artificial", como guardines de la Carta y como elemento componente del Bloque de Constitucionalidad.

El conocido estudioso, asesor jurisdiccional y Profesor, Luis Sáenz Dávalos, hace referencia al "Precedente Vinculante en materia constitucional".

Después los docentes Guillermo Sevilla Gálvez, Orlando Curaca Kong, Nadia Iriarte Pamo, Enrique Pestana Uribe, César del Carpio Ugarte y Andrés Zúñiga Najarro nos vierten sus sesudas y contemporáneas investigaciones. Las contribuciones versan sobre el impedimento de revisar las sentencias que homologan los acuerdos determinación anticipada. Otro se dedica al balance del proceso de cumplimiento, a treinta años de la vigencia de la Carta de 1993. Las crónicas se ocupan de la democracia y la inconstitucional disolución del Congreso, del derecho al acceso a la información pública. Del control de convencionalidad, análisis y reflexiones, hoy prudentes y necesarios. El amparo electoral y la reforma constitucional, evaluando si debe o no mantenerse esta figura.

No somos ajenos a la organización de los Congresos en materia sustantiva; la Universidad, el Colegio de Abogados de Arequipa y con la anuencia de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, desarrollamos los certámenes: VIII y IX de orden nacional (2005 y 2008) y ahora nos volvemos a encontrar en el XIV, de noviembre del 2023.

El esfuerzo en la publicación de los dos tomos de los libros de Ponencias del XIV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, es producto de dos instituciones comprometidas con la cultura jurídica; el Tribunal Constitucional y la Universidad Católica de Santa María.

Dos Fondos Editoriales se unen: el de la Universidad Católica de Santa María y del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional

para entregar más de cincuenta ponencias a ustedes lectores, herederos de nuestra tierra mestiza, noble, republicana, rebelde, democrática y culta.

Agradecemos a los académicos, juristas, magistrados, letrados y forenses que gentilmente elevaron oportunamente sus juiciosos y calificados estudios contemporáneos relevantes que nos permiten alcanzar las ponencias al inicio del evento constitucional de orden nacional.

A la Comisión organizadora y a la Autoridades de la Universidad Católica de Santa María, que nos vienen respaldando para la cristalización del evento, nuestra gratitud, y a la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (APDC), nuestro ratificado aprecio por la confianza otorgada.

A los jóvenes universitarios, motor impulsor, sin ellos los objetivos trazados no serían materializados.

Como dijera el sacerdote hispano, Juan Domingo Zamácola y Jáuregui "En Arequipa había más doctores que en Salamanca y más abogados que en el Colegio de Madrid".

Calificados participantes, bienvenidos al recinto emblema del constitucionalismo, a la ciudad caudillo (Basadre), al crisol del mestizaje (Mostajo): expresión de la identidad democrática de la Nación mestiza.

Arequipa, primavera del 2023

Jorge Luis Cáceres Arce
Vicerrector Académico
Universidad Católica de Santa María
Presidente del XIV Congreso Nacional de Derecho Constitucional

Universidad Católica
de Santa María

"IN SCIENTIA ET FIDE EST FORTITUDO NOSTRA"
(En la ciencia y en la fe está nuestra fortaleza)

SE NOMBRA COMISION ORGANIZADORA DEL "XIV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL".-

RESOLUCION No. 29730-R-2023

Arequipa, 2023 agosto 28

Visto el Of. No. 112-2023-FCJYP/IVABDC suscrito por los señores Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y Director del Instituto Víctor Andrés Belaúnde Diez-Canseco;

CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución No. 29535-R-2022 de fecha 23-06-2023 se aprobó la ejecución del "XIV Congreso Nacional de Derecho Constitucional" organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y el Instituto Víctor Andrés Belaúnde Diez Canseco, a realizarse en la ciudad de Arequipa del 02 al 04 de noviembre del 2023;

Que, con Of. No. 112-2023-FCJYP/IVABDC suscrito por los señores Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y Director del Instituto Víctor Andrés Belaunde Diez-Canseco, se solicita se emita la Resolución designando la Comisión Organizadora del "XIV Congreso Nacional de Derecho Constitucional", adjuntando para tal efecto la lista detallada de los integrantes;

Que, en tal sentido, corresponde emitirse la Resolución de nombramiento correspondiente;

De conformidad con lo dispuesto por el Art. 89, inc. c) del Estatuto de la UCSM;

SE RESUELVE:

PRIMERO

Nombrar la Comisión Organizadora del "XIV Congreso Nacional de Derecho Constitucional" aprobado por la Resolución No. 29535-R-2023, según lo detallado en la relación que forma parte de esta Resolución.

SEGUNDO

Los Vicerrectorados Académico, Administrativo y de Investigación, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y el Instituto Víctor Andrés Belaúnde Diez-Canseco, se encargarán del cumplimiento e implementación de la presente.

Regístrese y comuníquese.

Universidad Católica de Santa María
Rectorado

DR. MANUEL ALBERTO BRICEÑO ORTEGA
RECTOR
Universidad Católica de Santa María

Universidad Católica de Santa María

COMISIÓN ORGANIZADORA DEL XV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

- Domingo García Belaúnde **- Presidente Honorario**
- Francisco Eguiguren Praeli **- Presidente Honorario**
- Miguel Vilcapoma Ignacio **- Presidente Honorario**
- Ernesto Blume Fortini **- Presidente Honorario**
- Víctor García Toma **- Presidente Honorario**
- Jorge Luis Cáceres Arce **- Presidente de la Comisión Organizadora**
- James Fernández Salguero **- Director General**
- Marco Tulio Falconí Picardo **- Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**

Vice Presidentes

- Susana Castañeda Otsu.
- José Palomino Manchego.
- Gerardo Eto Cruz.
- Carlos Hakansson Nieto.
- Edgar Carpio Marcos.
- Luis Sáenz Dávalos.

Tesorero

Dr. Gerardo Zegarra Flórez.

Asistente

Andrés Alonso Zúñiga Najarro.

Secretarios Ejecutivos

- Bruno Novoa Campos.
- Jhonny Tupayachi Sotomayor.

Directores Institucionales

Poder Judicial

- Ramiro Bustamante Zegarra.
- Susana Castañeda Otsu.
- Javier Fernández-Dávila Mercado.

Ministerio Público

- Eduardo Meza Flores.
- Jessica Montenegro Beltrán.

Tribunal Constitucional

- Susana Távara Espinoza.
- Orlando Curaca Kong.
- Nadia Iriarte Pamo.
- Paola Ordóñez Rosales.

UCSM

- José Alfredo Lovón Sánchez.
- Juan Carlos Agramonte Mostajo.

- Marco Tulio Falconí Picardo.
- José Suárez Zanabria.
- Ricardo Grundy López.

Coordinación Libro de Ponencias

- Dante Paiva Goyburu.
- Jhonny Tupayachi Sotomayor.
- Rubén Collazos Romero.
- Orlando Curaca Kong.
- Andrés Alonso Zúñiga Najarro.

Comité Editorial

- Dr. Francisco Morales Saravia - Presidente del Tribunal Constitucional.
- Dr. Helder Domínguez Haro - Director General del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.
- Dr. Jorge Luis Cáceres Arce - Vicerrector Académico de la Universidad Católica de Santa María.
- Dr. James Fernández Salguero - Director del Instituto Víctor Andrés Belaunde Diez - Canseco.

Coordinación de Talleres

- César Pastor Briceño - Coordinador General.
- César del Carpio Ugarte.
- Lelia Lazo Cornejo.
- Benjamín Carrasco del Carpio.
- Diego Sánchez Cárdenas.
- Eduardo Rivera García.
- Andrés Alonso Zúñiga Najarro.
- Juan Carlos Nalvarte Lozada.
- Jhosep Wilfredo Viza Colquehuanca.

Vocales

- Milagros Campos Ramos.
- Raúl Chanamé Orbe.
- Saulo Peralta Franzis.
- Luis Roel Alva.
- Boris Espezúa Salmón.
- Fernando Berrios Gutarra.
- Max Murillo Celdán.

Coordinación de Prensa

- Doris Cornejo Paredes.

Coordinación de Protocolo

- María Gracia Valdivia Corzo.

PILARES FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES

(Aportes desde la jurisprudencia interamericana) *

Eduardo Ferrer Mac-Gregor **

1. Introducción

El derecho internacional de los derechos humanos ha prestado poca atención a las personas mayores, y no se ha esforzado en concretar una protección de sus derechos de manera diferenciada. Esta preocupación la señaló el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en la década de los noventa, al considerar que, a diferencia de otros grupos poblacionales como mujeres o niñas y niños, no se había aprobado un tratado internacional general sobre los derechos de las personas mayores, no habiendo "disposiciones obligatorias respecto de los diversos grupos de principios de las Naciones Unidas en esta materia" (ONU, 1995: párr. 13). Incluso, los Objetivos de Desarrollo

---

* El presente texto constituye una revisión de mi trabajo "Las personas mayores en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Política y Sociedad,* Vol. 60, Núm. 2: Monográfico: Políticas públicas y derechos humanos de las personas mayores en la Europa mediterránea y en América Latina y el Caribe: seguridad económica, salud y cuidados de larga duración.

** Vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la Facultad de Derecho, ambos de la UNAM. Profesor visitante en la Universidad Complutense de Madrid.

del Milenio (ODM) no consideraron el fenómeno del envejecimiento y las personas mayores.

Frente a esta relativa ausencia en el ámbito universal, los sistemas regionales de protección de derechos humanos han tenido, si bien de manera lenta, un importante rol en cuanto a la garantía de este grupo etario que por muchos años no vieron materializada una protección reforzada (Martín, *et al.*, 2015).

Este desarrollo tuvo un paso significativo en el Sistema Interamericano con la adopción en 2015 de la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIDHPM) en el seno de la OEA[1], que a su vez ha provocado una preocupación particular en los ordenamientos nacionales, en las políticas públicas y de manera importante en los órganos de impartición de justicia[2]. El enfoque de derechos humanos aplicado a las personas mayores o "perspectiva de persona mayor" —emulando la "perspectiva de género"— (Díaz-Tendero, 2022) consiste en:

Un enfoque reconocido por el derecho internacional, así como por el interno, como el marco conceptual aceptado y capaz de obtener un sistema coherente de principios y reglas que guíen la doctrina y la jurisprudencia, así como las políticas públicas, tanto en el diseño, como en la implementación y evaluación de estas (Díaz-Tendero, 2022: 9).

La atención por parte de los operadores de justicia ha propiciado también una nueva mirada por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). El presente artículo tiene por objeto analizar el desarrollo progresivo que ha tenido la jurisprudencia de dicho tribunal regional en la protección de los derechos de las personas mayores, especialmente en salud, seguridad económica, acceso a la justicia y medio ambiente. Se destacarán las primeras aproximaciones jurisprudenciales hasta la etapa actual, en la que se considera la edad como una categoría de especial protección

1 La CIDHPM fue adoptada el 15 de junio de 2015 y entró en vigor el 11 de enero de 2017. La han ratificado o adherido Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Perú y Uruguay.

2 En el marco de la emergencia provocada por el COVID-19, véase el interesante recurso de amparo resuelto en Argentina (Lanzieri, S. c/GCBA s/amparo -otros, 20/04/2020) y el análisis del caso por Dadove, Tullio Budassi, Breier y Teveni (2020).

que tiene un impacto en el grupo de personas de sesenta años o más[3], y que visibiliza la intersección de la edad con otras categorías de especial protección, generando una discriminación múltiple asociada al carácter compuesto en las causas de discriminación.

2. La protección de las personas mayores en el derecho internacional de los derechos humanos

2.1. Naciones Unidas

El derecho a la vejez se ha venido consolidando como una rama jurídica transversal, y dentro de ella han tenido desarrollos importantes los derechos humanos de las personas mayores (Dabove, 2018 e Isern, 2019).

En el ámbito internacional progresivamente se han reconocido los derechos humanos de las personas mayores debido a que experimentan manifestaciones específicas de discriminación, estigmatización y desigualdad (Romeo, Payán y Lazcoz, 2021), (Boldova, 2021). La primera vez que se pone de manifiesto en la agenda internacional la protección de los derechos humanos de las personas mayores fue durante el Plan de Acción Internacional de Viena sobre Envejecimiento en 1982. Con posterioridad, en 1991, la Organización de Naciones Unidas proclamó los "Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad", en donde se ponían como ejes rectores los principios de independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad. En 1992, la Asamblea General de las Naciones Unidas emitió la Proclamación sobre el Envejecimiento. Finalmente, el avance más significativo se dio en 2002, con la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (Huenchuan y Rodríguez-Piñero, 2010).

Otro avance significativo se dio en mayo de 2014, cuando el Consejo de Derechos Humanos designó a Rosa Kornfeld-Matte como la primera experta independiente para los derechos humanos de las personas mayores. Este mandato ha permitido visibilizar problemas que aquejan a esta población mediante informes, relativos a: (i) la autonomía y cuidados de las personas de edad (2015), (ii) los robots y los derechos: los efectos de la

3 El límite inferior etario se ha establecido en 65 años en los países más desarrollados y en 60 años en los países pertenecientes a regiones con menor desarrollo, como es el caso de los países de la región latinoamericana y caribeña.

automatización en los derechos humanos de las personas de edad (2017), (iii) los derechos humanos de las personas mayores: El dilema de la falta de datos (2020), (iv) el impacto de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) en el disfrute de todos los derechos humanos de las personas mayores (2020), (v) la discriminación por razón de edad (2021), y (vi) los derechos humanos de las mujeres mayores: la intersección entre el envejecimiento y el género (2021).

Otros órganos del sistema universal mediante observaciones generales, recomendaciones generales que emiten los órganos de tratados, o los informes de relatores especiales han abordado la situación de los derechos de las personas mayores bajo diferentes temáticas, como en materia de salud, cambio climático, el agua o el impacto diferenciado hacia las mujeres o personas con discapacidad.

Finalmente, cabe destacar el reciente pronunciamiento del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la comunicación Joseph Walters Vs. Bélgica (2021), en el que se analizó cómo la falta de adopción de medidas diferenciadas (por ejemplo, remitir a la víctima a una residencia temporal) a favor de una persona mayor tiene un impacto desproporcionado en el desalojo forzoso, lo que afecta al derecho a la vivienda. Este avance se logró, en gran medida, gracias a la entrada en vigor del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 2013.

Este desarrollo ha propiciado iniciativas para un tratado específico en el seno de Naciones Unidas (Help Age Internacional, 2019) y progresivamente ha impactado en la normatividad nacional (Díaz-Tendero, 2020). Como se verá, la protección de las personas mayores ha tenido también importantes desarrollos en los otros sistemas internacionales de protección de derechos humanos, es decir, en los sistemas africano, europeo e interamericano.

2.2. Sistema africano

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en su artículo 18.4, otorga una protección especial para las personas mayores. Sin embargo, el paso significativo se dio el 31 de enero de 2016, cuando se adoptó el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de las Personas Mayores en África, en Addis Abeba, Etiopia. Este instrumento internacional —al igual que el adoptado en el sistema

interamericano que desarrollaremos más adelante— constituye el primer baluarte de protección para las personas mayores.

Dentro de su articulado encontramos una protección diferenciada en relación a: i) la prohibición de discriminación por edad, ii) el acceso a la justicia y a la igualdad ante la ley, iii) el derecho de poder tomar decisiones, iv) prohibición de discriminación en el empleo, v) protección social, vi) protección contra las prácticas tradicionales dañinas, vii) protección diferenciada a las mujeres mayores, viii) derecho al cuidado y apoyo, ix) cuidados residenciales, x) apoyo a personas mayores que tienen a su cuidado menores de edad, xi) personas mayores con discapacidad, xi) protección de las personas mayores en situaciones de desastre o conflicto armado, xii) salud, xiii) educación, xiv) participación en programas de recreación y v) la accesibilidad.

2.3. Sistema europeo

El Convenio Europeo de Derechos Humanos no contempla una prohibición de discriminación por edad. Por otro lado, es relevante destacar el art. 23 de la Carta Social Europea adoptada en Turín, que establece una protección social a las personas de edad avanzada. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha conocido casos que involucran a personas mayores, entre los que destacan los referidos a la necesidad de que los procesos sean rápidos por la edad de los accionantes (TEDH, 2004); a la desaparición en un hogar de una residente porque sufría Alzheimer (TEDH, 2008); sobre la protección de la propiedad (TEDH, 2010a), y sobre el cierre de establecimientos de cuidados de largo plazo (TEDH, 2010b).

2.4. Sistema interamericano

El avance más relevante se dio con la adopción de la CIDHPM (2015). Este tratado internacional se encuentra vigente desde el 11 de enero de 2017, y se analizará en el siguiente apartado.

Asimismo, deben tenerse en consideración otros tratados dentro de la OEA. Por ejemplo, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. En su artículo 9 dispone que "para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su

condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está […], anciana […]". Por otro lado, la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia al definir la discriminación[4], considera la edad como uno de los factores prohibidos. Finalmente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), en su artículo 17, dispone la protección de las personas mayores en los siguientes términos:

> Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados Partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a: a) Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas; b) Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos; y c) Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.

3. Los avances en materia de protección de derechos de las personas mayores en el Sistema Interamericano

La CIDHPM constituye, sin lugar a dudas, el paso más significativo en la región. En primer lugar, para efectos del sistema regional, la CIDHPM destaca en su preámbulo que "la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas" y que en la medida que una persona "envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades". Por ello, "la adopción de una convención amplia e integral contribuirá significativamente a promover, proteger y asegurar el pleno goce y ejercicio de los

4 Artículo 1.1. Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Parte.

derechos de la persona mayor, y a fomentar un envejecimiento activo en todos los ámbitos". Es decir, la propia CIHDPM reconoce la necesidad de colocar los derechos humanos de las personas mayores en el contexto del Sistema Interamericano.

En segundo lugar, entiende como persona mayor "aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor". Esto es particularmente relevante debido a que marca un estándar mínimo que los Estados deben tener en consideración al momento de definir el sujeto destinatario de la protección diferenciada conforme a la edad. Sin embargo, aunque exista un estándar mínimo, el proceso de envejecimiento no solo responde a factores biológicos y fisiológicos, sino también a factores sociales o culturales, por lo que quizá el envejecimiento se podría alcanzar previo a ese margen de edad, lo cual debería ser analizado caso a caso. En este sentido, este tratado introduce la edad como un "indicador biopsicológico individual flexible, para cuya determinación y aplicación se necesita de una interpretación sistemática que integre su sentido con el enfoque sociohistórico y con la perspectiva cultural" (Dadove y Lucas, 2019: 16).

En tercer lugar, resulta especialmente relevante la enunciación de principios rectores: a) la promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, b) la valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo, c) la dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor, d) la igualdad y no discriminación, e) la participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad, f) el bienestar y cuidado, g) la seguridad física, económica y social, h) la autorrealización, i) la equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida, j) la solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria, k) el buen trato y la atención preferencial, l) el enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor, m) el respeto y valorización de la diversidad cultural y n) la protección judicial efectiva.

En cuanto al contenido y los derechos que protege se encuentran: i) la igualdad y no discriminación por edad, ii) derecho a la vida y dignidad en la vejez, iii) derecho a la independencia y autonomía, iv) derecho a la integración y participación comunitaria, v) derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia, vi) derecho a no ser sometido a tortura ni

a penas o tratos crueles inhumanos o degrandantes, vii) derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud, viii) derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo, ix) derecho a la libertad personal, x) derecho a la libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información, xi) derecho a la nacionalidad y a la libertad de circulación, xii) derecho a la privacidad y a la intimidad, xiii) derecho a la seguridad social, xiv) derecho al trabajo, xv) derecho a la salud, xvi) derecho a la educación, xvii) derecho a la cultura, xviii) derecho a la recreación, al esparcimiento y al deporte, xix) derecho a la propiedad, xx) derecho a la vivienda, xxi) derecho a un medio ambiente sano (incluido el derecho al agua), xxii) derecho a la accesibilidad y a la movilidad personal, xxiii) derechos políticos, xxiv) derecho de reunión y de asociación, xxv) situaciones de riesgo y emergencias humanitarias, xxvi) igual reconocimiento como persona ante la ley y xxvii) acceso a la justicia.

Estos derechos deben leerse principalmente con el acceso a la justicia del mismo instrumento que indica que los Estados parte se comprometen "a asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas"; ya que en muchas ocasiones existe imposibilidad de acceder a la justicia, lo que perpetúa la situación de vulnerabilidad de este grupo al no ver materializados sus derechos.

Ejemplo de la expresión de estos principios en el Sistema Interamericano lo encontramos en el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 2013, mediante la figura del *per saltum,* señalando en las normas que rigen la tramitación inicial de una petición que, pese a que las peticiones se estudian de acuerdo "al orden de entrada", en casos excepcionales y atendiendo a la situación especial de vulnerabilidad del peticionario "la Comisión podrá adelantar la evaluación de una petición" cuando, entre otros, "la presunta víctima sea un adulto mayor"[5].

5 Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, art. 29, numeral 2, inciso a) apartado i). Artículo 29. Tramitación inicial […] 2. La petición será estudiada en su orden de entrada; no obstante, la Comisión podrá adelantar la evaluación de una petición en supuestos como los siguientes: a. cuando el transcurso del tiempo prive a la petición de su efecto útil, en particular: i. cuando la presunta víctima sea un adulto mayor, niño o niña […].

Otro aspecto a destacar en el Sistema Interamericano en el marco de la protección de los derechos de las personas mayores fue la creación en 2017 de la Unidad sobre los Derechos de las Personas Mayores, durante el 162º Período de Sesiones y en el marco del Plan Estratégico 2017-2021. Una vez concluido el diagnóstico se destacó que "la protección de los derechos de las personas mayores continúa siendo un desafío prioritario en la región y a su vez, demanda un seguimiento cercano por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos".

Debido a ello, en su 171º Período de Sesiones, celebrado en febrero de 2019, a fin de ampliar y profundizar la institucionalidad existente para el seguimiento de la protección de los derechos de las personas mayores, la CIDH decidió crear la Relatoría Temática sobre los Derechos de las Personas Mayores. Actualmente, la relatora sobre los derechos de las personas mayores es la comisionada Margarette May Macaulay, antigua jueza de la Corte Interamericana. En el 2018 dicha relatoría lanzó un cuestionario para elaborar un primer informe para recibir información sobre los desafíos y las buenas prácticas de los Estados miembros de la OEA en el reconocimiento y la garantía efectiva de los derechos de las personas mayores. El informe aún no se encuentra publicado.

4. La edad como categoría de especial protección de las personas mayores

El derecho nacional e internacional de los derechos humanos ha estado particularmente marcado por la continua evolución del contenido de los diferentes derechos, que también ha impactado en los contenidos de los derechos humanos de las personas mayores (Rodríguez-Piñero, 2012).

Esta tendencia se plasma en aquellos instrumentos internacionales que en el momento histórico en el que fueron adoptados únicamente identificaron ciertos grupos especialmente protegidos. Así, a modo ilustrativo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 1.1 dispuso en su cláusula de no discriminación (que también sirvió de referente para identificar a grupos especialmente vulnerables), como categorías protegidas: "raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Esta misma formulación se usa en otros tratados internacionales de derechos humanos como los artículos 2.1 del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sin embargo, dichas cláusulas fueron insuficientes cuando otros sectores de las sociedades hicieron evidentes sus reclamos de derechos y no encontraron en esas formulaciones una categoría que los protegiera o que les brindara un enfoque diferenciado en cuanto a sus derechos. Así, algunos instrumentos internacionales contemplaron las "cláusulas de incorporación de categorías sospechosas". El Pacto de San José contempla en el artículo 1.1 dicha posibilidad mediante la expresión "o cualquier otra condición social". En palabras de la Corte IDH: "al interpretar la expresión 'cualquier otra condición social' del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano" (Corte IDH, 1985: párr. 52). Así: los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término "otra condición social" para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo (Corte IDH, 1999, párr. 101).

De este modo, la jurisprudencia de la Corte IDH ha ido identificando otras categorías y grupos de especial protección mediante la expresión "cualquier otra condición social", como lo han sido las personas LGBTI (que encuentran una protección mediante las categorías de orientación sexual, identidad de género o la expresión de género), las personas con discapacidad (protegidos por la categoría de discapacidad), y recientemente las personas mayores (protegidos por la categoría de edad)[6].

6 La Corte IDH de manera explícita ha señalado que la edad es también una categoría protegida por el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por consiguiente, la prohibición de discriminación relacionada con la edad, cuando se trata de personas mayores, se encuentra igualmente tutelada por el Pacto de San José (Corte IDH, 2022 b: 29, párr. 343).

Si bien la edad, como categoría protegida, no se encuentra contemplada de manera expresa en el artículo 1.1 de la Convención Americana, ha sido incorporada vía interpretativa por la Corte IDH. Desde el 2003, el alto tribunal regional identificó que entre las categorías que se podrían incluir en el alcance del artículo 1.1 del Pacto de San José figuraba la edad (Corte IDH, 2003: párr. 101), particularmente considerada para las niñas, niños y adolescentes. Como veremos más adelante, es en 2018 cuando de manera explícita la Corte IDH la considera como una categoría aplicable a las personas mayores.

Este escaso uso de la "edad" como categoría de especial protección a favor de las personas mayores se insertaba en un contexto en donde no existían desarrollos o enfoques específicos que protegieran los derechos de este grupo etario (Acle Moutone, 2012).

5. La intersección de la edad con otras categorías de especial protección

La primera vez que se acuñó el concepto de discriminación interseccional fue en 1989 por parte de Kimberlé Crenshaw (Makkonen, 2002). La autora analizó una demanda ante el poder judicial estadounidense que interpusieron un grupo de mujeres afroamericanas contra la compañía General Motors alegando que, al no contratarlas o no ascenderlas, se les había discriminado por motivo de género y raza de forma conjunta. El tribunal resolvió que no existía discriminación por sexo/género, pues otras mujeres, caucásicas, fueron contratadas y ascendidas; y recomendaba presentar una nueva demanda solo por discriminación en razón de raza, a lo que la autora responde con la integración de la discriminación por razón de género y la discriminación por razón de raza, en una sola demanda. De esta manera, consideró que el juez al haber analizado el caso desde la perspectiva de un solo criterio, había ignorado la discriminación específica sufrida por las mujeres afroamericanas, pues esta forma de discriminación difiere de la que sufren las mujeres caucásicas e inclusive los hombres afroamericanos (Crenshaw, 1993: 383).

En opinión de Crenshaw, se marginalizó el análisis a aquellas circunstancias que pueden ocurrir de forma simultánea y que no pueden ser analizadas de forma aislada, y por lo tanto, el grupo de mujeres negras, dentro del colectivo de las mujeres, es invisibilizado. Considera que el enfoque tradicional no había tenido en cuenta adecuadamente la interacción entre raza y género y se limitaría a un determinado conjunto de experiencias, por lo que no se enfocaría de manera efectiva la manera particular en que

las mujeres afroamericanas se hallan subordinadas (Crenshaw, 1993: 384, 387 y 388).

En este sentido, la interseccionalidad es una herramienta que permite representar cómo ocurre la convergencia de múltiples discriminaciones en las vidas individuales y colectivas, principalmente de las mujeres (de Lama Ayma, 2013: 273). El análisis interseccional propone y examina cómo diferentes categorías de discriminación, construidas social y culturalmente, interactúan en múltiples y simultáneos niveles, contribuyendo con ello a generar una desigualdad social sistemática. Sus objetivos son revelar las variadas identidades y exponer las diferentes formas de discriminación y desventajas que resultan de la conjunción de diversos tipos de identidad, así como reconocer experiencias individuales únicas (Bunch, 2002).

Así, el enfoque intersectorial de la discriminación no solo describe una discriminación basada en diferentes motivos, sino que evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Es decir, que en un mismo evento se produce una discriminación debido a la concurrencia de dos o más motivos prohibidos. Esa discriminación puede tener un efecto sinérgico, que supere la suma simple de varias formas de discriminación, o puede activar una forma específica de discriminación que solo opera cuando se combinan varios motivos de discriminación. La interseccionalidad evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Ello activa o visibiliza una discriminación que solo se produce cuando se combinan dichos motivos que de lo contrario permanecería oculta (Ferrer Mac-Gregor, 2015a: párr. 10).

En el caso de las personas mayores, la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores contempla expresamente este tipo discriminación, al prever en su artículo 2 la "discriminación múltiple", entendiéndola como cualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación. Aunque la Convención usa el concepto de múltiple, en la práctica, estaremos frente a una discriminación interseccional.

Ahora bien, un mínimo común denominador que ha tenido la jurisprudencia de la Corte IDH en aplicación del enfoque interseccional ha sido que en los primeros casos (antes del 2020) se aplicaba este enfoque en asuntos que figuraban como víctimas a mujeres (en donde uno de los componentes fundamentales es que confluye el género/sexo de la víctima más otra de las

categorías/vulnerabilidades). Sin embargo, se ha producido una evolución y existen dos casos en los que de manera implícita este mínimo común denominador (sexo= mujer biológica) no se encuentra.

En el caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde (2016), la Corte IDH conoció el contexto de discriminación estructural por posición económica (pobreza) en el que se encontraban las 85 víctimas y cómo esta situación las había orillado a aceptar formas de trabajo que se traducían en formas contemporáneas de esclavitud. Sin embargo, en el tema que se desea destacar, había otros elementos que se encontraban presentes en la sentencia que abonan al entendimiento de la discriminación interseccional más allá de si el género se encuentra presente. Así, por ejemplo, la mayoría de las 85 víctimas eran afrodescendientes y no tenían escolaridad (además de provenir de las regiones más pobres de Brasil). De este modo, la intersección en este caso se daba por factores como la raza, la posición económica y la baja escolaridad. No obstante, esta cuestión no fue puesta de relieve por la Corte IDH en su decisión de fondo.

Asimismo, destaca el caso de los Trabajadores de la Fábrica de Fuegos de San Antõnio de Jesús (2020). Este caso se refiere a la explosión de una fábrica de fuegos artificiales, en la que perdieron la vida 60 mujeres, niñas y niños. Es en este último grupo en el que la Corte IDH también aplica el enfoque interseccional y los declara víctimas de discriminación, y en donde las categorías que interseccionaron fueron edad, raza y situación económica.

Esto es particularmente relevante ya que si bien el enfoque interseccional nace con nombre de mujer (Serra Cristóbal, 2013: 15), lo cierto es que se aplica, en general, a toda situación en la que confluyan dos o más categorías o vulnerabilidades, sin que necesariamente se encuentre en el centro del análisis una mujer (sexo/género) (Góngora Maas, 2017). Por ejemplo, podríamos estar ante situaciones en donde se pudiera discriminar a un hombre mayor, pobre y con discapacidad, supuesto en el cual interseccionarían la edad, la posición económica y la discapacidad; es decir, este enfoque es un eje transversal para analizar discriminaciones en contra de las personas mayores, donde lo que intersecciona es la edad más otras condiciones.

Sobre este particular puede mencionarse el caso Muelle Flores vs. Perú (2019). Este caso se refiere a la falta de ejecución de sentencias judiciales que reconocían en sede nacional el derecho a la seguridad social. La Corte IDH percibe que la víctima, al momento de dictarse la sentencia, era una

persona mayor que no había recibido el pago de las pensiones, y que había adquirido dos discapacidades: visual y auditiva.

Por otro lado, en un Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos del año 2021, se indicó que el cambio climático tiene importantes repercusiones en general en las personas mayores, que se acentúa cuando se interseccionan el género, la discapacidad, la raza, el pertenecer a una minoría étnica o ser perteneciente a una comunidad indígena (ONU, 2021).

6. Los primeros pasos en la jurisprudencia interamericana

Pueden advertirse dos etapas jurisprudenciales de la Corte IDH relacionadas con las personas mayores. La primera, en la que tímida y tangencialmente se aborda la situación particular de una persona mayor. La segunda, que corresponde a la etapa actual, en donde la Corte IDH aborda el caso desde un enfoque de la edad como factor que impacta de manera diferenciada en las personas mayores y sus derechos, que será motivo de análisis en el siguiente epígrafe.

En cuanto a la primera etapa jurisprudencial, destaca el caso Yakye Axa Vs. Paraguay (2005), al advertir la Corte IDH que entre los miembros de la comunidad había personas de edad avanzada y estimó que "[e]n lo que se refiere a la especial consideración que merecen las personas de edad avanzada, es importante que el Estado adopte medidas destinadas a mantener su funcionalidad y autonomía, garantizando el derecho a una alimentación adecuada, acceso a agua limpia y a atención de salud. En particular, el Estado debe atender a los ancianos con enfermedades crónicas y en fase terminal, ahorrándoles sufrimientos evitables" (Corte IDH, 2005, párr. 175). Con posterioridad, en el caso García Lucero Vs. Chile (2013) se estimó que la víctima se encontraba en una situación de especial vulnerabilidad y se consideró probado que tenía una edad avanzada de 79 años (Díaz-Tendero, 2019).

7. Avances jurisprudenciales recientes

7.1. Derecho a la salud y cuidados de largo plazo

Se puede establecer con total seguridad que la segunda etapa jurisprudencial comienza con el caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile (2018), en el que la

Corte IDH abordó de manera detallada la especial situación de vulnerabilidad y discriminación que viven las personas mayores. Además, en el fallo se consideró que la edad —como categoría sospechosa— si bien no se encuentra expresa en el artículo 1 del Pacto de San José, puede interpretarse (de la misma forma en la que lo había hecho con otras categorías no expresas) dentro de la categoría de "u otra condición social" a que se refiere dicho tratado internacional; por lo tanto, la prohibición por discriminación relacionada con la edad cuando se trata de las personas mayores se encuentra tutelada por la Convención Americana.

En este fallo la Corte IDH agregó que la edad es también una categoría protegida por esta norma, según lo interpretó en la OC-18 (2003), por lo que la prohibición de discriminación en el caso de las personas mayores comporta, entre otras cosas, la aplicación de políticas inclusivas para la totalidad de la población y un fácil acceso a los servicios públicos (Corte IDH, 2018: párr. 122).

Cabe destacar que el caso Poblete Vilches (2018) fue el primer precedente en el que se declaró violado el derecho a la salud como derecho autónomo, por lo que el Tribunal Interamericano abordó las violaciones de este derecho bajo una óptica de la repercusión en la edad de la persona y las circunstancias particulares del caso; como lo fue el consentimiento informado sustituto o bien como deben entenderse los servicios médicos urgentes cuando está involucrado el derecho a la salud de una persona mayor. En términos generales, la Corte IDH consideró que el derecho a la salud se había vulnerado debido a que ante una situación de emergencia médica (insuficiencia respiratoria), el señor Poblete fue discriminado bajo estereotipos de la edad, pues el personal médico consideró que debido a su edad se le debía dar preferencia en la unidad de cuidados intensivos (UCI) a una persona más joven.

Recientemente se han establecido estándares relativos al derecho a la salud de las personas mayores privadas de la libertad, ya que el encarcelamiento puede agravar la condición de salud de dichas personas. De conformidad con la CIPDHPM, la atención médica y los servicios de salud para las personas mayores privadas de la libertad deben considerar sus

circunstancias particulares y los diferentes cambios que pueden sobrevenir con el envejecimiento[7] (Corte IDH, 2020b: párrs. 362-378).

Ahora bien, en el ámbito de la salud deben destacarse los cuidados a largo plazo. Si bien la Corte IDH no se ha pronunciado en la materia, el relator especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la salud ha destacado su importancia y ha señalado que "incluyen toda una variedad de servicios (médicos o de otro tipo) que ayudan a satisfacer las necesidades tanto médicas como no médicas de las personas que padezcan una enfermedad crónica o una discapacidad y no puedan cuidar de sí mismas durante largos periodos. Los cuidados a largo plazo consisten en la prestación de ayuda en las tareas cotidianas, como bañarse, vestirse, cocinar y demás". En concreto, en el ámbito de la salud, dichos cuidados deben entenderse como "la intervención de profesionales capacitados en la prestación de asistencia para tratar síndromes ligados a enfermedades crónicas o discapacidades que anulan la capacidad personal" (Grover, 2011: 44).

7.2. Acceso a la justicia

El acceso a la justicia constituye un componente sustancial para la seguridad económica de las personas mayores. En el caso Muelle Flores vs. Perú (2019), la Corte IDH evaluó, en uno de los elementos del plazo razonable (derivado del artículo 8 de la Convención Americana), el impacto que había tenido la falta de ejecución de decisiones internas que habían reconocido el derecho a la seguridad social; de este modo determinó que "tratándose del derecho a la seguridad social, es decir una prestación de carácter alimentario y sustitutivo del salario, de una persona mayor con discapacidad auditiva, (…) era exigible un criterio reforzado de celeridad". Esta afirmación realizada por el alto tribunal regional puede entenderse como una expresión de las obligaciones que derivan de la CIDHPM en cuanto al derecho de acceso a la justicia (artículo 31). Adicionalmente, la Corte IDH, siendo consciente de los particulares impactos que le genera a una persona mayor el impago de su pensión, precisó que "diversos derechos se vulneran y acentúan en el caso de las personas mayores", lo cual afecta a su dignidad como personas (Corte IDH, 2019 a): párr. 204).

7 De conformidad con el artículo 2 de la CIPDHPM, el envejecimiento consiste en el proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psicosociales y funcionales de variadas consecuencias.

Consideraciones similares fueron reiteradas por la Corte IDH en el caso ANCEJUB- SUNAT (2019), con la única diferencia de que en ese caso se estableció el vínculo entre la falta de pago de la pensión debida y la vulneración "a la vida digna". Así, la jurisprudencia cristalizaba lo que la Convención Interamericana indica en su artículo 6 al señalar que "[t]oda persona mayor tiene derecho a la seguridad social que la proteja para llevar una vida digna" (Corte IDH, 2019 b): párr. 184).

Recientemente, en el caso Profesores de Chañaral y otras municipalidades Vs. Chile, bajo un apartado denominado "el derecho a la protección judicial, en particular con respecto a las personas mayores en condición de vulnerabilidad", la Corte IDH destacó por primera vez de manera expresa el enfoque diferenciado en el acceso a la justicia de las personas mayores, señalando que a favor de las personas mayores existe un "derecho a un tratamiento preferencial" (Corte IDH, 2021: párr. 148).

En particular, en esta sentencia se indicó que "la obligación del Estado de garantizar el cumplimiento de fallos judiciales adquiere entonces una singular relevancia en casos (…) en los cuales se ha condenado [a un ente del Estado] a pagar una suma de dinero en favor de personas mayores". De este modo, la Corte IDH consideró que en el marco del acceso a la justicia "surge un derecho a un tratamiento preferencial de las personas mayores en la ejecución de las sentencias a su favor y un correlativo deber estatal de garantizar un acceso diligente, célere y efectivo de las personas mayores a la justicia, tanto en los procesos administrativos como judiciales". Finalmente, el Tribunal Interamericano agregó que "la obligación de celeridad en el caso de personas mayores" encuentra su fundamento en gran medida en que pertenecen a un grupo en situación de vulnerabilidad, por lo que "se puede deducir que, cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad, (…) es exigible un criterio reforzado de celeridad en todos los procesos judiciales y administrativos" (Corte IDH, 2021: párrs. 147-152).

Otro aspecto significativo, pese a que pareciera un acto menor, es la forma en la que en los hechos del caso se incorporan —de forma desagregada— los rangos de edad de las personas que fueron declaradas víctimas. Si bien no era la primera ocasión en que la Corte IDH tenía que resolver cuestiones fácticas similares, por primera vez visibilizó el rango de edad de las personas mayores que fueron declaradas víctimas en aquel fallo (Corte IDH, 2021: párr. 125). En el caso Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (FEMAPOR) Vs. Perú (2022), además de las consideraciones

que han sido desarrolladas en párrafos precedentes y en las que se reitera el derecho a un "tratamiento preferencial" a favor de las personas mayores, la sentencia incorpora en sus consideraciones "el deber reforzado de celeridad" como principio general de derecho internacional para estas personas (Corte IDH, 2019 b): párr. 79).

No debe de pasar inadvertido que la Corte IDH ya se había pronunciado sobre esta "perspectiva diferencial" a favor de personas en situación de vulnerabilidad, como en el caso de las personas con discapacidad. En el caso Furlan y otros Vs. Argentina (2012), en el marco del análisis del plazo razonable sobre un proceso civil de daños y perjuicios en el que se encontraba involucrado "un menor de edad, posteriormente un adulto, en condición de discapacidad" y que "contaba con pocos recursos económicos para llevar a cabo una rehabilitación apropiada" implicaba que las autoridades judiciales debieron observar una "obligación reforzada de respeto y garantía de sus derechos". La Corte IDH en aquel fallo consideró: i) que las autoridades no tuvieron en cuenta el estado de vulnerabilidad de la víctima, ii) que el caso exigía una "mayor diligencia" y iii) que "de la brevedad del proceso dependía el objetivo primordial del proceso judicial" (Corte IDH, 2012: párrs. 201-202).

Adicionalmente, "esta obligación reforzada" en el caso Furlan se tradujo, en el marco del análisis del plazo razonable, por un lado, en un análisis pormenorizado al evaluar el plazo razonable, es decir, "la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo" (Corte IDH, 2012: párr. 194); criterio que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había identificado como "un actuar excepcionalmente diligente" pues se tiene énfasis "de lo que estaba [o está] en juego" (TEDH, 2004). Si bien estos estándares fueron desarrollados en el marco de la sustanciación del procedimiento y no durante la etapa de ejecución, los mismos lineamientos, *mutatis mutandis*, pueden ser aplicables a la etapa de ejecución de decisiones judiciales o administrativas.

En la sentencia del caso FEMAPOR (2022), la Corte IDH afirmó que el criterio reforzado de celeridad —que ya había sido incorporado en el caso Muelle Flores antes referido—, en el caso de las personas mayores sienta sus bases en la vulnerabilidad de este grupo de personas y, por ende, constituye un principio general del derecho internacional. La relevancia de acentuar este criterio a favor de las personas mayores que concreta el Tribunal Interamericano no es menor, ya que encuentra su razón de ser en el hecho de

que como grupo reciente afectaciones distintas y de manera diferenciada, y dadas las particularidades en esta etapa de la vida, la concreción del acceso a la justicia debe ser prioritario tanto por el sujeto como por los posibles derechos que en cada caso concreto puedan estar en juego.

7.3. Seguridad económica

En cuanto a la seguridad económica, tanto las pensiones como el pago de salarios juegan un papel importante. Por ello, además de los aportes en materia del acceso a la justicia, el caso FEMAPOR (2022) agregó en la jurisprudencia en materia laboral de la Corte IDH que del concepto de "remuneración" se deduce que el derecho al trabajo también implica la obtención de un salario justo, el cual, a su vez, debe comprender todos los emolumentos que se engloban dentro del término remuneración. Lo establecido por el Tribunal Interamericano en este fallo también encuentra respaldo en la Carta Social Europea, la cual indica que "4. Todos los trabajadores tienen derecho a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso" y, de manera más específica, el mismo instrumento desarrolla este derecho en el artículo 6. Así, por ejemplo, el Comité Europeo de Derechos Sociales también ha indicado que el concepto de "remuneración" se refiere a la "contraprestación que un empleador paga a su empleado por el trabajo realizado" el cual puede incluir "primas y bonificaciones especiales" (CEDS, 2007: párr. 21).

En el caso FEMAPOR (2022), estableciendo un vínculo entre la importancia de la remuneración y del salario —como parte integrante del derecho al trabajo— y la violación del derecho al plazo razonable de un subgrupo de 2.317 trabajadores marítimos y portuarios que continuaron reclamando cantidades adicionales que les eran adeudadas, concluyó que "tuvo un impacto en el derecho al cobro íntegro de sus salarios, lo cual se tradujo en un impacto en su derecho al trabajo y a la obtención de un salario justo y previamente pactado". Adicionalmente, aplicando este enfoque diferencial, la Corte IDH complementó su conclusión resaltando que las afectaciones (vulneraciones a esos derechos) tuvieron un impacto mayor "debido a su edad, quienes en su mayoría rondan los 80 o 90 años, habiendo incluso fallecido (…) más de 800 víctimas, sin que se les haya efectivizado de manera correcta su derecho" (Corte IDH, 2022 a): párrs. 108-110).

7.4. Medio ambiente

En la opinión consultiva No. 23 sobre medio ambiente y derechos humanos, la Corte IDH desarrolló el contenido del derecho al medio ambiente sano y, para ello, consideró que el referido derecho tiene una doble dimensión. Por una parte, se encuentra la protección del derecho al medio ambiente en sí mismo, teniendo en consideración que en algunas jurisdicciones se ha tutelado inclusive el medio ambiente y sus componentes como sujetos de derecho; empero, por otra parte, se encuentra la faceta ambiental de algunos derechos humanos que son potencialmente más vulnerables a ser degradados por la lesión al entorno, entre los cuales se encuentra el derecho a la vida, a la salud o a la integridad personal.

Ahora bien, otro aporte significativo de dicha opinión es que la Corte IDH identificó a grupos que son potencialmente vulnerables a la erosión del medio ambiente. La Corte no enunció expresamente a las personas mayores, pero tampoco enunció un listado limitativo de grupos a los cuales la degradación del medio ambiente las podría afectar de manera desproporcionada, es decir, fue solo un listado enunciativo (Corte IDH, 2017 b): párr. 67).

Ahora bien, el efecto desproporcionado se advierte teniendo en cuenta que la CIDHPM, a diferencia de muchos tratados internacionales, tiene una disposición relativa a la protección del medio ambiente. Inclusive esta preocupación se ve reflejada en el informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el "Estudio analítico sobre la promoción y protección de los derechos de las personas de edad en el contexto del cambio climático". En dicho estudio, se pone de manifiesto cómo el cambio climático tiene un efecto desproporcionado en las personas mayores no solo en cuanto a ese derecho, sino también en derechos como la circulación, la vida, la salud, la seguridad, la vivienda, la alimentación, el agua, el trabajo y la cultura (ONU, 2021).

En cuanto a este último derecho (cultura), y tomando en cuenta el sistema universal, se debe destacar la reciente (2022) decisión del Comité de Derechos Humanos sobre la falta de protección de Australia sobre los pueblos indígenas del Estrecho de Torres, en donde, a raíz de la inundación de las islas por el cambio climático, no se podían ejercer prácticas culturales. Si bien el Comité no hace referencia a las personas mayores y habla de toda la colectividad, lo cierto es que en ese tipo de contextos y violaciones sobre

el territorio, son precisamente las personas mayores indígenas sobre las cuales recae la transmisión de los conocimientos milenarios.

8. Conclusiones

La labor de construcción jurisprudencial de derechos y enfoques propios para las personas mayores (así como los impactos diferenciados que sufren), en realidad consiste en visibilizar la situación particular que vive este grupo en nuestra región y por ello la necesidad de aplicar una "perspectiva de persona mayor" para lograr su protección efectiva. Curiosamente los casos contenciosos resueltos hasta el momento por la Corte IDH sobre personas mayores —salvo el caso Poblete Vilches (2018)— se insertan en el marco de la falta de ejecución de sentencias que reconocen derechos (a la pensión o a la seguridad social) en el ámbito nacional, pero que no se materializan a favor de sus beneficiaros; lo cual constituye, como ha sido plasmado en las sentencias de la Corte IDH, un grave incumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha desarrollado paulatinamente diversos estándares a favor de las personas mayores desde 2018. Si tuviéramos que hacer un recuento de ese acervo, se podría resumir en tres aspectos torales: la edad como categoría de especial protección (caso Poblete Vilches, 2018), el derecho a un tratamiento preferencial (caso Profesores de Chañaral y otras municipalidades, 2021), y el "deber reforzado de celeridad" como principio de derecho internacional a favor de las personas mayores (caso FEMAPOR, 2022). Estimamos que en el futuro la Corte IDH profundizará dichos estándares teniendo en cuenta la intersección de la edad con otras categorías protegidas.

Esta labor jurisprudencialmente ayuda a fortalecer los derechos de las personas mayores en el Sistema Interamericano, crea estándares para su aplicabilidad en el ámbito nacional de los Estados y a la vez pone de manifiesto las diversas realidades que enfrentan estas personas como grupo diferenciado que vive de manera particular las violaciones de derechos humanos.

La jurisprudencia interamericana hace visible lo que por muchos años permaneció de manera desdibujada en el ámbito internacional. Como lo ha puesto en evidencia la CEPAL (2020), las personas mayores se encuentran

entre los grupos más vulnerables, y que desafortunadamente a raíz de la pandemia han sufrido y siguen padeciendo consecuencias directas en su calidad de vida y enfrentan grandes desafíos respecto del cumplimiento de sus derechos.

9. Bibliografía

- Acle Mautone, M. (2012): "El principio de igualdad y no discriminación en la vejez y la introducción de la perspectiva de la edad", en S. Huenchuan, ed., *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafios*, México, CEPAL-ONU, pp. 59-74.
- Boldova Pasamar, M.A. (2021): "Discriminación y estigmatización", en C. M. Romeo Casabona (coord.), *Tratado de derecho y envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad,* Madrid, Wolters Kluwer/ Fundación Mutualidad Abogacía, pp. 71-105.
- Bunch, C. (2002): "Human Rights at the Intersection of Race and Gender", en R. Rita, C. Bunch y N. Elmira, eds, *Women at the Intersection: Indivisible Rights, Identities, and Oppressions*, New Yersey, Centre for Women's Global Leadersh, pp. 111-118.
- CEPAL: *Desafíos para la protección de las personas mayores y sus derechos frente a la pandemia de COVID-19,* diciembre de 2020. Disponible en:

  https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46487/1/S2000723_es.pdf [Consulta: 28 de septiembre de 2022]
- Crenshaw, K. (1993): "Demarginalizing the intersection of race and sex: a Black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics", en K. Weisberg, ed, *Feminist legal theory foundations*, Philadelphia, Temple University Press, pp. 383-397.
- de Lama Aymá, A. (2013): "Discriminación múltiple", *Anuario de Derecho Civil*, LXVI (I), pp. 271-320.
- Díaz-Tendero, A. (2019): *Derechos Humanos de las personas mayores en el Sistema Interamericano*, México, UNAM-IIJ-CNDH.
- Díaz-Tendero, A. (2022): "Perspectiva de persona mayor en el ámbito jurídico", en A. Díaz-Tendero (Coord.), *Manual para juzgar casos de personas mayores,* México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 1-44.

- Díaz-Tendero, A. (2020): "De los estándares internacionales a las normatividades nacionales. El derecho a la salud de las personas mayores", en A. Díaz-Tendero, coord., *Derechos humanos y grupos vulnerables en Centro América y el Caribe,* México, UNAM-CIALC, t. 2, pp. 45-70.
- Góngora Maas, J. J. (2017): "Hacer visible lo invisible: la violencia contra la mujer adulta mayor y la obligación de prevención", México, SCJN-ONU. Disponible en: https://periodistasdeapie.org.mx/documentos/ENSAYO%20PRIMER%20LUGAR%20HACER%20VISIBLE%20LO%20INVISIBLE.pdf [Consulta: 13 de octubre de 2022]
- Grover, A. (2011): *Estudio temático sobre el ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores realizado por el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, ONU-Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/18/37.
- Help Age Internacional España (2019): *Derechos de las personas mayores: Hacia una Convención de Naciones Unidas para los derechos de las personas mayores.* Disponible en: https://www.helpage.es/convencion-internacional/. [Consulta: 5 de abril de 2023]
- Huenchuan, S. y L. Rodríguez-Piñero Royo (2010): *Envejecimiento y derechos humanos: situación y perspectivas de protección*, Santiago de Chile, CEPAL-ONU.
- Isern, M. (2019): "El lugar de las personas mayores dentro del mundo jurídico", *Cartapacio de Derecho,* (36).
- Dabove, M. I. (2018): *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, Buenos Aires, Astrea.
- Dabove, M. I. y A. Lucas Gioja (2022): "Enfoque complejo de la vejez. Su incidencia en los derechos humanos", *Teoría &Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico,* (33), 14-37.
- Dabove, M. I., R. G. Di Tullio Budassi, I. Breier y J. P. Teveni (2020): "Paternalismos explícitos y viejismos implícitos de la pandemia", *Anales en Gerontología,* (12), pp. 138-167.
- Makkonen, T. (2002): *Multiple, Compound and Intersectional discrimination: bringing experiences of the most marginalized to the fore, Åbo* Akademi Institute for Human Rights. Disponible en:

https://www.abo.fi/wp-content/uploads/2018/03/2002-Makkonen-Multiple-compound-and-intersectional-discrimination.pdf [Consulta: 2 de septiembre de 2022]

- Martín, C., D. Rodríguez Pinzón y B. Brown (2015): *Human Rights of Older People: Universal and Regional Legal Perspectives,* Springer.
- ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1995), Observación General No. 6: *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*.
- ONU (2021): *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos del año 2021*, A/HRC/47/46.
- Rodríguez-Piñero Royo, L. (2012): "La discriminación por razón de edad: perspectivas internacionales", en S. Huenchuan, ed., *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafios*, México, CEPAL-ONU, pp. 75-108.
- Romeo Casabona, C. M., E. Payán Ellacuria y G. Lazcoz Moratinos (2021): "Conclusiones y recomendaciones", en C. M. Romeo Casabona (coord.), *Tratado de derecho y envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad,* Madrid, Wolters Kluwer/Fundación Mutualidad Abogacía, pp. 955-973.
- Serra Cristóbal, R. (2013): "La mujer como especial objeto de múltiples discriminaciones", en R. Serra Cristóbal, *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeos*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 15-44.

10. Jurisprudencia

10.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

- Corte IDH (1985): Opinión Consultiva OC-5/85, *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. 13 de noviembre. Serie A No. 5.
- Corte IDH (1999): Opinión Consultiva OC-16/99, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1 de octubre. Serie A No. 16.

- Corte IDH (2003): Opinión Consultiva OC-18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 17 de septiembre. Serie A No. 18.
- Corte IDH (2012): Caso Furlán y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto. Serie C No. 246.
- Corte IDH (2013): Caso García Lucero y Otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto. Serie C No. 267.
- Corte IDH (2017): Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Sentencia de 1 de septiembre.
- Corte IDH (2017): Opinión Consultiva OC-23/17, *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. 15 de noviembre. Serie A No. 23.
- Corte IDH (2018): Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo. Serie C No. 349.
- Corte IDH (2019): Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo. Serie C No. 375.
- Corte IDH (2019): Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre. Serie C No. 394.
- Corte IDH (2020): Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Sentencia de 15 de julio. Serie C No. 407.
- Corte IDH (2021): Caso Profesores de Chañaral y otras municipalidades Vs. Chile. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de noviembre. Serie C No. 443.

- Corte IDH (2022): Caso Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (FEMAPOR) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de febrero. Serie C No. 448.
- Corte IDH (2022): Opinión Consultiva OC-29/22, *Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad. (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos)*. 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29.

10.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

- TEDH (2004), Caso Jablonska *Vs. Polonia, (No.60225/00). Sentencia de 9 de marzo.*
- TEDH (2008), Caso Dodov Vs. Bulgaria. Sentencia de 17 de enero.
- TEDH (2010) Caso Klaus and Iouri Kiladze Vs. Georgia. Sentencia de 2 de febrero.
- TEDH (2010), Caso Watts Vs. Reino Unido. Sentencia de 4 de mayo,

10.3. Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)

- CEDS (2007): Denuncia, 37/2006. Consejo Europeo de Sindicatos de Policía (CESP) Vs. Portugal, 3 de diciembre.

10.4. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC)

- Comité DESC (2021): Lorne Joseph Walters Vs. Bélgica, E/C.12/70/D/61/2018, 23 de noviembre de 2021.

10.5. Comité de Derechos Humanos de la ONU (CDH).

- CDH (2022): Asunto *Daniel Billy et al c. Australia (Torres Strait Islanders Petitions),* No. 3624/2019 CCPR/C/135/D/3624/2019, 22 de septiembre.

DE LOS DERECHOS SOCIALES A LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: EL CASO DE MÉXICO

*José Ma. Serna de la Garza**

I. Introducción

La Constitución mexicana de 1917 fue el primer instrumento normativo en su tipo que en el siglo XX estableció lo que hoy día identificamos como "derechos sociales".[1] Como se sabe, la previsión constitucional de esta clase de derechos no fue el resultado de un ejercicio teórico y conceptual, sino una respuesta a demandas muy concretas y prácticas de los amplios sectores de la población mexicana que habían participado en el movimiento político, social y militar conocido como la Revoución mexicana, iniciada en 1910. Quienes aprobaron la Constitución mexicana de 1917 jamás emplearon el término de "derechos sociales". Lo que hicieron

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicos de la UNAM y profesor en la Facultad de Derecho de esa misma universidad. Presidente de la sección mexicana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Correo: josemar@unam.mx .

1 No debemos olvidar como un antecedente importante de este tipo de derechos, lo establecido por los artículos 21 y 22 de la Constitución francesa de 1793: "Artículo 21. Las ayudas públicas son una deuda sagrada. La sociedad debe la subsistencia a los ciudadanos desgraciados, ya sea procurándoles trabajo, ya sea proporcionando los medios de existencia a lo que no estén en condiciones de trabajar." Y "Artículo 22. La instrucción es una necesidad para todos. La sociedad debe favorecer con todas sus fuerzas los progresos de la razón pública, y poner la instrucción al alcance de todos los ciudadanos."

consistió en dar expresión en el más alto nivel normativo a las necesidades de las clases trabajadoras de la ciudad y, sobre todo, del campo mexicano.

La "cuestión agraria" o el "problema agrario" fue central en todo este proceso. Los ejércitos revolucionarios estuvieron compuestos principalmente por campesinos, muchos de los cuales eran indígenas. Las razones de sus demandas se encuentran en el proceso de despojo de tierras, aguas y bosques, ocurrido en la segunda mitad del siglo XIX a raíz de una serie de leyes de corte liberal-individualista cuyo ideal era adjudicar a los indígenas en lo individual el pleno dominio de parcelas que ya poseían en comunidad.[2] El efecto de estas leyes, entre las que destaca la Ley de Desamortización de Bienes de la Iglesia y de Corporaciones, de 25 de junio de 1856, consistió en transferir las propiedades de la Iglesia y de las comunidades indígenas a manos de unos pocos particulares, concentrándose así la propiedad de la tierra y formándose los grandes latifundios.

Ahora bien, después de un acalorado debate, el constituyente de 1917 estableció en el artículo 27 de la nueva Constitución una serie de bases relativas a lo que en México se conoció como la Reforma Agraria, es decir, la expropación de los grandes latifundios, para su reparto entre los campesinos sin tierra, muchos de los cuales eran indígenas.

Diversas disposiciones del artículo 27 original se refieren a formas de organización de pueblos y comunidades indígenas, sin mencionar expresamente la palabra "indígena". Por ejemplo, en la fracción VI de dicho artículo se estableció que:

"VI.- Los **condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal**, tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan o que se les haya io restituyeren, conforme a la ley de 6 de enero de 1915; entre tanto la ley determina la manera de hacer el repartimiento únicamente de las tierras."[3]

Asimismo, en el párrafo 3º del artículo 27 original de la Constitución de 1917 se dispuso que:

2 Contreras Pérez, Claudia Elizabeth et al., *La Constitución de 1917: la cuestión indígena*, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados LXIII Legislatura / Congreso de la Unión, Primera edición pdf (en línea), julio de 2018, p. 22.

3 El énfasis es nuestro.

"Los **pueblos, rancherías y comunidades** que carezcan de tierras y aguas, o no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, respetando siempre la pequeña propiedad."[4]

Finalmente, en la fracción VIII de dicho artículo se declararon nulas:

"a. Todas las enajenaciones de tierras, aguas y montes pertenecientes a los **pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades**, hechas por los jefes políticos, gobernadores de los Estados, o cualquiera otra autoridad local, en contravención a lo dispuesto en la ley de 25 de junio de 1856 y demás leyes y disposiciones relativas;

b. Todas las concesiones, composiciones o ventas de tierras, aguas y montes hechas por las Secretarías de Fomento, Hacienda o cualquiera otra autoridad federal, desde el día 1o. de diciembre de 1876 hasta la fecha, con las cuales se hayan invadido y ocupado ilegalmente los ejidos, terrenos de común repartimiento, o cualquiera otra clase pertenecientes a los **pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades y núcleos de población**"[5]

Ahora bien, la Constitución mexicana de 1917 sólo consideró a los pueblos y comunidades indígenas en tanto campesinos y propietarios de tierras, aguas y bosques bajo la modalidad de propiedad comunal, pero no los reconoció en toda su profundidad como pueblos con una cultura, identidad e instituciones, distintas a las de la población no indígena. Tampoco les consideró como pueblos y comunidades que han sufrido discriminación histórica y estructural, lo que ha contribuido a perpetuar su situación de vivir en pobreza, cuando no en pobreza extrema.

Asimismo, el reparto de tierras en el marco de la Reforma Agraria mexicana no fue suficiente para sacar a las masas campesinas, indígenas y no indígenas, de la pobreza. Para decirlo de manera sumamente resumida, el modelo de desarrollo económico adoptado durante el siglo XX en México privilegió el desarrollo y el crecimiento industrial, por encima del desarrollo y crecimiento en el sector rural.

Estas circunstancias, acumuladas a lo largo de décadas, son las que llevaron en 1994 a la declaración de guerra del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en contra del gobierno mexicano, demandando,

4 El énfasis es nuestro.

5 El énfasis es nuestro.

"trabajo, tierra, vivienda, alimentación, salud, educación, independencia, libertad, democracia, justicia y paz".[6]

Parte de la respuesta del gobierno federal para atender las demandas del EZLN y desactivar una situación tan complicada que amenazaba la estabilidad y el orden en el país entero, fue la aprobación de una reforma constitucional en la que se establecieron múltiples reglas y principios relativos a los pueblos originarios.[7] Por ejemplo, se estableció en el artículo 2º de la CPEUM que "La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas."

Asimismo, con dicha reforma la CPEUM reconoce la existencia y operación de los sistemas normativos y de justicia de los pueblos indígenas en su artículo 2.A.II en los siguientes términos:

"A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes."

Sin embargo, en la práctica la coexistencia de sistemas normativos estatales y no estatales (indígenas) ha estado plagada de dificultades y

6 EZLN, Primera Declaración de la Selva Lacandona, 1 de enero de 1994.

7 Resulta pertinente explicar que actualmente la población total de México es de 128 millones de personas. De ese total, la población indígena representa alrededor del 20% (23.2 millones de personas). Para efectos de comparación, podemos recordar que la población total de los Países Bajos es de 18 millones de personas; la de Bélgica alcanza los 12 millones de personas y la de Chile, 20 millones de personas. Lo anterior nos da una idea del tamaño de la poblacion indígena en México, que es más grande que la población total de muchos países en el mundo.

tensiones, la más importante de las cuales deriva de la resistencia de los actores e instituciones estatales a aceptar que no tienen el monopolio de la creación y aplicación del derecho en el territorio mexicano. Las fuentes de esta resistencia son múltiples y están profundamente arraigadas en las estructuras sociales, económicas y culturales de mi país; fuentes que encuentran sus orígenes en el colonialismo y en el proceso de construcción del Estado-nación ocurrido durante el siglo XIX y que pueden identificarse con los siguientes conceptos: eurocentrismo, racismo, discriminación, monismo jurídico, nacionalismo y liberalismo individualista.

Ahora bien, antes de avanzar en nuestra exposición, cabe señalar que en México no existe un único sistema normativo indígena. Por el contrario, existen muchos, cuyas características, alcances y grado de autonomía varían en función de la presencia y fortaleza de las instituciones estatales en las distintas regiones del país, así como de la fuerza e historia de resistencia y organización de los numerosos pueblos indígenas distribuidos en el territorio mexicano.[8]

Además, también debemos mencionar que, como informa Juan-Martínez, en México existe una tendencia a criminalizar a quienes reciben el mandato de la autoridad comunitaria indígena (normalmente su asamblea) para imponer una sanción (por ejemplo, de arresto, prisión o multas).[9] En muchos casos, se presentan denuncias penales contra estas personas, por delitos como «usurpación de funciones», «privación ilegal de la libertad» o «secuestro». Asimismo, existe un prejuicio contra los sistemas de justicia indígena, según el cual estos siempre violan derechos humanos.[10]

A pesar de esta resistencia, los sistemas normativos y judiciales estatales y no estatales (indígenas) coexisten, y a menudo tienen que hacer frente a los conflictos que surgen de esta situación. Para resolver estos

8 Sierra, María Teresa, "La renovación de la justicia indígena en tiempos de derechos: etnicidad, género y diversidad", *Visiting Resource Professor Papers LLILAS*, The University of Texas at Austin, 2007. Disponible en: https://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/4104/sierra.pdf;sequence=2 .

9 Sieder, Rachel, "Indigenous Sovereignties in Guatemala: Between Criminalization and Revitalization", *NACLA Report on the Americas*, vol. 49, no. 3, p. 371.

10 Juan-Martínez, Víctor Leonel, "Justicia comunitaria: su ámbito territorial" in Cordero Aguilar, Luis Enrique and Juan-Martínez, Víctor Leonel, (eds.), *Jurisdicción indígena, entre la Asamblea y la Corte: caso San Cristóbal Suchixtlahuaca, Oaxaca*, Poder Judicial del Estado de Oaxaca and Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas, 2021, p. 92.

conflictos, tienen que enfrentarse a varios tipos de desafío. El objetivo del presente ensayo es analizar dichos desafíos, mismos que pueden agruparse en tres categorías:

1. Desafío de la justificación: ¿qué justifica la existencia y el funcionamiento de los sistemas judiciales no estatales? Como veremos, la justificación está vinculada a la noción de igualdad sustantiva.
2. Desafío teórico-conceptual: ¿cómo puede una democracia liberal (con su enfoque monista del sistema jurídico y de la organización del Estado) acomodar conceptual y constitucionalmente la realidad sociológica de la pluriculturalidad y la plurietnicidad?
3. Desafío de la coordinación entre los sistemas judiciales estatales y no estatales: este reto se refiere a encontrar fórmulas para la asignación de competencias, las normas para la definición de qué derecho es aplicable en qué circunstancias y el alcance y los límites de las jurisdicciones estatales y no estatales.

En lo que sigue nos referiremos brevemente a algunos aspectos relevantes relacionados con estos tres desafíos, para posteriormente examinar una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en la que se aborda gran parte de la problemática derivada de los mismos.

II. El desafío de la justificación

La justificación del reconocimiento de los sistemas normativos y de justicia de los pueblos indígenas en México tiene que ver con el derecho a la igualdad. De inicio, debemos aclarar que por razones de espacio no entraremos en este ensayo a una discusión profunda sobre los distintos significados que puede tener el derecho a la igualdad (el cual ha sido calificado por quien fuera presidente de la Corte Suprema de Canadá como "el más difícil de los derechos").[11] Nos limitaremos a contrastar las nociones de igualdad formal y de igualdad sustantiva, para argumentar que la segunda es la que sirve de base para el reconocimiento al que nos hemos referido.

11 McLachlin, Beverly, "Equality: The Most Difficult Right", *The Supreme Court Law Review*, Osgoode's Annual Constitutional Cases Conferences, Vol. 14, 2001.

1. Igualdad formal

Según esta noción sobre la igualdad, las características físicas o individuales de una persona, su pertenencia a un grupo, su color, su cultura y su etnia deben considerarse irrelevantes a la hora de determinar si tiene derecho a alguna ganancia o beneficio social.[12] De acuerdo con el principio de igualdad formal, el derecho del Estado es aplicado a los pueblos indígenas igual que al resto de la población. Sin embargo, tratar a todos por igual no conduce necesariamente a la igualdad. La igualdad formal no es capaz de abordar situaciones en las que la igualdad de trato afianza desigualdades precedentes.[13]

Además, cabe observar que bajo la concepción de igualdad formal, el derecho igualmente aplicado a todos, indígenas y no indígenas, históricamente ha sido percibido por los primeros como un derecho ajeno, que no era de ellos, lo cual ha implicado ser juzgados de acuerdo a normas y procedimientos que ni siquiera comprenden.[14]

2. Igualdad sustantiva

La igualdad sustantiva puede entenderse como el fomento de la igualdad de oportunidades a través de cuatro funciones principales: Reparar la desventaja (la dimensión redistributiva); abordar la estigmatización, los prejuicios, los estereotipos y la violencia (la dimensión de reconocimiento); permitir la participación y dar voz a los desfavorecidos (la dimensión participativa); y dar cabida a la diferencia a través del cambio estructural (la dimensión transformadora).[15]

Por su parte, para Nancy Fraser, la justicia y la igualdad (sustantiva) exigen hoy tanto *redistribución* como *reconocimiento*. Abundando en su conceptualización, Fraser identifica dos tipos de injusticia en las sociedades modernas. Un primer tipo es la injusticia socioeconómica, que tiene sus

12 Danley, John R., "Liberalism, Aboriginal Rights, and Cultural Minorities", *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 20, No. 2, 1991, 170.

13 Fredman, Sandra, "Substantive equality revisited", *International Journal of Constitutional Law*, 2016, vol. 14, no 3, p. 720

14 Cabedo Mallol, Vicente José, "El Pluralismo Jurídico en Iberoamérica: Los Sistemas Jurídicos Indígenas Vs. Los Sistemas Jurídicos Estatales", *Derecho y Sociedad*, No. 16, 2001, p. 315.

15 Fredman, *op. cit*., p. 727.

raíces en la estructura político-económica de la sociedad (ejemplos son la explotación, la marginación económica y la privación). Un segundo tipo es la injusticia cultural o simbólica, que incluye la dominación cultural, el no reconocimiento y la falta de respeto de determinados grupos de la sociedad.[16]

Asimismo, para esta autora se pueden diseñar diferentes tipos de remedios para abordar estos dos tipos de injusticias: El remedio para la injusticia económica es algún tipo de reestructuración político-económica ("Redistribución"). El remedio para la injusticia cultural, por el contrario, es algún tipo de cambio cultural o simbólico. Esto podría implicar una revalorización de las identidades menospreciadas y de los productos culturales de los grupos difamados y una valorización positiva de la diversidad cultural. Nancy Fraser utiliza el término genérico de "reconocimiento" para referirse a los remedios de la injusticia cultural.[17]

Siguiendo la propuesta de Fraser, nosotros podemos decir que la igualdad sustantiva respecto de los pueblos indígenas, exige el reconocimiento de su cultura y de su identidad. A su vez, esto incluye el reconocimiento de sus sistemas normativos y de justicia.

III. Desafío teórico-conceptual

Tras la independencia y, en particular, tras el triunfo de las ideologías liberales a partir de mediados del siglo XIX, en las nuevas repúblicas latinoamericanas se establecieron sistemas jurídicos basados en el principio del monismo jurídico. Esto significaba de hecho que no había reconocimiento *de jure* de regímenes especiales o esferas jurídicas semiautónomas para la población indígena. Sin embargo, el pluralismo jurídico siguió existiendo *de facto*.[18]

Para la visión del monismo jurídico, todas las personas nacen iguales y están sujetas de la misma manera a las mismas normas jurídicas. De este modo, a todos los sujetos se les asignaba la misma posición formal ante

16 Fraser, Nancy, "From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a 'post-socialist' age", *New Left Review*, 212, July-August, 1995.

17 *Ibid*., p.

18 Sieder, Rachel and Sierra, María Teresa, "Indigenous Women's Access to Justice in Latin America", *CMI Working Paper 2010:2*, Chr. Michelsen Institute, 2010, Norway, p. 3.

el ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, cualquier distinción realizada por el ordenamiento jurídico con respecto a un determinado conjunto de personas dentro del Estado-nación, se consideraba contraria al derecho a la igualdad.[19]

Es decir, según la visión del monismo jurídico, debe haber un solo orden jurídico a nivel del Estado para proteger el principio de igualdad, la seguridad jurídica, la legalidad y la unidad política, así como para mantener el orden social y político. Las normas jurídicas deben tener un carácter general: los ciudadanos deben saber las consecuencias jurídicas de sus acciones y deben tener certeza de que las mismas reglas y principios serán aplicadas de manera similar a todos los miembros de la comunidad política.[20]

Sin embargo, a partir de los años ochenta las cosas empezaron a cambiar en América Latina con respecto a la concepción monista del Estado y su sistema jurídico. María Teresa Sierra identifica factores como las presiones de las organizaciones de pueblos indígenas, la aparición de un nuevo marco jurídico internacional que reconocía los derechos de los pueblos indígenas y la influencia de las instituciones multilaterales internacionales y de los donantes que alentaron y apoyaron las reformas y la modernización de los Estados.[21] De esta manera, se empezaron a dar reformas constitucionales en muchos países de la región, tendientes a reconocer los derechos de los pueblos indígenas.

Yrigoyen describe de la siguiente manera los diferentes ciclos de reforma relativos a los derechos de los pueblos indígenas en América Latina entre las décadas de 1980 y 2000.[22] Para esta autora, el primer ciclo que denomina de *constitucionalismo multicultural* (1982-1988) tuvo su origen en la emergencia del multiculturalismo en los años ochenta del siglo XX.

19 Cossío Díaz, José Ramón, *Los Problemas del Derecho Indígena en México*, CNDH, México, 2003, p. 22.

20 Bonilla Maldonado, Daniel, "Extralegal Property, Legal Monism, and Pluralism", *The University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 40, no. 2, 2009, p. 213.

21 Sierra, María Teresa, "Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad", *Revista del Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos*, vol. 41, 2005, p. 287.

22 Yrigoyen Fajardo, Raquel Z., "Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista", en Ahrens, Helen (compiladora), *El Estado de derecho hoy en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, 2012, pp. 171-183.

Sin embargo -apunta la referida autora- este ciclo no llegó a reconocer *de jure* los sistemas normativos y de justicia que *de facto* existían en muchos países de la región (es decir, no se reconoció el pluralismo jurídico). Más bien, se limitó a introducir el concepto de diversidad cultural en varias constituciones latinoamericanas, es decir, a reconocer la configuración multicultural y multilingüística de la sociedad.

En el segundo ciclo, que Yrigoyen identifica con el concepto de *constitucionalismo pluricultural* (1989-2005), además de los cambios introducidos por el ciclo anterior, un buen número de constituciones de países latinoamericanos desarrollaron el concepto de nación multiétnica o multicultural, así como la noción de Estado pluricultural, apuntando hacia una redefinición del Estado. También se introdujeron distintas versiones del pluralismo jurídico, es decir, el reconocimiento constitucional de los sistemas normativos y de justicia de los pueblos indígenas dentro de los Estados-nación existentes.

El tercer ciclo, que Yrigoyen identifica con el concepto de *constitucionalismo plurinacional* (2006-2009), tuvo lugar luego de la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). En este ciclo, como resultado de los procesos constituyentes de dos Estados andinos (Ecuador 2008 y Bolivia 2009), se reconoció que los pueblos indígenas constituyen naciones o nacionalidades originarias que, haciendo un nuevo pacto de Estado, conforman un Estado plurinacional.

Ahora bien, un primer reto conceptual que plantean estos ciclos de reformas constitucionales, se encuentra en aceptar y asimilar la idea y la realidad de la existencia de un pluralismo jurídico, en lugar del monismo jurídico imperante en la región latinoamericana hasta hace relativamente poco tiempo; pluralismo jurídico que se puede definir como una situación en la que coexisten dos o más sistemas jurídicos-normativos en el mismo ámbito social.[23]

Por otro lado, si aceptamos la noción del pluralismo jurídico, debemos también buscar una definición diferente del derecho, porque el derecho estatal ya no está solo, sino que coexiste con el derecho producido por instancias no estatales (como lo son las de los pueblos indígenas). En este

23 En América Latina, el pluralismo jurídico implica la existencia de autoridades, sistemas normativos y de justicia de los pueblos indígenas, diferenciados de las autoridades, sistema normativo y de justicia del Estado.

sentido, el derecho ya no debería concebirse como un conjunto de normas producidas y aplicables por el Estado, que rigen la relación entre el Estado y sus ciudadanos y entre un ciudadano y otro, y que regulan el gobierno del Estado. Más bien, el pluralismo jurídico implicaría una definición intercultural[24] del derecho, que pueda ser válida y aplicable en diferentes contextos culturales.[25]

Oscar Correas ofrece un ejemplo de ese tipo de definición. Para este autor, el derecho es un conjunto de normas respaldadas con poder coercitivo y producidas por funcionarios autorizados.[26] A su vez, esta concepción implica el reconocimiento de que puede haber diversas formas en que diferentes comunidades autorizan a algunos de sus miembros a producir normas y a hacerlas cumplir mediante diversos métodos de ejercicio de la violencia física o simbólica.

Otro reto conceptual en la construcción de este nuevo esquema, es el que plantea el concepto de la interculturalidad, el cual se basa en el reconocimiento de la diversidad y la diferencia culturales, con objetivos de inclusión en la estructura social establecida y que pretende fomentar el diálogo, la convivencia y la tolerancia entre las distintas culturas.[27]

Cabe señalar que el artículo 4.8 de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (20 de octubre de 2005) establece que la «interculturalidad» se refiere a la existencia e interacción equitativa de diversas culturas y a la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas mediante el diálogo y el respeto mutuo. Asimismo, el artículo 2.3 de esa misma Convención establece el principio de igual dignidad y respeto a todas las culturas, al disponer que: «La protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales presuponen el reconocimiento de la igual dignidad de todas las

24 Más adelante en este ensayo nos referiremos al concepto de interculturalidad.

25 de Sousa Santos ha emprendido esta tarea en diversos trabajos. Por ejemplo, ver Sousa Santos, Boaventura de, "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law", *Journal of Law and Society*, Vol. 14, No. 3, Autumn, 1987, p. 298.

26 Correas, Oscar, "La Teoría General del Derecho frente al Derecho Indígena", *Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, México, 1994, p. 26.

27 Tubino, Fidel, "La interculturalidad crítica como proyecto ético-político", en: *Encuentro continental de educadores agustinos*. Lima, 24-28 de enero de 2005.

culturas y el respeto de ellas, comprendidas las culturas de las personas pertenecientes a minorías y las de los pueblos autóctonos.»

El concepto de interculturalidad es importante, porque permite generar un espacio de entendimiento entre los sistemas normativos y de justicia estatales y no estatales (entendiendo por estos últimos los que existen en el seno de los pueblos indígenas).

IV. El desafío de la coordinación

El pluralismo jurídico al que hemos hecho referencia en el apartado anterior genera la necesidad de regular las relaciones entre los sistemas normativos y de justicia que coexisten. En este contexto surge otro concepto que ha servido para explicar las complejas relaciones que se dan entre ambos sistemas. Se trata del concepto de interlegalidad, el cual se refiere al proceso social de interpenetración de diversos espacios jurídicos en un mismo espacio geográfico. Por ejemplo, el derecho indígena y el derecho estatal coexisten en un mismo espacio geográfico, produciendo una justicia mixta e híbrida.[28]

Esto significa que la autonomía de los pueblos indígenas no se traduce en que éstos se repliegan sobre sí mismos, encerrándose en una especie de gueto cultural completamente aislado del mundo exterior. Al contrario, la interlegalidad significa que el derecho estatal y el no estatal, e incluso el internacional, se superponen y se influyen mutuamente de diferentes maneras.[29]

Como ya sugerimos líneas arriba, el concepto clave para ordenar este complejo esquema normativo e institucional es el de reconocimiento. En otras palabras, el pluralismo jurídico, es decir, la coexistencia de sistemas normativos y de justicia estatales y no estatales en América Latina, se establece a través del reconocimiento que los primeros hacen de los segundos.

---

28 Hoekema, André J., "Interlegalidad y reconocimiento estatal del derecho y la justicia comunal" in Guevara Gil, Armando and Gálvez Rivas, Aníbal (eds.), *Pluralismo Jurídico e Interlegalidad, Textos Esenciales*, PUCP, Lima, 2014, p. 425.

29 Sierra, María Teresa, "La renovación de la justicia indígena en tiempos de derechos: etnicidad, género y diversidad", *Visiting Resource Professor Papers LLILAS*, The University of Texas at Austin, 2007. Disponible en:

https://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/4104/sierra.pdf;sequence=2 .

Yrigoyen explica que las constituciones de los países latinoamericanos utilizan el verbo "reconocer" en la medida en que no están "creando" la situación de diversidad cultural, sino reconociéndola. Es decir, están asumiendo oficialmente la preexistencia de los pueblos indígenas frente a la negación histórica de sus sistemas jurídico-normativos y de justicia.[30]

Sin embargo, el grado de reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas varía mucho de un país a otro. De hecho, María Teresa Sierra afirma que el constitucionalismo multicultural en los países latinoamericanos debe considerarse como un continuo entre dos polos que va desde una versión limitada del pluralismo jurídico hasta el reconocimiento del carácter plurinacional del Estado.[31] Siguiendo el análisis de Sierra, México representa una versión del pluralismo jurídico limitado; Colombia representa una versión de un pluralismo jurídico más amplio[32] y Bolivia una versión de un pluralismo jurídico aún más amplio basado en la noción del carácter plurinacional del Estado.

Ahora bien, el reconocimiento implica una condición: los sistemas jurídicos indígenas deben ser compatibles con lo que el orden constitucional estatal considera sus normas y principios fundamentales: por ejemplo, los derechos humanos.

Tanto el derecho internacional como el derecho constitucional de los países latinoamericanos que reconocen los sistemas jurídicos y de justicia de los pueblos indígenas, establecen un requisito de compatibilidad entre estos últimos y el orden normativo estatal. Por ejemplo, el artículo 8 del Convenio nº 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales de 1989 establece que:

30 Yrigoyen Fajardo, Raquel, "Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos, *El Otro Derecho*, no. 30, Bogotá, 2004, p. 173-174.

31 Sierra, María Teresa, "Indigenous women fight for justice: gender rights and legal pluralism in Mexico", in Sieder, Rachel and McNeish, John Andrew (eds.), *Gender Justice and Legal Pluralities: Latin American and African Perspectives*, Routledge, UK, 2013, p. 58.

32 La diferencia entre México y Colombia en este aspecto se encuentra en las distintas formas de entender lo que líneas abajo denominamos el "parámetro de compatibilidad" para medir el alcance y amplitud de los sistemas normativos y de justicia indígenas.

"1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, **siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos**. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio."[33]

En el caso de México ya citamos el artículo 2.A.II de la CPEUM, en el cual se frasea el requisito de la comptibilidad en los siguientes términos: los pueblos y comunidades indígenas tienen autonomía para aplicar "sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes."

Como puede apreciarse, en México la CPEUM habla de "procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes" para verificar si los sistemas normativos y de justicia de los pueblos indígenas son o no compatibles con los principios generales de la propia Constitución, las garantías individuales, los derechos humanos y la dignidad e integridad de las mujeres. Y por supuesto, si dichos jueces o tribunales determinan que alguna decisión tomada por las autoridades de justicia indígena son incompatibles con lo que podriamos denominar el "parámetro de compatibilidad", la implicación es que podrían invalidarla. En otras palabras, la relación entre los tribunales estatales y los sistemas de justicia no estatales (indígenas) es jerárquica, ya que los primeros pueden revisar e invalidar las decisiones de los segundos.

Por otro lado, es preciso explicar que en México la potestad para establecer los procedimientos de validación (o invalidación) arriba referidos, no pertenece al Congreso de la Unión (federal), sino a las legislaturas de las entidades federativas. Esto significa que no hay un procedimiento

33 El énfasis es nuestro.

de validación nacional, sino 32, que es el número de entidades federativas existentes en el sistema federal mexicano. Cabe señalar que no todas las entidades federativas han regulado estos procedimientos de manera adecuada, e incluso en algunas de ellas ni siquiera se ha cumplido con el mandato constitucional de establecer dichos procedimientos.

En este escenario, destaca el Estado de Oaxaca, que ha sido de los que han dado pasos más firmes y mejor diseñados en el sentido indicado por el artículo 2.A.II de la CPEUM. En el siguiente apartado de este ensayo, nos referiremos brevemente a un caso que fue resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), que involucró al sistema normativo y de justicia de una comunidad indígena y a la Sala de Justicia Indígena del Tribunal Superior de Justicia, ambos de dicho Estado.

V. El Amparo Directo 6/2018 Caso San Cristóbal Suchixtlahuaca, Estado de Oaxaca

Los hechos del caso pueden resumirse de la siguiente manera: docenas de cabras propiedad de un miembro (Juan "N") de una comunidad indígena destruyeron (se comieron) la mayoría de los árboles y plantas ubicados en un área protegida de la comunidad. Ante esta situación, las autoridades de la comunidad impusieron multas y arresto a Juan "N", así como el embargo temporal de las cabras, de acuerdo con el derecho consuetudinario de la comunidad. Por su parte, Juan "N" acusó a las autoridades de la comunidad, por la comisión de los delitos de «abuso de autoridad», «privación ilegal de la libertad personal» y «robo de ganado» (vale decir que este es un ejemplo de criminalización de la justicia indígena a lo que aludimos en la primera sección de este ensayo).

Dada la acusación, un fiscal de Oaxaca presentó cargos penales contra los líderes de la comunidad indígena, mismos que interpusieron una acción ante la Sala de Justicia Indígena del Tribunal Superior de Justicia de Oaxaca, buscando la validación de sus decisiones. Eventualmente, dicha Sala validó las decisiones de las autoridades de justicia de la comunidad indígena, ordenando al fiscal el sobreseimiento de la causa penal y la declinación de competencia a favor de la «jurisdicción especial indígena». Contra esta decisión, Juan "N" interpuso una acción de amparo ante la justicia federal y solicitó a la Primera Sala de la SCJN atraer el caso, lo cual esta aceptó, al considerar que el mismo abría una oportunidad para que esta Alta Corte

elaborara una doctrina constitucional para definir el contenido y el alcance de la «jurisdicción especial indígena», no sólo en Oaxaca, sino en todo el país.

De esta suerte, la Primera Sala de la SCJN buscó responder la siguiente pregunta: ¿Fue correcto que la Sala de Justicia Indígena considerara que los hechos juzgados por la comunidad indígena en el caso mencionado corresponden a la "jurisdicción especial indígena" y no a los tribunales estatales?

Para responder a esta pregunta, la Primera Sala de la SCJN desarrolló una doctrina compuesta por los "elementos, principios y límites que a criterio de esta Corte rigen a la jurisdicción especial indígena, los cuales, además, permitirán a las autoridades del Estado central evaluar cuándo se encuentran ante un caso cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción especial indígena, o bien, a la jurisdicción ordinaria." En apretado resumen, la Primera Sala de la SCJN razonó que para que un juzgador determine estar ante un supuesto cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción especial indígena, se requiere la concurrencia de una serie de elementos o factores que se deben analizar en un caso concreto por parte de las autoridades del Estado central –jurisdicción ordinaria– en aras de determinar que estamos ante un caso cuyo conocimiento corresponde a la "jurisdicción especial indígena". Dichos factores son los siguientes: a) personal; b) territorial; c) objetivo; y d) institucional, mismos que reseñamos a continuación tal y como están desarrollados en la sentencia respectiva.

a) Factor personal:

El juez debe estudiar en primer lugar si la persona a la que se atribuye un hecho o delito pertenece o no a una comunidad o pueblo indígena. También debe determinarse si todas las personas involucradas pertenecen o no a la comunidad indígena.

En su sentencia, la Primera Sala de la SCJN indicó que en relación con el factor personal, los puntos centrales que orientarán a los operadores de la justicia cuando tengan que estudiarlo en un caso concreto serán los siguientes: 1) los usos y costumbres de las culturas involucradas, 2) el grado de aislamiento de la persona indígena y/o de la comunidad frente a la cultura mayoritaria, y, 3) la afectación del individuo frente a la sanción. Indica además la Primera Sala que estos parámetros deberán ser evaluados detalladamente por los juzgadores dentro de los límites de la equidad, la razonabilidad y la sana crítica.

Por otro lado, manifiesta la Primera Sala que cuando en una controversia o conflicto se encuentra implicada una persona indígena o una comunidad indígena y un sujeto no indígena, este elemento será evaluado por los juzgadores conforme al caso concreto en concordancia con el resto de los factores y de acuerdo, entre otras, a las siguientes circunstancias: que los supuestos de hecho estén o no consagrados en ambos sistemas jurídicos, que los sujetos no indígenas implicados en la controversia tengan los conocimientos básicos acerca de las costumbres de la comunidad indígena en la que se suscitaron los acontecimientos y por último, si el sujeto no indígena desea someterse a alguna jurisdicción en especial, al encontrarse la conducta regulada en ambas jurisdicciones.

b) Factor territorial

Este elemento implica valorar si los sucesos o eventos a juzgar ocurrieron dentro del ámbito territorial de un pueblo o comunidad indígena, pues para determinar la potestad jurisdiccional de las autoridades indígenas es decisiva, además de la cuestión personal, la conexión particular que tienen estos pueblos con sus territorios. El territorio es el espacio geográfico donde las comunidades o pueblos indígenas están legitimados para ejercer su autoridad, por lo que este comprende la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera, e incluye, dentro de los derechos territoriales a las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por aquellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. En la sentencia se afirma que la noción de "territorio" no se agota en la acepción geográfica, sino debe entenderse también como el ámbito donde la comunidad indígena despliega su cultura. Esto significa, que el espacio vital de las comunidades en algunos supuestos no va a coincidir con los límites geográficos de su territorio, por lo que un hecho ocurrido por fuera de esos límites podría ser resuelto también por las autoridades indígenas por motivos culturales.

c) Factor objetivo

Consiste en que, si bien los pueblos indígenas pueden aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, con libre determinación y autonomía, lo cierto es que para ello es importante estudiar que el bien jurídico presuntamente afectado tenga que ver

con un interés de la comunidad indígena o con un miembro de ella, o bien, con la sociedad mayoritaria o un miembro de esta.

d) Factor institucional

Consiste en estudiar la existencia de autoridades, usos y costumbres, así como de procedimientos tradicionales dentro de la comunidad indígena. Dicho de otro modo, el juzgador deberá verificar, además de lo anterior, si existe un derecho indígena consuetudinario vigente en la comunidad.

En la sentencia, la Primera Sala indica que los juzgadores deben tomar en consideración que el factor institucional se conforma de tres aspectos fundamentales que deben tomarse en cuenta conforme a cada caso: 1) la existencia de las normas de derecho consuetudinario, en aras de preservar el debido proceso en beneficio de la persona acusada de cometer una conducta; 2) la conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales de cada comunidad en materia de resolución de conflictos y, 3) la satisfacción de los derechos de las víctimas.[34]

Por último, la sentencia de la Primera Sala de la SCJN en este caso no olvidó hacer alusión a los límites al ejercicio de la jurisdicción especial indígena, misma que debe respetar los principios generales contenidos en la Constitución Federal, sus garantías individuales, los derechos humanos y, especialmente, la dignidad e integridad de las mujeres.

Como consecuencia de todo lo anterior, la Primera Sala de la SCJN consideró que la Sala de Justicia Indígena de Oaxaca estuvo en lo correcto al determinar que los hechos materia de debate en el caso referido correspondían a la jurisdicción especial indígena, debido a que derivó de un hecho acontecido entre personas de una comunidad indígena, en un territorito que corresponde a dicho pueblo, el cual cuenta con autoridades tradicionales, que ejercen su autoridad en un ámbito territorial específico; con base en

34 En el Amparo Directo en Revisión 5465/2014, al evaluar la aplicabilidad del derecho consuetudinario indígena a un caso específico, la Primera Sala de la SCJN sostuvo que era necesario que la autoridad jurisdiccional tuviera documentado a través de un peritaje antropológico, o con cualquier medio lícito, la cultura de las personas, pueblos o comunidades involucrados; la forma en que se gobiernan; las normas que los rigen; las instituciones que les sustenten, los valores que suscriben, la lengua que hablan y su significado, ello con el objeto de poderlos aplicar en la materia del juicio respectivo. Tal directriz es aplicable para supuestos en los cuales deba determinarse si un caso es o no competencia de la jurisdicción especial indígena.

usos y prácticas tradicionales existentes, tanto en lo sustantivo como en lo procesal; y, que esos usos y prácticas no resultan contrarios a los derechos humanos y las garantías para su protección, previstos en la Constitución Federal y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos de los que el Estado Mexicano es parte. Por estas razones, determinó la Primera Sala de la SCJN que los conceptos de violación invocados por el quejoso resultaban infundados, y por ello se le negó el amparo.

VI. Reflexiones finales

En la mayor parte de México persiste la resistencia a reconocer los sistemas jurídicos-normativos y de justicia de los pueblos indígenas. De las 32 entidades federativas que forman parte de la federación mexicana, sólo algunas cuentan con mecanismos adecuados para «validar» las decisiones de los sistemas de justicia indígena (en términos del art. 2.A.II de la Constitución mexicana).

La criminalización/demonización de los sistemas de justicia indígena sigue siendo un problema en muchas partes del país. Sin embargo, diversas decisiones de la SCJN han abierto la posibilidad de encontrar un mejor equilibrio en la coexistencia de sistemas jurídico-normativos y de justicia estatales y no estatales (indígenas).

En dichas decisiones, una de las cuales fue objeto de análisis en el presente ensayo, la SCJN ha abordado la problemática derivada de los desafíos relativos a la justificación de la co-existencia de sistemas jurídico-normativos estatales y no estatales (indígenas); los relativos a cuestiones teórico-conceptuales surgidas del reconocimiento del pluralismo jurídico, así como los retos vinculados con la necesidad de encontrar fórmulas de coordinación entre ambos sistemas.

VII. Bibliografía

Bonilla Maldonado, Daniel, "Extralegal Property, Legal Monism, and Pluralism", *The University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 40, no. 2, 2009.

Cabedo Mallol, Vicente José, "El Pluralismo Jurídico en Iberoamérica: Los Sistemas Jurídicos Indígenas Vs. Los Sistemas Jurídicos Estatales", *Derecho y Sociedad*, No. 16, 2001.

Contreras Pérez, Claudia Elizabeth et al., *La Constitución de 1917: la cuestión indígena*, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados LXIII Legislatura / Congreso de la Unión, Primera edición pdf (en línea), julio de 2018.

Correas, Oscar, "La Teoría General del Derecho frente al Derecho Indígena", *Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, México, 1994.

Cossío Díaz, José Ramón, *Los Problemas del Derecho Indígena en México*, CNDH, México, 2003.

Danley, John R., "Liberalism, Aboriginal Rights, and Cultural Minorities", *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 20, No. 2, 1991.

EZLN, Primera Declaración de la Selva Lacandona, 1 de enero de 1994.

Fraser, Nancy, "From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a 'post-socialist' age", *New Left Review*, 212, July-August, 1995.

Fredman, Sandra, "Substantive equality revisited", *International Journal of Constitutional Law*, 2016, vol. 14, no 3.

Hoekema, André J., "Interlegalidad y reconocimiento estatal del derecho y la justicia comunal" in Guevara Gil, Armando and Gálvez Rivas, Aníbal (eds.), *Pluralismo Jurídico e Interlegalidad, Textos Esenciales*, PUCP, Lima, 2014.

Juan-Martínez, Víctor Leonel, "Justicia comunitaria: su ámbito territorial" en Cordero Aguilar, Luis Enrique and Juan-Martínez, Víctor Leonel, (eds.), *Jurisdicción indígena, entre la Asamblea y la Corte: caso San Cristóbal Suchixtlahuaca, Oaxaca*, Poder Judicial del Estado de Oaxaca and Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas, 2021.

McLachlin, Beverly, "Equality: The Most Difficult Right", *The Supreme Court Law Review*, Osgoode's Annual Constitutional Cases Conferences, Vol. 14, 2001.

Sieder, Rachel and Sierra, María Teresa, "Indigenous Women's Access to Justice in Latin America", *CMI Working Paper 2010:2*, Chr. Michelsen Institute, Noruega, 2010.

Sieder, Rachel, "Indigenous Sovereignties in Guatemala: Between Criminalization and Revitalization", *NACLA Report on the Americas*, vol. 49, no. 3.

Sierra, María Teresa, "Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad", *Revista del Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos*, vol. 41, 2005.

Sierra, María Teresa, "La renovación de la justicia indígena en tiempos de derechos: etnicidad, género y diversidad", *Visiting Resource Professor Papers LLILAS*, The University of Texas at Austin, 2007.

Sierra, María Teresa, "Indigenous women fight for justice: gender rights and legal pluralism in Mexico", en Sieder, Rachel and McNeish, John Andrew (eds.), *Gender Justice and Legal Pluralities: Latin American and African Perspectives*, Routledge, UK, 2013.

Sousa Santos, Boaventura de, "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law", *Journal of Law and Society*, Vol. 14, No. 3, Autumn, 1987.

Tubino, Fidel, "La interculturalidad crítica como proyecto ético-político", en: *Encuentro continental de educadores agustinos*. Lima, 24-28 de enero de 2005.

Yrigoyen Fajardo, Raquel, "Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos, *El Otro Derecho*, no. 30, Bogotá, 2004.

Yrigoyen Fajardo, Raquel Z., "Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista", en Ahrens, Helen (compiladora), *El Estado de derecho hoy en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, 2012.

CAPACITACIÓN DIGITAL: UNA NUEVA FORMA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN EL SIGLO XXI

*José María Coello de Portugal**

I.- Capacitación digital y participación política: un nuevo reto para las sociedades democráticas de la Europa del siglo XXI[1].

Afirmaba en 1878 la intelectual española y pionera del trabajo social Concepción Arenal, que *"Si es necesario que el hombre se eduque; si para educarse es preciso instruirse; si nadie puede aprender sin que se le*

* José María Coello de Portugal. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Vicerrector de la Universidad Complutense de Madrid.

1 El presente trabajo "Capacitación digital: una nueva forma del derecho a la educación en el siglo XXI", es una síntesis que reproduce parcialmente la aportación de su autor a la obra "Capacitación digital y democracia en la Unión Europea: un nuevo reto para la participación ciudadana en el siglo XXI", contenida en el libro dirigido por SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel y FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa María (Dirs.), *Reflexiones para una democracia de calidad en una era tecnológica*. Ed. Thomson Reuters – Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2021. (Págs. 135-158). El presente texto reproduce una parte de aquella aportación para ser presentada y expuesta en el marco de los trabajos del presente XIV Congreso de Derecho Constitucional celebrado en 2023 en la Universidad Católica de Santa María en la ciudad de Arequipa y debe ser leído a la luz de la mencionada aportación bibliográfica, especialmente en materia de citas de autores y referencias normativas que en el mencionado trabajo se reproducen y amplían.

enseñe, el deber de cultivar la inteligencia lleva consigo el derecho a la instrucción, porque no hay deberes imposibles"[2]. Con estas palabras reivindicaba ya en el último cuarto del siglo XIX, la necesidad de la instrucción popular y la instauración de una verdadera justicia educativa como condición necesaria para la justicia social[3]. Con tan atinadas palabras[4], destacaba esta autora la necesidad de garantizar a las personas social y económicamente menos favorecidas el acceso a la educación como antesala para el ejercicio de casi todos los derechos de ciudadanía.

La necesidad de alfabetización de los ciudadanos para construir una sociedad democrática no es una cuestión en absoluto nueva para los regímenes democráticos. Lo novedoso de la sociedad democrática del siglo XXI es que hoy se ha generado un nuevo analfabetismo tecnológico que puede condicionar severamente la evolución de las democracias e, incluso, lesionar el ejercicio de los derechos de participación de amplios sectores de la población, tanto o más que el analfabetismo lingüístico.

El contemporáneo analfabetismo digital no puede reducirse a un problema económico relacionado con la competitividad sino que esta nueva forma de exclusión constituye un grave problema social que ocasiona a cuantos lo padecen una evidente limitación en su derecho a la participación individual y colectiva en los asuntos públicos, y una enorme barrera para el ejercicio de otros muchos derechos constitucionales.

Si no se afronta con celeridad este nuevo reto educativo, la calidad de la democracia en todo el orbe se verá amenazada por una profunda brecha digital que podría expulsar del debate público a numerosos sectores de la población y, por consiguiente, amenazar su cohesión, impedir la participación a muchos en el universo digital y desvirtuar la representatividad de los debates sociales, dejando fuera del campo del juego democrático a

2 ARENAL PONTE, Concepción. *La instrucción del pueblo*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008. Pág. 29.

3 Así ha sido destacado por Martínez Arancón: *"La instrucción del pueblo, se propone abordar uno de los remedios más efectivos para el problema de la desigualdad, como es la educación, factor nivelador por excelencia y puerta por donde se accede a la plena condición de ciudadano (…)"*. MARTÍNEZ ARANCÓN, Ana. Presentación a la obra. ARENAL PONTE, Concepción. La instrucción del pueblo. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008. Pág. XXV.

4 *La instrucción del pueblo* de Concepción Arenal fue Memoria premiada de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el concurso de 1878.

un extenso conjunto de ciudadanos que, por unas u otras razones, quedan involuntaria -e inadvertidamente- excluidos del ejercicio de una larga serie de derechos de participación democrática.

El uso de la tecnología electrónica es uno de los rasgos característicos de este siglo y la revolución digital una de sus principales oportunidades para avanzar en el ideal democrático. Pero esta revolución también constituye uno de sus principales retos, lo mismo en el plano social que en el político y, en el peor de los casos, uno de los principales riesgos para mantener su cohesión. La imparable expansión de la tecnología, junto con todas sus ventajas, ha generado también algunos inconvenientes que retan la democracia representativa tal como la conocemos y que van desde la amenaza del populismo hasta la fragilización del papel de algunas de las clásicas instituciones representativas[5], el desafío para algunos derechos fundamentales o la aparición de una brutal brecha de desigualdad entre ciudadanos que, sin un remedio adecuado, pueden conducir a la fractura social.

II.- Una sola capacitación y dos derechos fundamentales: ¿derecho a la educación o derecho a la participación política?

En el siglo XXI, la adquisición de competencias digitales constituye una necesidad transversal de todos los sectores sociales y, por tanto, una nueva exigencia de los contenidos educativos ya que sin una adecuada alfabetización digital, los ciudadanos no tienen solo difícil, sino imposible, la intervención en un espacio de participación clave en la democracia del siglo XXI[6]. La capacitación digital es hoy por ello una parte esencial del contenido educativo y del proceso de socialización de cualquier sujeto.

5 *"Pero estos motivos se están quedando pequeños ante el empuje ciudadano que lleva años, cada vez con más fuerza, reivindicando acceder a los, hasta ahora, "templos sagrados" de la democracia".* En RUBIO NÚÑEZ, Rafael. "Knocking on the Parliaments door (Parlamentos digitales en la era de la participación)". En RUBIO NÚÑEZ, Rafael (coord.) Parlamentos abiertos. Tecnología y redes para la democracia. Col. Cuadernos del Congreso de los Diputados. Número 9. Ed. Congreso de los Diputados. Pág. 391.

6 *"La movilización y el activismo en el ecosistema digital, que se enmarca en un contexto de grave crisis de legitimidad de la representación política formal, comparte con los movimientos sociales clásicos el compromiso, la base ideológica, la agrupación, la movilización y la acción. Es decir, un marco de acción colectiva que construye un sentido que inspira y llena de contenido las acciones del movimiento social. Se trata de un nosotros frente a un otros, un sentimiento de oposición desde la base hacia los centros de poder".*

No obstante, estos conocimientos, no son ya únicamente instructivos de una ciencia o de una técnica, sino que el acceso a esta capacitación digital, al menos en su fase introductoria, cumple hoy en día a muchos efectos el mismo papel que la alfabetización lingüística tradicional implicaba en el siglo XIX. La capacitación digital del ciudadano como parte del derecho a su educación no solo facilita hoy su efectiva integración en la comunidad, sino que implica una exigencia para el posterior ejercicio de muchos de sus derechos de participación política[7]. No ya para su ejercicio informado y crítico, sino simplemente para el efectivo acceso a su ejercicio. La novedad, por tanto, es que en el siglo XXI la educación digital no solo genera ciudadanos informados y libres, sino que genera simplemente ciudadanos. De ahí la exigencia de que los regímenes democráticos garanticen una educación digital mínima a todos ellos y faciliten una accesibilidad real y efectiva a la infraestructura digital a todos los sectores de la población, como medio para ejercer numerosos derechos participativos que hoy solo se ejercen en el universo digital. En otras palabras, la capacitación digital es hoy no solo parte del núcleo irreductible del derecho fundamental a

AGUILAR NÀCHER, Imma. "Ciberactivismo y Parlamento: Movimientos sociales e iniciativas ciudadanas por la transparencia y la participación". En RUBIO NÚÑEZ, Rafael (coord.) Parlamentos abiertos. Tecnología y redes para la democracia. Col. Cuadernos del Congreso de los Diputados. Número 9. Ed. Congreso de los Diputados. Pág. 335.

7 La doctrina ha puesto de manifiesto que la participación en internet en el siglo XXI se extiende a muchos derechos fundamentales, no solo el de opinión sino también, por ejemplo, el de manifestación. En este sentido ha señalado García García: "*Básicamente la realidad virtual, ya no es tan virtual, y sí es un hecho, una realidad que da forma a nuevas legislaciones y el ciberespacio se convierte en un lugar real, donde es posible realizar actos jurídicos incluso delitos. (…). Esta realidad ha hecho factible que diversos colectivos empiecen a usar ese espacio virtual para el ejercicio de muchos derechos fundamentales, donde el derecho de reunión con diversas denominaciones ha sido también objeto de la realidad virtual. Nos referimos a la denominada "manifestación virtual", "netstrike" o "cibermanifestación", donde para, de forma colectiva, manifestar pensamientos, ideas y opiniones, incluyéndose también las creencias y los juicios de valor, incluso aquellos que puedan llegar a ser ofensivos o hirientes ya no es necesario usar la realidad del espacio público, ahora parece que basta el denominado "espacio virtual" o en su defecto, aunque se use el espacio público, parece que no hay convocatoria que no use las nuevas tecnologías*". GARCÍA GARCÍA, Ricardo. *El Derecho de reunión virtual, netstrike o cibermanifestación. Un análisis jurídico*. Revista General de Derecho Constitucional. Núm. 30. Octubre de 2019. Ed. Iustel. Págs. 2-3.

la educación, sino también de los derechos esenciales de participación política de los ciudadanos[8].

III.- Las amenazas para la participación democrática del siglo XXI derivadas de la falta de capacitación digital de los ciudadanos o la trascendencia de la alfabetización digital para la calidad de la democracia del siglo XXI.

La revolución tecnológica, junto con todos sus beneficios, amenaza con convertirse -como a continuación veremos- en una brecha insalvable para la participación democrática de numerosos grupos sociales. El analfabetismo digital desafía la democracia desde múltiples ángulos, pero todos ellos tienen en común la posible generación de un riesgo real de fractura de las sociedades democráticas del siglo XXI[9]. Analizaremos así, con las limitaciones de espacio propias de un trabajo de estas características -que resume un trabajo previo más completo, y que pretende solo ser una

8 Es más, el dominio de las TICs únicamente por unos cuantos ciudadanos privilegiados (por generación, poder adquisitivo, formación en materia tecnológica, facilidades de acceso a la red por lugar de residencia, etc.) puede condicionar de forma decisiva los procesos democráticos. En este sentido, García Guitián ha señalado que: "*Se vuelve a crear una elite política (medios, blogeros, partidos, expertos), pero que resta poder a los partidos políticos, obligándoles a transformarse y a rendir cuentas con más transparencia. También mejora la competencia de los ciudadanos y facilita su participación, pero más como expresión personal que como implicación en un proyecto determinado*". GARCÍA GUITIÁN, Elena. *Democracia digital. Discursos sobre participación ciudadana y TIC.* Revista de Estudios Políticos. Núm. 173. Julio – septiembre 2016. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016. Pág. 190.

9 *"Cierto es que las TICs pueden suponer una mejora para nuestras democracias. Pero del lado contrario, estas facilidades pueden verse como una discriminación para los "desconectados" que no pueden disfrutar estas ventajas. Por lo expuesto, un peligro de obligatoria advertencia y atención jurídica es el de una dualización (conectados / desconectados), la llamada "info-marginalidad", "muro", "telón" o, más habitual "brecha digital" tanto social o territorial y su obvia conexión con la implantación de la democracia y participación electrónicas. No cabe duda de que los sectores más marginados y necesitados de representación, de intereses y de conformación de interés general sobre la base de sus necesidades son los que menos acceden a la red o lo hacen con menor eficacia. De ahí, que al igual que en la implantación de servicios públicos a través de internet ha de tenerse especial cautela con la no discriminación. Ello conduciría, como diversos autores han alertado a una democracia de élites"*. COTINO HUESO, Lorenzo. "Tratamiento jurídico y normativo de la democracia, participación y transparencia electrónicas: presente y perspectivas". En BARRAT I ESTEVE, Jordi y FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa María (Coords.). Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías. Ed. Civitas Thomson Reuters. Cizur Mnor (Navarra), 2011. Pág. 236.

presentación del mismo en este prestigioso congreso internacional- la brecha generacional, la brecha de género, la brecha funcional, la brecha de nivel económico, la brecha de nivel educativo y la brecha territorial.

1º.- La brecha generacional.

Una primera brecha es la existente entre ciudadanos nativos[10] y emigrantes en el mundo digital. La sociedad democrática debe funcionar a un mismo ritmo de cohesión y compromiso entre generaciones jóvenes y adultas y la aportación de cada una de ellas es para el conjunto social insustituible. Esta brecha generacional corre el riesgo de dividir la sociedad en dos y de generar dos escenarios negativos: o bien ralentizar el avance tecnológico y la penetración de la sociedad digital, o bien avanzar a buen ritmo en este espacio de participación, pero excluyendo a amplios sectores de la sociedad dotados de menores capacidades digitales por razones de edad.

No sería razonable, ni sería justo, ni sería democrático, apartar a aproximadamente la mitad de la población de la participación en la sociedad digital por falta de capacitación. Déficit de conocimiento que, además, en un alto porcentaje de los casos y por una u otra razón, personal, educativa, social o económica no resulta en absoluto imputable al sujeto que la padece [11]. Esta fractura social por razón de edad debe ser por ello combatida decididamente, primero mediante la educación obligatoria para las generaciones jóvenes y asimismo mediante el establecimiento de programas -académicos y profesionales- de capacitación digital de ciudadanos adultos en colaboración con el sector privado y con el tercer

10 Se ha señalado que lo verdaderamente notable a efectos de ser nativo digital, no es exclusivamente la capacidad de utilización sino, además, una cierta visión de un mundo digitalmente interconectado y de la participación política como una más de estas facetas de interconexión. A este efecto, han afirmado Lobera y Rubio que: "*Lo relevante no es su acceso habitual a las nuevas tecnologías o que dispongan de gran destreza en su uso, lo esencial radica en la forma en que estas nuevas tecnologías han configurado su visión de la vida y el mundo*". LOBERA, Josep y RUBIO, Rafael. "*Nativos digitales: ¿hacia una nueva participación política?*". Revista de Estudios de Juventud. Núm. 108. Junio de 2015. Ed. Instituto de la Juventud. Pág. 150.

11 Por ello se ha afirmado que: "*(…) la educación no solo se entiende hoy como un instrumento formativo sino como un derecho que dura toda la vida y como una acción de los poderes públicos que debe incluir a los ciudadanos en todas las etapas de su vida*". MARTÍNEZ CASTRO, Sonia María. Políticas y programas educativos de la Unión Europea y su influencia en el sistema educativo español. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2019. Pág. 30.

sector[12]. Y, por supuesto, estableciendo vías alternativas y transicionales de participación democrática que permitan el ejercicio real y efectivo de sus derechos a las generaciones adultas.

2º.- La brecha de género.

Otra amenaza tan silente como peligrosa en materia de capacitación digital es la de género. La capacitación digital no suele relacionarse con el problema de género, pero no hay más que estudiar con detalle la cuestión en las diversas regiones del mundo para constatar esta evidente amenaza a la desigualdad derivada de la capacitación digital. Ahora bien, este problema general tiene consecuencias aún más graves cuando la diferencia entre mujeres y hombres no se circunscribe al ámbito educativo o profesional, sino cuando advertimos que este déficit de capacitación digital de las mujeres se puede convertir -o de hecho es ya- una barrera a su participación democrática por alejar a la mujer de la discusión de los asuntos públicos en la red como espacio de participación.

3º.- La brecha funcional.

Un conjunto a veces poco visible de ciudadanos tiene más difícil que el resto el acceso a las competencias digitales por padecer algún tipo de diversidad funcional. Que un sujeto o un grupo de ellos tenga capacidades diferentes al resto de los ciudadanos, no solo no debe implicar una desventaja, sino que debería existir una reacción democrática aún más intensa para facilitar a estas personas su efectiva integración y su acceso a la participación ciudadana a través de la red en igualdad de oportunidades. Hecho que, a todas luces, constituye un riesgo social al que los gobiernos democráticos deben adelantarse mediante el establecimiento de la necesaria colaboración con los agentes sociales para que se pueda poner remedio anticipado

12 *"Las ONGD, por lo tanto, comparten un espacio de política de cooperación con otras entidades sociales, las cuales pueden o desarrollar sus actividades de cooperación directamente (por medio de su estructura funcional ordinaria), o más habitualmente crear sus propias ONGD, actuando de modo indirecto a través de instrumentos jurídicos tales como fundaciones u otros"*. ANTUÑANO MARURI, Isidro. "El sector de las ONGD". En ANTUÑANO, Isidro (Coord.); JORDÁN, Josep M.; MARCH, Josep M. *Las ONGD y la cooperación internacional para el desarrollo*. Ed. Patronat Sud-Nord. Solidaritat i Cultura de la Fundació General de la Universitat de València i Publicacions de la Universitat de València. Pág. 122.

o paliar en la medida de lo posible el déficit de acceso a la participación de este conjunto de personas en situación de desigualdad por razón de sus capacidades diferentes. Brecha social que ha aflorado de forma muy clara durante la reciente crisis sanitaria del COVID-19, por ejemplo en el sector juvenil, ya que durante estos difíciles meses de confinamientos generalizados y enseñanza digital, las herramientas de acceso a la educación en la red no siempre estaban pensadas para todos. En suma, la revolución digital no puede, por razones de cohesión social, dejar atrás a determinados ciudadanos en el ejercicio de sus derechos, por el solo hecho de que tengan capacidades distintas al resto[13]. Pero lo que resulta, si cabe, aún más relevante, es que la lucha por extender la educación digital a las personas con otras capacidades no solo constituye un reto para evitar toda discriminación contra este colectivo social, sino un medio privilegiado para reducir los prejuicios respecto de estos individuos y de otros colectivos en situación de vulnerabilidad que pesan sobre el resto de ciudadanos[14]. La capacitación digital es, por ello, un privilegiado medio no solo para evitar cualquier discriminación a determinados colectivos ciudadanos, sino para deshacer prejuicios a todos los individuos en relación con esos colectivos socialmente vulnerables.

4º.- La brecha de nivel económico.

La brecha económica, puede que la más evidente de todas, no debe tampoco omitirse. Resulta evidente que el aumento de la capacidad digital de la mayoría de los sectores sociales no debe traducirse en un correlativo aumento de la desigualdad económica de los sectores más

13 *"Del trabajador al ciudadano; del ciudadano al ser humano: esta parece ser la dirección que la democracia constitucional debería seguir para permanecer fiel a su modelo normativo"*. COSTA, Pietro. "Derechos sociales y democracia constitucional: un itinerario histórico". En ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier y ORDÓÑEZ, Jorge (Coords.). *Los derechos sociales en el Estado constitucional*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 46.

14 *"Desde nuestro modesto punto de vista, las categorías o encuadramientos sociales tienen utilidad a efectos meramente reivindicativos y de detección de la oportunidad de medidas de discriminación inversa, pues en caso contrario solo sirven para parcelar una sociedad compuesta por personas iguales"*. BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique. *La protección constitucional y legal de la lengua de signo*s. Ed. Fundación Lex Nova. Valladolid, 2012. Págs. 18-19.

vulnerables del tejido social, aunque sea un hecho que las circunstancias económicas dificultan severamente a muchos individuos el acceso a esta participación.

En suma, el acceso a internet como espacio de participación debe ser, en primer lugar, accesible a todos y, en segundo lugar, asequible para todos. La desigualdad económica, también en materia de alfabetización digital puede traducirse en una causa de desequilibrio, con el agravante de que la falta de educación digital por razones económicas no implicará únicamente dejar atrás a ciudadanos en el plano del bienestar económico, sino que reducirá asimismo su capacidad de participación democrática. Ello obviamente hace que el Estado y sus administraciones públicas deban reaccionar con firmeza frente a esta realidad y combatir de una forma prioritaria la brecha digital económica como antesala del ejercicio efectivo y pleno de la participación ciudadana.

5º.- La brecha de nivel educativo.

Sin la adecuada capacitación digital de todos los grupos sociales, existe un riesgo evidente de seccionar a la población a efectos de acceso a la participación democrática en núcleos diferenciados entre personas con mayor y menor nivel educativo.

El nivel educativo constituye un factor básico para la adquisición de capacidades adicionales y, por consiguiente, un riesgo de aumento de la desigualdad. Evidentemente, el aumento de estas capacidades complejas por muchos ciudadanos no solo resulta positiva sino que es, en términos generales, ventajosa para la productividad social en términos absolutos. Constatado que, de media, a mayor nivel formativo, mayor capacitación digital y, por consiguiente, mayor acceso a la participación, no puede abandonarse a aquellos ciudadanos que -por múltiples razones- no cuentan con capacitación digital suficiente o tienen una formación deficiente, puesto que este déficit educativo corre el riesgo de reproducirse y perpetuarse en un déficit de acceso a la información y a la comunicación. Y ello no supondría más que el prólogo a la dificultad o a la imposibilidad práctica de algunos individuos para ejercer en condiciones de igualdad sus derechos de participación.

6º.- La brecha territorial.

Por último, la ausencia de capacitación digital no es solo cuestión de desigualdad de grupos humanos o sectores sociales, sino también de falta de cohesión entre territorios. La geografía humana es compleja y no existe una distribución de la población sobre el territorio, ni mucho menos, perfecta. Esta circunstancia se reproduce en el territorio interior de muchos Estados y en muchas de sus regiones. Existe por ello otra grave amenaza de fragmentación de las sociedades democráticas del siglo XXI entre aquellos territorios con diferente accesibilidad a la red y, por lo tanto, a este espacio privilegiado de participación. Para evitar la consumación de esta amenaza debida a la diferente penetración de internet en su ámbito espacial, en primer lugar, se deben poner en marcha cuantos remedios técnicos hagan accesible la conectividad a todos, imponiendo obligaciones a los prestadores del servicio que no redunden en falta de cohesión territorial. Pero además, esta capacitación del hombre y la mujer rurales evitará la depresión social, económica y del peso político de estos territorios, sin que existan ciudadanos de primera y de segunda en relación con su posibilidad real y efectiva de inclusión en el debate participativo del siglo XXI por razón de su lugar de residencia.

IV.- La respuesta al reto de la capacitación digital para la participación democrática en Europa.

Por traer a esta prestigioso Congreso de Derecho Constitucional algunos datos de la región de la que procedo, les informo de que como consecuencia de todo lo anterior, en Europa se ha dictado la *Resolución del Parlamento Europeo de 11 de diciembre de 2018, sobre la educación en la era digital: retos, oportunidades y lecciones para el diseño de las políticas de la Unión*, que constituye una de las más claras aportaciones europeas a la modernización de la democracia del siglo XXI a través de la potenciación de la capacitación digital como derecho educativo de los ciudadanos y, al mismo tiempo, como medio de aseguramiento de su participación política[15]. Todo ello para garantizar que las múltiples ventajas

15 Derechos ambos reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sobre el nivel de protección que esta ofrece, ha señalado Alonso García, que: "*Una vez declarada vinculante la Carta en virtud de la reforma de Lisboa, no tardaron en aflorar en el terreno judicial nacional inquietudes acerca de su exacto ámbito de aplicación en los Estados miembros, y de su relación con los catálogos internos de derechos fundamentales, particularmente en el supuesto de distinto nivel de protección, al alza o a la baja, ofrecido por éstos*".

de la revolución digital no se tornen en un factor de desigualdad o de discriminación *de facto* de algunos sectores sociales[16], y que algunos ciudadanos no se queden atrás en esta nueva revolución democrática producto de la digitalización[17], cuyo alcance ya nadie niega.

Observando detenidamente esta Resolución parlamentaria -solo aparentemente centrada de forma exclusiva en el derecho a la educación- la Eurocámara ha impulsado esta modernización democrática para los años venideros, reiterando la necesidad de que la alfabetización digital se convierta en un derecho de los ciudadanos, no solo como derecho educativo, sino como antesala para el ejercicio de muchos derechos de participación política en el siglo XXI. Así, el Parlamento Europeo, a lo largo de esta toma de posición, ha esbozado -bien que de forma no sistemática- una serie de importantes declaraciones, a los efectos de dar a cada una de ellas la relevancia que le es debida.

Del mismo modo, la Comisión Europea[18], tras unos planes inicialmente diseñados y luego fuertemente acelerados por la crisis derivada de la irrupción del COVID-19, ha puesto en marcha un ambicioso plan 2021–2027, cuyo

---

ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Ed. Civitas Thomson Reuters. (Cizur Menor) Navarra, 2014. Pág. 401.

16 "*Uno de los frentes más enérgicos que tiene abiertos una teoría actual de los derechos humanos es la lucha contra todo tipo de exclusión que pueda desfundamentar o dejar de reconocer y garantizar cualquier tipo de derechos fundamentales para cualquier persona o grupo social*". PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Educación para la ciudadanía y Derechos humanos. Ed. Espasa. Pozuelo de Alarcón (Madrid), 2007. Pág. 344.

17 La doctrina ha señalado como a través de la participación digital se han desarrollado ya casi todo tipo de acciones de participación. Así se ha puesto de manifiesto que: "*En los últimos años las experiencias de e–participación se han desarrollado enormemente, por lo que encontramos gran diversidad con respecto a su alcance territorial, al grado de participación que comportan o al enfoque de la incorporación de Internet a la política. En este sentido podemos apuntar experiencias de ámbito local, regional, estatal o supraestatal, experiencias que suponen información, comunicación, consulta, deliberación o decisión, y experiencias comunitarias, activistas, cívicas y de democracia directa*". MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Juan Bautista. "*Participación política, democracia digital y e-ciudadanía para el protagonismo de adolescentes y jóvenes*". Revista Electrónica Interuniversitaria de Formación del Profesorado. Vol. 14. Núm. (2), 2011. Ed. Ed. AUFOP. Pág. 24.

18 Tras un Primer Plan de Acción de Educación Digital adoptado en enero de 2018, la reacción comunitaria ha sido ahora mucho más intensa y la inclusión de la cuestión en la agenda de las instituciones de la Unión parece ahora mucho más decidida desde la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan de Acción de Educación Digital 2021-2027. "Adaptar la educación y la formación a la era digital". Bruselas, 30/09/2020.*

principal fin es posibilitar de una forma real y efectiva el ejercicio de los derechos de participación que en el mundo del siglo XXI se ejercen en la red de redes.

Las tomas de posición del Parlamento y de la Comisión Europea parecen claras. La democracia europea del siglo XXI será digital, o no será. La revolución 2.0 ha alcanzado de lleno a la democracia[19] y, al tiempo que la misma ha generado una gran oportunidad de participación y profundización democrática, existe una grave amenaza para que durante esta transición digital los cambios afecten a numerosos sectores de la sociedad y el aumento de la conectividad en red se traduzca en un aumento de la desigualdad entre ciudadanos. La capacitación digital no es, por ello, solo un derecho educativo, sino una exigencia para la calidad de la democracia en Europa. El Europarlamento y la Comisión no han tardado en reaccionar y, aunque de forma no precisamente sistemática y no especialmente formal, han detectado a tiempo el riesgo que las intolerables tasas de analfabetismo digital actualmente existentes suponen para la democracia representativa tal como la conocemos. La evolución hacia una democracia inclusiva de todos los ciudadanos en el contexto de la revolución digital debemos construirla entre todos y solo una opción resulta admisible.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR NÀCHER, Imma. "Ciberactivismo y Parlamento: Movimientos sociales e iniciativas ciudadanas por la transparencia y la participación". En RUBIO NÚÑEZ, Rafael (coord.) Parlamentos abiertos. Tecnología y

19 "*En cualquier caso, es indudable que la actual revolución tecnológica hace que nuestras democracias dependan de formas de comunicación e información que ni controlamos ni comprendemos plenamente. Desde un punto de vista estructural, esas tecnologías están dañando elementos centrales de nuestro sistema político: el control parlamentario ha dejado de ser lo que era cuando no existía Twitter; la financiarización de la economía se sustrae de la forma de regulación política que ejercían los Estados; no sabemos qué puede significar una ciudadanía crítica en un entorno poblado por basura informativa; la democracia es lenta y geográfica, mientras que las nuevas tecnologías se caracterizan por la aceleración y la deslocalización. Cada vez tenemos a nuestra disposición más tecnologías que apenas entendemos y mucho menos controlamos. Estas tecnologías todavía son demasiado jóvenes como para saber con claridad qué impacto van a tener sobre la organización política, pero algunas consecuencias ya pueden ser identificadas y se está debatiendo en torno a ellas o son objeto de informes sobre las tendencias futuras y el modo más adecuado de gobernarlas*". INNERARITY GRAU, Daniel. *El impacto de la inteligencia artificial en la democracia*. Revista de las Cortes Generales. Núm. 109. 2020. Ed. Publicaciones del Congreso de los Diputados. Pág. 94.

redes para la democracia. Col. Cuadernos del Congreso de los Diputados. Número 9. Ed. Congreso de los Diputados.

ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Ed. Civitas Thomson Reuters. (Cizur Menor) Navarra, 2014.

ANTUÑANO MARURI, Isidro. "El sector de las ONGD". En ANTUÑANO, Isidro (Coord.); JORDÁN, Josep M.; MARCH, Josep M. *Las ONGD y la cooperación internacional para el desarrollo*. Ed. Patronat Sud-Nord. Solidaritat i Cultura de la Fundació General de la Universitat de València i Publicacions de la Universitat de València.

ARENAL PONTE, Concepción. *La instrucción del pueblo*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008.

BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique. *La protección constitucional y legal de la lengua de signo*s. Ed. Fundación Lex Nova. Valladolid, 2012.

COELLO DE PORTUGAL, José María. "Capacitación digital y democracia en la Unión Europea: un nuevo reto para la participación ciudadana en el siglo XXI". En SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel y FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa María (Dirs.), *Reflexiones para una democracia de calidad en una era tecnológica*. Ed. Thomson Reuters – Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2021.

COSTA, Pietro. "Derechos sociales y democracia constitucional: un itinerario histórico". En ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier y ORDÓÑEZ, Jorge (Coords.). *Los derechos sociales en el Estado constitucional*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

COTINO HUESO, Lorenzo. "Tratamiento jurídico y normativo de la democracia, participación y transparencia electrónicas: presente y perspectivas". En BARRAT I ESTEVE, Jordi y FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa María (Coords.). Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías. Ed. Civitas Thomson Reuters. Cizur Mnor (Navarra), 2011.

GARCÍA GARCÍA, Ricardo. *El Derecho de reunión virtual, netstrike o cibermanifestación. Un análisis jurídico*. Revista General de Derecho Constitucional. Núm. 30. Octubre de 2019. Ed. Iustel.

GARCÍA GUITIÁN, Elena. *Democracia digital. Discursos sobre participación ciudadana y TIC.* Revista de Estudios Políticos. Núm. 173. Julio – septiembre 2016. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016.

INNERARITY GRAU, Daniel. *El impacto de la inteligencia artificial en la democracia*. Revista de las Cortes Generales. Núm. 109. 2020. Ed. Publicaciones del Congreso de los Diputados.

LOBERA, Josep y RUBIO, Rafael. "*Nativos digitales: ¿hacia una nueva participación política?*". Revista de Estudios de Juventud. Núm. 108. Junio de 2015. Ed. Instituto de la Juventud.

MARTÍNEZ ARANCÓN, Ana. Presentación a la obra. ARENAL PONTE, Concepción. La instrucción del pueblo. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008.

MARTÍNEZ CASTRO, Sonia María. Políticas y programas educativos de la Unión Europea y su influencia en el sistema educativo español. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2019.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Juan Bautista. "*Participación política, democracia digital y e-ciudadanía para el protagonismo de adolescentes y jóvenes*". Revista Electrónica Interuniversitaria de Formación del Profesorado. Vol. 14. Núm. (2), 2011. Ed. Ed. AUFOP.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Educación para la ciudadanía y Derechos humanos. Ed. Espasa. Pozuelo de Alarcón (Madrid), 2007.

RUBIO NÚÑEZ, Rafael. "Knocking on the Parliaments door (Parlamentos digitales en la era de la participación)". En RUBIO NÚÑEZ, Rafael (coord.) Parlamentos abiertos. Tecnología y redes para la democracia. Col. Cuadernos del Congreso de los Diputados. Número 9. Ed. Congreso de los Diputados.

EUTANASIA Y RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA

*Luz Pacheco Zerga**

La dignidad humana se presenta en la sociedad occidental del siglo XXI como la premisa cultural en base a la cual se articula el orden jurídico-social[1]. Así lo expresa claramente el artículo primero de nuestra Constitución cuando declara que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado" y lo reafirma constantemente la jurisprudencia constitucional[2]. Sin embargo, esta premisa, que parece no tener vuelta de hoja, la tiene cuando se descubre que mientras unos defienden la eutanasia en nombre de la dignidad de la persona, otros la rechazan por la misma razón. Más aún, en el debate público se plantea, cada vez con mayor frecuencia, la existencia de un "derecho a la muerte", particularmente cuando se trata de un paciente que considera que su calidad de vida no es acorde con su dignidad humana, por los sufrimientos físicos o morales que experimenta.

* Luz Pacheco Zerga. Abogada por la Universidad Católica del Perú. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Vicepresidenta del Tribunal Constitucional del Perú. La presente ponencia recoge gran parte de un estudio realizado sobre el derecho de morir y el consiguiente deber de matar que postulan las leyes de eutanasia, recogido en (PACHECO ZERGA, 2007)

1 En el ámbito jurídico se le califica como un principio universal del Derecho contemporáneo desde el siglo pasado. Cfr. (SERNA BERMÚDEZ, 2004, p. 199,)

2 Cfr. por todas, Expedientes 1006-2002-AA, 28.I.03, S2, fundamento jurídico (f.j). 2d); 0044-2204-A1, 13.IV.05, P, f.j. 32; 1417-2005-AA, 08.VII.2005, P, f.j. 2.

La lógica consecuencia es considerar que existe el deber de los médicos a prestar esa ayuda a quienes lo soliciten. Desde esta perspectiva, el suicidio "asistido" o eutanasia no podría ser calificado como un delito, sino como un deber profesional exigido por el respeto a la dignidad humana. El carácter medular que tiene esta decisión para la convivencia pacífica y respetuosa en la sociedad, exige un análisis cuidadoso de los derechos y deberes invocados, así como del concepto de dignidad humana, puesto que tanto la legislación como la jurisprudencia, nacional e internacional, señalan otra dirección en la interpretación del deber médico de custodiar el bien fundamental sobre el que se apoyan todos los demás derechos: el de la vida. Sin embargo, también se debe reconocer que la eutanasia se encuentra legalizada en los siguientes países: Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo, Suiza, Canadá, Colombia, España y Nueva Zelanda. También se permite en algunos estados de Australia y Estados Unidos[3].

Sin embargo, una rápida lectura del Código de Ética y Deontología aprobado por el Colegio Médico del Perú[4] y del Código Internacional de Ética Médica, elaborado por la Asociación Médica Mundial[5] indican que sigue vigente el Juramento Hipocrático de custodiar la vida de los pacientes en cualquier circunstancia. Más aún, el Código de Ética del Colegio Médico del Perú establece expresamente el deber médico de respetar el proceso natural de la muerte. En la versión vigente en el año 2000, se establecía que debía hacerlo "sin recurrir ni a un abusivo acortamiento de la vida

3 Pasquali, Mariana, *¿Qué países permiten el suicidio asistido o eutanasia?* 2 septiembre 2022, ubicado el 14 junio 2023 en https://es.statista.com/grafico/28150/legalidad-del-suicidio-asistido-en-el-mundo/

4 Colegio Médico del Perú, Código de Ética y Deontología, actualizado al 2023, ubicable en https://www.cmp.org.pe/wp-content/uploads/2023/02/Actualizacion-Codigo-de-etica-ultima-revision-por-el-comite-de-doctrina01feb.pdf

5 El Código establece en un apartado que "el médico debe recordar siempre la obligación de preservar la vida humana". El último compromiso de los médicos consignado en este documento es el de "velar con el máximo respeto por la vida humana desde su comienzo, incluso bajo amenaza, y no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas". Asociación Médica Mundial, *Código Internacional de Ética Médica* (adoptado por la 3ª Asamblea General de la AMM, Londres, Inglaterra, octubre 1949. Enmendado por la 22ª Asamblea Médica Mundial, Sídney, Australia, agosto 1968, la 35ª Asamblea Médica Mundial Venecia, Italia, octubre 1983, la 57a Asamblea General de la AMM, Pilanesberg, Sudáfrica, octubre 2006, y por la 73ª Asamblea General de la AMM, Berlín, Alemania, octubre 2022) Ubicado en https://www.wma.net/es/policies-post/codigo-internacional-de-etica-medica/

(eutanasia) ni a una prolongación injustificada y dolorosa de la misma (distanasia)"[6]. El Código de Ética, actualmente vigente, señala entre los derechos de los pacientes: "Que se respete el proceso natural de su muerte, sin recurrir a una prolongación injustificada y dolorosa de su vida, aplicando los cuidados paliativos cuando sean necesarios"[7]. Confirma esta disposición el Código Penal, que califica a la eutanasia como un homicidio "piadoso"[8], en el que la compasión del homicida es un atenuante, pero no un eximente de la responsabilidad por quitar la vida a una persona. Por tanto, resulta necesario delimitar si el desarrollo de la conciencia del respeto a la dignidad humana, en términos de calidad de vida, permite una reinterpretación de estos textos para declarar la no responsabilidad de los médicos en los casos de suicidio "asistido" o eutanasia.

Para clarificar la relación entre el respeto a la dignidad humana y la calidad de vida es necesario analizar, cuando menos, cuatro cuestiones: en qué medida la dignidad humana fundamenta el derecho a la vida; qué se entiende por dignidad ontológica y moral; cuál es su relación con la calidad de vida y si existe o no un "derecho a la muerte".

1. Derecho a la vida, dignidad humana y autonomía de la voluntad.

La afirmación de la dignidad de la persona es, ante todo, un juicio que se emite sobre el valor de la estructura específica del ser humano[9]. Desde el punto de vista filosófico-jurídico, es un concepto que se inscribe en tres planos: en la naturaleza del ser humano, en su fundamento y en sus exigencias jurídico-naturales[10]. Tiene, además, un carácter axiomático, que dificulta su expresión conceptual, aún cuando se perciba intuitivamente,

6 Colegio Médico del Perú, Código de Ética y Deontología, art. 31, m).

7 Artículo 100, n).

8 Quien "por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años" (art. 112). En cambio, cuando se trate de instigar o ayudar a cometer un suicidio, la pena será de uno a cuatro años. Si el móvil del agente fue egoísta, el mínimo de la pena se eleva de dos a cinco años (art. 113).

9 Cfr. (MILLÁN PUELLES, 1976, p. 98).

10 Cfr. (MILLÁN PUELLES, 1976, p. 97) Para este autor los planos son: "la esencia o naturaleza del hombre; el del fundamento trascendente del valor de esta idea, y el de las exigencias jurídico-naturales de este mismo valor".

ya que hace referencia a una cualidad simple[11], es decir, evidente por sí misma. A la vez, se encuentra íntimamente relacionada con la capacidad de conocimiento y libertad del ser humano, que son los atributos específicamente humanos[12]. Sin embargo, la autodeterminación, si bien es un indicio del estatuto *sui generis* de la persona, no es el criterio para delimitar quiénes tienen dignidad y quiénes no la tienen[13]. Aceptar este baremo equivaldría a desconocer que la dignidad humana es un atributo que no depende de la voluntad de la sociedad, del consenso, por eso, pertenece a todos los individuos de la familia humana, sin discriminación alguna, por ser inherente a su naturaleza racional[14].

El concepto de "dignidad de la persona humana" se origina en una visión trascendente de la vida, que se mueve en el dualismo del ser y del deber[15], con un fundamento absoluto que le otorga ese carácter heterónomo[16] y una fisonomía objetiva, de la que se deriva una exigencia ético-política, con un contenido mínimo innegociable. Este carácter innegociable ha sido declarado por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos

11 Cfr. (SPAEMANN, 2003b, p. 107,)

12 "El valor sustantivo, mensurarte de la específica dignidad del ser humano, se llama "libertad", sea cualquier su uso. Lo que hace que todo hombre sea un *axion* (concretamente, el valor sustantivo de una auténtica *dignitas* de persona) es la libertad humana". (MILLÁN PUELLES, 1976, p. 100).

13 "Caracterizar la dignidad humana en términos de autonomía no pasa de ser una verdad o un error filosóficos si no pretende constituirse, a la vez, en criterio para determinar quién es un ser humano y quién no lo es, es decir, en criterio para el reconocimiento de la humanidad y de los derechos". (SERNA BERMÚDEZ, 1998, p. 44).

14 El Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (10.XII.1948), ante el exterminio y la crueldad humillante realizada por unos seres humanos en perjuicio de otros, reafirmó que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana". (El subrayado no es del original). Y declara expresamente en su primer artículo que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

15 Cfr. (SPAEMANN, 2003b, p. 106,) Este carácter dual es igualmente admitido desde el positivismo , ver por todos, (PECES-BARBA, 2003, p. 68).

16 "El fundamento ontológico de la dignidad de la persona humana, es en calidad de trascendente a nuestro propio ser. Racialmente hablando, yo no me he dado a mí mismo la libertad que tengo. También en cuanto libre, "me encuentro conmigo mismo""soy un don para mí". (MILLÁN PUELLES, 1976, p. 100).

desde hace muchos años[17]. Al referirse al derecho a la integridad personal ha afirmado que este derecho "reconoce el atributo a no ser sometido *o a no autoinfligirse medidas o tratamientos susceptibles de anular, modificar o lacerar la voluntad, las ideas, pensamientos, sentimientos o el uso pleno de las facultades corpóreas. (…)* proscribe toda conducta que infrinja un trato que menoscabe el cuerpo o el espíritu del hombre" [18].

Más aún, el concepto de dignidad humana es, en última instancia, una idea metafísico-religiosa[19], que tiene su origen en la teología católica, que desarrolló el concepto de persona en Dios y en el ser humano, en cuanto creado a su imagen y semejanza[20]. El reconocimiento de una particular densidad de la *presencia divina* en cada ser humano, desarrolló el deber de respeto *erga omnes*, con un cierto carácter excepcional[21]. De allí que en las sociedades occidentales, el derecho a la vida –sea propia o ajena– se haya regulado jurídicamente como *sagrado* e inviolable. Sin embargo, en los últimos decenios se aprecia una evolución –o involución– de las ideas en torno al valor de la vida, del cuerpo y de la dignidad, que es necesario exponer sucintamente.

En primer lugar, se debe destacar que el concepto de *dignidad de la persona* es más antiguo que el de los derechos humanos. En cambio, la referencia a la *dignidad humana* como fundamento de los derechos es, más bien, una idea típicamente moderna, heredera del *ego sum res cogitans* de Descartes y de la filosofía de la dignidad desarrollada por Kant. Descartes distinguió entre la *res cogitans* (conciencia, autodominio de la voluntad) y la *res extensa* (cuerpo, objeto de dominio) e inició el camino

17 Cfr. las sentencias citadas en (GACETA JURÍDICA, 2005, pp. 21-47).

18 Exp. 2333-2004-HC, 12. VIII.04, f.j. 2. Las cursivas no son del original.

19 Cfr. (SPAEMANN, 2003b, p. 110).

20 "Históricamente, la garantía de la dignidad humana se encuentra estrechamente ligada al cristianismo. Su fundamento radica en que el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios" (BENDA, 2001, p. 117).

21 Cfr. (PIEPER, 1990, p. 21,) En la fe cristiana reconocer "la imagen de Dios" en los demás exige, por tanto, promover una vida acorde con esa dignidad, que sólo se consigue en base al "respeto de los derechos y de las necesidades de todos, especialmente de los pobres, los marginados y los indefensos". (BENDICTO XVI, 2006, p. n. 30).

hacia un dualismo de profundas consecuencias filosófico-jurídicas[22]. El pensamiento moderno que le siguió, no sólo reconoció que el ser humano tiene un lugar privilegiado en la naturaleza, sino que se concibe como una máquina carente de sentido finalista y, pasible de cualquier modificación según el propio arbitrio[23].

A partir de entonces se advierte una exaltación cada vez mayor de la autonomía de la voluntad y un "distanciamiento" del propio cuerpo que pasa a ser un objeto más[24]. Esta dualidad conceptual llevó a Locke a distinguir entre *ser humano* –miembro de la especie biológica– y *persona* –ser humano capaz de vida consciente y libre, es decir, de vida biográfica[25]. Paulatinamente, la *res cogitans* se identificó con la persona, en cuanto sujeto *descarnado*, titular de derechos y capaz de luchar por ellos; y, la *res extensa,* con el ser humano, en cuanto sustrato *no personal* sino puramente biológico[26].

Por su parte, Kant definió la dignidad en relación con la capacidad de autolegislación personal y con el cumplimiento del deber[27] y la superación del *estado de naturaleza*, pero desgajándolos de su relación con la trascendencia[28]. Al dejar a la dignidad encerrada en los límites de la

22 Cfr. el estudio crítico sobre este tema realizado por (BALLESTEROS, 2003, p. 44 y ss).

23 La naturaleza se entiende como "pura exterioridad y pasividad". Ver la crítica desarrollada por (GONZÁLEZ, 2004, p. 19).

24 "El poder central de la civilización moderna es un determinado tipo de ciencia, el tipo cartesiano. Lo característico de esa ciencia es la reducción radical de sus objetos a, su índole de objetos (…) En estos momentos la objetualización científica ha alcanzado también al hombre mismo en cuanto ser natural". Cfr. (SPAEMANN, 2003b, p. 116).

25 El desarrollo de estas ideas se encuentra en (LOCKE, 1980, p. cap. XXVII).

26 Cfr. (BALLESTEROS, 2003, pp. 44-45) Esta distinción conceptual supone una involución hacia conceptos ya superados del Derecho Romano, que no reconocía el estatuto personal a todos los seres humanos: los esclavos eran equiparados a las cosas.

27 "La moralidad es aquella condición bajo la cual un ser racional puede ser un fin en sí mismo, puesto que sólo por ella es posible ser miembro legislador en un reino de los fines. Así pues, la moralidad y la humanidad en cuanto que es capaz de moralidad son lo único que posee dignidad" (KANT, 2003, p. 86).

28 Sobre los límites internos de la ética kantiana puede verse en (GONZÁLEZ, 2004, p. 25 y ss).

capacidad de autodeterminación, su fundamento y, de algún modo, su contenido dejaron de ser heterónomos, para convertirse en autónomos y, en esa medida, vulnerables, porque cuando la dignidad se fundamenta en la autonomía –y no esta en aquella– se incurre en una tautología, que hace depender la dignidad del consenso o de la arbitrariedad y, en esa medida, pierde su carácter universal e inviolable.

Por otro lado, no puede negarse que el pensamiento filosófico-jurídico contemporáneo se estructura en torno a la cuádruple relación realizada por Kant en relación a la dignidad: la que existe entre la capacidad de autodeterminación y la dignidad; la exigencia de respeto de toda persona *erga omnes* precisamente por tener dignidad; la distinción entre lo que es intercambiable y lo que tiene dignidad y, finalmente, la diferencia esencial de tipo cualitativa y no cuantitativa entre el hombre y los demás seres naturales (y artificiales) porque mientras estos pueden ser medio para conseguir algo, el ser humano no, porque es un fin en sí mismo[29].

Un siglo más tarde, el positivismo de Kelsen subrayó la separación entre *persona* como concepto jurídico y *hombre* como ser biológico, que corresponde ser estudiado por las ciencias naturales[30]. A esta corriente de pensamiento se añade la del pragmatismo que privilegia la utilidad y autonomía del sujeto, –*volenti non fit injuria* (no se comete injusticia con quien actuó voluntariamente)– que caracteriza el pensamiento liberal. En resumen, la filosofía neokantiana que impregna la mayoría de los ambientes académicos, ha olvidado el imperativo moral kantiano, que establecía que si bien la conciencia sólo puede admitir una ley impuesta por ella misma (debe ser autónoma) a la vez, esa norma de conducta –para que sea obligatoria– debía ser de tal calidad ética, que pudiera erigirse en ley universal[31].

29 Cfr. (KANT, 2003, p. 86,) Cabe precisar, sin embargo, que si bien es cierto la persona es un fin en sí misma y no se puede reducir a un medio para otros fines, sería inexacto afirmar que esta característica la encierre en sí misma, transformando a cada individuo "en un fin en sí mismo" porque "la condición de ser relacional es inherente a la persona. El ser humano ha sido creado con una tendencia primaria hacia el amor, hacia la relación con el otro. No es un ser autárquico, cerrado en sí mismo, una isla en la existencia, sino, por su naturaleza, es relación. Sin esa relación, en ausencia de relación, se destruiría a sí mismo". (RATZINGER, 2005, p. 104,)

30 Cfr. (KELSEN, 1986, p. 33,)

31 Cfr. (KANT, 2003, p. 23,)

Son estas premisas las que han permitido que desde la década de los ochenta, se afirmase que "matar a un ser humano es un mal, pero matar a una persona es peor"[32]. La dignidad dejó de ser considerada un atributo universal, inherente a la condición de miembro de la familia humana, para convertirse en una cualidad reconocida por cada quien o por el resto de la sociedad, según diferentes criterios accidentales. Paralelamente se desarrolló otra tautología en relación a la dignidad: la ausencia del dolor o del sufrimiento moral o físico. Esta filosofía sustituye el derecho incondicionado a vivir por el de morir antes que sufrir[33]. Consecuentemente, el enfermo terminal, el comatoso o quien sufra una importante y dolorosa deficiencia psico-física sería un sujeto sin derecho a la vida y cooperar a su muerte se convertiría en un deber social.

Puede resumirse lo expuesto, resaltando que la relación entre dignidad humana y derecho a la vida ha sido reinterpretada desde la segunda mitad del siglo pasado introduciendo criterios de discriminación, que la humanidad había considerado definitivamente superados con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 e invirtiendo la relación entre autonomía y dignidad, así como la que existía entre sufrimiento y dignidad. Además, aunque suene duro, hoy en día se discute la posible existencia de un derecho a exigir que otro nos mate, así como la facultad de ejercitar la objeción de conciencia para eludir esa obligatoriedad[34].

2. El carácter inalienable de la dignidad humana: la distinción entre dignidad ontológica y moral

La dignidad humana es un primer principio, fuente de todos los derechos, que tiene un carácter basilar, no disponible (art. 1º Constitución del Perú). Por tanto, acompaña a todo ser humano, por el sólo hecho de ser un individuo de la especie, aún cuando su racionalidad, por las razones que sea, no se haya desarrollado plenamente. A la vez, esa dignidad no

32 (PARFIT, 1984, p. 108). Una ponderada crítica a este autor se encuentra en (SPAEMANN, 2003c, pp. 399-408).

33 Cfr. (SINGER, 1998, pp. 182, 180 y 108). Un análisis crítico se encuentra (SPAEMANN, 2003a, pp. 409-419).

34 Cfr. (OLLERO, 2004, p. 149). El autor, en nota a pie de página n. 36, comenta un proyecto de ley de la IU que propone la legalización de la eutanasia y "el derecho de objeción de conciencia del personal sanitario, para que libremente también ellos pueda decidir".

es sólo de tipo ontológico: tiene un componente ético, en cuanto que exige una conducta acorde con la dignidad del propio origen.

Ahora bien, una errónea conducta ética no priva al sujeto de la dignidad ontológica, pero sí de la dignidad moral[35]. Los asesinos y los parias sociales tienen derecho a ser tratados con el respeto que exige su dignidad ontológica, sin que sea lícito un trato degradante o cruel[36]. En cambio, no es contraria a su dignidad la reclusión física para evitar que dañen a la sociedad[37]. En ningún caso, afirma el Tribunal Constitucional del Perú (TCP) se puede "desconocer la personalidad del individuo; y por ende, su dignidad. Ni aún cuando el sujeto se encuentre justificadamente privado de su libertad es posible dejar de reconocerle una serie de derechos o atribuciones que por su sola condición de ser humano le son consubstanciales. La dignidad, así, constituye un *minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover"[38].

Por otro lado, si bien es cierto que la dignidad lleva a respetar la voluntad ajena, no se agota en esta exigencia, porque el respeto a la persona comprende el de su naturaleza[39]. En el progreso de la civilización tiene un

35 En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (TC) al afirmar que "el carácter digno de la persona, en su sentido ontológico, no se pierde por el hecho de que se haya cometido un delito." Exp. 2868-2004-AA, f.j. 23. Cfr. Código Civil, art. 6 y Ley 28189 sobre transplantes de órganos.

36 De allí la prohibición absoluta de las torturas que recogen los instrumentos internacionales. Ver por todos, la Declaración sobre protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 1 de diciembre de 1975, art. 2: "Todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana…".

37 El TC español ha puesto de manifiesto que el art. 10 de la Constitución Española (CE), que constituye la norma paralela al art. 1º de nuestra Constitución, no implica que el respeto a la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes implique que "todo derecho le sea inherente -y por ello inviolable- ni que los que se califican de fundamentales sean *in toto* condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad. de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad. Piénsese, precisamente, en la restricción de la libertad ambulatoria y conexas que padecen quienes son condenados a una pena privativa de libertad". Sentencia del Tribunal Constitucional español (STCE) 120/1999 (Repertorio del Tribunal Constitucional {RTC} 1999,120).

38 Exp. 0010-2002, Al, 03.I.03, f.j. 214.

39 Cfr. (GONZÁLEZ, 2004, p. 40,) Ese respeto a la naturaleza comprende el de los bienes básicos humanos, que pueden agruparse en seis: 1) vida (su mantenimiento y

lugar importante la prohibición legal de la esclavitud o de la comercialización del cuerpo humano, negando eficacia al consentimiento de quien quisiera seguir practicándolo. Por eso, la licitud de la donación de órganos no es irrestricta: sólo es amparable jurídicamente la que no implique lesión permanente de la integridad física[40]. La autonomía de la voluntad tiene que someterse a esas barreras jurídicas precisamente para custodiar la verdad más profunda sobre el hombre –cuyo cuerpo se identifica con su mismo ser–, que entronca directamente con su libertad. De allí que el Derecho sea una limitación de la arbitrariedad en favor de la justicia, de la paz y del respeto a la dignidad[41].

En resumen, si bien todos los hombres participan de la misma dignidad ontológica, no todos tienen la misma dignidad moral: esta depende de la adecuación de la conducta a las exigencias éticas del estatuto personal[42]. Pero, en ningún caso, la dignidad depende de los condicionamientos externos: ni en el plano ontológico ni en el moral. Esta distinción es fundamental para preservar la inviolabilidad del respeto debido a la dignidad humana.

---

transmisión, salud y seguridad); 2) conocimiento y experiencia estética; 3) excelencia en el trabajo y en el juego; 4) amistad, paz y fraternidad; 5) paz interior, auto-integración y autenticidad; y 6) armonía con los más amplios ámbitos de la realidad, en especial con Dios y con el entorno natural". FINNIS, J.; BOYLE, J. y GRISEZ, G. *Nuclear Deterrence, Morality and Realism,*Oxford, Clarendon Press, 1987, 278-281, citado por (MASSINI, 1998, p. 191,)Desde esta perspectiva, por ejemplo, tendrían

40 "La indemnidad corporal está sujeta, como regla, al principio de irrenunciabilidad; vale decir, que la Constitución no avala ni permite las limitaciones físicas voluntarias, salvo casos excepcionales. En ese sentido, la persona tiene la responsabilidad de mantener incólume su integridad y, por consiguiente, de no atentar contra su propia estructura corpórea. (…). Por ende, cabe la posibilidad de que la persona pueda ceder todas aquellas partes sustancias o tejidos que se regeneren, siempre que ello no atente gravemente contra su salud o ponga en peligro su vida". Exp. 2333-2004-HC, 12.VIII.04, f.j. 21.

41 Un estudio, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, se encuentra en (ALONSO OLEA, 1987)

42 Un deber que es parte de la conciencia universal de la humanidad y que atestigua la poesía didáctica de Hesiodo (s. VIII a.C.): "{p}resta atención a la justicia y olvida por completo la violencia. Pues el Crónida puso esta norma para los hombres: para peces, fieras y pájaros voladores, comerse unos a otros, puesto que no hay justicia en ellos, pero a los hombres les dio justicia que es más provechosa; pues si alguien, una vez que las conoce, quiere proclamar las cosas justas, a ése Zeus, de amplia mirada, le da felicidad, pero quien en sus testimonios se engañe perjurando voluntariamente y al mismo tiempo dañando a *Dike* {la justicia}, se extravía de manera incurable…" (HESIODO, 2000, v.275)

Asimismo, es necesario recordar que el respeto a la dignidad no equivale a amparar cualquier decisión humana sino sólo las que sean conformes con el orden jurídico plasmado en la Constitución[43].

3. Dignidad humana y calidad de vida

La tendencia dominante en los círculos bioéticos, que se ha extendido a otros sectores del Ordenamiento, es la de identificar lo indigno para el ser humano con la carencia de autodeterminación o con los aspectos económicos o cuantitativos del nivel de vida, manifestados en situaciones de precariedad o sufrimiento moral o físico. De allí que se afirme que "en el caso de la enfermedad irreversible tampoco habría vida personal digna de tal nombre, y no sería aplicable la protección que supone el derecho a la vida". Y, consecuentemente, para un sector de la doctrina académica la eutanasia debería ser viable constitucionalmente, "no ya como consecuencia de un derecho de disposición, sino como un derecho que arranca de la imposible recuperación de la dignidad humana"[44].

Sin embargo, la dignidad humana, como hemos afirmado en los apartados precedentes, no depende del reconocimiento social ni de factores accidentales, sino de la trascendencia del propio origen. De allí que no se deba reducir la dignidad humana a la calidad de vida, pues esta se mide por las "condiciones físicas y psíquicas que permiten el desarrollo armónico de la personalidad[45]. Puede haber condiciones físicas y psíquicas contrarias a la dignidad humana, pero eso no convierte una vida en indigna. En todo caso, se puede hablar de indignidad moral del agresor, pero no de la víctima. En cambio, es posible actuar conforme a la dignidad ontológica en un ambiente hostil, degradante o precario. Por tanto, es falso que una deficiente calidad de vida convierte una vida humana en indigna[46]. Más aún, la dignidad moral de quien es capaz de superar esas

43 "Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano". Exp. 2868-2004-AA, 24. XI.2004, f.j. 14.

44 (PECES-BARBA, 1999, p. 20).

45 (GONZÁLEZ, 2004, p. 37).

46 "La dignidad del hombre es inviolable en el sentido de que no puede serle arrebatada desde fuera. Sólo uno mismo puede perder la propia dignidad. Los demás solamente pueden vulnerarla no respetándola. Quien no la respeta no quita al otro su dignidad, sino que pierde la propia. No fueron Maximiliano Kolbe ni el

deficiencias pone de manifiesto la grandeza personal del ser humano. En cambio, considerar indigna una vida humana por desarrollarse en condiciones físicas o psíquicas precarias, implica una concepción materialista de la vida, que relativiza el valor incondicionado de toda vida humana.

Por eso, nunca será ética la eliminación deliberada de una vida humana, por muy precaria que sean sus condiciones de vida, porque la dignidad no depende –como hemos afirmado repetidamente– de los condicionamientos externos. Lo ético será, más bien, mejorar en lo posible esas carencias y limitaciones, también cuando quien las padezca solicite auxilio para terminar con su vida a la brevedad posible. No se puede olvidar que ayudar a una persona no equivale a darle siempre la razón. Más bien, en estos casos extremos, en vez de confirmarle a una persona que su vida no tiene sentido, se le puede ayudar a que lo descubra y recupere la conciencia de su dignidad. Y, en caso que no experimente fuerzas para seguir luchando para superar una enfermedad y desee acelerar su muerte, mediante los cuidados paliativos y, en última instancia, durmiéndola, se le puede acompañar hasta que llegue el momento de su muerte, respetando su decisión, pero sin incurrir en el homicidio por razones sentimentales.

La ausencia de condiciones dignas no se resuelve con la eliminación de las personas que sufren esas carencias, sino con la acción positiva del Estado y de los particulares para solucionar esas deficiencias. Nuestro Ordenamiento jurídico "protege la vida, pero con dignidad. En esas circunstancias, se impone principalmente a los poderes públicos la promoción de estas condiciones; de ahí que *la vida ya no es posible de ser entendida tan sólo como un límite frente a los poderes públicos, sino también del poder privado*"[47]. El TCP ha declarado, precisando aún más, que la salud es un derecho fundamental por su "relación inseparable con el derecho a la vida", pues la presencia de una enfermedad o patología puede conducir a la muerte o, "en todo caso, desmejorar la calidad de la vida. Entonces, *es evidente la necesidad de efectuar las acciones para instrumentalizar las medidas dirigidas a cuidar la vida, lo que supone el tratamiento destinado a atacar las manifestaciones de cualquier enfermedad para impedir su desarrollo o morigerar sus efectos,*

P. Popieluszko quienes perdieron su dignidad, sino sus asesinos". (SPAEMANN, 2003b, p. 108,)

47 Exp. 3330-2204-AA, 11.VII.2005, f.j. 53. Las cursivas no son del original.

tratando, en lo posible, de facilitar al enfermo los medios que le permitan desenvolver su propia personalidad dentro de su medio social"[48].

Por otro lado, en los casos en que un paciente solicita al médico que le quite la vida y este se niega, se produce un conflicto de libertades de dos personas con la misma dignidad y, por tanto, con el mismo derecho de exigir un respeto *erga omnes* a su decisión. En estos casos, si bien es cierto, el ejercicio "del derecho de autonomía permite al paciente rechazar un tratamiento", esta facultad no "le autoriza a ordenar al médico que le haga algo positivo o determinado. El paciente no puede exigir un tratamiento que sea contrario al buen juicio clínico o al dictamen en conciencia de su médico"[49]. La negativa del médico a cooperar al suicidio asistido no es un vejamen a la dignidad sino, más bien, el cumplimiento de las obligaciones éticas adquiridas libre y responsablemente con el Juramento Hipocrático y que garantizan la confianza en la actuación profesional del personal sanitario.

No obstante, es necesario analizar con más detalle, cuál es la responsabilidad de los médicos cuando el paciente alega un "derecho a morir" y la compasión ante situaciones límites, parece justificar la cooperación para poner fin a una vida humana marcada por el dolor y el sufrimiento.

4. El "derecho a la muerte" y el "deber de quitar la vida"

Llegamos al último punto de nuestro análisis: el llamado "derecho a la muerte". De acuerdo al Diccionario de la Real Academia la eutanasia consiste en una "acción u omisión que, para evitar sufrimientos a los pacientes desahuciados, acelera su muerte con su consentimiento o sin él"[50]. Esta figura plantea no sólo la viabilidad jurídica del suicidio, sino –lo que es más grave– la intervención de un tercero en la muerte de una persona y, en todo caso, la obligación jurídica de realizar ese acto[51], que podría llevar, como ocurrió en la antigüedad estoica, a instituir "un premio moral al suicidio"[52] ante casos que se presentan como una carga social o familiar.

48 Exp. 2016-2004-AA, 05.X.2004, f.j. 27.

49 (HERRANZ, 2007)

50 (REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 2003) El subrayado no es del original.

51 Cfr. (OLLERO, 2004, 139-164)

52 Sobre esta y otras cuestiones, ver (SPAEMANN, 2003a, p. 413 y ss,)

El TCE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el llamado "derecho a la muerte" en la STC 120/90 de 17 de junio de 1990 (RTC 120, 90), invocado por los miembros de la GRAPO que decidieron realizar una huelga de hambre y fueron alimentados, contra su voluntad, por el personal de la penitenciaría, que cumplió con un mandato judicial[53]. Ese Alto Tribunal destacó que el derecho fundamental a la vida es un derecho subjetivo que impone a los poderes públicos y, en especial al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida e integridad física de los ciudadanos, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares[54]. Esta doctrina ha sido reafirmada por ese mismo Tribunal, treinta y tres años, reafirmando que no existe el "derecho a la propia muerte", pero a la vez, afirma que "puede extraerse de tal jurisprudencia una imposibilidad constitucional de admitir la eutanasia y, mucho menos, un pronunciamiento sobre el problema iusfundamental que suscita"[55].

Por consiguiente, el derecho a la vida tiene un "contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del ***agere licere***, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, *en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda*

53 "En suma, el objeto del presente recurso de amparo queda circunscrito a la compatibilidad con los arts. 1.1, 9,2, 10.1, 15, 16.1, 17.1, 18.1, 24.1 y 25.2 C.E. de la resolución judicial que, ante la negativa a ingerir alimentos, manifestada por los internos recurrentes en reivindicación de la concentración en un mismo establecimiento penitenciario de los reclusos pertenecientes a los GRAPO, autoriza y obliga a la Administración penitenciaria a prestar asistencia médica, en cuanto ello implique la alimentación de los internos en contra de su voluntad". STCE 120/90 de 17 de junio 1990 (RTC 120,90), f.j. 3.

54 Cfr. STCE 53/1985 (RTC 1985, 53).

55 Sentencia del Pleno 10044/2023, f.j. A, b) iii)

incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho"[56].

Sin embargo, con motivo de la acción de inconstitucionalidad presentada contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (LORE) el TCE se ha decantado, este año, por afirmar que "la Constitución ampara un derecho de autodeterminación que permite a la persona decidir de manera libre, informada y consciente el modo y momento de morir en situaciones medicamente contrastadas de enfermedades terminales o gravemente incapacitantes"[57]. Y considera que la mencionada ley "define con precisión los presupuestos del llamado contexto eutanásico" y "prevé la disponibilidad de cuidados paliativos integrales"[58].

Otro precedente importante en esta materia es una sentencia de la Corte Europea de los Derechos del Hombre que señala que la eutanasia no es un derecho del hombre garantizado por la Convención Europea de los Derechos del Hombre. La Corte se pronunció con motivo de una sentencia de la *High Court of Justice* británica, que denegó la petición realizada por Diana Pretty para que su marido le suministrase una inyección letal que acabara con su vida, sin repercusiones jurídicas negativas para él[59]. Ante la negativa de los tribunales británicos, y una vez agotados todos los recursos jurídicos en su país, el marido se dirigió a la Corte de Estrasburgo alegando que esa decisión de los tribunales de su país vulneraba varios de los derechos humanos de su mujer reconocidos en la Convención Europea (derecho a la vida -art. 2-, a no ser sometido a tratos inhumanos -art. 3-, prohibición de injerencia del Estado en la vida privada –art. 8-,

56 Cfr. STCE 120/90 (RTC 120, 90), f.j. 7. Las crusivas no son del original.

57 NOTA INFORMATIVA Nº 24-2023 del Tribunal Constitucional Español, ubicable en https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2023_024/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2024-2023.pdf

58 Loc. Cit.

59 Diana Pretty mujer de 43 años estaba afectada por una esclerosis lateral amiotrófica que atacaba su sistema nervioso y la tenía totalmente paralizada desde el cuello hasta los pies. Era alimentada por medio de un tubo y sabía que, en breve, la enfermedad le provocaría la muerte en medio de grandes dolores. A pesar de su estado físico, tenía intactas su inteligencia y capacidad de decidir y se expresaba por medio del teclado de un ordenador. Sentencia de 29 de abril de 2002 (Corte de Estrasburgo de Derechos Humanos, 29 de abril 2002, req. nº 2342/02, asunto Pretty contra el Reino Unido).

libertad de pensamiento, conciencia y religión –art. 9-, y rechazo a toda discriminación –art. 14-).

La Corte de Estrasburgo, tras analizar cada uno de los derechos que se alegaban vulnerados, concluyó que la eutanasia no es un derecho garantizado por la Convención Europea de los Derechos del Hombre. Más bien, considera que entre el respeto a la autonomía de la voluntad y la protección de las personas "vulnerables" contra los abusos posibles que se pudiese derivar de un suicidio asistido, es preferible optar por estos últimos, si bien deja libertad a los países a la hora de regular esta materia. En el caso *Haas c. Suiza,* del 20 enero 2011, nuevamente han afirmado que los legisladores nacionales gozan de un amplio margen de apreciación ante la posibilidad de asistencia a quien desea morir en un contexto eutanásico[60].

Son dos los argumentos centrales de esta sentencia para rechazar la eutanasia: por un lado, en el derecho a la vida reconocido en el art. 2 de la Convención Europea de Derechos del Hombre que dispone que la muerte no puede ser infligida a nadie intencionadamente; y por otro, que el deseo de morir expresado por el enfermo incurable o moribundo no puede constituir nunca el fundamento jurídico de su muerte a manos de un tercero[61].

Por tanto, la interpretación teleológica del derecho fundamental a la vida e integridad física y moral, a la luz del Ordenamiento y la jurisprudencia nacional e internacional, lleva a concluir que no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 2.1 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva sea contraria a un inexistente derecho constitucional. La "decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho, sino simplemente manifestación de libertad genérica"[62]. En otras palabras, se trata de una pretensión pero no de un derecho y, menos, de uno de tipo

60 Cfr. Sentencia del Pleno 10044/2023, f.j. A) c)

61 Según el TCE podría llegar a sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de la voluntad de una persona que decide asumir "el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta", en el contexto de personas que habían decidido quitarse la vida mediante una huelga de hambre y que se negaban a recibir alimentos. Cfr. STCE 120/90 (RTC 120, 90), f.j. 7. Es decir, de personas adultas, sanas y no de enfermos, cuya petición de poner fin a su vida puede provenir de un consentimiento viciado por la angustia o el dolor.

62 Ibidem.

fundamental. Por tanto, al no existir un *derecho a la muerte* tampoco existe un *deber jurídico de colaborar en el suicidio ajeno*.

En cualquier caso, si se admitiese que la compasión moral justifica el suicidio asistido, sea en personas sanas o enfermas, esta práctica llevaría a la tergiversación del deber de mutuo socorro o solidaridad. En la actualidad, el incumplimiento de este deber constituye un delito, de particular gravedad cuando se sigue un perjuicio grave a la salud. Este obliga a todos los ciudadanos[63] pero, en particular, a los profesionales de la salud, de acuerdo a las disposiciones del Código de Ética del Colegio Médico[64]. De admitirse la legitimidad de la eutanasia, aun cuando se exija el consentimiento garantizado del paciente, no se podrá evitar que se convierta en norma lo que nació como una excepción y que se mine paulatina, pero sustancialmente, "la autocomprensión normativa de las personas, que rigen su propia vida y se reconocen mutuamente similar respeto"[65]. De este modo, el deber de mutuo socorro puede convertirse, más bien, en el título para practicar el homicidio impunemente, como ha puesto de relieve el Tribunal de Estrasburgo en la sentencia antes comentada.

Nuestro análisis ha llegado a un punto en el que es evidente que nos encontramos metidos de lleno en los aspectos éticos medulares de la vida humana, porque la relación entre eutanasia y dignidad humana se define axiológicamente, puesto que responde en última instancia al sentido de la vida y de la muerte, que necesariamente informa el mundo del Derecho[66].

63 Art. 127 CP: "El que se encuentra a un herido o a cualquier otra persona en estado de grave e inminente peligro y omite prestarle auxilio inmediato pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de terceros o se abstiene de dar aviso a la autoridad, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de un año o con treinta a ciento veinte días-multa". Una obligación similar se encuentra en el Código Penal español, que establece que "el que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses. 2. En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno".

64 "Es deber del médico prestar atención de emergencia a las personas que la requieran, sin importar su condición política, social, económica o legal. Por emergencia deberá entenderse aquella situación imprevista que pone en grave riesgo la vida o la salud de una persona". (art. 10).

65 Cfr. . (OLLERO, 2004, p. 154,)

66 "… sólo partiendo de una concepción de lo humano –llena de exigencias éticas– cabe delimitar el ámbito de juego de una convivencia realmente humana, que no sitúe a

Resolver la licitud de la eutanasia exige, en última instancia, realizar una opción moral, aun cuando la Moral y el Derecho no se identifiquen[67]. Esta opción lleva a definir los mínimos exigibles para garantizar una *convivencia humana*, mediante un juicio moral que remite a una antropología, a una concepción del hombre[68].

Por otro lado, es indispensable distinguir entre la eutanasia y el encarnizamiento terapéutico, que es otra forma de atentar a la dignidad humana, al someter a la persona a tratamientos que prolongan una situación de agonía, que le produce sufrimientos inútiles y, muchas veces, una mayor soledad. Distinguir cuál es el límite entre ambas figuras sólo puede hacerse por una decisión prudencial, que tenga en cuenta el bien integral del paciente en primer lugar y la no comisión de una acción directamente ordenada a quitar la vida de otra persona.

Calificar como un derecho del paciente el que alguien le quite la vida, equivaldría a convertir esa acción en un deber, que rompería la percepción de las relaciones mutuas y del contenido esencial de la dignidad humana[69]. Las situaciones precarias o dolorosas pueden hacer perder de vista al paciente y a sus familiares el sentido de la vida, pero el respeto a la dignidad humana no consiste en facilitar la muerte de una persona que ha perdido ese sentido, sino en ayudarla a recuperarlo y en aliviar o mejorar esas circunstancias dolorosas. En cambio, cuando una sociedad admite que uno de sus miembros, puede decidir privadamente a quién mantiene con vida –medida en términos de calidad de vida o de compasión moral permisiva– abre las puertas al totalitarismo y a la discriminación y, con ellas, al atropello a la dignidad y a los derechos fundamentales. No podemos olvidar que el Derecho no consiste sólo en un legítimo despliegue subjetivo sino, fundamentalmente, en el ejercicio de la libertad por la que

---

la sociedad bajo mínimos. Es obvio, por tanto, que no cabe derecho sin ética y que proponerlo –de no ser por ignorancia– podría implicar una abierta inmoralidad". (OLLERO, 2005, p. 59,)

67 "La moral pretende hacer al hombre lo más perfecto posible; por tanto es maximalista en sus exigencias. El derecho se conforma con que los hombres convivan humanamente". (OLLERO, 2005, p. 58,)

68 Cfr. (OLLERO, 2005, p. 59,)

69 "Su más elocuente consecuencia se plasmaría en la quiebra de la relación de confianza en que el trato entre médico y paciente se desenvuelve". (OLLERO, 2004, p. 154,)

uno acoge al otro, reconociéndolo en su *igual dignidad*[70]. Y es el respeto a esa igual dignidad, la que debe llevar a respetar la decisión del médico que no quiera colaborar en acelerar la muerte de una persona, sino más bien, respetar el proceso natural de la muerte del paciente, sin recurrir a una prolongación injustificada y dolorosa de su vida, aplicando los cuidados paliativos cuando sean necesarios, tal como lo establece el Código de Ética en el Perú.

En cualquier caso, de ordenarse -como ha ocurrido en España- la obligación médica de aplicar la eutanasia, los médicos tienen siempre la posibilidad de oponerse mediante la objeción de conciencia, que es un derecho fundamental[71]. Es doctrina académica pacífica definir la objeción de conciencia como "la actitud de quien se niega a obedecer una orden de la autoridad o un mandato legal invocando la existencia, en su fuero interno, de una contradicción entre el deber moral y el deber jurídico, a causa de una norma que le impide asumir el comportamiento prescrito"[72]. Con claridad se ha expuesto que "el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia supone adoptar un concepto de derecho no legalista, por el que la ley no es todavía el derecho, sino más bien, al decir de Villey, un proyecto de derecho, por lo que la objeción de conciencia, no obstante implicar el incumplimiento de un deber impuesto por una norma constitucional, legal, reglamentaria o convencional, no será una conducta antijurídica, cuando su ejercicio es razonable o regular"[73].

En conclusión, de acuerdo al Ordenamiento jurídico actualmente vigente, la eutanasia es un delito, que genera responsabilidad del médico o de la persona que lo practique. Sólo un cambio legislativo podría exonerar de esa responsabilidad, pero en ningún caso podría negar el derecho fundamental del médico a oponerse, mediante la objeción de conciencia, a realizar una acción contraria a los valores y creencias fundamentales que profesa, que en definitiva, cuando se trata del derecho a la vida, se encuentra reconocido en la Constitución del Perú.

---

70 (OLLERO, 1991, p. 58).

71 Cfr. Constitución, artículo 2.3.

72 MUÑOZ PRIEGO, Blas Jesús, *La Objeción de Conciencia,* 2010, ubicable en https://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/objecionConciencia/La_Objecion_de_Conciencia.pdf

73 (DIDIER, M. 2015, p. 281).

BIBLIOGRAFÍA:

ALONSO OLEA, M. (1987). *De la servidumbre al contrato de trabajo* (2a ed.). Madrid: Tecnos.

BALLESTEROS, J. (2003). Exigencias de la dignidad humana en la biojurídica. In *Biotecnología, Dignidad y Derecho: bases para un diálogo* (pp. 43-77). Pamplona: EUNSA.

BENDA, E. (2001). Dignidad humana y derechos de la personalidad (A. L. Pina, Trans.). In *Manual de Derecho Constitucional* (2a ed., pp. 117-144). Madrid: Marcial Pons.

BENEDICTO XVI. (2006). *Deus caritas est*. Madrid: Palabra.

DIDIER, M. M. (2015), "El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación", en *Dikaion* (24, 2, pp. 253-281)

GACETA JURÍDICA. (2005). *El Tribunal Constitucional, la Interpretación Constitucional y las Sentencias Manipulativas - Interpretativas (Normativas)*. Lima.

GONZÁLEZ, A. M. (2004). La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica. In *Biotecnología, Dignidad y Derecho: bases para un diálogo* (pp. 17-41). Pamplona: EUNSA.

HERRANZ, G. (2007). El paciente no puede exigir al médico que viole su conciencia. Retrieved from http://www.diariomedico.com/edicion/diario_medico/normativa/es/desarrollo/633072.html

HESIODO. (2000). *Teogonía; Trabajos y días; Escudo; Certamen* (A. M. S. y. M. Á. M. Sánchez, Trans.). Madrid: Alianza Editorial.

KANT, I. (2003). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Argentina: El Cid.

KELSEN, H. (1986). *Teoría pura del Derecho*. México: UNAM.

LOCKE, J. (1980). *Ensayo sobre el entendimiento humano* (Vol. I). Madrid.

MASSINI, C. I. (1998). El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos. In C. I. M. y. P. Serna (Ed.), *El derecho a la vida* (pp. 179-222). Pamplona: EUNSA.

MILLÁN PUELLES, A. (1976). *Sobre el hombre y la sociedad*. Madrid: Rialp.

MUÑOZ PRIEGO, B. J. (2010). *La Objeción de Conciencia,* 2010, ubicable en https://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/objecionConciencia/La_Objecion_de_Conciencia.pdf

OLLERO, A. (1991). *Derecho a la vida y derecho a la muerte*. Madrid: Rialp, S.A.

OLLERO, A. (2004). La invisibilidad del otro. Eutanasia y dignidad humana. In *Bioética, filosofía y derecho* (pp. 139-164). Málaga: UNED-Melilla.

OLLERO, A. (2005). *Derecho a la verdad: valores para una sociedad pluralista*. Pamplona: EUNSA.

PACHECO ZERGA, L. (2007). El "Derecho a morir" y el "Deber de matar" por respeto a la dignidad humana. *Revista de Derecho. Universidad de Piura*(8), 45-60.

PARFIT, D. (1984). *Reasons and Persons*. Oxford: Oxford University Press.

PECES-BARBA, G. (1999). La eutanasia desde la Filosofía del Derecho. In F. J. A. R. (Coordinador) (Ed.), *Problemas de la eutanasia*. Madrid: Dykinson-Universidad Carlos III.

PECES-BARBA, G. (2003). *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho* (2a ed.). Madrid: Dykinson.

PIEPER, J. (1990). *¿Qué significa "sagrado"? Un intento de clarificación*. Madrid: Rialp.

RATZINGER, J. (2005). *Dios y el mundo. Creer y vivir en nuestra época. Una conversación con Peter Seewald*. Barcelona: Galaxia Gutenberg. Círculo de Lectores.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. (2003). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (22a ed.). Madrid: Real Academia de la Lengua Española.

SERNA BERMÚDEZ, P. (1998). El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo. In C. I. M. y. P. Serna (Ed.), *El derecho a la vida* (pp. 23-80). Pamplona: EUNSA.

SERNA BERMÚDEZ, P. (2004). La dignidad humana en la Constitución Europea. In *Comentarios a la Constitución Europea* (Vol. II, pp. 192-239). Valencia: Tirant lo blanch.

SINGER, P. (1998). *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional*. Barcelona: Paidós.

SPAEMANN, R. (2003a). No existe un matar bueno. In *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar* (pp. 409-419). Madrid: EIUNSA.

SPAEMANN, R. (2003b). Sobre el concepto de dignidad humana. In *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar* (pp. 105-118). Madrid: EIUNSA.

SPAEMANN, R. (2003c). ¿Son personas todos los hombres? In *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar* (pp. 399-408). Madrid: EIUNSA.

LA GARANTÍA EUROPEA DEL DERECHO DE SUFRAGIO

*Ignacio García Vitoria**

1. ELECCIONES LIBRES: LA DEMOCRACIA COMO LECHO EN EL QUE REPOSAN LOS DERECHOS

El art. 3 del Protocolo Adicional al Convenio (en adelante, art. 3-P1) consagra el derecho a elecciones libres. Su objeto debe comprenderse desde las rotundas referencias a la democracia que se realizan en los Preámbulos del Estatuto del Consejo de Europa y del Convenio Europeo. Se dice allí que los Gobiernos miembros del Consejo de Europa reafirman su «profunda adhesión a estas libertades fundamentales», como base «de la justicia y de la paz en el mundo», y admiten que su «mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos». Se establece una relación triangular entre un régimen político democrático, una concepción común de los derechos políticos y la voluntad de garantizar conjuntamente su respeto. El Tribunal Europeo profundiza en esta relación entre los derechos del Convenio y la democracia. Ha aseverado que los derechos fundamentales reposan sobre la

* Profesor de Derecho Constitucional. Universidad Complutense. Investigador del Instituto de Derecho Parlamentario y del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional. Es una version revisada del trabajo realizado en coautoría con Javier García Roca para el libro *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, publicado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

democracia como rasgo fundamental del «orden público europeo» y que la democracia es el único modelo compatible con el Convenio[1]. A la par se consagra la idea de que las elecciones libres y la libertad de expresión forman conjuntamente el lecho (*bedrock*) de cualquier sistema democrático[2].

La necesidad de una garantía jurisdiccional europea del sufragio ha sido una cuestión controvertida. Diversos autores han reseñado con detalle las dificultades y muy diversos recelos que la inclusión de este artículo produjo durante la elaboración del Convenio[3]. Tras la inicial postergación del precepto, sólo dos años más tarde se incluyó en el Protocolo Adicional, con una redacción que permite diferentes lecturas sobre el carácter subjetivo u objetivo de la garantía. La literalidad del art. 3-P1 también llama la atención por omitir la referencia a que las restricciones deberán ser las necesarias en una sociedad democrática, que es una garantía que aparece en relación con la vida privada, la libertad religiosa, la libertad de expresión, los derechos de reunión y asociación y la libertad de circulación. En el caso del derecho a elecciones libres, esta diferencia en la literalidad del precepto ha llevado a afirmar la existencia de límites implícitos y a excluir el juicio sobre la necesidad de la medida, como veremos más adelante. Se destaca que estamos ante un derecho «limitado por los trabajos preparatorios». Se ha dicho que el Convenio es un texto pionero y precisamente por eso restrictivo[4]. La inserción de un precepto típicamente constitucional en una carta internacional de derechos —afirma Pinelli— era en sí misma problemática: ¿cómo

1 **Caso Partido de la Prosperidad y otros contra Turquía**, de 31 de julio de 2001, con origen en el **caso del Partido Comunista Unificado de Turquía** y en otros; también en **Zdanoka contra Letonia**, de 16 de marzo de 2006.

2 **Caso Bowman contra el Reino Unido**, de 19 de febrero de 1998, con precedentes en los **casos Mathieu-Mohin y Clerfayt contra Bélgica**, y **Lingens contra Austria.**

3 Pueden verse, entre otros, los siguientes estudios: Raymond Goy: «La garantie européenne du droit a de libre elections législatives: l'article 3 du premier Protocole Additionnel a la Convention de Rome», en *Revue du Droit Public*, n.º 5, 1986, pp. 1275-1326; Cesare Pinelli: «Diritto a liberi elezioni», en Sergio Bartole, Benedetto Conforti y Guido Raimondi (coordinadores): *Comentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Bolonia, 2001, p. 845-861; María Vicenta García Soriano: «El art. 3 del Protocolo Adicional al Convenio de Roma de 1950: análisis del derecho a unas elecciones libres», en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*, n.º 14/15, 1996, pp. 215-237; e Iñaki Lasagabaster: «Art. 3: Derecho a elecciones libres», en Iñaki Lasagabaster (coord.): *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 650-663.

4 Raymond Goy, op. cit., p. 1277.

admitir en la inmediata posguerra un recurso individual ante una instancia internacional en este terreno de la participación política tan ligado tradicionalmente a la soberanía?[5]

El debate sobre la jurisdicción del Tribunal Europeo ha tenido posteriormente continuidad, aunque ya no como una enmienda a la totalidad frente a la inclusión de este derecho en el Convenio, sino como una defensa de una interpretación restrictiva y deferente hacia los Estados del artículo 3 del Protocolo 1. La interpretación del derecho a elecciones libres pone a prueba la intensidad de la «voluntad de Convención»[6]. Especialmente, con ocasión de los conflictos entre la fuerza normativa y la pretensión de vigencia del precepto frente a algunas normas constitucionales de los Estados.

Las objeciones a la extensión de la jurisdicción europea a las materias electorales o parlamentarias, y la correspondiente defensa de una interpretación restrictiva, son básicamente de dos tipos. La primera se basa en la naturaleza constitucional y política de la organización institucional de cada Estado, que haría preferibles las garantías de carácter institucional, vinculadas a la pertenencia de los Estados al Consejo de Europa, frente a los recursos jurisdiccionales. Sin embargo, la soberanía aparece relativizada y transformada. El respeto a los principios democráticos no es, en la Europa de la segunda mitad del siglo XX, una cuestión exclusiva de los Estados, sino un problema de alcance europeo por cuanto compromete la paz y la seguridad del continente, como nos enseña la brutal experiencia de los totalitarismos. La observancia de los valores democráticos constituye una condición existencial para el proyecto de construir una unión más estrecha o una asociación más íntima que agrupe a los Estados europeos, como establece el preámbulo del Estatuto del Consejo de Europa. Los recursos jurisdiccionales de los derechos políticos son una pieza que no puede faltar dentro del sistema de garantías de los valores democráticos; y hacen posible que el Tribunal Europeo asuma un importante papel en la promoción de

5 Cesare Pinelli, *op. cit.*, p. 847.

6 Algo semejante —aunque no igual— a la «voluntad de Constitución» de la que habla Konrad Hesse: *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, en particular el escrito «La fuerza normativa de la Constitución», el original en alemán es de 1959.

la democracia en el continente, en colaboración con otras instituciones del Consejo de Europa[7].

El segundo argumento a favor de la contención en la interpretación del derecho se basa en el peso de las particularidades nacionales frente a una concepción de los derechos común a todos los Estados miembros. La permanencia de un amplio y a veces controvertido «margen de apreciación nacional» va frecuentemente unida a la falta de un común denominador entre los Estados: un consenso europeo. Pero también cabe registrar avances en este largo camino hacia un entendimiento compartido de la democracia. El sufragio es un instrumento indefectible de los fines que en el preámbulo se expresan. Por muy compleja que sea la definición de la democracia, es patente que sin elecciones libres la democracia moderna no existe. Como ha destacado el Tribunal: el artículo 3 del Protocolo 1 «encierra una característica de una efectiva democracia política»[8]. En otras palabras, es una *condictio sine qua non* del gobierno representativo[9].

Igualmente esencial es la existencia de oposición política frente a regímenes autoritarios y populistas. Desde el primer momento, en la Asamblea consultiva se produjeron intervenciones que pidieron una cláusula política «que permitiera a la oposición luchar por el poder político en igualdad de armas con los partidos que estuvieran en el ejecutivo», o lo que es lo mismo, el «derecho de organizar una oposición política que entraña el derecho de presentar a las elecciones candidatos que pertenezcan a la oposición»[10],

7 Véase Alister Mowbray: «The role of the European Court of Human Rights in the promotion of democracy», en *Public Law*, 1999, pp. 703-725, quien plantea que la Corte mantiene un concepto de «democracia representativa» que extrae del preámbulo y del texto del Convenio; previamente, S. Marks: «The European Convention on Human Rights and its democratic society», en *British Yearbook of International Law*, 1995, p. 210. Juan Antonio Carrillo Salcedo: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 14, recuerda cómo el Consejo de Europa ha pasado de ser un «club de democracias» a una «escuela de democracia» con la decisión política de abrir la organización a los antiguos Estados comunistas, y subraya que es en la actualidad más un «Consejo de Eurasia» que de Europa (p. 126).

8 **Caso Matthews contra el Reino Unido**, de 18 de febrero de 1999, con precedentes en los citados **casos Mathieu-Mohin y Clerfayt**, y del **Partido Comunista Unificado de Turquía.**

9 *Vid.* Bernard Manin: *Los principios del Gobierno representativo*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, original en inglés de 1997, quien evidencia que toda elección lleva en sí misma ínsita un germen elitista o aristocrático

10 Raymond Goy, *op. cit.*, p. 1279.

afirmaciones que permiten comprender institucionalmente el sentido del precepto. En relación con el carácter libre de las elecciones y con el estatuto de la oposición, la formación de estándares comunes aparece impulsada por la actividad de la Comisión de Venecia, que es citada como fuente externa por el Tribunal Europeo.

Existe también una evidente ligazón del art. 3-P1 con el *principio democrático representativo en la Unión Europea*[11]. Como veremos más adelante, el TEDH ha abierto la puerta a que se pueda invocar el art. 3-P1 en relación con las elecciones al Parlamento Europeo. Los estándares convencionales contribuyen a concretar los valores democráticos de la Unión Europea, que los Estados miembros de la Unión tienen el deber de respetar, en virtud del artículo 2 del Tratado de la Unión Europea. En consecuencia, los casos más graves y persistentes de falta de acatamiento de la jurisprudencia de Estrasburgo en relación con el art. 3-P1 podrían conllevar un incumplimiento simultáneo del Derecho de la Unión[12]. Por otra parte, la jurisprudencia de Estrasburgo influye en la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haga del capítulo sobre los derechos de ciudadanía reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, como se observa en el **caso Thierry Delvigne**, de 6 de octubre de 2015 (C 650/13).

No obstante, hay diferencias sustanciales entre el Convenio y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Esta última no contiene un derecho general al sufragio, sino tres garantías específicas respecto a las elecciones al Parlamento Europeo y municipales. La Carta proclama el derecho a los ciudadanos europeos a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo (artículo 39.1) y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan (artículo 40), recogiendo derechos previamente reconocidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículos 20.2 y 22)[13]. Junto a estas disposiciones sobre la titularidad del sufragio,

11 Puede verse Cesare Pinelli, *op. cit.*, p. 860, «L'impegno a tenere libere elezioni e il vincolo del principio democratico posto dai Trattati sull'Unione Europea».

12 Los Estados que son simultáneamente miembros de la Unión y del Consejo puedan denunciar graves irregularidades electorales por parte de otros Estados bien ante los órganos de la Unión, a través de los mecanismos previstos en el artículo 7 del Tratado de la Unión o del recurso por incumplimiento, o ante el Tribunal de Estrasburgo, mediante una demanda interestatal, o incluso acumulando ambas acciones.

13 Sobre los derechos de sufragio en las elecciones municipales y al Parlamento europeo pueden verse, entre otros, M.ª Dolores Blázquez Peinado: *La ciudadanía de la Unión*, Tirant lo Blanch-Universidad de Valencia, 1998, Capítulo III; Eduardo Espín:

se establece la exigencia de que los diputados al Parlamento Europeo sean "elegidos por sufragio universal libre, directo y secreto" (artículo 39.2), que ya está en el Tratado de la Unión Europea (artículo 14.3). Ninguna de estas disposiciones extiende la jurisdicción del Tribunal de Justicia a las elecciones a los parlamentos nacionales o regionales de los Estados de la Unión. Si la garantía convencional del sufragio está vinculada a la existencia de un orden público democrático en el marco del Consejo de Europa, los derechos democráticos que establece el Derecho primario de la Unión Europea se vinculan a fines aún más ambiciosos, como son la construcción de una ciudadanía europea y la formación de un incipiente *demos* europeo.

2. LA EVOLUCIÓN EN LA COMPRENSIÓN DEL PRECEPTO

2.1 De garantía institucional a derecho subjetivo

La Comisión de Derechos Humanos, en bastantes casos y durante muchos años, interpretó que existía «una garantía institucional de elecciones libres», aseverando que el art. 3-P1 «no garantiza los derechos del individuo más que indirectamente tras la mediación del cuerpo legislativo»[14]. Esta fue la primera comprensión de la garantía. Ciertamente, la disposición no tiene la estructura de una norma reconocedora de un derecho de los ciudadanos sino la de un tratado que establece una obligación internacional de los Estados: «las Altas Partes Contratantes se comprometen…». Sólo en la reforma del Convenio efectuada en 1994 por el protocolo 11 se añadió como título «Derecho a elecciones libres». La Comisión desarrolló una garantía institucional de elecciones libres, que no imponía derechos individuales sino obligaciones positivas a los Estados, y no admitía prácticamente aplicaciones jurisdiccionales.

El asunto más importante fue el caso del llamado **golpe de Estado de los coroneles** en 1967. Dinamarca, Noruega, Suecia y Holanda denunciaron a **Grecia** por violar el Convenio mediante una demanda interestatal, dada la supresión del Parlamento, de la actividad política y de las elecciones, así como la suspensión de varios artículos de la Constitución griega y, entre

«Ciudadanía y participación política en Europa», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 58, 2000, pp. 189 ss; y Fabio Pascua Mateo: "Eligiendo al Parlamento Europeo: principios comunes a los Estados miembros", *Revista CEFLegal,* nº 225, 2019, pp. 91-130.

14 Raymond Goy, *op. cit*., pp. 1298 y ss.

otros motivos, adujeron la lesión del art. 3-P1. La Comisión y luego el Comité de Ministros decidieron que la obligación de asegurar elecciones libres en intervalos razonables supone la existencia permanente de un cuerpo legislativo y que viola dicho artículo la ausencia prolongada de este órgano[15]. El asunto concluyó con la expulsión de Grecia del Consejo de Europa donde sería readmitida más tarde.

Pero la Comisión acabó evolucionando en su comprensión del artículo para pasar a concebirlo como un derecho subjetivo al sufragio, demostrando que el Convenio es un instrumento vivo. El Tribunal hizo suyo este entendimiento en el importante **caso Mathieu-Mohin y Clerfayt**, de 28 de enero de 1987[16], un verdadero *leading case*. La Corte de Estrasburgo recordó que la Comisión había avanzado en su posición sobre la naturaleza de los derechos de sufragio, en las resoluciones de admisión a trámite, pasando de la idea de un «derecho institucional» a la celebración de elecciones libres y al concepto de «sufragio universal», y, después, a la de «derechos subjetivos de participación». El Tribunal aceptó esta concepción y construyó su propia línea de razonamiento. Se admite que los Estados disfrutan de un amplio margen de apreciación nacional y pueden someter los derechos de sufragio activo y pasivo a determinados requisitos. Pero corresponde al Tribunal asegurarse de que estos requisitos no disminuyan los derechos mencionados hasta afectarlos en su propia esencia y hacerlos totalmente ineficaces, así como asegurarse de que persigan una finalidad legítima y con medios que guarden la debida proporción; sobre todo, no deben contrariar la «libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo».

Aunque el art. 3-P1 no establece la necesidad de regular un determinado sistema electoral, sí fija la exigencia de elecciones «libres», «en intervalos razonables» y «con votación secreta». Los distintos sistemas electorales deben reflejar con la mayor fidelidad posible las opiniones del pueblo, y canalizar las corrientes ideológicas para «promover la formación de una voluntad política de suficiente claridad y coherencia». La cláusula «en condiciones que aseguren la libre expresión de la opinión en la elección del cuerpo legislativo» implica la libertad de expresión protegida por el art. 10 del Convenio y al principio de igualdad de trato de todos los ciudadanos en

15 *Ibidem*, y Cesare Pinelli, *op. cit.*, p. 848.

16 Véase Javier García Roca*: Cargos públicos representativos. Un estudio sobre el art. 23.2 de la Constitución*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 110 y ss.

el ejercicio de su derecho. De ahí no se desprende que todos los votos deban tener el mismo peso a efectos del resultado electoral ni cada candidato las mismas oportunidades de victoria. La aplicación del art. 3-P1 exige valorar cada sistema electoral a la vista de la evolución política del país de que se trate, de forma que características inadmisibles en el marco de un sistema pueden estar justificadas en el contexto de otro[17].

2.2. La doble dimensión del sufragio

Es preciso remarcar la consideración de ambas clases de sufragio, activo y pasivo como derechos democráticos de participación política de los ciudadanos. Arrancando de una perspectiva institucional, se desemboca en otra conexa con situaciones subjetivas. La misma variación de criterio evidencia que ambas dimensiones del sufragio acaban por ser difícilmente disociables[18].

La tesis que acoge la jurisprudencia de Estrasburgo y las nuevas declaraciones de derechos coincide con las posiciones más modernas de la doctrina constitucional acerca de la naturaleza jurídica del sufragio. Las Constituciones de los Estados configuran mayoritariamente las dos dimensiones del sufragio como un derecho subjetivo. Del art. 23.2 de la Constitución española se desprende un derecho democrático de participación y, al tiempo, un derecho subjetivo y de autonomía en el posterior ejercicio del cargo[19]. La evolución del Derecho electoral también respalda la caracterización del sufragio pasivo como un derecho subjetivo. La judicialización del procedimiento electoral y la subsiguiente revisión de la validez de las actas electorales, abandonándose progresivamente los viejos modelos de control parlamentario de

17 En aplicación de la doctrina reseñada, el Tribunal Europeo estimó que no se había violado el art. 14 del Convenio en relación con el art. 3-P1. La Sentencia contempla un Voto Particular discrepante de cinco Magistrados quienes estimaron que sí se lesionaba el derecho y otro Voto Particular de conformidad. La Comisión había llegado también antes a la conclusión de que se violó el derecho de los demandantes como electores sin entrar a analizar el caso en relación con el sufragio pasivo.

18 Desde mucho antes, 1969, el art. 23.1.b de la Convención Interamericana posee un tenor semejante. *Vid.* Amaya Úbeda de Torres: *Democracia y derechos humanos en Europa y América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos,* Reus, Madrid, 2007

19 *Vid.* Javier García Roca: *Cargos públicos representativos*, *op. cit.*, pp. 112-116 y pp. 222 a 226.

las actas, han acabado por hacer inevitable esta conclusión[20]. El sufragio debe ser entendido como un derecho fundamental, de la titularidad de los ciudadanos, y destinado a hacer posible la construcción de la relación de representación política y la formación democrática de la voluntad de los Estados, mediante la íntima conexión de sus dos modalidades.

En la medida en que el Convenio se ha ido constitucionalizando y el TEDH aproximando a un Tribunal Constitucional, la evolución en el entendimiento del artículo hacia un derecho democrático de participación política se hacía inevitable[21]. Si los sujetos y destinatarios fueron inicialmente sólo los Estados, una obligación típica de un tratado internacional, ahora son los ciudadanos. Todo ello sin cambiar el texto del Convenio. Claro está, no estamos ante un derecho absoluto e ilimitado, subsiste un amplio margen de apreciación nacional y de conformación legal en las condiciones de ejercicio del derecho, y puede el legislador imponer diversos requisitos y restricciones siempre que resulten admisibles desde la perspectiva del Convenio.

2.3. El derecho del elegido a ejercer su mandato

Otra muestra de la eficacia del Convenio para prevenir nuevas violaciones de derechos y de las fecundas interrelaciones entre las protecciones convencional y nacional se recoge en el **Caso Gaulieder contra Eslovaquia**, de 18 de mayo de 2000, un supuesto de *transfuguismo y cese de un parlamentario*. El actor, al tiempo de firmar su incorporación a la candidatura de un partido, firmó una renuncia anticipada y en blanco al escaño. Posteriormente, abandonó el Grupo parlamentario constituido por ese partido y anunció su voluntad de no renunciar al cargo. Sin embargo, la Cámara recibió un escrito de renuncia y adoptó una resolución aceptándola, pese a que el actor se opuso a esta decisión en el debate parlamentario. El recurrente acudió entonces ante los órganos del Convenio y la Comisión admitió la demanda por violación del

20 Costantino MORTATI razonó que la reclamación frente al acto de proclamación de electos es un derecho subjetivo del titular del sufragio pasivo, una garantía y contenido esencial del mismo: una actividad materialmente jurisdiccional.

21 *Vid.* Pablo Antonio Fernández: «Towards a European Constitutional Court?», en *Internacional Law Review (Revue de Droit International)*, vol. 2, 1995; Jean François Flauss: «La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour Constitutionnelle?», en *Revue Française de Droit Constitutionnelle*, n.º 36, 1998, pp. 711 a 728; y la Conferencia pronunciada el 7 de junio de 2002 por el Presidente Luzius Wildhaber «*El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para el futuro*» publicada en la página web del TC español (*www.tribunalconstitucional.es/PresidenteTEDHes.html*).

art. 3-P1. Poco después, el propio Tribunal Constitucional eslovaco estimó que se habían violado los derechos del parlamentario; y, tras unas elecciones a las que no concurrió el demandante, la nueva Cámara reconoció que no se había reparado la violación del derecho; algo después se alcanzó un arreglo amistoso (art. 39 CEDH) entre las partes, fijándose una indemnización. El TEDH canceló la demanda.

El asunto merece atención pues de este precedente podía ya tácitamente concluirse que el art. 3-P1 protege no sólo en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y momento de acceso al cargo, sino también en el posterior de su mantenimiento en el mismo, ofreciendo una defensa frente a los ceses indebidos. En suma, que la garantía concede la facultad de mantenerse en el cargo sin interferencias ilegítimas[22].

Las dudas se disiparon dos años después en el **Caso Sadak y otros contra Turquía**, de 11 de junio de 2002, confirmándose el entendimiento del derecho que acaba de exponerse. La Corte sostuvo con rotundidad que reconocía, al igual que la Comisión, que «esta disposición garantiza el derecho de todo individuo a presentarse como candidato a las elecciones y, *una vez elegido, ejercer su mandato*». El supuesto de hecho se refería a una docena de parlamentarios turcos que, tras la disolución del Partido de la Democracia (DEP) por la Corte Constitucional, vieron automáticamente decaído su mandato parlamentario como medida accesoria de la principal e incluso fueron perseguidos penalmente u obligados al exilio. El Tribunal Europeo estimó que la medida no era proporcionada dada su extrema severidad, ya que fue adoptada automáticamente, sin ponderar sus actividades políticas a título personal, y que, en consecuencia, lesionaba la sustancia misma del derecho a ejercer el mandato, reconocido en el art. 3-P1, y «atentaba al poder soberano de los electores que les habían elegido diputados».

Conviene traer a colación la **Opinión** n.º 423/2007, de 5 de junio, **de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa**, donde, después de hacerse un serio estudio doctrinal, histórico y de Derecho comparado, se desaconseja vivamente a los Estados suprimir la *libertad de mandato representativo*, para admitir la posibilidad de revocar a los Diputados por los partidos políticos. Existen otras opiniones de la Comisión de Venecia en el mismo sentido,

22 De fecha posterior, sobre el control de la validez de la renuncia de un parlamentario por parte de los órganos de la cámara, puede verse **G.K. contra Bélgica**, de 21 de mayo de 2019.

que son citadas por el Tribunal Europeo en **Paunović y Milivojević contra Serbia**, de 24 de mayo de 2016.

En relación con la incompatibilidad entre el ejercicio del cargo representativo y la actividad profesional, la Sentencia **Lykourezos contra Grecia,** de 15 de junio de 2006, consideró contraria la aplicación de una reforma constitucional que excluía la posibilidad de compatibilizar ambas labores a los parlamentarios que habían sido elegidos conforme al sistema anterior.

El Tribunal no ha dado el paso de incluir dentro del contenido del art. 3 P1 la protección del ejercicio de las facultades de los parlamentarios como ha hecho el Tribunal Constitucional español. La actividad parlamentaria y el estatuto de la oposición política pueden recibir una protección indirecta a través de la invocación de otros derechos del Convenio[23].

Tiene interés la invocación de la libertad de expresión en el asunto **Karácsony contra Hungría**, de 16 de septiembre de 2014, frente a la multa impuesta a un parlamentario de la oposición por mostrar carteles acusando al gobierno de corrupción durante una votación en el Parlamento. Habrá que aguardar para comprobar si la invocación de otras libertades, como el derecho de reunión, puede ofrecer nuevas vías de protección indirecta[24].

Una línea jurisprudencial con entidad propia es la que combina el derecho a elecciones libres con las garantías de la libertad personal (artículo 5) y las limitaciones al uso de las restricciones de los derechos (artículo 18) para hacer frente a las detenciones arbitrarias de líderes de la oposición política, las prolongaciones artificiales de su prisión provisional o la construcción de causas penales fingidas o impostadas. Unos subterfugios contrarios a los principios de un Estado de Derecho y encaminados a impedir el ejercicio de la función de oposición que es esencial en una democracia representativa. Pueden destacarse los casos sobre la prolongación arbitraria de la prisión provisional de los parlamentarios: **Merabishvili contra Georgia**, de 28 de noviembre de 2017, y **Selahattin Demirtas contra. Turquía** (núm. 2), de 20

23 No parece fácil extrapolar al estatuto de los parlamentarios la jurisprudencia **Vilho Eskelinen contra Finlandia**, de 19 de abril de 2007, que admite la aplicabilidad del artículo 6.1 del Convenio Europeo a los derechos de los funcionarios públicos, por considerar los complementos retributivos como derechos y obligaciones de carácter civil.

24 En el **caso Forcadell contra España**, de 7 de mayo de 2019, se invoca conjuntamente los artículos 11 y 3 P1 en relación con la suspensión de una sesión del parlamento a petición de la minoría.

de noviembre de 2018, confirmada por la Sentencia de Gran Sala de 22 de diciembre de 2020[25].

3. EL CONTENIDO Y LA EXTENSIÓN DE LA GARANTÍA

3.1. «Elecciones libres».

El deber de los Estados de organizar elecciones libres protege el ejercicio de la libertad de expresión de los electores en la elección de la legislatura. No se pueden separar ambos polos: elecciones libres y libertad de expresión. Pero el precepto fue pensado por sus redactores de manera que fuera compatible con prácticamente todos los sistemas electorales democráticos. La existencia de elecciones libres es una *condictio sine qua non* para la admisión de los Estados en el Consejo de Europa, mas no comporta la obligación de adoptar un *sistema electoral* determinado de entre los múltiples posibles.

Tampoco parece incluir cualquier modalidad de sufragio, así no vendrían cubiertos los distintos tipos de *referendos* o formas de democracia directa y participativa de seguirse una interpretación literal. La Comisión lo rechazó en 1959 respecto de un alemán que no pudo ejercer su voto en un referéndum del Sarre; y, en 1960, respecto de un habitante de una villa alemana en territorio suizo que demandaba el derecho de autodeterminación; e igualmente rehusó, en 1975, la reclamación de un británico en el referéndum de adhesión a las Comunidades Europeas[26]. La misma doctrina ha sido asumida por el Tribunal, cuya posición aparece sintetizada en la decisión **Moohan y Gillion contra el Reino Unido**, de 13 de junio de 2017, aunque abre una pequeña ventana a admitir alguna excepción[27]. Son probablemente decisiones correctas, la interpretación contraria chocaría con la literalidad

25 GARCÍA ROCA, J., "Principio democrático, elecciones y Estado de Derecho: la cultura del constitucionalismo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Unión Europea", En: RÍOS VEGA, L.E., SPIGNO, I., ESQUIVEL, Y. y PÉREZ-MONEO, M., *Los derechos fundamentales en el siglo XXI, tomo IV, Los derechos civiles y políticos, Estudios de casos líderes europeos, Vol. XXIII. Las elecciones libres en la doctrina de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2021, pp. 3-30.

26 *Vid.*, con relación a ambas decisiones Raymond Goy, *op. cit.*, p. 1291

27 En el párrafo 42 matiza que el Tribunal no excluye la posibilidad de que una consulta calificada como referéndum por el Derecho nacional pueda potencialmente entrar dentro del ámbito de aplicación del artículo 3 del Protocolo 1. A estos efectos, el Tribunal apunta que lo decisivo no es el carácter consultivo o vinculante del referéndum, sino que constituye *"an election concerning the choice of the legislature" ("une*

de la expresión «cuerpo legislativo» que el artículo recoge. No hay mucho margen para una interpretación extensiva de la norma. La protección internacional parece ser menos intensa que la constitucional[28].

El «*Código de buena conducta en materia electoral*», aprobado por la Comisión de Venecia del Consejo de Europa en su 51.ª Sesión Plenaria, determina el «sufragio libre» mediante dos aspectos: la libre formación y expresión de la voluntad del elector. Un contenido ligado a la lucha contra el fraude electoral. Se trata —se afirma— de asegurar el carácter libre del procedimiento que desemboca en la votación y de un escrutinio o constatación exacta del resultado[29].

La garantía protege a las *minorías que se ven excluidas del ejercicio del sufragio,* cuando la elección se realiza para el resto de los miembros de la comunidad. En el **caso Aziz contra Chipre**, de 22 de junio de 2004, se declaró contrario a este precepto del Convenio la exclusión de hecho, por problemas en la realización del censo, de la comunidad de turcochipriota que residía en la parte griega de la isla.

3.2. «A intervalos razonables»

La expresión denota los usos normales de los Estados constitucionales en materia de periodicidad de las elecciones. Evidentemente, se excluye la supresión de los comicios[30], como sucedió en el ya mencionado caso del golpe de Estado de los coroneles griegos. La periodicidad de las convocatorias electorales queda en manos de los Estados, pero hay que entender que siempre y cuando se mueva dentro de los márgenes habituales de

election relative au choix du corps législatif"). Tal vez esté pensando en las consultas sobre la revocación del mandato de parlamentarios.

28 En España, varios partidos y el ejecutivo vasco amenazaron con llevar al TEDH —con escaso fundamento— el fracaso de la consulta o referéndum sobre el llamado Plan Ibarretxe tras desestimar el Tribunal Constitucional la pretensión del Gobierno Vasco de convocar un referéndum sin cumplir trámites constitucionales como es la autorización por el Gobierno de España (vid. la STC 103/2008). En relación con el referéndum de independencia en Cataluña puede consultarse la Decisión en el **caso Forcadell y otros**, de 7 de mayo de 2019.

29 Comisión de Venecia del Consejo de Europa «CODE DE BONNE CONDUITE EN MATIERE ELECTORALE: LIGNES DIRECTRICES», Estrasburgo, 9 de octubre de 2002, (*www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-EL(20002)005-e.html*).

30 Raymond Goy, *op. cit.*, p. 1299.

duración de una legislatura, esto es, que la prolongación atípica del mandato no constituya un subterfugio para impedir u obstaculizar las labores de la oposición. El citado Código de conducta electoral, que intenta recoger los principios del patrimonio electoral europeo, recomienda que los mandatos no sobrepasen los cinco años[31].

3.3. «Con voto secreto»

En buena lógica jurídica, el secreto se predica de la forma de expresión del sufragio y sirve a garantizar una libre decisión de cada ciudadano, inmune de coacciones externas, pero no del escrutinio que, por el contrario, debe ser público, ya que la transparencia del recuento deviene una garantía de la regularidad. En este sentido, la versión inglesa del Convenio «*secret ballot*» es más precisa que la francesa («*au scrutin secret*»), y debería optarse por interpretar el precepto según la versión inglesa. Las líneas directrices del Consejo de Europa recuerdan que el carácter secreto del voto no sólo es un derecho sino un deber del elector, que podría incluso ser sancionado con la nulidad de la papeleta si revela su contenido (si bien no ocurre así en España)[32].

3.4. «En condiciones que garanticen la libre expresión del pueblo en la elección»

Ya se ha insistido en este extremo: no basta con la convocatoria electoral, sino que debe existir una efectiva concurrencia de opciones políticas plurales o potencialmente contrapuestas. La cláusula no parece que impida la existencia del voto obligatorio, porque el elector forzado a votar, ante la amenaza de una sanción si incumple dicho deber, podría optar por votar en blanco, no violentándose su libertad de expresión. Basta con que no existan interferencias o coacciones en el sentido del voto. Otra cuestión distinta es si resulta o no técnicamente idónea la configuración del sufragio activo como un deber, una cuestión a la que tiende a darse una respuesta distinta en Europa y en Latinoamérica.

---

31 «CODE DE BONNE CONDUITE EN MATIÉRE ÉLECTORALE: LIGNES DIRECTRICES», *op. cit.*, p. 7.

32 *Ibidem*. Sobre el contraste con la libertad de expresión de la sanción impuesta a un partido político por promover el uso de una aplicación informática que permitía publicar de forma anónima el sentido del voto puede verse la Sentencia **Magyar Kétfarkú Kutya Párt** contra Hungría, de 20 de enero de 2020.

La garantía no abarca la exigencia de *igual peso o valor del voto* en el resultado de la elección, es decir, las exigencias derivadas de una justa representación según las decisiones hasta ahora recaídas de la Comisión y del Tribunal[33]. Es un contenido que no forma parte del Convenio, probablemente sólo si se estableciera un determinado tipo de sistema electoral, el proporcional puro, tal facultad vendría obligatoriamente incluida entre los contenidos del derecho.

Singularmente, en el mencionado **Caso Mathieu-Mohin y Clerfayt** se interpretó que del principio de igualdad de tratamiento de los ciudadanos en el ejercicio del derecho de sufragio no se sigue «que todos los votos deban necesariamente tener igual peso en el resultado de la elección o que todos los candidatos deban tener iguales oportunidades de victoria»; ningún sistema electoral puede impedir los restos o votos perdidos (§ 54). La doctrina del margen de apreciación nacional parece erigirse aquí en un sólido razonamiento que impide un control europeo más intenso; una doctrina cuya aplicación aquí parece prudente, dado que estamos ante una protección internacional y subsidiaria, y habida cuenta de la pluralidad de sistemas electorales constitucional y convencionalmente posibles.

El mismo criterio ha seguido normalmente la doctrina científica que se ha ocupado del asunto, e igualmente el Tribunal Constitucional español[34]. La línea de razonamiento del TEDH parece pues prudente y con mayor razón para la que es una protección internacional y subsidiaria. El Tribunal Constitucional alemán, sin embargo, ha mantenido al menos una excepción a esta línea generalizada y consolidada de razonamiento; de manera que en línea de principios no creo pueda descartarse alguna excepción manifiesta a la regla[35].

3.5. «Del cuerpo legislativo»

La estipulación relativa a la elección del «cuerpo legislativo» ha sufrido una razonable interpretación extensiva por parte del Tribunal de Estrasburgo de

33 El Tribunal excluye aquí la «ausencia de garantía de una justa representación» asevera Raymond Goy, *op. cit.*, pp. 1303 y ss.

34 Puede verse Javier García Roca: *Cargos públicos representativos*, *op. cit.*, Capítulo VIIII «…Una igualdad concreta e integral o reforzada…».

35 *Idem*, p. 342, en referencia al caso de las primeras elecciones generales para la Alemania unificada y a la imposibilidad de aplicar por una vez la cláusula de barrera legal.

manera que se entiende incluye: el Parlamento Europeo, el bicameralismo, y las asambleas legislativas infraestatales.

En cambio, primero la Comisión rechazó que se empleara en las *elecciones presidenciales*[36], y más tarde también lo ha hecho el TEDH en **Paksas contra Lituania**, de 6 de enero de 2011. Una Gran Sala dictó sentencia con origen en el procedimiento de *impeachment* al que fue sometido este expresidente —por sus conexiones con la mafia rusa— y que finalizó con su cese y la prohibición de volver a presentarse a cualesquiera elecciones. El TEDH resolvió, sin muchos razonamientos (§ 99), que la imposibilidad de volver a ser nombrado presidente no estaba amparada por el sistema del Convenio —lo mismo se sostuvo en **Anchugov y Gladkov contra Rusia**, de 4 de julio de 2013— e inadmitió la demanda en este punto. Sin embargo, sí se analizó la prohibición de presentarse a las elecciones legislativas, estimando que el carácter ilimitado e irreversible de la medida resultaba desproporcionado.

Por el contrario, la garantía se ha extendido al Parlamento Europeo. La aplicación del art. 3-P1 al *Parlamento Europeo* se resolvió en el importante **Caso Matthews contra el Reino Unido**, de 18 de febrero de 1999. El Tribunal recordó que está fuertemente enraizada en su jurisprudencia la idea de que el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales, y que no garantiza derechos ilusorios o teóricos sino prácticos y efectivos, y, en consecuencia, interpretó la garantía en clave de integración comunitaria[37]. El Parlamento —se dijo— es un órgano de la Comunidad Europea, un cuerpo legislativo que ha ido progresivamente transformándose en sus funciones. El Convenio no excluye la transferencia de competencia a las instituciones comunitarias, pero el Estado continúa siendo responsable de las obligaciones internacionales derivadas de aquel después de esa transferencia. De todo ello se concluye que el Reino Unido es responsable en el marco del Convenio de la falta de elecciones al Parlamento

36 Raymond Goy, *op. cit.*, p. 1297, recuerda que la Comisión rechazó una demanda sobre elecciones a Presidente de Austria.

37 Manuel Pulido califica esta sentencia de «trascendental» en el reparto de funciones entre los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo, afirma que el segundo se arroga aquí un papel de «complemento necesario» del primero, y añade con ironía que su forma de razonar en este caso recuerda las «prédicas» del Tribunal de Luxemburgo sobre la consideración de la Comunidad como «una Comunidad de Derecho» («Elecciones europeas, TEDH y Derecho Comunitario: a propósito de la STEDH de 18 de febrero de 1999», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Pamplona, 1999, tomo I, pp.1655 y ss).

Europeo en Gibraltar, que el art. 3-P1 es aplicable al Parlamento Europeo, y que la ausencia de tales elecciones en ese territorio es incompatible con el Convenio.

La Comisión había reconocido también en este caso que era preciso extender la finalidad del art. 3-P1 más allá de sus objetivos y propósitos a la hora de su elaboración. Y aceptar el alegato del Gobierno británico —aseveró el Tribunal— de que la esfera de actividades del Parlamento Europeo quedaba fuera del artículo y de las obligaciones impuestas por el Tratado de Maastricht tendría el riesgo de destruir uno de los instrumentos característicos de una «efectiva democracia política».

No obstante, una Opinión disidente refutó la decisión de la mayoría y recordó el sentido e intención de los trabajos preparatorios que confinaron la garantía en el área nacional o doméstica, excluyendo la representación supranacional; y reprochó a la mayoría que la simple mención de que el Convenio es un instrumento vivo no justifica incluir entre los fines de la regla del art. 3-P1, un órgano que no fue previsto por los autores del Convenio. Se discutía igualmente allí que el Parlamento Europeo fuese un verdadero cuerpo legislativo, dado que no tiene el poder de iniciar el procedimiento legislativo ni el de forzar al Consejo a aprobar una legislación.

El razonamiento del Tribunal de Estrasburgo no es pues irrefutable —pero sí convincente— e incluso podría parecer a algunos endeble desde una perspectiva orgánica y estática, dado que Unión Europea y Consejo de Europa son dos instituciones con personalidades jurídicas distintas. Sobre todo, habida cuenta de que el artículo fue pensado por sus autores para garantizar una concurrencia electoral libre y una función de oposición política en el seno interno de cada Estado y no en las instituciones de la Unión Europea. Mas la decisión no parece reprobable sino adecuada desde la lógica material, dinámica y participativa, que preside tanto la exégesis de los derechos fundamentales de participación política —su fuerte *vis expansiva*— como el proceso de integración europea. También Carrillo Salcedo ha defendido que la sentencia refuerza la comprensión de la Comunidad Europea como comunidad de Derecho, mediante su sometimiento al Convenio, y discute la posición de los autores que creen que el ordenamiento comunitario es tan perfecto que no necesita del

control externo del TEDH[38]. Pero es verdad que se echa en falta un mayor esfuerzo de motivación[39].

El precepto debe asimismo aplicarse a las *asambleas de los Estados federados*. El TEDH ha sostenido en el **Caso Mathieu-Mohin y Clerfayt** que la elección del «cuerpo legislativo» no significa necesariamente sólo el Parlamento nacional «es algo que debe ser interpretado a la luz de la estructura constitucional del Estado» (§ 54). En el mismo sentido e invocando este precedente, el **Caso Santoro contra Italia**, de 1 de julio de 2004 (§ 32).

Por las mismas razones, la garantía cubre ambas Cámaras legislativas en los Estados en los que exista el *bicameralismo*. En los trabajos preparatorios se dudó de este extremo, pero el texto aprobado no hace distinciones[40] y, en consecuencia, no cabe deducirse restricciones donde el Convenio no las hace, aplicando las lógicas del *favor libertatis* y del carácter estricto o taxativo de las limitaciones.

No hemos encontrado un pronunciamiento judicial claro, expreso y suficiente, sobre la fundamentación de la aplicación de la garantía a los *Municipios*. La solución del problema se elude aparentemente en el **Caso Ahmed y otros contra el Reino Unido**, de 2 de septiembre de 1998, donde se suscitó si el art. 3-P1 afectaba a las elecciones locales. Un supuesto referido a las incompatibilidades legales de los funcionarios públicos locales en la actividad política. La Corte estimó que esas restricciones respondían a una finalidad legítima, cual es asegurar la imparcialidad política de los funcionarios, y no violaban la esencia del derecho de sufragio, puesto que los titulares siempre podrían renunciar a sus puestos como funcionarios. Después de incluir esta motivación de rechazo, se advirtió sorprendentemente que esto no suponía tomar posición acerca de si las elecciones locales o al Parlamento Europeo venían cubiertas por el precepto, algo que discutía el Gobierno británico. Un año después —como hemos visto— se reconocería al menos lo segundo en el **Caso Matthews.** En cambio, el Tribunal

38 Juan Antonio Carrillo Salcedo, *op. cit.*, p. 128.

39 El Gobierno español recurrió luego ante el Tribunal de Justicia la ley del Reino Unido que hacía posible esta elección por los residentes en Gibraltar, ciudadanos de la Commonwealth que no tienen la condición de ciudadanos nacionales comunitarios, recurso que fue desestimado por la Sentencia del TJ (Gran Sala) de 12 de septiembre de 2006.

40 Raymond Goy, *op. cit.*, p. 1292-3.

ha inadmitido demandas en las que se invoca el artículo 3 del Protocolo 1 en relación con elecciones locales. En relación con la inelegibilidad de un candidato en unas elecciones municipales en Cadaqués, puede citarse el caso **Salleras Llinares contra España**, de 12 de octubre de 2000. En la decisión **Mółka contra Polonia**, de 11 de abril de 2006, se ha afirmado que el poder de hacer reglamentos, que se confiere a las autoridades locales en muchos países, debe distinguirse del poder legislativo.

En esta línea de pensamiento, un sector de la doctrina defendió hace tiempo que no era posible la extensión al ámbito local[41]. Una opinión de la que discrepamos. Con las elecciones locales es inevitable superar el viejo y extendido prejuicio de que no hay en ellas ejercicio de soberanía democrática, al tratarse de una autonomía administrativa y no política. No compartimos este argumento[42]. Uno de los principales apoyos normativos expresos a tal tesis se encuentra precisamente en un documento del propio Consejo de Europa: la *Carta Europea de Autonomía Local*, de 15 de octubre de 1985, que en su art. 3.2 reconoce el derecho a la autonomía local, y en el preámbulo afirma que las entidades locales son uno de los principios fundamentales del régimen democrático[43]. Dado que no parece plausible la divergencia entre dos textos del propio Consejo de Europa estimamos que resulta obligada la realización de una interpretación evolutiva que incluya con claridad a las asambleas locales en la garantía. Bastaría con profundizar en la doctrina del **Caso Mathieu-Mohin y Clerfayt** según la cual esta cuestión debe ser interpretada «a la luz de la estructura constitucional del Estado», cláusula que incluye el autogobierno local.

41 En 1996, M.ª Vicenta García Soriano, *op. cit.*, p. 233, se apoya en la *Resolución de la Comisión* de 12 de julio de 1976 sobre la demanda n.º 5155/71 que argumentaba que las corporaciones locales no ejercen más que un poder reglamentario delegado por el Parlamento.

42 Javier García Roca: «El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 282, 2000, pp. 23 y ss.

43 La Carta establece en su preámbulo que las entidades locales son uno de los principios fundamentales del régimen democrático y reconoce en su art. 3.2 que el derecho a la autonomía local «se ejerce por Asambleas o Consejos integrados por miembros elegidos por sufragio libre, secreto, igual, directo y universal y que pueden disponer de órganos ejecutivos responsables ante ellos mismos. Esta disposición no causará perjuicio al recurso a las asambleas de vecinos, al referéndum o a cualquier otra forma de participación directa de los ciudadanos, allí donde este permitido por la Ley».

No obstante, la igualdad en el ejercicio de los derechos políticos respecto de las elecciones presidenciales y locales encuentra una vía alternativa de invocación a través de la prohibición de discriminación del *Protocolo 12* (**Zornić contra Bosnia Herzegovina**, de 22 de diciembre de 2009, para las elecciones presidenciales, o **Baralija contra Bosnia Herzegovina**, de 29 de octubre de 2019, para las elecciones municipales, en la ciudad de Mostar).

4. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DERECHO DE SUFRAGIO POR LOS ESTADOS: UN AMPLIO MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL Y UN CONTROL EUROPEO NORMALMENTE NO INTENSO

Las normas electorales deben satisfacer y cohonestar fines muy plurales y hasta contrapuestos: facilitar la representación popular, favorecer la gobernabilidad y estabilidad de los ejecutivos, permitir una adecuada y equilibrada representación de territorios muy diversos en condiciones, etc. Es inevitable admitir la presencia de un amplio margen nacional de libertad. El Tribunal Europeo ha reconocido que las leyes de los Estados pueden ponderar diversos fines legítimos y fijar una pluralidad de requisitos para el ejercicio del sufragio. Los derechos de sufragio no son derechos absolutos, poseen una textura muy abierta a su configuración legal. Cada Estado puede imponer requisitos diversos atendiendo a no menos diversas circunstancias sociales e históricas: edad, nacionalidad, residencia, inscripción en el censo, condena penal, conocimiento de lenguas oficiales, y en general múltiples causas de inelegibilidad e incompatibilidad, etc. Pero este margen de apreciación nacional no es ilimitado y cabe un posterior control o revisión europeos. Veamos sucintamente la experiencia surgida en diversos asuntos para afrontar algunos razonamientos generales y apreciar la existencia de diferentes escalas en el control dependiendo de la dimensión del derecho y de si el control se proyecta sobre la legislación o sobre actos de ejecución[44].

4.1. Derecho de voto

1. Respecto de la *inhabilitación por condena penal* y la privación del sufragio activo, es muy relevante la acertada decisión del **Caso Hirst contra el Reino Unido**, de 30 de marzo de 2004, que ha dado lugar a una serie

44 Javier García Roca y Alberto Dalla Vía, "Los derechos políticos y electorales: un orden público democrático", en *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 221-271.

de sentencias y a conflictos posteriores con el Reino Unido no exentos de conexión con reacción operada en la Cumbre de Brighton. Por unanimidad se estimó violado el art. 3-P1 por la *privación del sufragio a un condenado.* Un cambio de jurisprudencia garantista que abre el Convenio a los tiempos modernos, superando muy viejos prejuicios estatales respecto de los presos, y que pone en conexión el derecho con las previsiones dispuestas para el régimen penitenciario en el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta importante sentencia parece hacer necesarias modificaciones de las leyes penales y/o electorales de algunos Estados. La nueva doctrina vino influida por la **Sentencia de la Corte Suprema de Canadá**, **Sauvé contra el Fiscal General (n.º 2)**, de 31 de octubre de 2002, que declaró inconstitucional un precepto de la ley electoral que excluía del derecho de sufragio a los privados de libertad por sentencia con una pena de duración mayor de dos años. El propio TEDH resume con detalle esta jurisprudencia canadiense en los antecedentes. Es una muestra del enriquecedor diálogo entre las Cortes que interpretan los derechos.

El control que el Tribunal Europeo efectúa aquí no es débil sino intenso, sentando una excepción a la que ha venido siendo la regla general. Se rechaza la utilización de la doctrina del margen de apreciación nacional, la privación del sufragio a los penalmente condenados, para impedir la «adhesión a una tradición histórica pasiva e incuestionada», es decir, no justificada. Previamente, se había traído a colación la ausencia de un consenso normativo europeo en la materia. La Corta considera que debe revisar y poner al día las decisiones previas de los órganos del Convenio sobre prohibiciones legales y automáticas de sufragio a los condenados penalmente e inicia su habitual esquema de razonamiento según el juicio de proporcionalidad para concluir que los fines no son adecuados, puesto que la privación del voto no tiene eficacia disuasoria del crimen y dificulta la rehabilitación del delincuente y su posterior inserción en la comunidad, y que la medida no es proporcionada, porque conduce a privar del derecho al voto reconocido en el Convenio a un amplio número de personas (más de 70.000) de forma indiscriminada dada la aplicación automática de la prohibición legal. Además la medida no debe depender de la duración de la pena sino de otras circunstancias abiertas a la ponderación judicial, en particular, el tipo de ofensa.

Debe destacarse la extensión del *estándar Hirst*, sobre la imposibilidad de establecer la inhabilitación automática e indiscriminada para el sufragio activo tras una condena penal, en **Frodl contra Austria**, de 8 de abril de 2010, donde se explicita que debe someterse a restricciones importantes vinculadas a la duración de la condena, la conexión de los hechos con los derechos de participación política, y la necesaria intervención judicial en el seguimiento de la sanción; y la posterior modulación del estándar por la Gran Sala en **Scoppola contra Italia** (no. 3), de 22 de mayo de 2012, donde desaparece la exigencia de ponderación judicial y se admite que el legislador base la proporcionalidad del delito en la gravedad de la condena.

El conflicto entre el estándar convencional y las Constituciones nacionales se plantea en **Anchugov y Gladkov contra Rusia**, de 14 de julio de 2013, que advierte que la normativa constitucional rusa excede al margen de apreciación concedido a los Estados en este terreno.

Esta jurisprudencia sobre el derecho de voto de los presos ha planteado importantes problemas de cumplimiento. En **Greens y M.T. contra el Reino Unido**, de 23 de noviembre de 2010, diferida a una Gran Sala, el TEDH consideró que la lesión de los derechos electorales se había producido por la falta de ejecución del Estado demandado de una decisión anterior, el **Caso Hirst**. Aplicando su doctrina del procedimiento piloto, se dio al Reino Unido un plazo de seis meses para que presentase propuestas legislativas que modificaran —en ejercicio de un margen de apreciación nacional— la irregular situación de su legislación electoral, negándose a examinar un elevado número de casos similares hasta que se modificara la legislación británica. Se sostuvo que el retraso o falta de actividad de nada menos que cinco años desde **Hirst** era «un motivo de pesar y preocupación» y que la falta de regulación del estándar antes señalado se convertía en una amenaza para la eficacia futura del sistema. Desafortunadamente, este plazo supuestamente final fue reabierto en agosto de 2011. Solo en diciembre de 2018, tras unas reformas de mínimos y en una decisión polémica, el Comité de Ministros ha dado por cumplidas las sentencias contra el Reino Unido —probablemente en una manifestación de puro agotamiento…— y posteriormente contra Rusia.

2. La *inhabilitación por discapacidad mental* se analiza en el **Caso Alajos Kiss contra Hungría**, de 20 de mayo de 2010. El TEDH estudia la Constitución húngara que prevé la retirada automática del derecho de sufragio a aquellos que se encuentran bajo *tutela* sin ningún tipo

de valoración individual de la medida, y se estima que no es una medida proporcional si se aplica de forma automática con independencia de la capacidad real de los afectados[45]. Posteriormente, en la sentencia **Strøbye y Rosalind contra Dinamarca**, de 2 de febrero de 2021, el Tribunal delimita qué considera una restricción automática del derecho de sufragio.

3. El **Caso Vittorio Emmanuel de Saboya contra Italia**, de 24 de abril de 2003, versó sobre la *exclusión de los derechos de sufragio* de los miembros de una destronada dinastía regia. El asunto posee interés, pese a culminar con una cancelación de la demanda (art. 37 CEDH), al tratarse de un litigio en el que se producía un contraste directo entre la Constitución italiana y los derechos protegidos por el Convenio. La Constitución, aprobada en 1947 tras el referéndum sobre la forma de gobierno, excluía a los descendientes de la dinastía de los Saboya de ambas variantes de derechos electorales, de sus derechos a ocupar puestos como funcionarios públicos, y de los derechos de entrada y salida en territorio italiano. En 1999, Vittorio Emmanuel, hijo de Humberto II, último Rey de Italia, acudió ante el Tribunal de Estrasburgo invocando sus derechos garantizados por el sistema del Convenio y, entre ellos, los electorales. En 2002, se aprobó una ley constitucional por la que se reformó la Constitución. Poco antes, el actor anunció su voluntad de desistir del recurso, pero finalmente no llegó a formalizarlo —decía— para asegurarse de obtener una indemnización por los daños morales y materiales ocasionados por un «exilio injusto» y la privación de sus propiedades familiares. Pero el Tribunal entendió, al amparo del art. 37.1.c] CEDH, que no estaba ya justificado el examen de la demanda. Se advierte aquí, con carácter general, la eficacia disuasoria o preventiva de las demandas de acceso directo ante el TEDH frente a violaciones de los derechos, que llega, en este caso a provocar la reforma constitucional.

45 Véase Javier García Roca: «Declaración de incapacidad y privación del derecho de sufragio activo y pasivo», en VV.AA.: *La protección jurídica del discapacitado*, Ignacio Serrano (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 171-189. Los jueces ordinarios no pueden anudar declaración de incapacidad civil y política o electoral —como venían haciendo— sin necesidad de mayores razonamientos. En relación con la anterior legislación española, que establecía que los jueces determinan en cada caso la incidencia de la incapacitación en los derechos políticos, el Tribunal Europeo se pronunció en el caso Caamaño Valle contra España, de 11 de mayo de 2021.

4. El voto de los *ciudadanos ausentes y residentes en el extranjero* se estudia en una sentencia de Sala en **Sitaropoulos y Giakoumopoulos contra Grecia**, de 8 de julio de 2010. La Constitución griega (art. 51.4) prevé esta modalidad de voto, pero treinta años después no había sido desarrollada por ley. El TEDH recuerda que el Convenio no obliga a regular este tipo de voto, pero la prolongada ausencia de desarrollo legal del mandato constitucional priva de contenido al derecho al sufragio activo reconocido en el Convenio. El caso —estimo— revela el uso de una interesante técnica: la *inconvencionalidad por omisión legislativa.* Pero poco después, con mayor deferencia —y acaso mejor conocimiento de la realidad nacional— una Gran Sala revocó esta decisión el 15 de marzo de 2012. Se practica un interesante método de Derecho comparado a la búsqueda de un —inexistente— consenso normativo europeo en la materia; y se pone de manifiesto que 37 Estados miembros reconocen el derecho de los ciudadanos a votar en el extranjero mediante diversas regulaciones, y otros 8 no lo hacen o imponen restricciones significativas. A continuación, se razona que la dicotomía residencia/ausencia es un factor que puede ser ponderado por el legislador electoral, admitiendo que el CEDH no puede imponer el derecho de voto de los expatriados, pese a que el Parlamento Europeo y las instituciones del Consejo de Europa hayan invitado a los Estados a facilitar esta participación política y a los avances en este terreno.

En **Shindler contra el Reino Unido**, de 7 de mayo de 2013, añadió que los Estados no están obligados a conceder a los no residentes un acceso ilimitado al voto. Aunque aprecia una clara tendencia en las leyes y prácticas de los Estados miembros a favor de permitir el voto de los no residentes, no se podía concluir que se haya alcanzado un enfoque común o un consenso a favor de un derecho ilimitado de voto para los no residentes. Se mantuvo un amplio margen de apreciación y se consideró proporcionada una regla que excluía del sufragio a quienes llevaran residiendo más de quince años en el extranjero.

4.2. Sufragio pasivo

1. El **Caso Gitonas y otros contra Grecia**, de 1 de julio de 1997, analiza un supuesto de *causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los funcionarios*. Los actores recurrieron contra la anulación de su elección, aduciendo que

se infringía el art. 3-P1. El Tribunal Europeo lo rechazó por unanimidad. Se trataba de restricciones a la elección de los funcionarios públicos en las circunscripciones en que desempeñaban sus funciones para preservar su neutralidad política. Unas limitaciones establecidas en el art. 56.3 de la Constitución griega. La Comisión las consideró incoherentes, porque no se les impedía presentarse a puestos más importantes o de mayor influencia que los que pretendían los actores. No obstante, el Tribunal reiteró que el sistema del Convenio reconoce que los derechos subjetivos a votar y a presentarse a la elección no son absolutos y los Estados tienen un amplio margen de apreciación «para establecer las reglas constitucionales que gobiernen el estatuto de los parlamentarios» y estimó que el sistema era complejo, pero no incoherente ni menos aún arbitrario.

Semejante es el citado **Caso Ahmed y otros contra el Reino Unido**, de 2 de septiembre de 1998, en el que se discutían unas *incompatibilidades de los funcionarios públicos locales* que restringían sus derechos a presentarse a las elecciones locales, nacionales y a nivel europeo. Las limitaciones eran fruto de las recomendaciones de la Comisión Widdicombe que advirtió una presión social en favor de fortalecer la neutralidad de la Administración local. La Corte no entendió violado el art. 10 ni el 11 ni el art. 3-P1. Las restricciones respondían a una finalidad legítima, y no violaban la esencia del derecho, puesto que «cualquiera de los recurrentes que desee presentarse a la elección es libre de renunciar a su puesto».

Los Votos Particulares empero abren un interesante debate. Un primer Voto concurrente razonó que los funcionarios públicos, especialmente del gobierno local, no deben venir autorizados a presentarse como candidatos sin excepciones. Pero, otra Opinión disidente defendió justamente lo contrario que «los servidores públicos no pueden ser miembros silentes de la sociedad, pues como regla general todos … deben estar autorizados a participar en las discusiones públicas de los asuntos públicos»; y recordó que el Reino Unido posee una larga historia de ausencia de restricciones sin aparentes problemas; por último, se planteaba la proporcionalidad de la medida y su adecuación al fin de fortalecer la democracia y, tras un juicio detallado, estimaba el sacrificio del derecho como desproporcionado, al caber el empleo de otros medios equivalentes y menos restrictivos. A mi entender, mientras el Voto disidente intenta un control intenso de la conformación legal del derecho, la mayoría y el Voto concurrente se contentan con un control débil, según

parece más prudente por respeto a la libertad de configuración normativa del legislador nacional democrático.

3. Respecto de la *exclusión del sufragio pasivo*, el Tribunal Europeo se ha basado en el Código de Buenas Prácticas Electorales de la Comisión de Venecia, para afirmar que los Estados pueden imponer requisitos más estrictos a la elegibilidad como candidato que a las condiciones para ejercer el voto. Así lo ha repetido desde la Sentencia **Melnychenko contra Ucrania**, de 19 de octubre de 2004. En aquella ocasión se enjuiciaban requisitos de residencia. Veamos la convencionalidad de algunas exigencias legales:

3.1. Singular relevancia política tiene la discutible decisión del **Caso Zdanoka contra Letonia**, de 16 de marzo de 2006. Un líder del Partido Comunista de Letonia y miembro del Parlamento Europeo, fue excluido de unas candidaturas al Parlamento nacional y a las elecciones locales en virtud de las previsiones legales que permitían, durante un período transitorio tras la independencia del país, excluir a los *antiguos líderes del régimen político comunista* que habían colaborado con la ocupación soviética y en un golpe de Estado. El TEDH pondera la finalidad de la medida, encaminada a proteger los procesos democráticos frente a personas ligadas a actuaciones violentas en un país con unas circunstancias históricas muy excepcionales, determina que la ley es clara y precisa al singularizar las personas excluidas, y subraya que prevé la vigencia temporal de la medida y su revisión parlamentaria. Pero, amparándose en el margen de apreciación nacional, no se entiende violado el art. 3-P1 por 13 votos a 4. Los Votos disidentes discuten —con acusada razonabilidad y proporción— que se mantenga tal norma una década después de su adopción, y que se use todavía como penalización la pertenencia a un partido o actitudes derivadas de actos ocurridos hace 15 años. También invocan la necesidad de que el Parlamento cumpla una función representativa de todas las tendencias y subrayan que el actor nunca fue condenado penalmente por los hechos.

De nuevo, **Petkov y otros contra Bulgaria**, de 11 de junio de 2009, enjuicia la exclusión de unos candidatos por su relación con las *antiguas agencias de seguridad estatales* durante el período comunista, situación agravada porque las autoridades electorales *inejecutaron unas resoluciones judiciales* firmes que anularon la exclusión.

3.2. Otra línea jurisprudencial que ha desarrollado el Tribunal Europeo es la que tiene como objeto la prohibición de presentarse a las elecciones como

consecuencia de la destitución de un cargo electo sometido a un juicio político. La cuestión se plantea primero en la Sentencia **Paksas contra Lituania**, de 6 de enero de 2011, y más recientemente en la **Opinión consultiva** de 8 de abril de 2022, a solicitud del Tribunal Supremo Administrativo de Lituania. El Tribunal establece requisitos basados en la prohibición de arbitrariedad, el carácter objetivo de la restricción y ciertas garantías procedimentales, y en la exigencia de proporcionalidad, la limitación temporal de la inelegibilidad y la posibilidad de que la medida sea revisada.

3.3. Por el contrario, en el **Caso Albanese contra Italia**, de 3 de julio de 2006, se estimó violado el art. 3-P1 por una vieja previsión normativa de 1967 que excluía del sufragio pasivo y de sus derechos electorales a los *condenados en procesos civiles de quiebra* al considerarse que esta medida infamante y obsoleta no tenía un fin legítimo.

4. El **Caso Krasnov y Skuratov contra Rusia**, de 17 de julio de 2007, revisa la reclamación por las autoridades nacionales de unos *desproporcionados requisitos formales* a los candidatos*:* no basta con la mera previsión legal frente a pequeñas y numerosas exigencias formales: domicilio profesional, sellos en los certificados pese a su indiscutible autenticidad, etc. Es parecido **Namat Aliyev contra Azerbaiyán**, de 8 de abril de 2010, donde el TEDH recuerda que la Comisión de Venecia del Consejo de Europa exige que en la revisión de los procesos electorales las autoridades exijan las mínimas formalidades posibles. Exigencia de *motivación* y el rechazo de un *exceso de formalismo* son dos consecuencias que impone el sistema del Convenio.

En cambio, en el **Caso Sukhovestkyy contra Ucrania**, de 28 de junio de 2006 se admitió como requisito del sufragio pasivo los *depósitos electorales* de una cantidad *por* los candidatos independientes, al no considerarlo una barrera financiera impenetrable. En cambio, el Tribunal revisa si se ha producido una aplicación arbitraria de las normas sobre el registro de candidatos independientes, como sucede en el caso **Tahirov contra Azerbaiyán,** de 11 de junio de 2015.

Tampoco es contrario al Convenio la obligación de aportar *información sobre las propiedades* de los candidatos según el **Caso del Partido Ruso Conservador de los empresarios contra Rusia**, de 11 de abril de 2007.

5. Respecto de la *disolución de partidos políticos por actividades inconstitucionales y la anulación de las candidaturas* presentadas a distintas elecciones en asuntos vinculados con el terrorismo deben verse los casos, todos ellos **contra**

España, Euskal Abertzale Ekintza, de 7 de diciembre de 2010, **Etxeberria**, y **Herritarren Zerrenda**, de 30 de junio de 2009. El TEDH recuerda que las restricciones al sufragio pasivo deben adoptarse en leyes, suficientemente previsibles y accesibles, que persigan un fin legítimo, mediante medidas proporcionadas y respetando ciertas garantías. Todo ello se satisfizo en este conflicto.

En cambio, el TEDH admitió una violación del sistema del Convenio en **HADEP y Demir contra Turquía**, de 14 de diciembre de 2010, pues tras realizarse un escrutinio riguroso de la disolución —basada en su conexión con el KPD— por parte del TEDH no se hallaron pruebas bastantes.

6. En tres sentencias contra **Azerbaiyán**, (primero en **Abiz**, y luego en **Khanhuseyn Aliyev**, ambas de fecha 21 de febrero de 2012, y finalmente en **Atakishi**, de 28 de febrero siguiente), se revisa la privación del sufragio pasivo ante *la anulación de una candidatura individual por una sentencia judicial sin pruebas suficientes* y se concluye con la violación del derecho a elecciones libres. Se dice que las leyes nacionales deben establecer procedimientos, para proteger a los candidatos de posibles acusaciones abusivas e injustificadas, donde se impongan pruebas adecuadas y suficientes y no meras sospechas (se acusaba a los candidatos de sobornar a los votantes, o de interrumpir mítines e insultar a otros candidatos).

7. El arresto domiciliario de un candidato durante la campaña electoral ha sido analizado, desde la perspectiva del derecho a acceder al cargo representativo, en **Uspaskich contra Lituania**, de 20 de diciembre de 2016. El Tribunal no apreció nada que indicara que las autoridades nacionales hubieran actuado arbitrariamente al evaluar la razonabilidad de la medida preventiva de arresto domiciliario.

8. Revelador de que Tribunal Europeo puede dispensar una protección muy eficaz, una herramienta final de salvaguardia de los derechos, dada su independencia y lejanía de los hechos en situaciones internas especialmente sensibles para la opinión pública, donde no es fácil para el juez nacional distanciarse, es el **Caso Labita contra Italia**, de 6 de abril de 2000, que analiza la *suspensión temporal del derecho de sufragio pasivo* de un candidato local supuestamente mafioso. El actor fue involucrado en actividades mafiosas en virtud del testimonio de un testigo arrepentido (*pentito*). Un motivo por el que fue encarcelado en detención preventiva junto a otro medio centenar de personas durante más de dos años y medio. Finalmente, se decretó

su libertad, al no existir más pruebas que el testimonio del arrepentido. El Tribunal de Estrasburgo afirmó que su exclusión de las listas electorales como medida preventiva y automática era desproporcionada.

4.3. Exclusiones basadas en razones étnicas

1. Suele ser riguroso el análisis europeo de las inelegibilidades o exclusiones basadas en *razones étnicas*. Es importante el **Caso Aziz contra Chipre**, de 22 de junio de 2004, donde la Corte sostuvo que era contrario al Convenio el sistema electoral de Chipre, que en la práctica *excluía a la minoría* turca que reside en la parte griega de la isla. Un demandante de ese origen no pudo votar en las elecciones parlamentarias, debido al art. 63 de la Constitución que establece dos censos separados e incompatibles entre turco-chipriotas y greco-chipriotas. Denunciaba que se le había impedido el ejercicio del derecho de voto sobre la base de su origen nacional con vulneración de los artículos 3 del Protocolo 1 y 14 del Convenio.

La Corte señaló que la Constitución Chipriota entró en vigor en 1960, y que el art. 63 establecía dos listas diferentes para las dos comunidades. Sin embargo, la participación de los turco-chipriotas se suspendió en 1963 y su cuota resultó imposible de implementar en la práctica, por lo que en la actualidad existía un manifiesto vacío normativo que hacía que estuvieran completamente desprovistos de la oportunidad de expresar su opinión en la elección de los miembros del Parlamento del país del que son nacionales y en el que viven. Por unanimidad, se consideró que existía una violación del art. 3 del Protocolo 1.º, y teniendo en cuenta que la diferencia de tratamiento se debía exclusivamente al hecho de que se trataba de un turcochipriota, también del art. 14 en relación con el 3. Para resaltar la relevancia de esta sentencia, conviene recordar que en el referéndum por el que Chipre pasó a formar parte de la Unión y en las posteriores elecciones europeas, se utilizó precisamente este procedimiento, es decir, que en la práctica sólo votaron los miembros de una de las dos comunidades presentes en la isla, careciendo de derecho de sufragio los turcochipriotas que viven en la parte griega, situación que debe ser considerada contraria al CEDH.

2. Atrayente, porque afecta a la siempre conflictiva dialéctica entre mayoría y minorías políticas, y además étnicas, es el **Caso Podkolzina contra Letonia**, de 9 de abril de 2002, donde se enjuició el *conocimiento de la lengua como requisito de elegibilidad* de los parlamentarios. La actora, una ciudadana de Letonia, perteneciente a la minoría de habla rusa, fue excluida

de una candidatura al no demostrar un suficiente conocimiento del letón en un examen. El Gobierno demandado argüía que era una finalidad legítima exigir el conocimiento de una lengua oficial en el Parlamento. La recurrente, por el contrario, alegaba que esa no era su lengua materna, así como tampoco la de casi el 40% de la población a la que representaba, y que, aunque no alcanzaba un gran nivel, sus conocimientos eran bastantes para desempeñar las tareas parlamentarias, razón por la cual su exclusión resultaba desproporcionada; al tiempo que criticaba la forma de evaluar esos conocimientos, tachándola de arbitraria.

El Tribunal sostuvo que el margen de apreciación nacional es especialmente amplio en las condiciones de elegibilidad dada la «multiplicidad de situaciones previstas en las Constituciones y leyes electorales de los numerosos Estados miembros» que muestra «la diversidad de aproximaciones posibles». Pero ese margen puede ser revisado, ya que está «limitado por la obligación de respetar el principio fundamental del art. 3-P1 consistente en la libertad de expresión del pueblo en la elección de la legislatura». Y concluyó que la muy exigente valoración de los conocimientos lingüísticos de la actora fue desproporcionada, dado que ya tenía un certificado de competencia lingüística, volviendo a ser examinada y además por un único examinador.

3. No menos relevante como *trato electoral discriminatorio* fundado en el *origen ético* es **Sejdic y Finci contra Bosnia Herzegovina**, de 22 de diciembre de 2009, donde los demandantes de origen romaní o gitano y judío, resultaban inelegibles al Parlamento, porque la Constitución reservaba las candidaturas a los considerados ciudadanos de los «pueblos constituyentes» (bosnios, serbios y croatas). El TEDH estimó violado el art. 14 CEDH y recordó que todavía no se había modificado esta inadmisible legislación electoral, pero no entró a debatir la necesidad de modificar la constitución, algo a lo que ya se había comprometido el Estado demandado. La falta de cumplimiento ha llevado a que se reprodujera la condena en el asunto **Zornić**, de 15 de julio de 2014.

4. Asimismo el TEDH estimó contrario al sistema del Convenio la inelegibilidad de *ciudadanos con doble nacionalidad* en **Tanase contra Moldavia**, de 27 de abril de 2010. Razonando que las autoridades nacionales no proporcionaron una explicación razonable de por qué habían surgido preocupaciones acerca de la lealtad de este tipo de ciudadanos.

4.4. Regularidad del procedimiento electoral

1. *Previsibilidad y certeza de las normas electorales y revisión por una autoridad independiente*. En **Kovach contra Ucrania**, de 7 de febrero de 2008, el TEDH revisó la anulación de los resultados en unas Mesas. La concurrencia electoral estuvo plagada de irregularidades, pero la Corte no entró en el fondo de la cuestión, bastándole con afirmar, desde una aproximación pragmática, que en la ley electoral no estaban suficientemente claros los concretos motivos por los cuales podían anularse los resultados. Falta de claridad no compensada por la resolución de la comisión electoral. Lo más interesante de la decisión es que el Tribunal extiende el derecho a unas elecciones libres al modo en que el resultado de las elecciones es revisado por las autoridades nacionales: un juicio de regularidad sobre la *previsibilidad de las normas electorales y el control posterior* por una autoridad independiente.

2. También **Grosaru contra Rumanía**, de 2 de marzo de 2010, subraya la *falta de claridad o vaguedad de la normativa electoral* en lo relativo a la asignación de escaños, y la ausencia de las debidas garantías, una revisión de las irregularidades por una *autoridad imparcial*, lo que violó el derecho a obtener un remedio efectivo, puesto que la oficina electoral central no ofreció ninguna explicación *motivada* de su decisión.

3. El Tribunal Europeo extiende las garantías frente a la arbitrariedad a la anulación por parte del Tribunal Constitucional de las elecciones en algunas mesas electorales, en la sentencia **Riza y otros contra Bulgaria**, de 13 de noviembre de 2015. La sentencia destaca que las irregularidades en las que se basó la anulación eran de carácter formal y no se acreditó que hubieran incidido en el resultado.

4. **Mugemangango contra Bélgica**, de 10 de julio de 2020, pone de manifiesto la tensión entre la revisión efectiva de las quejas de irregularidades en el procedimiento de votación que reclama el Convenio y las normas constitucionales que atribuyen al propio parlamento la resolución de los contenciosos electorales. El Tribunal recuerda que las normas relativas al funcionamiento interno de un parlamento, incluida la composición de sus órganos, como aspecto de la autonomía parlamentaria, entran en principio en el margen de apreciación de los Estados. No obstante, el margen de apreciación de las autoridades nacionales debe ser compatible con los conceptos de "democracia política efectiva" y "Estado de Derecho" a los que se refiere el Preámbulo del Convenio. La Sentencia aprecia que la regulación nacional

del procedimiento de verificación parlamentaria de credenciales carece de las suficientes garantías.

5. También sobre la *regularidad de la elección*, es destacable el **Caso del Partido Laborista de Georgia**, de 8 de julio de 2008. El Tribunal, después de hacer un serio estudio de Derecho comparado, muestra la diversidad de los procedimientos electorales de los Estados y sus sensibles diferencias tanto respecto de la necesidad de la *inscripción previa de los votantes,* en cuanto requisito para ejercer el sufragio activo, como en lo que atañe a la *composición de la Administración electoral* y su grado de independencia o neutralidad política. Existen en Europa modelos de administraciones plenamente independientes, gubernamentales y modelos mixtos, y diversos procedimientos y mayorías. El Tribunal maneja interesantes fuentes externas al Convenio para comprender la realidad y muestra un realismo relativamente tolerante con las irregularidades acaecidas al tratarse de las primeras elecciones democráticas tras la llamada revolución rosa; el derecho debe ser comprendido «a la luz de la evolución política del país afectado de manera que rasgos que serían inaceptables en un contexto puedan ser aceptados en otros». Se concluye que la composición de las juntas electorales georgianas hacía que difícilmente pudiera considerárselas independientes de las presiones políticas, mas se admite que no hubo prueba de que cometieran un fraude electoral. Pero finalmente se estima violada la efectividad del derecho al sufragio por las masivas irregularidades ocurridas en la inscripción de los votantes en dos distritos donde millares de personas no pudieron votar.

La sentencia es importante, pues evidencia con claridad, en virtud del estudio comparado, que estamos muy lejos de unas normas mínimas comunes a un *procedimiento electoral europeo* relativamente uniforme. La diversidad de situaciones atañe no sólo a los sistemas electorales. Pero el TEDH puede revisar las irregularidades de procedimiento más evidentes que afecten directamente a la validez y efectividad del sufragio activo.

6. El Tribunal Europeo declaró en **Davydov y otros contra Rusia**, de 30 de mayo de 2017, que las autoridades nacionales habían incumplido la obligación de investigar adecuadamente las quejas de irregularidades electorales graves.

7. Sobre la conexión entre la *neutralidad de los medios de comunicación* y el derecho a unas elecciones libre, el **Caso del Partido Comunista de Rusia y otros**, de 19 de junio de 2012. Los recurrentes alegaban que la cobertura

televisiva de las principales cadenas en las elecciones parlamentarias no había sido imparcial. La Corte observa que el art. 3-P1 no es un código electoral y admite que existen numerosos sistemas compatibles con el Convenio; y centra el pleito aseverando que no se denuncia una falta de neutralidad *de iure* sino *de facto,* una actitud hostil ante ciertos candidatos como consecuencia de la influencia política del partido en el poder sobre estos medios. El propio Tribunal Supremo ruso admitió que el trato no había sido igualitario, pero asimismo reconoció que el trato en favor del Gobierno no había sido tan patente como para hacer imposible averiguar la auténtica voluntad de los electores, y asimismo señaló que la manipulación informativa no había sido probada. Reconociendo un margen de apreciación nacional, el TEDH considera que la decisión de las autoridades nacionales no fue arbitraria o manifiestamente irrazonable.

4.5. Sistema electoral

No menos importante es la sentencia **Yumak y Sadak contra Turquía**, también de 8 de julio de 2008, que afecta al *sistema electoral*. El Tribunal Europeo estima que no viola el Convenio, en su vertiente del derecho al sufragio pasivo, una *cláusula de barrera legal*, de nada menos que el 10% a nivel nacional, pensada para dificultar o impedir la representación política en la Asamblea turca de minorías regionales. Unas fuerzas kurdas que alcanzaron una representatividad por encima del 40% de los votos en las circunscripciones en las que se presentaron. La Corte vuelve a usar fuentes externas del Consejo de Europa y a hacer un riguroso análisis de Derecho comparado sobre los sistemas de barrera legal o cláusulas de exclusión presentes en algunos Estados. El 10% de Turquía era el más elevado. El Tribunal reitera que el Convenio no impone un *sistema electoral*, y recuerda la decisión de inadmisión del **Caso de la Federación Nacionalista Canaria contra España**, de 7 de junio de 2001, en el que se admitió la legitimidad de una barrera del 6% en toda la Comunidad Autónoma, y realiza luego el habitual juicio de proporcionalidad. Estima el fin legítimo, admite que la medida pueda ser necesaria y se suscita la proporcionalidad estricta de la barrera. Rechaza la violación del Convenio, porque la medida no es tan efectiva ya que tiende a sortearse el obstáculo mediante diversas estrategias creadas como son presentar candidaturas independientes, a las que no se aplica la barrera como se hace con los partidos, y realizar coaliciones electorales con otros partidos. No obstante, se reconoce que una barrera del 10% es ciertamente

excesiva, y se recuerda que el Consejo de Europa ya ha pedido a Turquía que la rebaje a un 3%, pero, a la vista de las correcciones desarrolladas en la práctica por el sistema electoral, se concluye, por 16 votos a 4, que la cláusula no viola en su esencia la efectividad de los derechos del art. 3-P1. Un perspicaz Voto particular de los Magistrados disidentes reprocha a la mayoría que admite la adecuación al Convenio del sistema electoral turco sólo tras ser corregido por dos estratagemas y afirma que esta barrera no puede estimarse proporcional; finalmente invocan la acertada cita de un autor según la cual estas medidas pueden estar justificadas en situaciones excepcionales de democracias frágiles, pero no en democracias maduras en el seno de la Unión Europea.

El caso ilustra hasta qué punto el TEDH está convencido de que no debe revisar la convencionalidad de los sistemas electorales; de hecho, no es casual que recuerde que «no tiene jurisdicción para examinar las leyes electorales domésticas en abstracto» (§ 205). Es difícil imaginar una ley electoral que permita una diferencia tan desproporcionada entre representación política y representatividad de los ciudadanos en el Parlamento. Al menos, conviene reservar que vuelve a quedar claro que estas barreras deben pasar siempre un juicio de proporcionalidad. En **Partido de los Frisios contra Alemania**, de 28 de enero de 2016, el Tribunal añade que el Convenio no reclama un tratamiento diferente de las barreras electorales a favor de los partidos que representen a minorías nacionales.

5. Conclusión: una adecuada mutación del convenio

La exégesis del art. 3-P1 ha pasado de ser una regulación de mínimos a una situación homologable a la disciplina del sufragio en las tradiciones constitucionales europeas. El contenido inicial del precepto, ligado a la obligación internacional de los Estados de convocar elecciones libres, se ha ido sucesivamente ampliando mediante una interpretación evolutiva hasta llegar al reconocimiento de los derechos de sufragio, activo y pasivo, de los ciudadanos. La tacha de restrictiva que solían hacer a la garantía los comentaristas anteriores es cada vez menos cierta, demostrándose que el Convenio es un instrumento vivo del orden constitucional europeo.

Si bien la protección convencional es todavía menos intensa que la constitucional e interna. El ámbito de aplicación es más restringido, porque no se ha dado el paso hacia un completo derecho de participación política, pues no incluye modalidades como son el sufragio en referendos o las

presidenciales; una extensión que parece impedir o cuando menos dificultar el tenor literal del precepto. Tampoco se aplica a las elecciones locales, sobre las que se ha pronunciado el Tribunal a través de la prohibición de discriminación del Protocolo 12. A favor de la ampliación del ámbito de aplicación del derecho a elecciones libres a los comicios locales, hemos argumentado que la autonomía local tiene una honda naturaleza democrática, por la trascendencia de muchas de las decisiones que adoptan estas administraciones más próximas, y porque el derecho de los ciudadanos a participar en la gestión de los asuntos públicos se ejerce de forma más intensa en el nivel local. La Carta Europea de Autonomía Local, del propio Consejo de Europa, debería servir como fuente externa para la interpretación del Convenio.

El Tribunal tampoco ha dado el paso de incluir dentro del contenido del art. 3 P1 la protección del ejercicio de las facultades de los parlamentarios. Estas reciben una protección indirecta a través de la invocación por parte de los parlamentarios de las libertades de expresión y de reunión o de las garantías frente a la detención. La ampliación del contenido del derecho a elecciones libres de Convenio contribuiría a reforzar el estatuto de la oposición política, lo que resulta una exigencia democrática fundamental y conecta con algunas de las propuestas más ambiciosas que se plantearon en los trabajos preparatorios del Convenio, donde se incluía el «derecho de organizar una oposición política». En contra de este planteamiento se alzan las objeciones tradicionales a la naturaleza materialmente constitucional de las normas electorales y parlamentarias y el peso de las particularidades nacionales frente a la falta de estándares comunes. En este sentido, la consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el derecho a ejercer las facultades inherentes al cargo de parlamentario —el llamado *ius in officium*— no constituye una posición común en el continente.

Si comparamos la garantía europea con la protección constitucional del derecho de sufragio en relación con la intensidad del control jurisdiccional, observamos una posición deferente por parte del Tribunal Europeo respecto de las decisiones nacionales, basada en el reconocimiento de que el derecho a elecciones libres está sujeto a límites inmanentes, en la invocación de la doctrina del margen de apreciación nacional y en la subsiguiente necesidad de examinar la convencionalidad de las normas electorales a la luz de las circunstancias históricas y políticas de cada Estado. No obstante, debemos matizar que la moderación del control europeo se produce respecto de la revisión en abstracto de las normas constitucionales y legales de los

Estados, mientras que el Tribunal controla de forma atenta si ha habido la arbitrariedad en la aplicación de la norma. De forma complementaria, puede señalarse cómo las jurisdicciones constitucionales tampoco asumen de forma generalizada un control intenso de la proporcionalidad de las normas electorales. La idea de deferencia hacia el legislador electoral también está presente en las jurisdicciones constitucionales. La jurisprudencia de la primera década del siglo XXI en la que se consideraba contraria al Convenio las restricciones legales generalizadas del voto de los presos y de las personas discapacitadas ha sido atemperada por las sentencias posteriores y por las decisiones del Comité de Ministros en los procedimientos de revisión del cumplimiento, como consecuencia de las presiones de algunos Estados miembros y el auge de la subsidiariedad. Nos parece que la jurisprudencia inicial estaba bien fundamentada y subrayaba adecuadamente el deber del legislador de justificar las restricciones a los derechos, como una exigencia básica del Estado de Derecho.

Para una adecuada descripción de lo acaecido, podría ser útil usar un concepto *more Constitutionis*, «*mutación convencional*», al modo en que Jellinek definió la idea de «mutación constitucional»[46]. Una categoría que nos permite prestar atención a la dinámica constitucional y por la que debe entenderse una modificación de la norma que deja indemne el texto de la disposición sin cambiarlo formalmente.

46 *Cfr.* Georg Jellinek: *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, original en alemán de 1906, estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú.

SUICIDIO, SUICIDIO ASISTIDO, CUIDADOS PALIATIVOS Y EUTANASIA

*Ramiro Antonio Bustamante Zegarra**

*Diego Fernando Ángel Angulo Osorio***

I. El suicidio:

El suicidio es el acto deliberado de quitarse la propia vida. Es un comportamiento complejo y trágico que puede ser impulsado por una variedad de factores, incluyendo problemas de salud física y mental, dificultades emocionales, desesperación, dolor extremo, estrés crónico, abuso de sustancias, problemas personales o sociales, entre otros.

Muchas veces en el arte se puede encontrar una apreciación didáctica sobre el mundo; así, en el Canto XIII de la Divina Comedia donde Dante Alighieri da un carácter melancólico a los suicidas, graficándolos como árboles retorcidos, asimismo presenta el suicidio como un escape a las penas terrenales; esto se encuentra en el lamento del suicida Pier della Vigna que decide suicidarse para escapar de una acusación de alta traición.

* Ramiro Antonio Bustamante Zegarra, Juez Supremo Titular integrante del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, doctor en Derecho, docente universitario y de la Académica de la Magistratura,

** Bachiller en Derecho y abogado por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa.

El suicidio puede manifestarse en diferentes formas, como autolesiones graves que son suficientes para producir la muerte o la ingesta de sustancias tóxicas con la intención de poner fin a la vida. Puede ser precedido por pensamientos suicidas, donde una persona experimenta ideas persistentes sobre la muerte y el deseo de morir.

La valoración social sobre el suicidio depende mucho del contexto social en el que se da, por ejemplo, en las sociedades donde imperan las creencias judeocristianas se tiene una expresa prohibición religiosa y por consiguiente una condena social al suicidio. Si bien es cierto no hay una prohibición expresa en la Biblia cristiana al suicidio, esta se encontrará en el Catecismo de la Iglesia Católica:

> "2281 El suicidio contradice la inclinación natural del ser humano a conservar y perpetuar su vida. Es gravemente contrario al justo amor de sí mismo. Ofende también al amor del prójimo porque rompe injustamente los lazos de solidaridad con las sociedades familiar, nacional y humana con las cuales estamos obligados. El suicidio es contrario al amor del Dios vivo".

Naturalmente, como toda valoración social, esta se encuentra sujeta a constante cambio y evolución conforme la sociedad va mutando en su desarrollo social; por tanto, este reproche moral viene atenuándose en la actualidad en algunas sociedades occidentales.

Es importante destacar que el suicidio no es solo un problema individual, sino también un desafío de salud pública que afecta a las familias, comunidades y sociedades en su conjunto. La prevención del suicidio implica abordar factores de riesgo, promover la salud mental, brindar apoyo emocional y fomentar la conciencia sobre la importancia de buscar ayuda cuando se experimentan pensamientos o sentimientos suicidas.

Ahora bien, en términos jurídicos, podemos hacernos una pregunta: ¿existe el deber o la obligación de vivir? En un Estado de Bienestar se deben procurar las condiciones necesarias para que todas las personas puedan desarrollarse y vivir en condiciones dignas; sin embargo, como lo hemos visto en los párrafos anteriores, se pueden presentar situaciones diversas que pueden convertir a la vida en un verdadero tormento y lamentablemente, en forma libre, voluntaria y consciente algunas personas optan por el suicidio, en ejercicio de su libertad; es así que, en nuestro país hemos tenido los casos de un expresidente de la República, algunos

artistas y personas comunes y corrientes que han optado por esta lamentable alternativa. Por tanto, respondiendo la pregunta, como ya lo hizo la Corte Suprema de Justicia de la República en el expediente de Consulta N° 14442-2021, la vida no es una obligación, sino un derecho fundamental de todas las personas.

En nuestro país se ha trabajado en la implementación de recursos y programas de prevención del suicidio. Uno de los ejemplos más notables es la habilitación de líneas telefónicas de prevención para casos de intentos de suicidio, depresión, angustia y demás problemas de la salud mental que requieran de atención inmediata. Estas líneas de ayuda ofrecen un espacio seguro y confidencial para que las personas expresen sus pensamientos y emociones, y reciban orientación especializada y la ayuda necesaria.

Además, se han establecido centros de salud mental y clínicas que ofrecen servicios de terapia y apoyo a personas con problemas de salud mental, incluidos aquellos en riesgo de suicidio. Estos recursos son esenciales para brindar un enfoque integral para la prevención del suicidio y la promoción del bienestar mental, pero se requiere su fortalecimiento y que se encuentre al alcance de todos los ciudadanos de nuestro país.

II. Suicidio asistido:

El tema del suicidio asistido ha generado debates apasionados en todo el mundo, cuestionando las líneas entre la autonomía individual, la ética médica y la moral social; en efecto, anteriormente tratamos el tema del suicidio, pero ¿qué sucede, si una persona que opta libremente por suicidarse, expresando su voluntad directamente o a través de una declaración anticipada de voluntad, pero que por motivos ajenos, como una grave enfermedad, parálisis, estado de inconsciencia, etc. no puede hacerlo personalmente? Entonces surge otra figura como es el suicidio asistido.

El suicidio asistido es un término que se refiere a una práctica en la que una persona con una enfermedad terminal o una condición médica incurable y dolorosa recibe asistencia de una tercera persona para poner fin a su propia vida. A diferencia de la eutanasia, donde un profesional de la salud administra activamente la sustancia letal, en el suicidio asistido la persona es la que toma y ejecuta la acción final, pero obviamente con la ayuda de un tercero.

El objetivo principal del suicidio asistido es permitir que las personas que enfrentan un sufrimiento extremo y sin esperanza tengan el control sobre el momento y la forma de su muerte. Se busca brindar a los pacientes la capacidad de morir en condiciones de dignidad y evitar un deterioro prolongado e indigno de su vida.

III. La autonomía del paciente y la ética médica

Uno de los argumentos centrales a favor del suicidio asistido es la defensa de la autonomía del paciente. Se sostiene que las personas tienen el derecho de tomar decisiones sobre su propia vida y muerte, especialmente cuando están enfrentando un sufrimiento insoportable. Permitir el suicidio asistido proporciona a los pacientes la opción de evitar un final prolongado y doloroso y ejercer su autonomía hasta el último momento de su existencia.

Desde una perspectiva ética, el suicidio asistido desafía las normas tradicionales de la medicina y la responsabilidad de los profesionales de la salud de preservar la vida. Los médicos juran brindar cuidados y alivio a los pacientes, lo que puede entrar en conflicto con la idea de ayudar a poner fin a la vida de una persona. Sin embargo, algunos médicos también sostienen que, en ciertos casos, proporcionar asistencia para el suicidio puede ser una expresión de compasión y empatía hacia el sufrimiento del paciente.

Quizás la reflexión más elocuente que se puede encontrar sobre este aspecto de la autonomía de la voluntad personal para decidir la propia muerte, se encuentra en la Carta LXX de Séneca a Lucilius:

> "Si una muerte va acompañada de tortura y la otra es simple y fácil, ¿por qué no tomar la última? Así como elegiré mi barco cuando esté a punto de emprender un viaje o mi casa cuando proponga tomar residencia, así elegiré mi muerte cuando esté a punto de partir de la vida. Además, al igual que una vida larga no necesariamente significa una mejor, una muerte larga necesariamente significa una peor […]. Pero quien dice esto no ve que está cerrando el camino a la libertad. Lo mejor que la ley eterna haya ordenado jamás es que nos permitió un solo punto de entrada a la vida, pero muchas salidas. ¿Debo esperar la crueldad ya sea de la enfermedad o del hombre, cuando puedo partir de la tortura y sacudir mis problemas?".

IV. La perspectiva legal en Perú

En el contexto de la legislación peruana, el suicidio asistido es considerado ilegal. El Código Penal peruano tipifica el homicidio piadoso, homicidio a ruego o a petición como un delito en su artículo 112:

"El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años".

Del análisis de la norma, podemos concluir que el sujeto activo puede ser cualquier persona, no necesariamente un profesional de la salud o un familiar; el sujeto pasivo necesariamente tiene que ser una persona que padezca una enfermedad incurable y que esté sufriendo intolerables dolores y, por último, el sujeto activo tiene que actuar con el propósito delibrado de poner fin a la vida del sujeto pasivo, pero motivado por un sentimiento de compasión, piedad o misericordia que provoca una alteración anímica que lo impulsa a actuar en favor de otra persona

El tema del suicidio asistido no está exento de controversia en el Perú. Algunos argumentan que la ley debería ser modificada para permitir ciertas formas de suicidio asistido en casos de sufrimiento extremo e incurable. Otros, sin embargo, mantienen la opinión de que el suicidio asistido va en contra de los valores culturales y religiosos del país; en efecto, sólo basta revisar algunos fallos de la Corte Suprema, como la acotada Consulta N° 14442-2021 expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente o la Ejecutoria expedida por la Sala Penal Permanente, en la causa 2507-2015-LIMA, referida a un proceso de parricidio, en el cual se sostuvo que era indudable que la muerte provocada por el hijo de la occisa no fue un acto abyecto, cruel o motivado por un móvil pueril, despreciable o fútil. En el contexto en el que se produjo la muerte debe asumirse que el sentenciado fue llevado por una actitud desesperada por los dolores intolerables que sufría su madre y los reiterados pedidos de ella para que la ayude a terminar con su existencia.

V. Los cuidados paliativos:

Denominada también ortotanasia permite que la muerte de un paciente terminal se produzca en el momento biológico natural que le corresponde, sin acelerar ni retrasar dicho momento, pero en condiciones que no produzca dolor, en paz y con acompañamientos tanto para el paciente como para

los familiares y está previsto en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley General de Salud 26842 y en la Ley 30846 que creó el Plan Nacional de Cuidados Paliativos para Enfermedades Oncológicas y no Oncológicas

Es así que, en la búsqueda de proporcionar un cuidado compasivo y humano a las personas que enfrentan enfermedades graves o terminales, los cuidados paliativos han emergido como un enfoque fundamental para mejorar la calidad de vida y aliviar el sufrimiento.

Los cuidados paliativos se refieren a un enfoque holístico del cuidado médico diseñado para mejorar la calidad de vida de pacientes con enfermedades graves, incurables o terminales, así como para brindar apoyo a sus familias. El objetivo principal de los cuidados paliativos es aliviar el dolor y el sufrimiento, así como abordar los síntomas físicos, emocionales y espirituales que pueden acompañar a una enfermedad en fase avanzada.

Estos cuidados no buscan curar la enfermedad subyacente, sino más bien proporcionar comodidad, dignidad y apoyo integral para garantizar que los pacientes puedan vivir el tiempo que les queda con la mejor calidad de vida posible.

VI. El propósito de los cuidados paliativos

Los cuidados paliativos tienen múltiples propósitos, todos ellos centrados en mejorar la experiencia del paciente y su familia en un momento de gran vulnerabilidad. Algunos de estos propósitos incluyen:

- Alivio del dolor y el sufrimiento: Los cuidados paliativos se enfocan en controlar el dolor físico y el sufrimiento emocional que pueden acompañar a enfermedades graves. Esto se logra mediante el uso de medicamentos, terapias y enfoques no farmacológicos.
- Mejora de la calidad de vida: Al brindar atención compasiva y personalizada, los cuidados paliativos buscan mejorar la calidad de vida de los pacientes al permitirles vivir con dignidad y respeto.
- Apoyo emocional y psicológico: Los equipos de cuidados paliativos brindan apoyo emocional tanto a los pacientes como a sus familias, ayudándoles a lidiar con la ansiedad, el miedo y otras emociones complejas.

- Gestión de síntomas: Los cuidados paliativos se centran en el control de síntomas como náuseas, fatiga, dificultades respiratorias y otros, para que el paciente pueda tener la mayor comodidad posible.
- Planificación anticipada: Ayudan a los pacientes a tomar decisiones informadas sobre su atención médica y a planificar el futuro según sus valores y deseos.

VII. Enfoque holístico y equipo de cuidados:

Los cuidados paliativos se basan en un enfoque holístico que considera al paciente en su totalidad: mente, cuerpo y espíritu. Los equipos de cuidados paliativos suelen estar compuestos por médicos, enfermeras, trabajadores sociales, consejeros, terapeutas y otros profesionales de la salud, que trabajan juntos para abordar las diversas necesidades del paciente.

Este enfoque colaborativo permite proporcionar una atención integral que va más allá de los aspectos médicos y se adentra en los aspectos emocionales y espirituales de la experiencia del paciente.

En última instancia, los cuidados paliativos ofrecen una perspectiva humanitaria y compasiva en la atención médica moderna. Al centrarse en el alivio del sufrimiento y la mejora de la calidad de vida, estos cuidados buscan brindar confort, dignidad y apoyo tanto a los pacientes como a sus seres queridos en un momento de necesidad extrema; en consecuencia, debería ser la primera opción que podrían optar las personas con enfermedades terminales y que estaría acorde con nuestra legislación actual, pero requiere de un mayor esfuerzo del Ministerio de Salud para que se encuentre al alcance de todos los pacientes que los requieran.

VIII. La eutanasia:

Podemos definir a la eutanasia como la "ayuda para morir" por la cual un paciente terminal quiere decidir voluntariamente su propia muerte, al respecto Roxin sostiene: *"La eutanasia es la ayuda prestada a una persona gravemente enferma, por su deseo o por lo menos en atención a su voluntad presunta para posibilitarle una muerte humanamente digna en correspondencia con sus propias convicciones"*[1].

1 ROXIN, Claús: "Tratamiento Jurídico-Penal de la Eutanasia", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Número 01, 1999.

Este mismo autor reconoce que el enjuiciamiento de la eutanasia pertenece a los problemas más difíciles del Derecho Penal, por tres razones principales: la falta de una regulación legal expresa sobre la eutanasia; los problemas existenciales que tratan sobre la decisión de la vida y de la muerte; y la dificultad de un acuerdo entre lo permitido y lo prohibido, ya que no es dominio exclusivo de los penalistas.

Entonces, la eutanasia es el acto de poner fin intencionalmente a la vida para aliviar el dolor y el sufrimiento de una persona gravemente enferma, y está ganando popularidad en el mundo debido a los avances tecnológicos y al mayor acceso a la información. Muchas personas buscan formas de terminar con sus vidas cuando se enferman o quedan discapacitadas. Esto se debe a que la muerte se convierte en un resultado inevitable. Las tasas de esperanza de vida están aumentando, la tecnología médica se está desarrollando a un ritmo acelerado y todos estos factores han llevado a un aumento en la demanda de la eutanasia.

Muchos países están debatiendo actualmente si deberían o no legalizar la eutanasia. En algunos casos, esta práctica es aceptada por la sociedad como una forma de alivio de un sufrimiento insoportable; mientras que, en otros países se considera como un asesinato. Algunos países permiten que se proporcione una muerte misericordiosa en un centro de salud mediante una inyección letal; mientras que otros lo permiten solo cuando un ciudadano lo solicita a través de un médico y otros países lo prohíben rotundamente.

Así, en los Países Bajos se tiene la *Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding* del 2002 (Ley de terminación de la vida a petición y revisión del suicidio asistido); en Bélgica la *Loi relative à l'euthanasie* del 2002 (Ley de la eutanasia); en Luxemburgo la *Loi relative à l'euthanasie et à l'assistance au suicide* del 2009 (Ley de la eutanasia y del suicidio asistido); en Canadá la *Act to amend the Criminal Code and to make related amendments to other Acts (medical assistance in dying) C-14* [Ley para modificar el Código Penal y realizar modificaciones conexas a otras leyes (asistencia médica al morir)] del 2016; en España la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia Ley 3/2021 del 2021; en Nueva Zelanda la *End of Life Choice Act* (Ley de elección del final de la vida) del 2019 y en Portugal se tiene el *Decreto da Assembleia da República 43/XV que regula as condições em que a morte medicamente assistida não é punível altera o Código Penal* (Decreto de la Asamblea

de la República 43/XV que regula las condiciones bajo las cuales la muerte médicamente asistida no es punible y modifica el Código Penal) del 2023.

También existe mucha controversia en torno a la legalización de la eutanasia debido a los valores morales y las creencias religiosas. Las personas tienden a estar en contra o a favor dependiendo de la situación. Hay casos en los que permitir que los médicos practiquen la eutanasia alivia el sufrimiento de las personas; sin embargo, permitirlo que lo haga cualquiera y cuando alguien lo quiera no parece ser lo más razonable. En última instancia, decidir si un país debe o no legalizar la eutanasia es una decisión ética difícil que afectará la vida de muchas personas.

En el Perú, no existe una ley que regule la eutanasia, como lo hemos visto; por el contrario, se penaliza el homicidio piadoso. De hecho, algunos expertos médicos creen que causar la muerte a otra persona no tiene un buen fin. Muchas personas recurren a la eutanasia porque no pueden hacer frente a su enfermedad o a la vejez por sí mismos. No existe una ley que permita esta práctica porque cada persona tiene sus propias creencias sobre lo que se debe hacer en estas situaciones.

IX. Aspectos éticos de la eutanasia:

La eutanasia, desde el punto de vista ético, para algunas personas, puede considerarse como un grave mal moral porque atenta contra el sentido de la vida humana, don y bien inalienable. Incluso suponiendo que la despenalización de la eutanasia no conlleva peligros ni efectos nocivos, el acto mismo de quitarle la vida a alguien, incluso a petición suya, siempre será inaceptable.

Si la eutanasia es realizada por un médico o enfermero en un medio hospitalario técnico, es lo mismo que si fuera realizada por un familiar o amigo de la víctima por cualquier otro medio. En ambos casos, una persona quitó la vida de otra.

No obstante, existe otro grupo de personas que señalan que el paciente, en ejercicio de su autodeterminación y expresando su consentimiento informado, es quien decide si se somete o no a un determinado tratamiento médico; al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso I.V. vs. Bolivia, ha precisado que el consentimiento informado es una expresión de la autonomía de las personas en el ámbito de la salud y ha significado en la práctica de la medicina un cambio de paradigma en la

relación médico-paciente porque ya no es más el sujeto pasivo de dicha relación; sino por el contrario, ahora es el que tiene la última palabra.

X. Aspectos jurídicos de la eutanasia:

El derecho a la vida, no sólo es el derecho humano de mayor connotación; sino que también es un valor esencial que sirve de fundamento ontológico para el goce de todos los demás derechos de las personas; en consecuencia, en principio es inviolable, indisponible y establece el deber del Estado de proteger y garantizar el derecho a la vida, desde su inicio hasta el final de la existencia de una persona.

De igual manera, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Pretty vs. Reino Unido, ha sostenido que el derecho a la vida no puede interpretarse como algo que incluye un aspecto negativo, es decir, un derecho diametralmente opuesto, a saber, el derecho a morir o derecho a la muerte.

De otro lado, en el ámbito de Latino América, podemos mencionar a la Corte Constitucional Colombiana, que en la sentencia C-233/21, del 22 de julio del 2021, resolvió ampliar los casos en los que se puede solicitar la eutanasia, aprobada judicialmente desde 1997 para enfermedades terminales y ahora también, para enfermedades no terminales, considerando a la muerte digna como un derecho fundamental autónomo.

No obstante, lo anteriormente expuesto, es decir, que existe un derecho a la vida sobre el que recae nuestra existencia y sobre el que reposan los demás derechos de las personas y que no existe un derecho a la muerte o un derecho a morir, también debemos reconocer que ningún derecho es absoluto, incluso el derecho a la vida puede tener excepciones.

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también consideró en el caso Koch vs. Alemania, que no existe una obligación de los Estados a reconocer el derecho a la eutanasia, pero sí la obligación de los Estados a evaluar el fondo de las controversias que se someten a sus jurisdicciones correspondientes como una extensión del deber de no dejar de administrar justicia en deficiencia de la Ley y una clara aplicación del Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva que le asiste a todo ciudadano.

Es así, que el primer caso sobre eutanasia en la historia de nuestro país llegó a la Corte Suprema mediante la Consulta 14442-2021, en la cual

una mujer sostenía que desde los 14 años de edad, empezó a tener problemas de salud que afectaban el normal desenvolvimiento de sus músculos, siendo diagnosticada con una enfermedad rara denominada **"Polimiositis",** que es incurable, degenerativa y progresiva porque se va agravando con el paso del tiempo, produciéndole discapacidad física y actualmente con 47 años de edad tiene problemas para respirar y deglutir normalmente los alimentos, por lo cual, se le ha realizado una traqueotomía para poder respirar y una gastrostomía o sonda para poder alimentarse; ha recibido frecuentes intervenciones médicas, tanto en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) y desde el año 2016 es beneficiaria del Programa Clínica en Casa, Ventilación Mecánica a Domicilio proporcionado por Essalud.

La demanda Constitucional de Amparo no fue interpuesta por la persona que solicitaba la eutanasia sino directamente por la Defensoría del Pueblo que se atribuyó la Legitimidad activa; y los demandados fueron el Seguro Social de Salud-Essalud, el Ministerio de Salud y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, es decir, que la legitimidad pasiva se distribuyó entre estas tres instituciones públicas, que contestaron la demanda en forma negativa, solicitando que la demanda sea declarada improcedente porque si no existe un marco legal, no es posible que el juez resuelva sobre la eutanasia y que ello está reservado al Poder Legislativo; o en todo caso, que la demanda se declare infundada, sosteniendo, principalmente, que el Amparo no es un proceso para constituir derechos.

Sin embargo, curiosamente, pese a que el juez constitucional de Primera Instancia declaró **fundada en parte la demanda**, al considerar afectados los derechos a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de la personalidad y amenaza de sufrir tratos crueles e inhumanos; dichos demandados no interpusieron recurso de apelación y, por tanto, la sentencia quedó consentida y tuvo que subir en Consulta a la Sala de Derecho de Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República al haberse inaplicado el artículo 112 del Código Penal.

Es así, que la Corte Suprema, buscando la posibilidad de encontrar una interpretación conforme a la Constitución, que pudiera salvar la constitucionalidad del artículo 112 del Código Penal; analizó:

a) **La mutación del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho**, precisando que ello ha implicado: "*abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es,*

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".[2]

b) **Principio de la Fuerza Vinculante de la Constitución,** que acoge los principios de Supremacía Constitucional y de Legalidad; en consecuencia, todos los actos de los órganos del Estado, de los propios ciudadanos e incluso las propias leyes quedan subordinadas al texto constitucional porque este se irradia a todo el ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, aunque el artículo 112 se trate de una norma autoaplicativa que forma parte del Código Penal, el cual persigue concretar los postulados de la moderna política criminal; sin embargo, tampoco se encuentra exento del control constitucional, pues podría vulnerar los límites materiales fijados por nuestra carta magna.

c) **Derecho a "Morir con Dignidad" o el "Derecho a la Dignidad al Momento de Morir"**, en contraposición a lo resuelto por el juez constitucional de Primera Instancia sobre el Derecho a la "Muerte Digna", la Sala Suprema acogió la concepción del Derecho a morir con dignidad" como base argumentativa para aprobar en parte la sentencia; en efecto, el derecho implícito a "morir con dignidad" se justifica porque no hay un derecho a la muerte y la muerte forma parte de la vida; en consecuencia, el derecho a la vida digna se mantiene desde el inicio hasta el momento de la extinción biológica de la vida.

Si bien es cierto, la dignidad humana propiamente no está concebida en nuestra Constitución expresamente como un derecho fundamental, sino como el presupuesto de todos ellos, pues antes de la enumeración del listado de derechos fundamentales descritos en el artículo 2, nuestra Constitución Política, en su artículo 1° expresa que "La defensa de la persona humana y el respeto de su ***dignidad*** son el fin supremo de la sociedad y el Estado". Sin embargo, ha sido expresada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como esa cualidad valiosa[3] prexistente al Estado, que

2 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: sentencia Exp.Nº587-2005-PA/T

3 Javier Goma, por ejemplo, habla de una cualidad "diamantina" por lo brillante y resistente que exige respeto y puede significar un cuidado defensivo o ofensivo en relación a los derechos y obligaciones del Estado a partir de lo cual se puede

es inherente a todo ser humano, que como tal exige respeto y nos vincula universalmente como *"miembros de la familia humana"*.

Para ello la Sala Suprema, hizo uso del denominado "Test de Proporcionalidad" que es una herramienta hermenéutica para realizar el control de constitucionalidad, teniendo por un lado, el derecho constitucional a la vida y de otro lado, los derechos a la dignidad humana, a la libertad y a la autodeterminación invocados en la demanda para morir dignamente y que no es posible ejercitarlos al existir el artículo 112 del Código Penal que sanciona el homicidio piadoso.

Es así que, en cuanto al **examen de idoneidad,** indicó que se ve satisfecho porque el Estado no puede permitir actos que provoquen directa o indirectamente la muerte de las personas y está obligado a legislar para garantizar y proteger el derecho fundamental a la vida, aunque alguna persona pueda padecer de una enfermedad crónica, una enfermedad terminal o una grave discapacidad, ya que, como se tiene dicho, el derecho a la vida es el derecho humano de mayor connotación y sirve de fundamento ontológico para el goce de todos los demás derechos de las personas; en cuanto al **Examen del Subprincipio de Necesidad,** en principio, la Sala Suprema consideró que si existe otra medida igual de eficaz para evitar el sufrimiento de pacientes en etapa terminal y no llegar al extremo del suicidio asistido o la eutanasia, como son los **cuidados paliativos**, que como se tiene dicho tienen como finalidad mitigar el dolor y mediante la sedación reducir la conciencia del paciente para aliviarlo del sufrimiento de la agonía, sin necesidad de tenerse que aplicar una sustancia letal para terminar con la vida del paciente y que ya cuentan con reconocimiento legal expreso en nuestro país.

No obstante, en el caso concreto, la paciente reconoció que actualmente recibe cuidados paliativos por parte del Estado, para poder sobrellevar su enfermedad, que está satisfecha y agradecida con ellos; pero que, en ejercicio de su derecho de autodeterminación del paciente y autonomía de la voluntad, conforme a sus Declaraciones Anticipadas, ha rechazado o renunciado a seguir recibiendo los cuidados paliativos para los momentos finales de su existencia; y en este contexto, la norma sometida a control constitucional concreto, no supera el segundo nivel de análisis, referido al

concluir soluciones diversas hasta opuestas sobre el contenido y alcance del valor dignidad.

examen de necesidad, porque en principio existe otra medida alternativa que no afecta al derecho constitucional protegido de la vida como son los cuidados paliativos.

Por último, el **Examen del Subprincipio de Ponderación o de Proporcionalidad en Sentido Estricto,** sostuvo la Sala Suprema que si bien no se había superado el examen de necesidad, resultaba conveniente, por la complejidad del caso, proseguir con el examen pasando a ponderar, de un lado, el derecho a la vida, que el legislador pretende proteger, entre otros, criminalizando el homicidio piadoso conforme al Artículo 112 del Código Penal; y de otro lado, los derechos de dignidad y libre desarrollo de la personalidad en atención al estado de salud de la paciente que por el compromiso de la funcionalidad de sus músculos tiene incapacidad para moverse, respirar y alimentarse; pero, de otro lado, se encuentra lúcida, con pensamiento coherente, goza de sus facultades mentales, y puede comunicarse en forma verbal, aunque con dificultad y por ello ha ratificado su voluntad directamente y expresado ante notario público sus voluntades adelantadas, entre ellas, de no ser internada en un centro de salud, ni ser conectada a máquinas que le prolonguen su vida, ni continuar recibiendo cuidados paliativos cuando se agrave su estado de salud.

Ante esta situación, pese a que el Estado tiene el deber constitucional de protección de la vida de todas las personas sin excepción, se encuentren sanas o enfermas, padezcan discapacidad o enfermedades crónicas o terminales; también, el Estado está obligado a respetar los derechos de dignidad, libertad, libre desarrollo de la personalidad y a morir con dignidad; en consecuencia, únicamente para el caso concreto la Sala Suprema aprobó para que no sufra una agonía dolorosa (física y emocionalmente) y poder morir en forma digna con la ayuda del sistema sanitario y a través de un debido protocolo se pueda aplicar la eutanasia cuando lo solicite la paciente o sus representantes a fin garantizar el respeto a la dignidad en todas las etapas de la vida desde el inicio hasta el final de la existencia.

La eutanasia es un tema profundamente complejo que refleja las luchas humanas con la vida, la muerte y el sufrimiento; en efecto, encontramos argumentos a favor y en contra que resaltan la complejidad moral de esta cuestión, mientras que la evolución de la sociedad y la medicina continúa influyendo en la forma en que se aborda. A medida que el mundo enfrenta decisiones difíciles sobre la eutanasia, es esencial mantener un

diálogo informado y respetuoso que honre la diversidad de opiniones y valores en juego.

XI. Referencias Bibliográficas:

1. Altuve-Febres Lores, F. (2010). El Juez Constitucional como Legislador Positivo en el Perú. Revista Jurídica Piélagus, (9), 159-175

2. Chavez Postigo, J. (2021) La dignidad ante la eutanasia: Notas críticas a la sentencia del caso Ana Estrada, Gaceta Constitucional, Lima.

3. ROXIN, Claús: "Tratamiento Jurídico-Penal de la Eutanasia", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Número 01, 1999.

4. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2012) Sentencia Koch contra Alemania 497/09.

5. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2002) Sentencia Pretty contra Reino Unido 2346/02.

6. https://www.bbc.com/mundo/noticias-56248478

7. https://revistas.usat.edu.pe/ index.php/apuntes/article/view/639/1188

8. https://www.unav.edu/web/unidad-de-humanidades-y-etica-medica /material-de-bioetica/la-eutanasia-es-inmoral-y-antisocial

UN PROTOCOLO PARA LA PROMOCIÓN DE LA EUTANASIA

*Ramiro De Valdivia Cano**

> El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.
>
> (Art. 112 del Código Penal del Perú)
>
> El que instiga a otro al suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años...
>
> (Art. 113 del Código Penal del Perú)

Como todo peruano sabe, según el artículo 162°de la Constitución Política vigente, corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. Mientras que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 159.1 de la Constitución, corresponde al Ministerio Público, entre otras atribuciones: Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho. Velar por la independencia

* Doctor en Derecho. Ex Magistrado del Jurado Nacional de Elecciones. Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República y ejerció el Decanato de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María.

de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia. Así como representar a la sociedad en los procesos judiciales.[1]

Haciendo una interpretación *sui generis* de dichas normas constitucionales, el Defensor del Pueblo, con fecha 31 de enero del 2020, interpuso demanda de amparo contra EsSalud y contra el Minsa pretendiendo que las demandadas y personal médico de ambas procuren el "homicidio piadoso" a una paciente y que nadie sea sancionado por la comisión de tal delito que está tipificado y sancionado por el vigente artículo 112 del Código Penal del Perú.

La demanda omite pronunciarse acerca de la existencia y vigencia del artículo 113 del Código Penal del Perú que tipifica y sanciona el delito de instigación al delito.[2] También omite dilucidar la cuestión básica de la problemática en debate, referida a determinar si la vida humana es un bien jurídico de libre disposición o si es indisponible.

La tipificación y sanción penal de estos delitos, en el Perú tiene antiguos antecesores en el Derecho Comparado. Para comprender la demanda del Defensor del Pueblo es necesario remitirse a las fuentes de las que brotan las instituciones jurídicas de la instigación y del suicidio asistido, conocido también como "homicidio piadoso" o con el eufemismo de "eutanasia". Para una mejor comprensión de tales fuentes y su evolución, el profesor canadiense Ian Dowbeggin proporciona una valiosa guía didáctica.

El Dr. Ian Robert Dowbeggin[3] es profesor en el Departamento de Historia de la Universidad Prince Edward Island y escritor con importantes aportes a la historia de la medicina; internacionalmente reconocido por sus investigaciones científicas acerca del genocidio, la esterilización humana, el control poblacional, la eutanasia y el suicidio asistido por un médico. Sostiene que la corriente para legalizar el suicidio asistido comenzó en la segunda mitad del s. XIX, como una consecuencia de la popularización de la eugenesia.

---

1 https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1996/constitucion/cons_t4.htm#:~:-text=Art%C3%ADculo%20159%C2%B0.,la%20recta%20administraci%C3%B3n%20de%20justicia.

2 https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E-6186057450525832800 52F800/$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf

3 *A Merciful End: The Euthanasia Movement in Modern America.* **By Ian** Dowbiggin. (New York: Oxford University Press, 2003. xxii, 250 pp. $28.00, ISBN **0-19-515443-6.)**

Al respecto, Ian Dowbeggin[4] refiere que Charles Darwin en su ensayo *El Origen del Hombre* (*The Descent of Man*) de 1871, advierte que los hospitales, tanto como los asilos y la medicina terapéutica, interfieren con la selección natural puesto que hacen posible la sobrevivencia y la reproducción de elementos de la sociedad que son vulnerables. Según Darwin, el remedio para esta problemática sería la eutanasia. Francis Galton acogió y desarrolló esta idea proponiendo que la sociedad optimice su contingente de genes mediante el control de la procreación humana. Para ello bastaría con favorecer la selección de los mejores productos para reproducirlos ampliamente; e impedir la reproducción de los malos productos.

No tuvo que pasar mucho tiempo para que estas iniciativas se desborden: de la propuesta original de regular la decisión de quién no debe nacer, se pasó a atribuir a la sociedad la facultad de decidir quién, entre los vivientes, debería morir. Para muchos de sus promotores, el homicidio "piadoso" no es solamente el medio racional de acabar con el sufrimiento del paciente y sus herederos, sino que tiene también un potencial método de control social.

De la lectura de la demanda, se puede apreciar cómo es que las tácticas y las campañas a favor del suicidio asistido han cambiado muy poco en el curso de los últimos siglos. La investigación hecha por el profesor Dowbiggin pone en evidencia la existencia de un patrón consistente, rígido y muy claro tanto en estrategias como en contenido que ha sido y es utilizado no sólo en el Perú sino en la generalidad de ambientes pro-homicidio asistido a nivel mundial[5].

---

4 *A Merciful End: The Euthanasia Movement in Modern America.* **By Ian** Dowbiggin. (New York: Oxford University Press, 2003. xxii, 250 pp., ISBN **0-19-515443-6.)**

5 El rígido protocolo seguido para la promoción del homicidio asistido contiene las siguientes reglas de oro:

1. La manipulación del lenguaje dirigida a lograr la aceptación de la opinión pública.
2. La autoidentificación de los promotores de la legalización como libreprensadores que tienen el coraje y la visión de arremeter contra tabúes trasnochados acerca de la santidad de la vida humana.
3. La proclamación de la necesidad de la reforma social basada en las verdades definitivas de la ciencia y los valores del secularismo.
4. El rechazo de los principios cristianos por su supuesta interferencia con la libertad individual.
5. La declaración de la necesidad de implementar nuevas políticas sociales ilustradas.

El modelo o patrón para la promoción del homicidio "piadoso", según lo demuestra el profesor Dowbeggin, se estructura a partir de 6 pautas o reglas de oro; tal como también puede verificarse de la lectura de la demanda del Defensor del Pueblo contra EsSalud y el Minsa para que induzcan a sus médicos a la comisión del delito de homicidio "piadoso", sin que ninguno de los demandados ni el médico homicida sufran las penas previstas en el artículo 112 del Código Penal que tipifica y sanciona el delito de homicidio piadoso. Este conjunto de pautas se ha convertido en un protocolo de amplia aplicación mundial.

Para ser fiel a las 6 pautas o reglas de oro del profesor Dowbeggin, el Defensor del Pueblo en su demanda asume el papel que lo instiga a:

La autoidentificación de los promotores de la legalización como libre-prensadores que tienen el coraje y la visión de arremeter contra tabúes trasnochados acerca de la santidad de la vida humana.

Es más. En su demanda evade el uso de la terminología exacta y recurre a los eufemismos cargados de ironía y populismo: Eutanasia por homicidio "piadoso", o suicidio asistido; Terminación del embarazo por aborto, etc.. Es decir, aplica la pauta que señala la obligatoriedad de:

La manipulación del lenguaje dirigida a lograr la aceptación de la opinión pública desinformada.

El Defensor del Pueblo pretende que el Poder Judicial declare inaplicable el artículo 112 del Código Penal, para que la persona mencionada en la demanda como paciente pueda elegir el momento en el cual las emplazadas (EsSalud y Minsa) deberán procurarle un procedimiento médico para el cese de su vida; sin que los emplazados ni sus médicos sean procesados penalmente. La respetiva pauta incide en:

La proclamación de la necesidad de la reforma social basada en las verdades definitivas de la ciencia y los valores del secularismo.

Para ello, argumenta que los efectos desplegados por dicha norma constituyen una lesión al derecho fundamental de la persona paciente al libre

6. El diseño de tácticas para agilizar la campaña de promoción del suicidio asistido sin que sea un impedimento la elección de acciones proscritas por la ley.

desarrollo de la personalidad. Con lo cual enarbola la regla de oro promocional que estatuye:

El rechazo de los principios cristianos por su supuesta interferencia con la libertad individual.

Para una mejor digestión de esta pauta, el demandante coloca, junto al libre desarrollo de la personalidad, otros derechos que nadie discute: los derechos a la muerte en condiciones dignas, a la dignidad, a la vida digna, y a no sufrir tratos crueles e inhumanos. Nótese que todos estos derechos sí son arrasados por quienes, a diario, promueven y/o practican el delito de aborto.

Una de las más sibilinas, entre las pautas puestas al descubierto por el profesor Dowbiggin, es aquella que urge:

El diseño de tácticas para agilizar la campaña de promoción del suicidio asistido sin que sea un impedimento la elección de acciones proscritas por la ley.

El demandante pretende que el Poder Judicial ordene al Ministerio de Salud que cumpla con emitir una directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a las de la persona paciente en el caso de autos. Al incoar esta demanda, se impetra otra de las aspiraciones sibilinas:

La declaración de la necesidad de implementar nuevas políticas sociales ilustradas.

La definición de lo que es "política social ilustrada" ha sido siempre una labor asumida por los promotores del homicidio "piadoso".

La demanda es terminante en cuanto a reconocer que el demandante carece de argumentos para evadir sus responsabilidades constitucionales en cuanto a la defensa de la legalidad; e.g. la vigencia de los art. 112 y 113 del Código Penal. Por ello exige que los procedimientos médicos para implementar el suicidio asistido involucren el reconocimiento judicial de la libre elección del momento de morir. Más allá de los eufemismos, EsSalud y el Minsa tendrían que protocolizar el homicidio y es probable que no tengan más alternativas que implementar el envenenamiento por

aspiración de monóxido de carbono, o la muerte por la privación total de líquidos al paciente, como en el espeluznante caso de Terry Schiavo.

El Ministerio de Salud contesta la demanda, solicitando sea declarada improcedente. Y señala como argumentos, que el artículo 1 de la Constitución Política dispone que el fin supremo del Estado es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. A su vez, el numeral 1), del artículo 2, establece el derecho a la vida, su identidad, integridad moral, psíquica y física, y a su libre desarrollo y bienestar. Que, a su vez, el Código Penal, en su artículo 112, regula el homicidio piadoso, sancionando a sus autores con pena privativa de libertad no mayor a tres años. Y la pretensión de involucrar a las demandadas y al personal médico como agentes de tal homicidio es ilegal y punible. Todo ello al margen de que los sufrimientos de la paciente de autos no encajan en la tipificación del homicidio piadoso. "*El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años*".

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Constitución Política del Perú

https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1996/constitucion/cons_t4.htm#:~:text=Art%C3%ADculo%20159%C2%B0.,la%20recta%20administraci%C3%B3n%20de%20justicia.

Código Penal del Perú

https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E6186057450525832800052F800/$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf

A Merciful End.

A Merciful End: The Euthanasia Movement in Modern America. By Ian Dowbiggin. (New York: Oxford University Press, 2003. xxii, 250 pp. $28.00, ISBN 0-19-515443-6.)

EL VOTO PREFERENCIAL

*Ernesto Blume Fortini**

I. INTRODUCCIÓN

El denominado voto preferencial es una modalidad de votación que permite al elector establecer su propio orden de preferencia entre los candidatos de uno de los partidos o movimientos que participan en una elección congresal y que el elector ha escogido. Por ello, el ejercicio del voto preferencial implica en realidad el ejercicio de dos votos:

- Un primer voto, que corresponde a la votación por el partido o movimiento de predilección del elector, que se materializa marcando el símbolo del partido o movimiento de que se trate; y
- Un segundo voto, que corresponde a la votación opcional por uno o dos de los candidatos que aparecen en la lista de candidatos del partido o movimiento previamente escogido por el elector, que se materializa marcando, una vez escogido el símbolo del partido o movimiento, el número que corresponde a uno o dos candidatos de preferencia del votante.

Esta figura del voto preferencial, que en un primer acercamiento luce muy atractiva y democrática, desde nuestro punto de vista y a luz de lo

* Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Ex Presidente de la Asociación Peruana de Derechos Constitucional. Miembro de la Academia Peruana de Derecho. Profesor Honorario de la Universidad Católica de Santa María.

vivido en el país, ha mostrado desde su creación y aplicación más aspectos negativos que positivos, si lo que se quiere es consolidar nuestro Estado Constitucional, afincado en la democracia representativa, como lo postula la Constitución de 1993, recogiendo la línea del legislador constituyente sentada en las once constituciones predecesoras de la actual (1823, 1826, 1828, 1836, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933 y 1979), por lo que merece algunas reflexiones y replanteamientos, con cargo a un mayor desarrollo, en aras de fomentar el debate académico que permita a la larga contribuir al fortalecimiento del sistema democrático peruano.

Con tal propósito, abordaremos a continuación los siguientes tres aspectos relacionados con el voto preferencial, rotulados a través de tres interrogantes: 1) ¿Cómo nace el voto preferencial en el Perú?; 2) ¿Cómo ha operado el voto preferencial en el Perú?; y, 3) Reflexiones críticas sobre el voto preferencial.

II. ¿CÓMO NACE EL VOTO PREFERENCIAL EN EL PERÚ?

El voto preferencial nace en nuestro país el año 1977, a raíz de la convocatoria a Asamblea Constituyente que realizó el autodenominado Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, jefaturado en aquel entonces por el general de división Francisco Morales Bermúdez, efectuada a través del Decreto Ley 21949, que fuera expedido el 4 de octubre de 1977; Asamblea Constituyente que se encargaría de elaborar una nueva Constitución, como condición previa impuesta por la dictadura de aquel entonces para devolver el poder a la civilidad después de los más de nueve años de oscurantismo que en aquel momento venía viviendo el Perú, desde el 3 de octubre de 1968, día en que se produjo el derrocamiento del presidente constitucional en ejercicio, don Fernando Belaunde Terry por el general Juan Velasco Alvarado, hasta el mismo 4 de octubre de 1977.

De la revisión del precitado Decreto Ley 21949, se observa que sus artículos 1 y 2 dispusieron literalmente lo siguiente:

> "Artículo 1°.- Convócase a Elecciones para representantes a una Asamblea Constituyente, las que se realizarán el 4 de junio de 1978."
>
> "Artículo 2°.- La Asamblea Constituyente tendrá como exclusiva finalidad la dación de la nueva Constitución Política del Estado, la que contendrá esencialmente, entre otras, las disposiciones que insti-

> tucionalicen las transformaciones estructurales que viene llevando a cabo el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada."

Acorde con el propósito de convocar a una Asamblea Constituyente, el 15 de noviembre de 1977 se aprobó el Decreto Ley 21995, denominado por la dictadura que gobernaba el país "Ley de elecciones para la Asamblea Constituyente", en cuyo segundo considerando (en esa época se estilaba que los decretos leyes tuvieran una parte considerativa antes de su articulado normativo) se observa el siguiente texto:

> "Que con tal fin se debe establecer los procedimientos para elegir a dichos Representantes; utilizándose, como método para poner de manifiesto la voluntad popular, el de la cifra repartidora con la variante del **voto preferencial**;…"

Hasta donde conocemos, esta es la primera vez que, por lo menos a nivel normativo, se menciona expresamente el voto preferencial; debiendo acotar que el artículo 55 del mismo Decreto Ley 21995, ratificando la consagración del voto preferencial, estableció lo siguiente:

> "El elector votará por la lista que escoja y por un candidato de su preferencia integrante de ella".

Obsérvese, lo enfatizamos, que el voto preferencial nació en el Perú impuesto por una dictadura, que, actuando al margen de la voluntad popular, consideró que debía incorporarse; circunstancia que debe llamarnos a reflexión, teniendo en cuenta sobre todo la experiencia de su aplicación posterior. No nació en democracia ni como producto de una exigencia del pueblo. Se trató, por consiguiente, de una norma impuesta al pueblo peruano, de origen espurio y ajena a la voluntad popular; situación que jamás debe ser olvidada.

Ahora bien, ya en el año 1979 el gobierno de facto dictó el Decreto Ley 22652, que aprobó las normas que regirían para las elecciones presidenciales y para las elecciones parlamentarias del año 1980, correspondientes al periodo 1980 -1985, normativa que se basó en el Estatuto Electoral que fuera aprobado en el año 1962 mediante el Decreto Ley 14250.

Unos años después, existiendo el marco normativo electoral establecido por el antes referido Decreto Ley 22652, ya en época democrática y siendo presidente de la República el arquitecto Fernando Belaunde Terry, quien había sido reelecto, el Congreso de la República dictó la Ley

23903, de fecha 24 de agosto de 1984, por la que se convocó a las elecciones presidenciales y parlamentarias del periodo 1985-1990; ley que modificó varios artículos del estatuto electoral del año 1962, introduciendo el voto preferencial para la elección de diputados y senadores, en la modalidad de brindar al elector la posibilidad de usar un solo voto preferencial dentro de la lista de candidatos de una determinada fuerza política.

Nótese de lo referido hasta aquí que el voto preferencial fue instaurado en nuestro país por una dictadura, que no fue recogido en la Constitución de 1979, se incorporó recién en las elecciones parlamentarias del periodo 1985-1990 con la acotada Ley 23903. Nótese igualmente que tampoco fue recogido en la Carta Constitucional vigente, que data de 1993; por lo que cabe dejar sentado claramente que la figura del voto preferencial no tiene cobertura ni sustento constitucional y solo viene operando a nivel de elecciones parlamentarias desde el periodo antes indicado.

Precisado lo anterior, es menester dejar aclarado que el artículo 10 de la Ley 23903 refería lo siguiente: "Hay representación proporcional en la elección pluripersonal de Senadores y Diputados, mediante el método de 'cifra repartidora'." Y agregaba: "La elección de Senadores y Diputados se hace con voto preferencial opcional"; haciendo mención también al voto preferencial los artículos 11 y 12 de la misma Ley 23903. De acuerdo a ese contexto normativo, el elector elegía el símbolo y, marcado este, escogía un candidato de su preferencia de los candidatos del partido o movimiento al cual el símbolo marcado representaba.

Años después, el 29 de setiembre de 1997, se expidió la Ley 26859, rotulada como Ley Orgánica de Elecciones, que en su artículo 21 establece, entre otros, "La elección de congresistas a que se refiere el artículo 90 de la Constitución Política del Perú se realiza mediante el sistema de distrito electoral múltiple aplicando el método de la cifra repartidora con doble voto preferencial opcional, excepto los distritos electorales donde se elige menos de dos congresistas, en cuyo caso hay un solo voto preferencial opcional." Es decir, que en esta ley ya se establece que el elector tiene la posibilidad, si así lo decide, de escoger dos preferencias en el momento de la votación.

En síntesis, este es el recorrido que ha tenido el voto preferencial, desde su implantación dictatorial, pues fue impuesto por un gobierno de facto, como consecuencia de la convocatoria a Elecciones para la Asamblea

Constituyente dispuesta por el Decreto Ley 21949, en el año 1977, hasta el día de hoy. En resumen, lo reitero, la figura del voto preferencial fue creada e implementada por la dictadura del general Francisco Morales Bermúdez en el año 1977 y recogida ya en época democrática a nivel parlamentario en el año 1984, manteniéndose hasta la fecha, con la diferencia que inicialmente el voto preferencial era a favor de un solo candidato y luego se ha convertido en una figura a favor de dos candidatos.

Antes de concluir la referencia a cómo nace en el Perú el voto preferencial, hago especial hincapié que, como ya se ha explicitado líneas arriba, el voto preferencial implica que nosotros marcamos primero e ineludiblemente el símbolo del partido o movimiento o agrupación política de nuestra simpatía y, segundo, opcionalmente, escojamos, dentro de los candidatos del partido, movimiento o agrupación política que hemos escogido, a uno o dos miembros de su lista, por lo que, obsérvese, hay en realidad dos expresiones de voluntad por parte del elector, dos votos, y, por tanto, un doble cómputo: el cómputo del símbolo, que determina cuántos entran del partido, movimiento u organización que hemos escogido; y el cómputo del voto preferencial, que determinan quiénes entran del partido, movimiento u organización que hemos escogido.

III. ¿CÓMO HA OPERADO EL VOTO PREFERENCIAL EN EL PERÚ?

A la luz de los resultados de las elecciones parlamentarias llevadas a cabo en el país desde mediados de la década de los ochenta del siglo pasado, en las que se aplicó el voto preferencial, se observa que los electores que marcaron la opción del voto preferencial fueron una minoría frente a los electores que no utilizaron dicha modalidad y se limitaron a marcar sólo el símbolo, en un porcentaje promedio de 30 % por el voto preferencial frente a 70 % por sólo el símbolo.

Es decir, por dar un ejemplo que permita explicar mejor lo que aquí se afirma, si por una agrupación política votaron 500,000 electores marcando el símbolo de dicha agrupación, tenemos que tan solo el 30%, como máximo, de dichos electores (150,000) marcó además la opción preferencial, mientras que el 70 % restante de electores (350,000) marcó solo el símbolo, renunciando a ejercer su opción preferencial. Por consiguiente, respecto al orden de la lista, en este mismo ejemplo hay dos sentidos de votación:

- Un 70 % de electores que prefirió mantener el orden propuesto por el partido o movimiento de su preferencia, por lo que sólo marcó el símbolo y renunció a ejercer la opción preferencial; y
- Un 30 % de electores, que prefirió, además ejercer el voto preferencial, marcan uno o dos candidatos de su preferencia de los integrantes de la lista propuesta por el mismo partido o movimiento.

Frente a tales resultados, la lógica más elemental indicaría que por respeto a la decisión mayoritaria debería mantenerse el orden de la lista propuesta por el partido o movimiento. Sin embargo, por insólito y antidemocrático que parezca, ese no es el criterio contenido en la norma que regula el cómputo de los votos, por cuanto esta dispone que se realiza un doble cómputo de los votos:

- El primer cómputo, que está constreñido a contabilizar el número de votos que obtuvo el símbolo del partido o movimiento de que se trate; cómputo que permitirá únicamente determinar cuántos escaños o curules tendrá dicho partido o movimiento; y
- El segundo cómputo, que está constreñido a contabilizar sólo los votos preferenciales que obtuvo cada candidato de la lista que corresponde al símbolo del partido o movimiento de que se trate; cómputo que permitirá determinar quiénes ocuparán los escaños o curules obtenidos.

Apréciese que, con esta metodología de cómputo no se toma en cuenta la expresión de voluntad de los electores que marcaron sólo el símbolo respecto al orden de la lista de candidatos; expresión de voluntad que expresa conformidad con el orden propuesto por el partido o movimiento de que se trate.

Lo apuntado en los párrafos precedentes revela un detalle que debemos resaltar: la mayoría de electores no opta por el voto preferencial y al no optar por éste, expresa una voluntad, una voluntad en el sentido de mantener el orden de la lista. Sin embargo, tal expresión de voluntad no es tomada en cuenta, toda vez que la lista se reordena de acuerdo al cómputo únicamente de los votos preferenciales, que, como está dicho, son minoritarios, lo cual no es democrático; y así está ocurriendo elección tras elección. Y si llevamos el ejemplo al extremo, podemos suponer un caso en el que se vota por una agrupación que obtiene 1´000,000 de votos

y de ese 1´000,000 de votos solo los 3 últimos candidatos obtienen cada uno 1, 2 y 3 votos preferenciales, respectivamente, y los demás candidatos no tienen ningún voto preferencial porque los demás electores no ejercen tal opción preferencial. Entonces, tendríamos que, a pesar que más del 99.99999 % de electores marcó sólo el símbolo, expresando su conformidad con el orden de la lista propuesto por el partido o movimiento del que se trate, solo 3 electores elevarían al último candidato al primer lugar, al penúltimo candidato al segundo lugar y al antepenúltimo candidato al tercer lugar. Nos preguntamos: ¿eso es democrático? Definitivamente, nos parece que no lo es.

A manera de conclusión frente a la pregunta sobre cómo ha operado el voto preferencial en el Perú, afirmamos que la experiencia demuestra que la mayoría de los electores no opta por el voto preferencial, pues prefiere marcar únicamente el símbolo de la agrupación política de su preferencia y mantener el orden propuesto por aquella; situación que no se refleja en la elección de los candidatos que llegan a obtener un escaño, violándose flagrantemente el derecho político de elegir recogido en el artículo 31 de la Constitución Política del Perú y transgrediéndose la finalidad del sistema electoral consagrada en el artículo 176 de la misma Carta Constitucional que consiste en asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos; y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa.

IV. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE EL VOTO PREFERENCIAL

Esta experiencia demuestra que el voto preferencial ha sido utilizado por el 30% de electores1 y que un 70% de electores, en promedio, no ha utilizado el voto preferencial, lo cual nos lleva a proponer que en caso se mantenga el voto preferencial, éste sólo y únicamente debería operar si más del 50% de electores que marcaron el símbolo hubieren optado por el voto preferencial, de tal suerte que para poder reordenar la lista de candidatos se requiera que más del 50% de electores hayan hecho uso del voto preferencial, toda vez que no es lógico ni democrático que una lista

1 Valles Vásquez, B.E. (2021). *Hijas del voto preferencial: el voto preferencial y la elección de mujeres en las elecciones congresales extraordinarias 2020.* Tesis para obtener el grado académico de magíster. Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 56.

se reordene por una minoría, cuando una mayoría no quiso reordenarla al votar solo por el símbolo y no ejercer su derecho al voto preferencial.

De no ser así y de mantenerse el esquema del voto preferencial, tal como se encuentra regulado actualmente en los artículos 30, 31 y 32 de la Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones, se continuaría manteniendo una situación antidemocrática ya que, lo reiteramos, es una minoría electoral la que reordena la lista congresal, a la luz de la experiencia de los resultados electorales producidos desde mediados de la década de los ochenta hasta la fecha.

Consideramos que la fórmula que proponemos sería útil para salir de este entrampamiento, porque, obviamente, es difícil liberarnos del voto preferencial, a pesar que ello sería lo ideal, ya que el mismo se muestra atractivo al votante, en términos efectistas y electoreros; se ha venido aplicando durante varios periodos parlamentarios; y los actuales congresistas provienen del voto preferencial, siendo poco probable que se aparten de la fórmula con la que fueron electos.

De otro lado, la experiencia demuestra que este voto preferencial ha contribuido a incentivar lo que denominamos los personalismos, los narcicismos, los egocentrismos y todos estos ismos que caracterizan a las gentes fatuas que se engolosinan con el poder y que se sienten superiores a los demás, conspirando contra los partidos políticos, que deben ser organizaciones de ciudadanos de buena voluntad que, orientados por un pensamiento, comúnmente denominado doctrina o ideología, se organizan para llegar al poder y desarrollar un plan de gobierno que tienda a atender las necesidades sociales, superar los problemas que atraviesa la Nación y procurar el bienestar general y la prosperidad de toda la comunidad, en cuyo seno deben formarse quienes aspiran a ocupar cargos públicos, desarrollando una trayectoria que los legitime y que les permita ofrecer su proyecto político para servir a los demás.

No hay que olvidar que en el Perú contamos con un diseño constitucional que consagra el derecho político como un elemento que hace al núcleo del Estado Constitucional y que consagra la necesidad de la existencia de los partidos políticos como elementos consustanciales al sistema democrático. También enfatizamos que un auténtico partido político debe reunir mínimamente tres requisitos: tener una doctrina o ideología, o sea un pensamiento o un conjunto de ideales que orientan y guían su accionar;

tener una organización, que refleje una estructura nacional jerarquizada y con distribución de tareas relativas a su mejor operatividad; y tener un programa o plan de gobierno, que en base a un diagnóstico de la realidad que enfrentará el partido, así como a un inventario de posibilidades, plantee las estrategias y programas de acción para llevarlas a cabo de asumir el poder.

Hacemos especial hincapié en que el legislador constituyente apuesta por candidatos responsables, comprometidos con una oferta seria para arribar al poder y gobernar al país, en el marco de la Constitución, respetando a la persona humana, a la democracia, a la libertad, a los roles y competencias de cada órgano de rango constitucional y al régimen económico, entre otros aspectos. Apuesta, además, por un elector consciente que debe elegir en función de ideas, de pensamientos y de propuestas; no en función de personas. Bajo esta premisa, afirmamos que el voto preferencial, regulado por los precitados artículos 30, 31 y 32 de la Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones, a la luz de la experiencia vivida, ha conspirado contra los partidos políticos y ha sido un instrumento que ha fomentado enfrentamientos y luchas fratricidas entre los propios candidatos de un partido, porque, como es lógico, deben librar dos batallas: luchar por el símbolo y luchar por derrotar a sus propios compañeros o correligionarios del partido.

En consecuencia, consideramos que el voto preferencial debe ser eliminado, y, de no ser ello posible, modificado de acuerdo a la propuesta antes explicitada, por cuanto no ha ayudado al fortalecimiento de los partidos políticos y agrupaciones electorales que propugna la Constitución, deviniendo en un mecanismo nefasto para el sistema electoral peruano al fortalecer el individualismo frente a la organización partidaria; al promover la fragmentación política, lo cual dificulta la formación de mayorías estables dentro del Congreso; al fomentar el clientelismo político; y, en definitiva, al debilitar el Estado Constitucional y hacer ilusoria la ansiada democracia de partidos.

EL PROCESO COMO DERECHO O COMO ESTRUCTURA POLÍTICA GARANTIZADORA

*Joseph Gabriel Campos Torres**

Quiero agradecer esta honrosa invitación para disertar en este evento, por lo demás realizado en Arequipa, uno de los principales faros jurídicos del Perú. Ciertamente, esta gratitud se extiende de manera específica al Instituto Víctor Andrés Belaunde Diez-Canseco y al vicerrector de la Universidad Católica Santa María, don Jorge Cáceres.

Esta exposición tiene una vocación ensayística sobre la Constitución y el proceso (y no al revés, destacando el orden que propongo a lo largo de esta disertación), considerando lo que representa jurídica y políticamente la Constitución. Ciertamente, es una ponencia que pretendo presentar por primera vez en el país con la vocación de desarrollar un debate para impulsar una hermenéutica necesaria en torno a la dimensión política de la Constitución y, desde ahí, reflexionar sobre la institucionalidad que surge de la misma. He precisado el título de la ponencia, aunque sea básicamente lo mismo que acabo de presentar en México.

Para eso haremos un breve recorrido sobre lo que importa el Estado Constitucional, el impacto en el mundo de los derechos y cómo el proceso resulta fundamental e inevitable para legitimar el uso de la violencia estatal contra un ciudadano que, en la nueva relación que se establece por el

* Presidente del capítulo Perú del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Profesor del Pre y Post Grado de Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales USMP.

constitucionalismo entre la persona, el Estado y el Derecho, es soberano. En este punto, obviaremos una lectura precisa de los derechos que se despliegan en el proceso y, en su lugar, buscaremos justificar políticamente su existencia jurídica.

Debemos empezar por reconocer que el empoderamiento jurídico de la Constitución, la conversión de los estados legales de derecho a estados constitucionales de derecho ha servido para potenciar la lectura jurídica del proceso como derecho y método para defender derechos. Sin embargo, siendo bienvenido el desarrollo jurídico de los temas constitucionales, simultáneamente vemos que se empobrece lo que representa políticamente la Constitución, lo que permite el desarrollo de falsas perspectivas evolutivas del Derecho Constitucional.

El hecho de invisibilizar la dimensión política constituye, materialmente, volver a un derecho que finalmente reconduce su existencia y contenido a sus intérpretes. La gimnasia jurídica se hace sin límites y solamente aludiendo a una frase que no tiene contenido sino se conoce la referencia ni la referida.

La frase "conforme a la Constitución" no tiene la eficacia querida sino se comprende el sentido autoritativo de la referencia y si tampoco se entiende la dimensión política de la Constitución. La Constitución llega al mundo jurídico para hacer eficaz sus mandatos, para llevar al derecho lo que quiere políticamente.

En consecuencia, la frase se ha convertido en un cliché en el lenguaje del mundo jurídico y ha servido para desarrollar hermenéutica jurídica diversa, pero tan diversa que abre espacio para establecer argumentativamente interpretaciones y situaciones contrarias a lo que quiso el constitucionalismo como programa ilustrado y político.

Eso enrarece y envilece a la Constitución porque es necesario entender que primero es una norma que nace y se queda en la política. El convertirse en norma jurídica no reduce lo que quiere como comunidad política y social. Su paso, como lo advierte Joseph Aguiló, de fuente de fuentes de Derecho a directamente fuente de Derecho, no afecta lo que define políticamente el constitucionalismo. Quiere gobernar el proceso político donde incluso está el pueblo, al que deberá garantizar sus derechos y, para ello, convertir a la norma jurídica constitucional como Derecho de los Límites.

Debemos enfatizar que la Constitución es un estatuto de poder. No más, tampoco menos. De tantos que han existido en la historia de la humanidad. Sólo que la teoría contractualista que soporta este estatuto, redefine la relación del hombre con la sociedad y el Estado. Sin Estado ni Derecho, somos naturalmente libres, naturalmente iguales. Nos propone como los constructores del Estado y del Derecho. En ese sentido, parafraseando a Javier Pérez Royo, los estados constitucionales son los estados donde nuestros derechos someten al Derecho.

El marco que hemos descrito servirá para afirmar y presentar al proceso y al proceso adversarial. Basta adelantar lo siguiente: la fuerza punitiva estatal encuentra, en la teoría contractualista, el mejor argumento para proponer al proceso como la inevitable circunstancia habilitante y, simultáneamente, su límite. El Estado Constitucional permite, desde lo que lo distingue políticamente, un haz de posibilidades interpretativas válidas e invalidará las que la contradigan. Lo que se opone a la Constitución no vale. La existencia del proceso tiene su propia justificación política por encima de su configuración y comprensión como haz de derechos procesales conformantes de otro derecho (que presenta diversas denominaciones como "debido proceso", "tutela judicial efectiva", etc.). El proceso, en sí mismo, no es una opción sino una situación inevitable y necesaria desde el sentido político de la Constitución.

Siendo así, el proceso, conforme lo señala Alvarado Velloso, es el método de debate preclusivo entre iguales que comienza con el instar bilateral frente a un tercero que siempre debe ser imparcial. Ese juzgador, para serlo, no sólo no debe adolecer de interés en el resultado del proceso sino que está impedido de ejercer el rol de las demás partes. Está obligado a tratarlos igual. Y la imparcialidad surge de lo político. Los roles de las partes en el proceso y su configuración conforme se impacta por la dimensión política de la Constitución. Como dice el citado Javier Pérez Royo, en los estados constitucionales todo comienza en la política y termina en la política.

Desde que se instala el estatuto de poder llamado Constitución (desde la filosofía política contractualista) el proceso, por encima de sus derechos procesales componentes, conforma una estructura jurídica (desde el poder constituido) que surge necesariamente del imperativo político que conforma la idea de que el Estado y el Derecho surgen por voluntad nuestra (desde el poder constituyente).

El poder que le damos para que exista, como lo dice Beccaria, es el mínimo posible y no incluye la vida (primer abolicionista ilustrado) ni la disposición de derechos de manera libérrima. Estas afirmaciones le sirvieron a Luigi Ferrajoli, entre otras, para fundamentar su Derecho Penal Mínimo garantista, el mismo que le permite afirmar que, en el momento del delito, la víctima es la más débil, durante el proceso, el procesado y, cuando hay sentencia, el condenado. En el Estado de la Constitución, si va a imponer la fuerza que le fue concedida a un ciudadano, no lo puede hacer directamente, sino luego de asegurarle la defensa al más "débil" en sus máximas garantías. Tiene completamente vedado aplicar directamente la fuerza al ciudadano, su soberano.

En el artículo 16º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, se establece, como bien destaca el inmortal Pedro de Vega, que donde no se garanticen derechos ni se divida el poder no habrá Constitución. Derechos y estructura. Fin y medio. Este artículo de la Declaración es lo que define políticamente a la Constitución.

El proceso, desde un punto de vista político, conforma el escenario donde el ciudadano, soberano del Estado, es expuesto a que la fuerza punitiva estatal se le aplique de manera legítima. Por esta razón política, sin proceso no hay sanción posible en el estado de la Constitución. Es la idea que se pretende desde Beccaria, el gran ilustrado milanés, el gran precursor del derecho penal moderno.

Nuevamente, si los códigos penales no se aplican directamente al ciudadano, es porque en el Estado Constitucional hay un cambio paradigmático de la relación del hombre con el Estado y el Derecho. En la teoría constitucional somos sus constructores. El Estado y el Derecho son productos, nosotros los productores. Ese acto de voluntad creadora, asumida en condición de igualdad y libertad, nos empodera a TODOS, porque necesariamente SOMOS anteriores al Estado y al Derecho. Así las cosas, son nuestros derechos los límites a ellos.

Simultáneamente, renunciamos a la violencia como método de solución de conflicto entre nosotros y entregamos al Estado el uso exclusivo y monopólico de la fuerza. Estas decisiones determinan que cualquier acción contra su soberano obliga al Estado a escucharlo, a defenderse. Es una garantía de sus derechos. Es decir, hasta que no ocurra el proceso y

se decida definitivamente, la presunción de inocencia gobierna al Derecho y es regla de trato.

Corresponde establecer, en consecuencia, que el proceso, conforme a la Constitución, DEBE EXISTIR para garantizar derechos para luego responder a la pregunta cómo debe existir para que sirva a ese fin. Desde la política, el proceso es un método de debate desprovisto de pasiones, de intereses y asegurándole que su gestor necesariamente debe tratar exactamente igual al procesado y a su contraparte. Si ello no se cumple no hay proceso ni sanción. Así lo manda lo esencialmente político de la Constitución.

La Constitución. Un Estatuto de poder único en la historia.

La teoría constitucionalista, que va desde Spinoza, Hobbes, Locke hasta Rousseau, propone un nuevo soberano al que Sieyés denominará la "Nación" (concepto cuya neutralidad se apreció más en una sociedad de diferentes que ahora). Una ficción potente al ser inclusiva que redefine una nueva relación de la persona con el Estado. Como dice Edmund Morgan, la ficción, como movilizadora de la historia, oscila entre la verdad y la no verdad pero que quiere ser creída para ser legítima. Si está muy cerca de la verdad deja de ser ficción y si está muy lejos de ella es mentira. En ese sentido, la ficción de la igualdad y la del pueblo como soberano es un constructo histórico demasiado potente que se va sedimentando porque es una aspiración de poder por encima de una realidad. Hasta las dictaduras más recias disfrutan tener el adjetivo de democracia (nuevas, populares, económicas, delegadas, etc.) y tener su "Constitución".

Ahora bien, la teoría constitucional, por encima de Rousseau (que apostaba por el autogobierno), con aporte de Montesquieu, deviene en un modelo representativo que define a los estados constitucionales como estados de derecho. Pero no cualquier Estado de Derecho, sino que parte de una premisa diferente en la historia precedente. Nuevamente, sin Estado ni Derecho, somos naturalmente libres, somos naturalmente iguales, dueños de todo y por ello, dueños de nada.

En el estado de naturaleza hobbesiano, las soluciones son gobernadas por la violencia, por lo que aparece la necesidad de sacrificar la libertad para asegurarla. Se crea entonces al Estado, requiriendo la asignación de titularidades y con ello surge la necesidad del Derecho, lo cual se traduce

en una cronología de eventos racionales desde el contractualismo. El primer contrato o el pacto social (siempre unánime) precede al político constituyente (siempre mayoritario) para terminar en un acto constitucional que da inicio al poder constituido, el mundo del Derecho. En cualquier caso, nos pone en la siguiente situación: somos creadores del Estado y del Derecho. Por esa condición, con nuestros derechos necesariamente anteriores, nos convertimos y somos límites al Estado.

Como hay Derecho, se renuncia a la violencia o a la fuerza como método de solución de conflictos, reservándolas a situaciones excepcionales. Es el Estado quien tendrá el uso monopólico y exclusivo de la fuerza, aportando una institucionalidad para que nosotros resolvamos nuestros conflictos y, asimismo, desarrollando fuerzas de seguridad destinadas al cumplimiento de la ley y al establecimiento del orden público y la paz. Con esto, resulta necesario crear una institucionalidad contra las conductas antijurídicas graves a efectos de gobernar desde el Derecho de la Constitución a ciudadanos que conforman la voluntad política estatal.

El Derecho, por cierto, no es el mismo que la historia hasta entonces nos había presentado. Se distingue, en el mundo de los iguales, como lo tiene dicho Bobbio, por ser universal (para todos), presumidamente completo (para que el Estado se obligue a una respuesta al ciudadano) y presumidamente coherente (por deferencia a nuestro representante político). Eso define que las leyes deban formularse de manera abstracta y general, salvo que no pueda ser posible. Benjamin Constant, desde su tiempo, ya advertía en su discurso "La libertad de los antiguos frente a los modernos", que no se puede trasladar irreflexivamente las instituciones jurídicas del pasado sólo por tener el mismo nombre. El derecho en el Estado Constitucional pone en debate la misma condición de antecedente a lo que tenía el mismo nombre. Siguiendo lo anterior, el proceso conforme a la Constitución no puede encontrar antecedentes en aquellos otros métodos de debate que han existido con tal nombre simplemente por la refundación de la relación de la persona con el Estado y el Derecho.

Cabe tener en cuenta que el principio político de igualdad que se instala nos define iguales en la ley, frente a la ley y nos uniformiza en derechos. La Constitución es el estatuto de poder que nace disolviendo el pasado mundo estamental, para promover igualdades jurídicas entre los realmente desiguales, que ha dinamizado la historia de una manera única. No es casual que el constitucionalismo surja de la época signada por

la razón, con la Ilustración, a la que se le identifica con la frase "¡atrévete a pensar!". Recordemos que la inteligencia ilustrada no sólo era francesa sino que podríamos afirmar que nace inglesa con Newton, Hume, Smith, Clark, etc. Fue un movimiento cultural de ruptura con el pasado, que irradia incluso a los italianos como el milanés Beccaria, entre otros. Todos ellos se conocieron, directa o indirectamente.

Sin duda, fueron ideas que se extendieron a las insurgentes colonias inglesas en América, cuyos futuros padres de la patria fueron influenciados notoriamente por Beccaria, Smith, etc. Por otro lado, Franklin y Jefferson, padres de la revolución americana, luego fueron embajadores en Francia, durante la gesta y desarrollo de la revolución francesa. Me aventuro a decir que quizás todo este proceso histórico, que incluye el proceso político hacia el sistema parlamentario y el desarrollo ilustrado desde Inglaterra, explique el proceso acusatorio temprano en los Estados Unidos de Norteamérica.

Con lo ya expuesto, vamos a referirnos al impacto del contractualismo en la conformación del derecho penal moderno y lo que representa lo esencial del proceso acusatorio adversarial moderno. Para ello, volveremos a resumir la posición que asume Beccaria, autor fundamental para verificar que también sirvió para configurar el proceso penal adversarial y acusatorio.

Beccaria. Un penalista ilustrado. Fundador del Derecho Penal Moderno.

Como lo hemos señalado, Ferrajoli inspira su Derecho Penal Mínimo en el contractualismo de Beccaria. Este último define la esencialidad del proceso, su necesaria hermenéutica y sus límites en el Estado de la Constitución. Sostiene Beccaria que, para que cada pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular, debe ser necesariamente pública, pronta, necesaria y la mínima posible. Características que podríamos atribuir a las características del proceso, incluyendo la señalada en el artículo 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Recurriendo al pensamiento contractualista, alega que el derecho a castigar es posible por la necesaria concesión de los hombres a parte de su libertad. Esta concesión en el "depósito público" debe ser la mínima porción posible, aquella que por sí sola invita a otros a defenderla. Estas afirmaciones son parte de la construcción contractualista y política de cómo se justifican los límites a lecturas políticas del poder estatal. Aquí no

tiene cabida el juez Hércules o todopoderoso que pueda atribuirse, desde la Constitución, facultades extraordinarias de modo ordinario.

Posteriormente, para razonar sobre el para qué existe el proceso, así como para justificar el carácter dispositivo y rechazar aquella afirmación que soporta la idea que el proceso sirve para satisfacer objetivos estatales por encima del conflicto que siempre pertenece a las partes, dice que ***"ningún hombre ha dado gratuitamente parte de su libertad propia con solo la mira del bien público, esta quimera no existe sino en las novelas***" . Es decir el proceso pertenece a las partes en conflicto.

Sumado a lo anterior, respecto del rol del juez, reduce estrictamente su función a interpretar el texto de la ley. Así lo menciona Beccaria: ***"No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común que propone por necesario consultar el espíritu de la ley. Es un dique roto al torrente de las opiniones."*** Por esta razón, el juez de la Constitución está limitado al ordenamiento jurídico. De manera excepcional, frente al vacío o laguna, podrá recurrir a formas integradoras. No al revés.

Es justo notar que, desde el pensamiento ilustrado contractualista, ratifica su posición abolicionista de la pena de muerte siendo muy preciso al afirmar que la concesión de libertades no puede incluir el derecho a matar a los hombres. En buena cuenta, las facultades estatales están restringidas de lo que finalmente concede el hombre al conformar el Estado y el Derecho.

El proceso penal conforma a la Constitución

Bastará señalar las siguientes características:

1. El proceso judicial es una solución heterónoma pública. El carácter estatal de esa función define que quien gestiona el método o el debate, tenga una sola obligación que surge de lo político: ser imparcial.
2. La imparcialidad del juez y la objetividad del Ministerio Público es consecuencia jurídica necesaria del principio político de igualdad consustancial al Estado Constitucional, junto al de libertad.
3. El proceso penal soluciona un conflicto de las partes que, si no existe en la realidad, ni el sistema ni la vía se habilita. Entonces, el Estado provee un servicio (vía y método) para solucionar ese conflicto que pertenece estrictamente a las partes.

El proceso penal adversarial y acusatorio presenta un debate donde el que pretende está a cargo de un órgano distinto del juez y con distintos poderes formales, igualmente limitados a la idea que el más importante es el procesado como soberano político del Estado que pretende sancionarlo. El juez que acompaña (no investiga) a la investigación es garantizador de que la investigación se haga objetivamente y con todas las posibilidades para el investigado. Además, para asegurar la imparcialidad al procesado, este juez nunca sentenciará. El que sentencia es diferente. Esta diferencia de roles, de quienes investigan y juzgan, va en consonancia con lo predicho: el elemento definidor de lo político en el Estado Constitucional es que el medio para controlar el poder a favor de nuestros derechos, supone la creación de una estructura donde el poder se divide.

En conclusión, el proceso conforme a la Constitución responde dos preguntas sustancialmente. Cómo y bajo qué justificación existe el proceso en el Estado Constitucional. Y cómo se configura para satisfacer los fines de orden político que tiene la Constitución. Como se ha podido exponer, el proceso tiene una justificación diferente para su existencia en el Estado Constitucional. Es la instancia donde se pone en debate la libertad de su soberano. La definición política del Estado Constitucional incluye un deber garantizador del Estado de nuestros derechos, por lo que crea una estructura que debe dividir el poder para cumplir tal fin. El poder de investigar y de juzgar en el proceso acusatorio desde dos poderes diferentes se ajusta a lo que quiere la Constitución. Es la forma como se evita la concentración de poder. Esta estructura denominada proceso es tan importante como los derechos que se procesan. Como dice Mark Tushnet en su breve libro "¿Por qué la Constitución importa?", importa porque aporta estructura política que sirve para defender nuestros derechos. La aspiración a la libertad e igualdad siempre existió desde la diferencia. En el Estado Constitucional es de todos y para ello pone al proceso para defender ese derecho.

Gracias,

CINE Y DERECHO CONSTITUCIONAL: BREVES REFLEXIONES CONSTITUCIONALES EN TORNO A LA PELÍCULA *JUDGMENT AT NUREMBERG*

*Bruno Novoa Campos**

1. Ficha técnica

Judgment at Nuremberg, presentado en los países de habla hispana con el título de *Juicio de Núremberg* o ¿Vencedores o vencidos?, es una película estadounidense de 1961 producida y dirigida por Stanley Kramer que contó con la participación de un reparto de lujo: Spencer Tracy, como magistrado jefe Dan Haywood (representó al juez Carrington Tanner Marshall que presidió el Tribunal); Burt Lancaster como el Dr. Ernst Janning (posiblemente representó a Curt Rothenberger, uno de los principales jueces acusados); Richard Widmark como el coronel Tad Lawson, fiscal del caso (representó al fiscal jefe Telford Taylor); Marlene Dietrich como Mrs. Bertholt (representó el papel de viuda de un ex general nazi); y Maximilian Schell como Hans Rolfe (abogado de la defensa). Este último ganó en la categoría de mejor actor en la ceremonia de los premios Óscar de 1961.

* Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Profesor Universitario Secretario General de la APDC.

2. Contexto

Culminada la segunda guerra mundial, que tuvo un estimado entre 50 y 80 millones de fallecidos[1], se iniciaron una serie de juicios en la ciudad alemana de Núremberg a cargo de los países vencedores de la guerra. Los juicios evitaron los errores que se tuvo en el Tratado de Versalles suscrito al culminar la gran guerra, denominada posteriormente primera guerra mundial, donde se dejó a cargo a la propia Alemania la labor de juzgar a sus altos mandos; los vendedores, en esta oportunidad, *tomaron las riendas…*

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).

El primer juicio, o juicio principal (Cf. USA, France, UK, and USSR v. Hermann Goering et al. 1945-46), estuvo dirigido contra 24 líderes nazis, entre ellos resaltaban Hermann Göring y Rudolf Hess; el primero condenado a muerte y el segundo a cadena perpetua (aunque ambos terminaron suicidándose…).

Luego se realizaron doce juicios: juicio de los doctores (USA v. Karl Brandt et al. 1946-47); juicio contra Milch (USA v. Erhard Milch 1946-47); juicio de los jueces (USA v. Josef Altstoetter et al. 1947); juicio Pohl (USA v. Oswald Pohl et al. 1947); juicio Flick (USA v. Friedrich Flick et al. 1947); juicio a I. G. Farben (USA v. Carl Krauch et al. 1947-48); juicio de los rehenes (USA v. Wilhelm List et al. 1947-48); juicio RuSHA (USA v. Ulrich Greifelt et al. 1947-48); juicio a los Einsatzgruppen (USA v. Otto Ohlendorf et al. 1947-48); juicio Krupp (USA v. Alfred Krupp et al. 1947-48); juicio de los ministerios (USA v. Ernst von Weizsaecker et al. 1947-49); y juicio del alto mando (USA v. Wilhelm von Leeb et al. 1947-48).

En este escenario, si bien el nombre de la película puede confundirse con el primer juicio o juicio principal de Núremberg, debemos dejar claro que la película se centra en el desarrollo del tercer juicio; es decir, en el juicio contra los jueces del régimen nazi.

1 Tomado del portal web de la Organización de Naciones Unidas. Disponible en el link siguiente:
https://news.un.org/es/story/2020/01/1468361

3. Argumentos resaltantes

La película presenta argumentos que merecen resaltarse y que podemos presentar del modo siguiente: i) sobre la acusación de los jueces; ii) sobre la posición de la fiscalía; iii) sobre la posición de la defensa; y iv) sobre la decisión del Colegiado.

Los jueces tenían básicamente dos acusaciones. La primera de ellas se refería a la aplicación judicial de los decretos de esterilizaciones forzadas que establecían la esterilización de las personas con deficiencia mental (para determinar la deficiencia mental se realizaba un test que consistía en formar una frase corta con las palabras liebre, cazador y campo). La acusación no solo se centraba en la aplicación judicial del decreto, que ya de por sí sola era cuestionable, sino que ahondaba en el uso arbitrario de la aplicación judicial de los decretos de esterilizaciones forzadas para esterilizar a diferentes personas (en su mayoría no adeptas al régimen nazi).

La segunda acusación, considerando un caso de la época (caso Katzenberger), puso sobre el tapete la aplicación que realizaban los jueces acusados sobre el delito de corrupción racial. Este delito aplicaba la pena de muerte para aquellos alemanes que tenían relaciones sexuales con personas de raza no aria.

Sobre estas acusaciones, la posición de la fiscalía estaba definida desde el inicio, ya que no se trataba de cualquier acusado, sino de aquellas personas que deben, o debieron, desde el primer momento y con cierto criterio, defender los derechos los ciudadanos alemanes, oponerse y repudiar estos delitos por injustos y no someterse a ellos.

La fiscalía recordó que la magistratura: i) perdió independencia (los jueces llevaban la esvástica en sus togas); ii) incorporó castigos por actos contra el Estado (término tan impreciso como su aplicación); iii) modificó su Tribunal Supremo por tribunales especiales; iv) incorporó por primera vez el concepto de raza como concepto legal; v) aplicó crecientemente la pena de muerte solo por ser polaco, judío o político indeseable; e v) impusieron y ejecutaron leyes que disponían veredictos hacia los campos de concentración.

Del mismo modo, la fiscalía presentó un documental del campo de concentración de Buchenwald (que tenía por lema destrozar el cuerpo, el espíritu y el corazón) donde se observaron imágenes de las víctimas ingresando a las cámaras con gas Zyklon B para después ser retirados los cadáveres por

maquinarias inglesas hasta ser ubicados en grandes fosas comunes. En este punto, se señaló que muchas de las víctimas ni siquiera llegaban a los campos de concentración, los vagones no tenían aire, ni comida y muchos de ellos no sobrevivían al viaje.

Por su parte, la posición de la defensa fue muy hábil, consideró que el juez solo cumple con la ley, por lo que los jueces acusados no pudieron negarse a cumplirla y ser traidores a su patria. Un juez debe aplicar la ley no importando si es justa o injusta.

Además, la defensa señaló que la esterilización sexual fue respaldada por Oliver Wendell Holmes Jr. en la ley de estilización del Estado de Virginia, USA; y que pocos oficiales y alemanes sabían de los campos de concentración, sólo algunos extremistas (la defensa sostuvo que también podrían enseñarles películas de Hiroshima y Nagasaki).

Luego de escuchar a ambas partes, el Tribunal decidió condenar a los acusados a penas de prisión (aunque para algunos fueron muy benignas), bajo los argumentos siguientes:

i) Que ante los pueblos del mundo debe primar la justicia, la verdad y el respeto al ser humano sobre toda Ley;

ii) Que es muy grave, en su calidad de jueces, haber formado parte de un Gobierno que aplicaba leyes con el objetivo de exterminar seres humanos y/o esterilizarlos; y,

iii) Que el derecho penal en toda nación civilizada tiene principios comunes donde cualquier persona que participa en hechos delictuosos es culpable, incluso los jueces.

4. Breves reflexiones

Entre los argumentos resaltantes no podemos dejar de mencionar las acusaciones contra los jueces nazis. Por ejemplo, de acuerdo con Edwin Black (*Cf. Guerra contra los débiles: Eugenesia y campaña de Estados Unidos para crear una raza superior*. Nueva York: Basic Books, 2003), la acusación referida a las esterilizaciones forzadas en realidad nació en Estados Unidos y luego fue trasplantada en la Alemania nazi después de la Primera Guerra Mundial. Black recordó que la Ley de Virginia fue una de las primeras en implementarla; y en 1927 el juez Oliver Wendell Holmes Jr., en un nefasto fallo de la Corte Suprema de EE.UU. respaldó esta práctica al señalar lo siguiente:

Hemos visto en más de una oportunidad que el bienestar general puede llegar a demandar la vida de los mejores ciudadanos. Sería extraño entonces si no pudiera demandar la vida de aquellos que con su incapacidad ya minan la fuerza del Estado, por estos sacrificios más pequeños, que generalmente ni siquiera sienten, a fin de prevenir que el Estado se inunde de retrasados mentales. Es mejor para el mundo entero si en vez de esperar a ejecutar al nacido con retraso mental por un crimen, o dejarlo morir de hambre por su retraso, la sociedad previene a aquellos cuya incapacidad es manifiesta de continuar con su especie. El principio que sostiene la vacunación obligatoria es lo suficientemente amplio para cubrir la ligadura de las trompas de Falopio. (Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11, 25 S. Ct. 358, 3 Ann. Cas. 765). Tres generaciones de retrasados mentales es suficiente [BUCK v. BELL, 274 U.S. 200 (1927)].

Sobre la conexión de los programas de esterilización americana y nazi puede revisarse: Stefan Kühl, *The Nazi connection: Eugenics, American racism, and German National Socialism* (Cf. New York: Oxford University Press, 1994); Alexandra Stern, *Eugenic nation: faults and frontiers of better breeding in modern America* (Cf. Berkeley: University of California Press, 2005); y Wendy Kline, *Building a better race: gender, sexuality, and eugenics from the turn of the century to the baby boom* (Cf. Berkeley: University of California Press, 2001).

La segunda acusación sobre el delito de corrupción racial que aplicaba la pena de muerte para aquellos alemanes que tenían relaciones sexuales con personas de raza no aria, se enmarcó en *Las Leyes de Núremberg,* una serie de leyes de carácter racista y antisemita en la Alemania nazi redactadas por Wilhelm Frick (juzgado a pena de muerte por el Tribunal de Núremberg por el delito de crímenes contra la humanidad… fue ahorcado el 16 de octubre de 1946).

Sobre los delitos de corrupción racial y otros delitos consagrados en las Leyes de Núremberg puede revisarse: Ingo Müller y Ingo Müller (Cf. *Hitler's justice: the courts of the Third Reich. Harvard University Press*, 1991).

Actualmente la Biblioteca de la Universidad de Harvard cuenta con numerosa documentación que sustenta los crímenes nazis. De entre los miles de documentos registrados se pueden observar trascripciones de diferentes cartas dirigidas a Heinrich Himmler, entonces oficial nazi de alto rango, donde le informan periódicamente sobre los experimentos de esterilización; del mismo modo, se aprecian transcripciones de las sentencias de casos médicos que se resolvían en el marco de las Leyes de Núremberg donde se señalaba que, en

cualquier momento, el Tribunal puede abstenerse de escuchar a los testigos de la defensa (Cf. http://nuremberg.law.harvard.edu).

Dicho ello, la posición de la fiscalía cobra sentido, ya que en efecto no se trataba de cualquier tipo de acusado, sino de aquellas personas que deben, o debieron, desde el primer momento y con cierto criterio, defender los derechos los ciudadanos alemanes, oponerse y repudiar estos delitos por injustos y no someterse a ellos.

En relación con las acusaciones, la sentencia a los jueces nazis que refiere la película (Cf. Trial of Josef Altstotter and others. United States Military Tribunal, 1947) recordó la sumisión de la judicatura a las disposiciones, abusos y hasta caprichos de Hitler.

Así, mediante decreto del 20 de agosto de 1942, Hitler estableció lo siguiente:

> Es necesaria una administración de justicia fuerte para el cumplimiento de las tareas del gran Reich alemán. Por lo tanto, encargo y faculto al Ministro de Justicia del Reich para que establezca una Administración de Justicia Nacional Socialista y tome todas las medidas necesarias de acuerdo con mis directivas e instrucciones formuladas de común acuerdo con el Ministro del Reich y Jefe de la Cancillería del Reich y el Jefe de la Cancillería del Partido. Por lo tanto, puede desviarse de cualquier ley existente. [Trial of Josef Altstotter and others. United States Military Tribunal, 1947, pág. 7]

De este modo, la sentencia consideró:

Las pruebas relativas al funcionamiento real de la ley en la Alemania nazi demostraron que dos principios básicos regían la conducta del Ministerio de Justicia. El primero era el poder absoluto de Hitler en persona o por autoridad delegada para promulgar, hacer cumplir y adjudicar la ley. El segundo era la incontestabilidad de dicha ley. En la teoría jurídica alemana, Hitler no sólo era el legislador supremo; también era el juez supremo. Las pruebas también demostraron que Hitler y sus más altos colaboradores no se conformaban con la emisión de directivas generales para orientar el proceso judicial, sino que también insistían en el derecho a interferir en las sentencias penales individuales. Además, mediante la emisión de "Cartas de los Jueces" y "Cartas de los Abogados", Thierack, ministro de Justicia, trató de garantizar que tanto la

judicatura como la abogacía actuaran de acuerdo con los principios nazis. [Trial of Josef Altstotter and others. United States Military Tribunal, 1947, pág. 8]

Por otro lado, la sentencia dejó claro que el principio *nulum crimen sine lege* ("*ningún delito, ninguna pena sin ley previa*"), cuando se entiende y aplica correctamente, no constituye una barrera legal o moral para el enjuiciamiento contra los jueces. Por lo que, sobre la base de la Ley del Consejo de Control Nº 10, la sentencia recordó el concepto de crímenes contra la humanidad como violaciones del Derecho Internacional, bajo el tenor siguiente:

> La Ley 10 del C.C. no se limita a castigar a los culpables de violar las leyes y costumbres de la guerra en sentido estricto; además, ya no se puede decir que las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra son los únicos delitos reconocidos por el derecho internacional común. La fuerza de las circunstancias, la cruda realidad de la interdependencia mundial y la presión moral de la opinión pública, han hecho que se reconozca internacionalmente que ciertos crímenes contra la humanidad cometidos por la autoridad nazi contra ciudadanos alemanes constituyeron violaciones no sólo de la ley, sino también del derecho internacional común.
>
> […]
>
> La familia de las naciones no es ajena a la vida y experiencia del individuo en sus relaciones con el Estado del que es nacional […] en particular en las disposiciones destinadas a salvaguardar las minorías raciales, lingüísticas y religiosas que habitan los territorios de ciertos Estados.
>
> […]
>
> Se ha visto que ciertas formas o grados de tratamiento severo de tales individuos pueden considerarse que alcanzan una importancia internacional debido a su efecto directo y adverso sobre los derechos e intereses del mundo exterior.
>
> […]
>
> Por esta razón, sería poco científico declarar en que la conducta tiránica, las masacres o las persecuciones religiosas son totalmente ajenas a las relaciones exteriores. [Trial of Josef Altstotter and others. United States Military Tribunal, 1947, pág. 45 y ss.]

Por último, y en relación con las breves reflexiones antes señaladas, el Museo Estatal de Auschwitz (Cf. https://auschwitz.net/es/auschwitz-victimas/), por ejemplo, recuerda lo siguiente:

- De los 1.3 millones de personas deportadas a Auschwitz por el régimen nazi de Hitler, apenas se registró e internó en el campo a 400.000. Los 900.000 prisioneros restantes fueron gaseados y quemados en los hornos crematorios del campo en un plazo de apenas unas horas desde su llegada en tren;
- El proceso de asesinato sistemático estaba industrializado y tan orientado a lograr la máxima eficiencia, que una vez dentro del campo, las extremas condiciones de vida de los prisioneros hacían que la esperanza de vida media no superara las pocas semanas;
- De las personas que fueron internadas en Auschwitz más, del 50 % falleció a causa del hambre, el trabajo extenuante, las ejecuciones, torturas y castigos de distinto tipo, enfermedad y epidemias, experimentación pseudo-científica y las duras condiciones del día a día en el campo;
- Asimismo, cuando los alemanes se vieron acorralados por el ejército soviético, que liberó el campo, transportaron a casi todos los restantes prisioneros a otros campos, en lo que se conoció como las marchas de la muerte; y
- Gran parte de ellos moriría también como consecuencia del agotamiento, la inanición, el frío y los disparos que los miembros de la SS efectuaban a aquellos sin fuerzas para continuar caminando.

Lo antes indicado, se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Cuadro N.° 1
Víctimas del campo de concentración de Auschwitz

GRUPOS DE VÍCTIMAS	NÚMERO DE DEPORTADOS	NÚMERO DE REGISTRADOS	NÚMERO DE ASESINADOS
Judíos	1.100.000	200.000	1.000.000
Polacos	140.000 – 150.000	140.000	70.000 – 75.000
Romaníes (gitanos)	23.000	23.000	21.000
Prisioneros de guerra soviéticos	15.000	12.000	14.000
Presos criminales, Testigos de Jehová, homosexuales, etc.	25.000	25.000	10.000 – 15.000
TOTAL	1.300.000	400.000	1.100.000

Datos elaborados por Franciszek Piper para el Museo Estatal de Auschwitz – Birkenau

Fuente: Franciszek Piper para el Museo Estatal de Auschwitz – Birkenau

5. Palabras finales

Para terminar, recordamos que en algún momento de la película la viuda de un alto mando general alemán conversó con el magistrado jefe y le comentó que, a veces, tenemos que olvidar para seguir viviendo. Consideramos que las palabras de la viuda serían bien tomadas, quizás, si se hubieran tratado de errores humanos que, de algún modo u otro, puedan solucionarse o reponerse a un estado anterior. Lamentablemente, como se ha podido observar, esto ya no es posible.

Paul Celan, poeta rumano de origen judío y de habla alemana, considerado como uno de los más grandes líricos en alemán de la segunda posguerra, estuvo un tiempo en los campos de concentración nazis, donde fallecieron sus padres. De esta amarga y dolorosa experiencia escribió su poema *Fuga de muerte*; quién mejor que él para cerrar estas breves líneas…

Negra leche del alba la bebemos por la tarde
la bebemos al mediodía y en la mañana la bebemos de noche
bebemos y bebemos
cavamos una tumba en los aires donde no hay opresión
Un hombre habita en la casa juega con las serpientes escribe
escribe cuando oscurece a Alemania tu pelo dorado Margarete
escribe eso y sale frente a la casa y brillan las estrellas silba a sus perros
silba a sus judíos caven una tumba en la tierra
nos ordena vamos toquen para el baile
Negra leche del alba te bebemos de noche
te bebemos en la mañana y al mediodía te bebemos por la tarde
bebemos y bebemos
Un hombre habita en la casa juega con las serpientes escribe
escribe cuando oscurece a Alemania tu pelo dorado Margarete
Tu pelo cenizo Sulamith cavamos una tumba en los aires donde no hay opresión

Grita ustedes caven más hondo en la tierra los demás canten y toquen
empuña el fierro en el cinto lo blande sus ojos son azules
ustedes entierren las palas más hondo los demás sigan tocando para el baile
Negra leche del alba te bebemos de noche
te bebemos al mediodía y en la mañana te bebemos por la tarde
bebemos y bebemos
un hombre habita en la casa tu pelo dorado Margarete
tu pelo cenizo Sulamith juega con las serpientes
Grita toquen más dulcemente la muerte la muerte es un maestro de Alemania
grita tañan más sombríamente los violines para que asciendan cual humo en el aire
para que tengan una tumba en las nubes donde no hay opresión
Negra leche del alba te bebemos de noche
te bebemos al mediodía la muerte es un maestro de Alemania
te bebemos por la tarde y en la mañana bebemos y bebemos
la muerte es un maestro de Alemania su ojo es azul
te acierta con bala de plomo te acierta preciso
un hombre habita en la casa tu pelo dorado Margarete
atiza sus perros contra nosotros nos regala una tumba en el aire
juega con las serpientes y sueña la muerte es un maestro de Alemania
tu pelo dorado Margarete
tu pelo cenizo Sulamith

LA TAREA CONSTITUCIONAL PENDIENTE DEL PERÚ: FINALIZAR CON LA LIMINALIDAD CÍVICA DE LA POBLACIÓN

*Manuel Bermúdez-Tapia**

Introducción

El análisis de la realidad peruana exige la evaluación de varios elementos bajo un tratamiento histórico, sistemático y complementario. Delimitar o identificar un único aspecto podría provocar un error de comprensión y de fundamentación porque implicaría desconocer los elementos que han provocado y generado su naturaleza social, económica o política.

Sin embargo, durante toda la vida republicana del país, la identificación de los "problemas del país" se ha ejecutado bajo una perspectiva negligente debido a la prevalencia de los intereses de grupos que han dominado el escenario económico y político del país, ante la ausencia

* Abogado graduado con la mención de *Summa Cumme Laude* por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor ordinario de la Facultad de Derecho y Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista. Master en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de España. Estudios de especialización en la Universidad de Valencia, en la Universidad de Salamanca y en Castilla La Mancha (España), Universidad de Bolonia y Pisa (Italia). Registrado en RENACYT PO140233 y en Min Ciencias en Colombia. Scopus ID 57278125300. ORCID: http://orcid.org/0000-0003-1576-9464

de una *clase social* hegemónica que pudiera dirigir los destinos del país (Matos et al, 1969).

Consecuentemente, la evaluación de la "ciudadanía" peruana no implica un análisis del *civismo* de la población (Bermúdez-Tapia, 2001, p. 333-343), como tampoco implica el desarrollo de una condición uniforme que permita sostener la uniformidad de uno de los principales factores que legitiman y otorgan legalidad al Estado democrático, social y de derecho que aspira tener el Perú en los siguientes años: una población vinculada a su territorio que evalúe de forma constante la gestión de gobierno que ejecutan sus autoridades políticas.

Condición que se ve reflejada en el estudio de las Constituciones peruanas desde 1823 hasta la de 1993, porque de forma sistemática no se ubica o se identifica una acción que infiera la generación de una política de Estado que promueva la integración de la población bajo un mismo ideal (Valdivia et al, 2007).

Paradojas del destino, el peruano que desarrolló estas ideas de *unificación* de la población es invisibilizado en la historia nacional y española, debido a su origen étnico andino pese a su condición real al ser descendiente de los Incas, conforme se detallaba en la época. Dionisio Inca Yupanqui, a raíz de las consecuencias de la sublevación de Túpac Amaru II, observó que la división de la población era un factor detonante que era explotado por un enemigo común a los vencidos.

Una condición que se pudo exponer en las Cortes de Cádiz en 1812, con la invasión francesa a España, y que permitía desarrollar la idea de una *ciudadanía española integral* la cual conformaría un pueblo unificado comprendiendo las condiciones y características diferenciadas de todos sus integrantes (Pinedo, 2010, p. 33).

De este modo, consideramos que gran parte de la historia republicana del país permite confirmar la inexistencia de un factor sólido para garantizar la legitimidad y funcionalidad del Estado porque la población era muy dispersa tanto en condiciones étnicas, ideológicas, económicas, sociales, culturales y lingüísticas, hecho que permite detallar la elevada oposición de condiciones y escasa provisión de las necesidades de la población porque no existe la idea de un "bien común", factor que permite el desarrollo de una criminalidad desde la propia dirección del Estado (Bermúdez-Tapia, 2019, p. 277-288).

Ante este panorama, se presenta un documento elaborado con una metodología cualitativa con un enfoque descriptivo, histórico, analítico e interdisciplinario que estudia el desarrollo de la población peruana, analizándose sus características cívicas y ciudadanas durante toda la etapa republicana, que permite generar como hipótesis de trabajo la falta de un desarrollo de *identidad nacional* como política desarrollada por los gobiernos nacionales.

El objetivo de este trabajo es demostrar la relación de la falta de civismo y ciudadanía del peruano con respecto del destino del país (Bermúdez-Tapia, 2013), especialmente cuando se evidencian períodos de crisis de gobernabilidad y de democracia, los cuales sólo han generado un análisis de la naturaleza política derivada de factores vinculados al ámbito del caudillismo político, la falta de institucionalidad de los partidos políticos en el país o la escasa participación en los procesos electorales del peruano.

1. La evaluación integral del problema del Perú como país

La evaluación de la realidad política, económica, cultural y social peruana de los últimos seis años (2018-2023) registra un contexto complejo que sólo se ha evaluado desde una perspectiva política y económica sin tomar en cuenta la complementariedad de variables que han incidido en toda la historia republicana en el país.

Más allá de la inestabilidad política expuesta en la sucesión de varios gobiernos de turno por renuncias al cargo, por procesos de destitución y de acusaciones de corrupción, consideramos que el problema de la *dirección del país* responde principalmente a la falta de conciencia cívica de la población peruana que se resiste a tener una visión ciudadana que le permita comprender la dimensión de la "cosa pública" y el "bien común" respecto de la gestión del gobierno y de la atención de sus propios intereses.

La población peruana, conforme se detallará, no ha tenido una dirección desde el gobierno nacional que le haya permitido unificar sus diferentes condiciones, características y valores socio-culturales-lingüísticos en un único concepto y voluntad. No hemos observado en la evaluación de las diferentes constituciones del país un articulado expreso que permita generar una política de Estado que le permita a la población peruana salir de su liminalidad ciudadana y opte por generar un mecanismo de identificación sobre su territorio, sobre su propia historia y sobre su proyección

en el tiempo que le permita proyectar, plantear o exigir la atención de sus necesidades en forma orgánica.

Las condiciones excluyentes, los severos problemas de división económica, social (Castillo et al, 2022, p. 2), cultural, lingüística y étnica, el marcado proceso de aislamiento de muchas de las comunidades más vulnerables del país en zonas altoandinas y amazónicas permite detallar que el Estado peruano en más de doscientos años no ha tomado en cuenta que el principal sostén de su propia institucionalidad y legitimidad en el uso del poder no ha sido construido.

Los gobiernos nacionales no han tomado en cuenta que la *población* es el elemento base para la construcción de un país, porque lo sostiene, porque puede generar una dinámica comercial interna que permita la complementación y ejecución de proyectos sociales sostenibles en el tiempo. El elevado populismo y la generación de políticas de clientelaje político han amplificado las diferencias entre las diferentes poblaciones en el país y esto se ha traducido en una pésima gestión pública que ha amplificado las limitaciones estructurales con lo cual la propia gobernabilidad y democracia en el país se ha visto afectada, y por ello es que se registran estas constantes de inestabilidad política en el país (Bermúdez-Tapia, 2020, p. 7-20).

Inestabilidad registrada desde el inicio de la República y que no ha sido tomada en cuenta, siendo objetivos los siguientes elementos que validan nuestra posición:

a) La población indígena, desde la toma del poder de Simón Bolívar hasta la actualidad, ha sido severamente condicionada en sus derechos, en todo nivel y bajo toda perspectiva de evaluación.

   En este punto, es necesario recordar la premisa que fundamentase Alan García Pérez en contra de la población indígena al calificarlos como "ciudadanos de segunda clase" antes de la crisis política y social de Bagua en el 2009 (Lovón, 2019, p. 38-61).

b) La población de mujeres en el país recién ha tenido acceso a sus derechos en un período posterior a la independencia del país. Inclusive el reconocimiento de sus derechos más íntimos ha sido desarrollado en una legislación penal y no en una norma específica, porque la presión social para no generar esta reforma legislativa fue muy

elevada. Así, el Código Penal de 1991 reconoció con la reformulación del "delito contra la libertad sexual" a la mujer como titular de derechos supliendo la perspectiva tradicional de tutela el derecho al "honor" que tradicionalmente se le asignaba a la mujer.

c) La población migrante en el país no ha sido obligada a participar en un proceso de *asimilación de valores* nacionales. No se registra ninguna ley en el sistema normativo peruano que se haya impuesto alguna condición limitativa o punitiva que imponga un proceso de *desculturización* de la población migrante para así adaptar la lengua, costumbre y tradiciones peruanas.

   La realidad social y el mismo proceso de adaptación de la mayoría de las poblaciones migrantes han permitido que el proceso de asimilación sea positivo y ello se refleja en el alto nivel de mestizaje y sincretismo cultural en varios aspectos de la vida moderna peruana, como sucede con la gastronomía a raíz del contacto con los chinos, italianos, alemanes, sobre todo.

   Una condición contraria con la población indígena que en la mayor parte de la historia republicana fue obligada a asumir los valores sociales, culturales y lingüísticos occidentales, hasta que en el gobierno de Juan Velasco Alvarado se optó por generar una acción tuitiva hacia dicha población.

Consecuentemente, no ha sido posible la construcción de un ideal ciudadano y cívico y ello se traduce en el escaso compromiso que asume el peruano con la *realidad pública del país* que permite comprender la escasa evaluación de los problemas de carácter estructural en lo político, económico, social y demográfico, generándose una condición apática respecto de los valores de identidad nacional y de compromiso ético con las próximas generaciones de peruanos.

2. La importancia de la población en la construcción y consolidación de un país

Históricamente, las *naciones* dieron paso a los *países* a través de un proceso de cuatro etapas sucesivas y complementarias.

a) La generación de una identidad poblacional, en función a la comunión de intereses y la necesidad de una autoprotección.

b) La gestión de los recursos del territorio (Jurado, 2021, p. 69-89).

c) El desarrollo de clases sociales que permitió la consolidación de grupos jerárquicos, con lo cual se consolidó el "poder" en el territorio.

d) La proyección de intereses ante otras naciones en un ámbito extraterritorial.

En el Perú, en términos históricos, estos cuatro elementos no han sido correctamente correlacionados, conforme se puede demostrar en los siguientes hitos históricos:

a) Con la proclamación de la independencia por parte de San Martín, el modelo de gobierno fue discutido y no se tomó en cuenta el contexto político y económico de la época respecto de la población.

   Inclusive, el grueso de la población que existía en el Virreinato peruano era de origen étnico andino que no era considerado en el ideal republicano, conforme se detalla del registro de la "República de criollos" de la "República de indígenas" (Bermúdez-Tapia, 2019, p. 137-146).

b) El desarrollo de los derechos políticos y económicos de los ciudadanos durante la estancia en el país de Simón Bolívar fue severamente limitado.

c) La etapa del caudillismo político durante la primera etapa de la vida republicana del país, provocando las primeras confrontaciones entre la población en las zonas urbanas en el país.

d) La Guerra del Pacífico, en la cual la población indígena no fue asumida como parte de la realidad nacional (Méndez, 2011, p. 53-102), pese a que literalmente asumió la mayor parte de los efectos negativos de la confrontación bélica (Chiaramonti, 2009, p. 329-370).

e) La etapa de la *república aristocrática* donde se asumió el "problema indígena", sobre todo con la eliminación del *tributo indígena,* y se tomó en cuenta la necesidad de incluirla en el proceso de reconstrucción del país luego de la Guerra del Pacífico (Contreras, 1997, p. 167-171).

f) Posterior a la II Guerra Mundial, los gobiernos nacionales asumieron una política de desarrollo industrial en el país para lo cual se necesitaba una población apta para la actividad laboral. Esta política generó el proceso migratorio masivo de las zonas rurales al ámbito

urbano desde 1948 hasta la crisis económica de 1986 (Yamada, 2012, p. 91-124).

g) Durante la Reforma Agraria, el gobierno de Velasco Alvarado no tomó en cuenta la necesidad de un ideal común en la población y ponderó la *defensa* de la población indígena en un contexto económico y político que generó la crisis del *Estado Benefactor* en la época y que terminó por desnaturalizar la legitimidad del Estado en los siguientes años.

e) La etapa del *terrorismo* provocada por las acciones de Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru que devastó al país entre los años 1980 al 2000, generando una crisis interna grave debido a que las consecuencias de las acciones de lucha armada sólo se tomaron en cuenta cuando se ejecutaron acciones en Lima, siendo el punto de inflexión el atentado de la calle Tarata en Miraflores.

f) La crisis económica entre los años 1986 y 1990 y la emigración de cuatro millones de peruanos al exterior.

g) La crisis de gobernabilidad entre los años 1992 y 2023, caracterizada por actos de corrupción gestados desde las propias entidades que dirigen el destino del país.

La descripción de todos estos procesos de crisis social, económica, política y demográfica son significativos y permiten detallar la escasa evaluación del impacto generado en la población peruana. Esto permite evidenciar la escasa perspectiva cívica y ciudadana del peruano con respecto a la construcción del "bien común".

Ante lo señalado, entonces es pertinente detallar las acciones ejecutadas por los constituyentes en las diferentes constituciones del país.

3. El análisis constitucional a la acción de integración de la población en las Constituciones peruanas

Una evaluación del contenido literal e histórico del marco constitucional peruano en su etapa republicana sobre la *población,* permite identificar los siguientes puntos:

Tabla 01. Referencias de valor constitucional sobre la población durante la etapa de la exploración española en América, conquista del Tahuantinsuyo y el Virreinato peruano.

Referencia normativa	Contenido principal
Isabel La Católica	Real Provisión de Castilla-La Mancha (20/07/1500) se prohíbe la esclavitud de indígenas.
Leyes de Burgos de 1512 o Reales Ordenanzas dadas para el buen Regimiento y Tratamiento de los indios	Se desarrolló el "justo título" de la conquista española en territorio americano, determinándose la naturaleza jurídica libre del "natural".
Junta de Valladolid o Controversia de Valladolid (4/05/1551)	Permitió generar las "Leyes de Indias" y evitó que los indígenas no tengan la condición "humana" que legitimaba acciones bélicas en beneficio de la corona.
Capitulación de Toledo 26/07/1529)	Se otorga la autorización a Francisco Pizarro para la conquista del Perú por Carlos I (o Carlos V). (Córdova, 2019, p. 175-187).
Las Leyes Indianas, emitidas por Carlos II en 1680	Reguló la defensa y tutela del "indio" (se varía la concepción del "natural"). (Rojas, 1999, p. 316-326).

Fuente: Elaboración propia

Del análisis de estos elementos normativos precedentes, es posible detallar:

a) La corona española, primero con Castilla-La Mancha y luego con España, sí reconoce la necesidad de *incluir* a la población indígena al ideario unitario del Imperio, sólo en el ámbito de Carlos I, porque luego sólo se hizo mención al término "reino" de España.

b) La tradición jurídica feudal de generar *vasallaje* (de Seta, 2002) se extendió a los nuevos territorios americanos sobre las cuales se generaron las "castas" en función equivalente a la subordinación que pactaban las casas monárquicas feudales ante un eventual enfrentamiento con un rival que podría anular sus defensas.

c) Los "indígenas" fueron identificados como una población bajo una perspectiva paternalista, respecto de su modo de vida, pero a la cual se le reconocía su importancia en función a las ciudades y nivel cultural registrado.

A partir de este punto, conviene detallar las notorias diferencias con lo establecido a nivel republicano.

Tabla 02. Referencias constitucionales a la regulación de derechos y obligaciones de la población peruana durante la era republicana.

Constitución	Artículo principal	Artículos complementarios
Constitución de Cádiz de 1812	Inciso 1º del artículo 5º: "Son españoles, todos los hombres libres nacidos y avencidados en los dominios de las Españas, y los hijos de estos (sic).	Articulo 8º, respecto de las obligaciones del ciudadano con el Estado. Artículo 18º, ciudadanía española. Artículo 19º, 20º, 21º y 22º, ciudadanía de extranjeros.
Constitución de 1823	Artículo 10º, "son peruanos". Artículo 16º: "La defensa y sostén de la República, sea por medio de las armas, sea por el de las contribuciones, obligan a todo peruano en conformidad de sus fuerzas y de sus bienes".	Artículo 4º, respecto del "Pacto Social" de la población con el Estado. Artículo 11º, prohibición de la esclavitud. Se elimina el comercio de personas afrodescendientes. Artículo 17º, ciudadanía. Artículo 18º, ciudadanos extranjeros Artículo 20º, ciudadanía por matrimonio
Constitución de 1826	Artículo 11º, "son peruanos".	
Constitución de 1828	Artículo 4º, "ciudadanía peruana".	
La Constitución de 1834	Artículo 3º, "De la ciudadanía".	
Constitución de 1839	Artículo 4º, 5º y 6º, "De los peruanos"	Artículo 7º, 8º, 9º, 10º y 11º, "De la ciudadanía".
Constitución de 1856	Artículo 32º, 33º, 34º y 35º, "De los peruanos".	Artículos 36º, 37º, 38º, 39ºy 40º, "De la ciudadanía".
Constitución de 1860	Artículo 1º, "La nación peruana es la asociación política de todos los peruanos". Artículo 33º, 34º, 35º y 36º, "De los peruanos".	Artículo 37º, 38º, 39º, 40º y 41º, "De la ciudadanía".

Constitución de 1867	Artículo 32º, 33º, 34º, 35º, 36º y 37º, "De los peruanos". El inciso 2º del artículo 34º otorga derechos como "peruano" a los extranjeros que hicieron la campaña de la Independencia y a los vencedores en Abtao y en el Callo que residan en el país.	Artículo 38º, 39º, 40º, 41º y 42º, "De la ciudadanía".
Constitución de 1920	Artículo 59º, 60º y 61º, "De los peruanos".	Artículos 62º, 63º, 64º, 65º, 66º y 67º, "De la ciudadanía y el derecho y garantías electorales".
Constitución de 1933	Artículo 4º, 5º, 6º y 7º, respecto de la ciudadanía en el "Estado, el territorio y la nacionalidad".	Artículo 84º, de la ciudadanía.
Constitución de 1979	Artículo 89º, 90º, 91º, 92º, 93º, 94º y 95º, "De la nacionalidad".	Artículo 161º, 162º y 163º, "De las comunidades campesinas y nativas"
Constitución de 1993	Artículo 38º, "todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la nación".	Artículo 52º, de la ciudadanía.

Fuente: Elaboración propia.

De la evaluación de estas normas constitucionales, es posible detallar:

a) Ninguna hace mención a las diferencias de las poblaciones que habitan el país sino hasta la Constitución de 1979 al identificar a las "comunidades campesinas y nativas", generando un error que se origina en la Reforma Agraria, al regularse jurídicamente a las "comunidades campesinas" diferenciándolas de las "comunidades nativas", las cuales son preexistentes al Estado.

b) En todas las normas constitucionales se sobreentiende que al referirse a la "población" se entiende que no existen diferencias y que las personas son identificadas como "iguales", pese al contenido literal de los demás artículos constitucionales.

c) Las normas constitucionales no desarrollan una política de *integración poblacional* salvo en casos explícitos que incluían a héroes de guerra y del proceso de independencia.

En esencia, sólo se trató de *integrar* a la población nacional a algunas personalidades sin considerar que en el país existía y existe una división étnica muy marcada.

Tabla 03. Referencias constitucionales sobre la población peruana durante la era republicana no consideradas como parte del proceso constitucional

Norma constitucional	Referencia
Reglamento Provisional y Estatuto Provisional de 1821 emitidos por el general José de San Martín	No se establece ninguna condición particular sobre la población en el Reglamento Provisional (Congreso de la República, 1821 a). En el Estatuto Provisional de 1821 se regula la "ciudadanía" y se reconoce el derecho a la propiedad a todo "ciudadano" (Congreso de la República, 1821 b).
Ley Fundamental de la Confederación Perú-Boliviana de 1837 en complementación con la Constitución del Estado Sud-Peruano de 1836 y la Constitución del Estado Nor-Peruano de 1836.	Detalló en el artículo 3º que la "ciudadanía" es común en las repúblicas (Congreso de la República, 1837).
Estatuto provisorio de 1879	No se desarrolla ninguna acción positiva a efectos de lograr la unidad de la población, pese al contexto de la guerra con Chile (Congreso de la República, 1879).

Fuente: Elaboración propia

De lo detallado, no existen referencias específicas a la necesidad de vincular a toda la población peruana a un objetivo común como política de Estado.

Se asumió en forma incorrecta que toda la población era "igual" pese a que este postulado sólo era una representación jurídica sin un alcance objetivo y real en la realidad.

Inclusive en las épocas en las que se generaron los procesos migratorios de ciudadanos chinos, japoneses, alemanes e italianos, los cuales fueron *programados* por acciones de los diferentes gobiernos nacionales, no se observa una intencionalidad de incluirlos en un sentido único con

respecto de toda la población, no asumiéndose el hecho de que este objetivo resultaba necesario.

Un problema que permite identificar el proceso de "liminalidad" en el ámbito de la ciudadanía y civismo del ciudadano peruano que explica las razones de su apatía en la participación política y dirección del país (Bermúdez-Tapia, 2013, p. 16-18), en forma histórica (UPSJB, 2023).

Referencias

Bermúdez-Tapia, M. (2001). Categorías de Ciudadanía en el Perú, por el goce de derechos fundamentales. *BIRA Boletín del Instituto Riva Agüero* (28), 333-343.

Bermúdez-Tapia, M. (2013, enero) Democracia y participación ciudadana para la toma de decisiones públicas, técnicas, políticas y coherentes. *Gestión Pública y Desarrollo*, (66), 16-18.

Bermúdez-Tapia, M. (2013). La crisis del pacto social en el Perú contemporáneo. *Gestión Pública y Desarrollo*, (74), A6-A8.

Bermúdez-Tapia, M. (2019 noviembre) Enfrentando al macrodelito desde el Estado. *Actualidad Penal, (*65), 277-288.

Bermúdez-Tapia, M. (2019) Las dos repúblicas en el Perú: indios y criollos de 1821 a 2019. *Iura*, 4(1), 137-146

Bermúdez-Tapia, M. (2020). Análisis de los factores que inciden en la crisis de la democracia peruana. *Revista Direito UFMS*, 6(2), 7-20. https://redib.org/Record/oai_articulo3052325-análisis-de-los-factores-que-inciden-en-la-crisis-de-la-democracia-peruana

Castillo, L. E. & Huarancca, M. (2022). *Perú: Historia de dos pobrezas*. Lima: BCRP

Chiaramonti. G. (2009) "La redefinición de los actores y de la geografía política en el Perú a finales del siglo XIX. *Historia (Santiago de Chile)*, 49(2), 329-370.

Congreso de la República (1821, 12 de febrero) *Reglamento Provisional de 1821.* https://www.congreso.gob.pe/Docs/sites/webs/quipu/constitu/1821a.htm

Congreso de la República (1821, 8 de octubre) *Estatuto Provisional de 1821.* https://www.congreso.gob.pe/Docs/sites/webs/quipu/constitu/1821b.htm

Congreso de la República (1837, 1 de mayo) *Ley Fundamental de la Confederación Perú-Boliviana.* https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1837/Lcpb1837.pdf

Congreso de la República (1879, 27 de diciembre) *Estatuto provisorio de 1879.* https://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constituciones/EstatutoProvisorio-1879.pdf

Contreras, C. (1997). Mc. Evoy, Carmen, La Utopía Republicana. Ideales y Realidades en la Formación de la Cultura Política Peruana (1871-1919). *Histórica*, *23*(1), 167-171. https://doi.org/10.18800/historica.199901.009

Córdova Aguilar, H. (2019). El doctor Javier Samuel Pulgar Vidal y su aporte al conocimiento del Perú. *Revista Geográfica*, (150), 175–187. Recuperado a partir de https://revistasipgh.org/index.php/regeo/article/view/536

de Seta, C. (2002) *La ciudad europea del siglo XV al XX: orígenes, desarrollo y crisis de la civilización urbana en la Edad Moderna y Contemporánea.* Madrid: Ediciones Akal

Jurado Nájera, J. (2021) Cambios en la geopolítica y ocupación del territorio: Perú 2000-2020. *Scientia*, 23(23), 69-89.

Lovón Cueva, M. A. (2019). El "ciudadano" amazónico en el discurso político oficial. *Lingüística y literatura*, (75), 38-61.

Matos Mar, J., Bravo Bresani, J., Cotler, A., Salazar Bondy, A. (1969) *Perú Problema.* Lima: Moncloa-Campodónico

Méndez Gastelumendi, C. (2011) De indio a serrano: nociones de raza y geografía en el Perú (siglos XVIII y XIX). *Histórica*, 35(1), 53-102

Pinedo, Javier (2010) La patria interrumpida. Latinoamericanos en el exilio, siglos XVII-XX. Santiago de Chile: LOM Ediciones

Rojas Sifuentes, C. (1999) La introducción del derecho occidental en el territorio Andino central. *Boletín del Instituto Riva Agüero*, (26), 316-326.

Valdivia, N., Benavides, M. & Torero, M. (2007). *Exclusión, identidad étnica y políticas de inclusión social en el Perú: el caso de la población indígena y la población afrodescendiente.* Lima: GRADE, 2007

Yamada, G. (2012) "Patrones de migración interna en el Perú reciente. Empleo y protección social", (pp. 91-124), en Garavito, C. & Muñoz, I. (Ed.) *Empleo y protección social,* Lima: PUCP. http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/46612/patrones_migracion_interna.pdf?sequence=5&isAllowed=y

Universidad Privada San Juan Bautista (2023). *Proyecto de Investigación "Retos de la institucionalidad del Estado de Derecho en el Perú: Análisis de la gobernabilidad, la democracia y el fortalecimiento de DDHH en la atención a emergencias sociales".* Lima: UPSJB

LA GOBERNABILIDAD Y SUS RETOS

PRESIDENCIALISMO E HIPERPRESIDENCIALISMO EN AMÉRICA LATINA

*Antonio María Hernández**

I. El presidencialismo en América Latina

Uno de los aportes más notables de la Convención de Filadelfia que sancionó la Constitución de 1787 de los Estados Unidos fue la adopción del presidencialismo, que fue un modelo seguido especialmente en las repúblicas latinoamericanas, entre las que se encuentra nuestro país.

Refiere Nohlen: "El presidencialismo aparece en América Latina en un momento en que se establece un sistema de separación de poderes

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, Profesor Titular Plenario de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal de la UNC, Profesor Honorario de la UBA, Postdoctoral Senior Fellow de la State University of New York at Buffalo Law School, Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Vocal de la Comisión Directiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Miembro del Comité de Directores de la Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales y Ex Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Autor y coautor de más de 50 libros en Derecho Constitucional, Federalismo, Constitucionalismo Provincial y Derecho Municipal. Fue Convencional Constituyente de la Nación en 1994, Convencional Constituyente Provincial en Córdoba en 1987 y Presidente de la Convención Municipal Constituyente de la Ciudad de Córdoba en 1995.

conjuntamente con la formación del Estado nacional. El órgano preeminente es entonces el presidente, gracias a cuyo ejercicio centralista del poder se produjo el proceso de formación nacional (*nation building*), en algunos casos con mucho éxito, como por ejemplo en Chile. Se generó toda una tradición presidencialista en la región. Sin embargo, esta tradición presidencialista latinoamericana no es un mero fenómeno institucional, fundamentado en la historia del siglo XIX, sino que se encuentra arraigada en valores, preferencias y patrones culturales ampliamente compartidos en las sociedades latinoamericanas"[1]. También ha sido evidente que por nuestra cultura constitucional y política, el presidencialismo funcionó de manera muy distinta, hasta degenerar, como lo veremos luego, en un "hiperpresidencialismo", prácticamente exento de controles.

Para nosotros es menester *clasificar* los sistemas presidencialistas de la región, para tener un mejor conocimiento de ellos. Diego Valadés, en su libro *Gobierno de gabinete cl*asifica a los sistemas presidenciales latinoamericanos desde una *perspectiva constitucional* en tres tipos: *el tradicional, el transicional y el democrático*.

Y así los caracteriza: "El tradicional corresponde al ejercicio autoritario del poder, altamente concentrado en la persona que ocupa la titularidad de la presidencia, con relación al cual los controles políticos y jurisdiccionales no representan una garantía eficaz para los derechos fundamentales; el transicional corresponde a una etapa de desarrollo en que existen controles jurisdiccionales eficaces, pero donde los controles políticos no han alcanzado un pleno desarrollo; en el democrático están presentes los controles políticos y jurisdiccionales"[2]. Solo ubica en el tercer tipo a Chile, Uruguay y Costa Rica, ubicando al resto de ellos en el tipo transicional, salvo la República Dominicana, que en su punto de vista pertenece al tipo tradicional.

Seguidamente, el autor analiza el presidencialismo "racionalizado" que se observa en las normas constitucionales de la región, por la presencia de ministros, que coloquialmente pueden ser designados como "gabinetes", y que reciben estos nombres: Consejo de Ministros (Bolivia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela); Consejo de

1 NOHLEN, Dieter, "El presidencialismo: Análisis y diseños institucionales en su contexto", *Revista de Derecho Público de Chile*", Chile, 2011, p. II.

2 VALADÉS, Diego, "El gobierno de gabinete", Rubinal Culzoni y Universidad Nacional Autónoma de Mexico, Buenos Aires, 2008, Cap. II, pág. 30 y sgts..

Gobierno (Colombia); Consejo de Gabinete (Panamá); Gabinete de Ministros (Argentina). Sostiene que en estos casos "el Gabinete es un órgano colegiado, integrado por ministros, con atribuciones establecidas en la Constitución y, en algunos casos, en la ley. Los gabinetes no son órganos autónomos, en tanto que sus integrantes dependen esencialmente de la confianza del presidente; pero su presencia y funcionamiento atenúan los efectos de la concentración del poder en manos del presidente".

Y al considerar el tema de los ministros, que también deben servir para el propósito previamente enunciado, insiste en la naturaleza plebiscitaria del presidencialismo latinoamericano, que se suma a sus otras características negativas: el caudillismo, los gobiernos populistas —por definición, autoritarios—, tengan perfil civil o militar, con estilos patriarcales y con amplio cauce para la corrupción.

Luego clasifica también a los distintos *gabinetes presidenciales* en tres grupos: el de técnicos, el de clientes (caracterizado por la obediencia y por los servicios prestados para acceder al poder) y el de prestigio, destinado a "atenuar la imagen de la tecnocracia y los rigores del clientelismo, además de que permite estructurar un discurso políticamente aceptable".

Valadés vuelve a argumentar sobre la necesidad de superar la concepción arcaica de las presidencias individuales que concentran el poder, originadas en épocas pasadas para consolidar poderes eficientes, para dar paso ahora a las doctrinas de un poder democrático, como el que significa un gobierno de gabinete.

Al estudiar las funciones del gabinete, muestra que 14 de las 18 Constituciones latinoamericanas desconcentran el poder del presidente a través de esta institución, pues solo en los casos de Chile, Ecuador, México y República Dominicana se mantiene el modelo presidencial original[3].

3 Dice que 1988 fue un año muy significativo para los cambios operados, ya que allí comenzó el proceso de reformas constitucionales en los dieciocho países con sistemas democráticos, que implicara la adopción de seis nuevas Constituciones y de amplias reformas en ocho países más. Y que en los otros cuatro países, las Constituciones de Costa Rica (1949) y Uruguay (1967) presentan clara orientación democrática, y la de México (1917) ha tenido además cambios paulatinos. En cuanto a la de República Dominicana (1966), la considera como la de mayor rezago, aunque —agregamos nosotros— fue reformada en 2015. Por nuestra parte, en 2011 participamos junto a Valadés y el politógo Arturo Valenzuela en un seminario internacional organizado por el Dr. Daniel Zovatto, director de Idea Internacional.

Y, al sintetizar dichas funciones, opina que "el gabinete va dejando de ser solo una instancia de administración para convertirse en un espacio donde se discuten y adoptan las definiciones políticas del gobierno".

Al abogar nuevamente a favor de esta institución, pone de relieve la realidad que se observa en los sistemas donde el presidente ejercita personalmente el poder y, muchas veces, debe delegar un número indeterminado de atribuciones en sus colaboradores cercanos, sustraídos al control del Congreso, lo que origina un "poder subterráneo o criptopoder", que afecta las relaciones entre los poderes de gobierno.

Luego considera los distintos ejemplos de gobierno de gabinete, a partir del primer ejemplo brindado por Perú. En relación con nuestro país, destaca que, pese a la importancia del diseño constitucional efectuado en 1994, por las amplias atribuciones concedidas al jefe de Gabinete de Ministros, "en los hechos su papel se ha difuminado", e indica que hubiera sido conveniente la atribución de competencias al gabinete para un funcionamiento colectivo de los ministros.

Agrega que un jefe de Gabinete le permitiría al presidente la posibilidad de ejercer la mediación política, "a la que Gaetano Filangieri y Benjamín Constant atribuyeron tanta importancia desde los siglos XVIII y XIX", y que, en su concepto, no debe desestimarse en los arreglos constitucionales del siglo XXI.

Estima asimismo Valadés que el gobierno de gabinete, al racionalizar el poder presidencial, puede generar una nueva "cultura constitucional", lo que revela otra de las grandes preocupaciones del distinguido jurista y pensador mexicano[4].

Consideramos que, desde el punto de vista normativo, es evidente que se produjo en América Latina una "parlamentarización de los sistemas presidenciales", conforme lo observamos en los estudios recién citados de Valadés, donde propuso el gobierno de gabinete; además, publicó posteriormente otro libro con este título[5], que complementa el anterior.

4 Que hemos compartido al llevar adelante las Encuestas y Estudios de Cultura Constitucional y de la Legalidad en nuestros respectivos países..

5 VALADÉS, Diego, *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM - Colegio Nacional, México, con ediciones de 2007 y 2008.

Allí el distinguido jurista mexicano considera la responsabilidad de los ministros y secretarios de Estado a través de otras instituciones parlamentarias, como la presencia de los ministros en el Congreso (cap. II), el voto de confianza (cap. III), las preguntas, interpelación y moción de censura (cap. IV) y la disolución del Congreso (cap. V), con un análisis de derecho comparado a nivel mundial, que muestra la inserción de estos institutos en sistemas presidenciales.

Sostiene que con la "expresión 'parlamentarización' se quiere significar: a) el proceso constructivo de un sistema de naturaleza parlamentaria; b) la incorporación de instituciones de oriundez parlamentaria en otro tipo de sistema político, con el propósito de asimilarlo al parlamentario; c) la adopción de instituciones de origen parlamentario, pero preservando la estructura básica del sistema receptor". Por lo anterior, "debe distinguirse entre parlamentarización del sistema constitucional y parlamentarización del sistema presidencial. En el primer caso, toda la estructura constitucional del poder político tiende a adecuarse al sistema parlamentario, que es incorporado de una manera inmediata o gradual para sustituir el sistema vigente (presidencial o tradicional); en el segundo, subsiste la estructura existente, pero se le agregan algunas instituciones de control político, incluso modificadas, de origen parlamentario"[6].

Y al abogar por la racionalización del sistema presidencial, a través de la incorporación de estas instituciones, dice: "El sistema preferible es aquel que puede ser mejorado mediante un ejercicio de inteligencia y de responsabilidad colectiva; las innovaciones que generan contrastes insuperables en el ámbito cultural en el que se producen y se basan en procesos incomprensibles para sus destinatarios, son contraproducentes. Construir un sistema parlamentario para remediar los defectos de un sistema presidencial, tiene mucho de absurdo. ¿Quién podría diseñar un *buen* sistema parlamentario, acerca del que no se tiene experiencia, si no puede corregir un *mal* sistema presidencial, con el que sí se está familiarizado? En otras palabras, si no se puede corregir lo que se conoce, cómo poder construir lo que se desconoce. Estoy a favor de la racionalización de los procesos del poder, no de la irracionalidad de sustituir de raíz

6 Ibídem, p. 5. Ya veremos oportunamente que la tercera acepción es la que corresponde al régimen político argentino, dado que, luego de la reforma de 1994, se ha mantenido el presidencialismo, pero se lo ha "parlamentarizado" con la incorporación de nuevas instituciones, además de las que ya existían, para atenuar y racionalizar el hiperpresidencialismo que hemos soportado.

lo que bien puede ser enmendado. Además, cuando se *importan* modelos que carecen de implantación en su medio cultural, se produce un efecto negativo: los nuevos instrumentos son conocidos por unos pocos"[7].

Desde la politología, el profesor de Heidelberg escribe en igual sintonía: "No obstante, el hecho de que la vigencia de formas parlamentarias sea una experiencia casi desconocida en América Latina no es, por cierto, una argumentación para rechazar la posibilidad de su ensayo en nuestros días. Sin embargo, es ineludible destacar dos problemas. En primer lugar, las pocas experiencias parlamentaristas que hubo son negativas. En Chile, al período 1891-1925 se le denomina 'parlamentario', aunque de esa modalidad de gobierno solo tenía la capacidad del Parlamento para censurar a los ministros (no así al jefe de Gobierno, que es la característica clave de un sistema parlamentario), y el juicio predominante sobre él es de haber producido una gran inestabilidad para gobernar y una oligarquización de la política. En segundo lugar, las posiciones favorables a la aplicación de un sistema parlamentario actualmente son minoritarias, así como las condiciones político-institucionales para lograrla. Así lo demuestran los debates en varios países de América Latina en los últimos años. Por lo tanto, las perspectivas para lograr una reforma de tal envergadura han sido reducidas (cf. Nohlen - Fernández, 1991 y 1998). Solamente en Brasil parecía posible una reforma de este tipo (cf. Lamounier - Nohlen, 1993), pero fue rechazada en 1993 por referéndum. En resumen: las razones para mantener el presidencialismo radican en la cultura política, la tradición, la experiencia histórica y la estructura política latinoamericanas. Ante este trasfondo, el balance del presidencialismo no es tan negativo como afirman sus críticos. Más peso tiene aún el argumento de que el parlamentarismo no promete una mayor funcionalidad (Thibaut, 1996), antes al contrario: en vista de los sistemas de partidos poco estructurados, de su falta de arraigo y representatividad sociales, del poco prestigio de los Parlamentos, junto a su tendencia a la irresponsabilidad en los presupuestos, además de la fuerte necesidad de políticas de reformas económicas y sociales, un tipo de sistema de gobierno con arraigo casi nulo en la cultura política causaría riesgos incalculables. Para América Latina, me pareció más conveniente buscar fórmulas de adecuación funcional del sistema dentro del molde presidencial (Nohlen, 1990), en renovar el presidencialismo con la finalidad de flexibilizar

7 Ibídem, p. 230. Creemos que esta argumentación, sumada a la de Nohlen en su respuesta a los críticos del presidencialismo, es de aplicación a quienes pretenden en nuestro país suplantar el sistema presidencial por uno de tipo parlamentario.

las relaciones entre el presidente y el Parlamento y de mejorar por este medio la gobernabilidad (Nohlen - Fernández, 1991 y 1998). Ya al iniciarse el debate, Rolando Franco (1990:152) preveía que, citando al autor de estas líneas, 'la resistencia de la institución presidencial y lo arraigado que se encuentra en la cultura política' (Nohlen, 1990:17) terminarán triunfando, siendo razonable tal vez 'trabajar sobre la realidad presidencial en cada contexto político e institucional y buscar fórmulas de adecuación funcional del sistema sin alterar su naturaleza presidencial (ibídem)'. En términos generales, el debate institucional en América Latina ha tomado este rumbo. Iniciándose con la crítica al presidencialismo y la propuesta de su sustitución, ha pasado por la refutación de estos planteamientos para considerar sistemas de gobierno supuestamente intermedios (véase Arias - Ramacciotti, 2005), por ejemplo el semipresidencialismo, hasta llegar a pensar más a fondo en cómo hacer funcionar el presidencialismo (véase Ellis - Orozco Henríquez - Zovatto, 2009)"[8].

Estas modificaciones constitucionales incorporadas a partir de fines de la década de los 80 del siglo pasado, en el contexto de la tercera ola democrática que abarcó a Latinoamérica, fueron el resultado del debate sobre presidencialismo y parlamentarismo, que enfrentó a politólogos como Linz y Valenzuela, que criticaron duramente al presidencialismo, mientras que Nohlen y Sartori se opusieron al cambio del sistema por uno parlamentario. Este debate no se ha acallado y posiblemente no acabe nunca[9].

Nosotros hemos valorado positivamente esta tendencia del constitucionalismo latinoamericano que se advierte en estas reformas constitucionales, claramente dirigidas a racionalizar, renovar y atenuar el presidencialismo[10], mediante la inclusión de estos institutos del sistema parlamentario.

8 Cfr. NOHLEN, Dieter, "El presidencialismo: Análisis y diseños institucionales en su contexto", *Revista de Derecho Público de Chile*, 2011, obr. cit., p. III.

9 En este sentido, véase el trabajo indicado de NOHLEN, y en particular su punto III: "Notas metodológicas sobre la crítica al presidencialismo". Asimismo, puede observarse el artículo de GARCÍA MANSILLA, Manuel - RAMÍREZ CALVO, Ricardo, *Presidencialismo vs. parlamentarismo-Una discusión acerca del sexo de los ángeles*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2009.

10 Esta tendencia incluso alcanzó a los Estados Unidos, cuna del presidencialismo, con la propuesta renovadora lanzada por Bruce ACKERMAN, que sostiene un *constrained parliamentarianism*, o sea, un parlamentarismo restringido ("The New separation of powers", *Harvard Law Review*, vol. 113, nro. 3, Boston, enero/2000, ps. 634 y ss.).

Pero, conforme a nuestra metodología interdisciplinaria para el estudio de esta materia, necesitamos acudir a una *perspectiva politológica*, porque además es muy extensa la brecha que separa a las normas de su vigencia real en América Latina y particularmente en nuestro país.

En tal sentido, esta es la clasificación propuesta por Dieter Nohlen[11]:

11 Cfr. NOHLEN, Dieter, "El presidencialismo: Análisis y diseños institucionales en su contexto", *Revista de Derecho Público de Chile*, obr. cit. , p. X. Por nuestra parte, en el Seminario titulado "Making Presidentialism Work", realizado en el Distrito Federal de México con la organización conjunta del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e International IDEA, entre los días 06 y 08/02/2008, luego de hacer referencia a la Presidencia como "institución", indicamos que también se puede analizarla en relación con la "persona" que la ocupa, desde el punto de vista de la realidad política, en relación con su mayor o menor fortaleza. Cuando hablamos de presidencialismo "fuerte" o "racionalizado o atenuado" nos referimos al conjunto de las atribuciones que la Constitución reconoce al presidente y, en ese sentido, en general se puede sostener que la Presidencia-institución ha sido fuerte a partir del modelo norteamericano, pudiéndose distinguir sin embargo distintas gradaciones de fortaleza en las Constituciones latinoamericanas, que van desde la considerada más fuerte (precisamente la chilena) hasta las que han recibido atenuaciones por la reducción de competencias y, especialmente, por la incorporación de instituciones típicas del parlamentarismo, como la nuestra, entre muchos otros casos señalados por Diego Valadés en sus obras *El gobierno de gabinete*, Rubinzal-Culzoni - UNAM, Santa Fe, 2008, y *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM - Colegio Nacional, México, con ediciones de 2007 y 2008. Asimismo, se puede clasificar la "fortaleza" o "debilidad" política de los presidentes, especialmente en relación con sus liderazgos y el mayor o menor poder frente al Congreso, la opinión pública, la prensa, etcétera. En tal sentido, señalé como presidentes políticamente débiles a los que pierden las elecciones legislativas y quedan en minoría en las dos Cámaras del Congreso norteamericano. Esta cuestión está especialmente vinculada al sistema de partidos políticos y, en principio, no debe observarse necesariamente como disvaliosa para el funcionamiento de las instituciones. En este sentido, sostuve en relación con México que la "debilidad" política de los presidentes Fox y Calderón ha sido positiva para el funcionamiento del sistema republicano y la división y el equilibrio de los poderes, en razón del tripartidismo existente (PAN, PRI y PRD), que ha fortalecido al Congreso y que ha impulsado una más notoria independencia del Poder Judicial. Por este mismo criterio, formulé mi oposición a la idea de que los presidentes deben también ser jefes de sus respectivos partidos políticos.

Tipo de presidencialismo	Ejercicio del poder
Hiperpresidencialismo o dominante	Concentración del poder en el Ejecutivo, aunque la Constitución no lo prevé, supresión de los controles horizontales, ejercicio del poder con altos ingredientes personalistas y plebiscitarios al borde de un sistema constitucional-democrático, estilo de decisión jerárquico-decisional
Reforzado o racionalizado	Fuerte Poder Ejecutivo en cuanto a competencias, resultante de reformas constitucionales, racionalización del proceso político en función de agilizar políticas de desarrollo; estilo de decisión mayoritaria
Puro o equilibrado	Modelo estadounidense, poderes equilibrados entre el Ejecutivo y el Legislativo, funcionamiento muy dependiente del sistema de partidos, estilo de decisión mayoritaria
Atenuado	Poderes constitucionalmente equilibrados entre Ejecutivo y Legislativo, pero el proceso político más determinado por otros factores, especialmente por el tipo de sistema de partidos; estilo de decisión mayoritaria
Parlamentarizado	No tanto determinado por elementos constitucionales de origen parlamentarista (por ejemplo, figura de un primer ministro, voto de censura, capacidad de disolver el Parlamento), sino por la práctica política (por ejemplo, gobiernos de coalición), estilo de decisión negocial y de compromiso

Asimismo, conforme a su metodología de análisis del presidencialismo en su contexto, expresa: "No basta, sin embargo, considerar los sistemas presidenciales solo por sí mismos. Para valorar el funcionamiento de las instituciones, conviene tomar en cuenta el entorno en el que actúan como sistema y su interrelación con él. El contexto debe entenderse en sentido múltiple. Hay que pensar primero en el Estado, su tamaño (Estado vs. mercado), su estructura (Estado unitario o federal), su capacidad de implementación de los resultados del sistema presidencial (Estado fuerte o débil) (...). Hay que pensar, en segundo lugar, en la democracia como concepto genérico por encima del sistema de gobierno, en su modelo (en la dimensión representativa y/o directa/plebiscitaria), en las formas de participación política informales, en

la sociedad civil, su evolución y patrones de comportamiento, y en la cultura política en general, todo lo que incluye la cuestión de su consolidación"[12].

Ya en el orden de *la realidad de los sistemas presidenciales latinoamericanos*, se observa que, en violación de los textos constitucionales, se han impuesto dos fenómenos correlativos: el del *hiperpresidencialismo* y el de la *debilidad de los órganos legislativos*, como lo indica el Índice de Desarrollo Democrático de América Latina para 2007, que difundió la Fundación alemana Konrad Adenauer, que mide el grado de desarrollo de los derechos políticos y el bienestar de 18 países de la región.

Se advierte allí que "se ha ido acentuando la concentración de atribuciones y poder en la figura presidencial" y "la caída simultánea de las instituciones parlamentarias de las democracias de la región", y que el "hiperpresidencialismo" alienta una democracia "débil, inestable y de menor legitimidad, además de desalentar la impronta democrática".

La clasificación en orden decreciente indica en las mejores posiciones a Chile, Costa Rica y Uruguay, y en las peores a República Dominicana, Venezuela y Nicaragua[13].

En el análisis del caso argentino, nos detendremos especialmente en el problema del "hiperpresidencialismo", que también se observa en otros países de la región.

II. El presidencialismo argentino

II.1. EL PRESIDENCIALISMO EN EL TEXTO ORIGINARIO DE 1853

La Constitución Nacional, sancionada en 1853, estableció una forma de gobierno representativa, republicana y federal en el art. 1º, sobre la base del modelo de la Constitución norteamericana.

Debemos señalar, en cuanto al primer aspecto de la forma representativa, que en la reforma constitucional de 1994 se introdujeron institutos de democracia semidirecta como la iniciativa y la consulta popular, en los arts. 39 y 40.

12 Cfr. NOHLEN, Dieter, "El presidencialismo: Análisis y diseños institucionales en su contexto", *Revista de Derecho Público de Chile*, obr. Cit., p. XI.

13 HERNÁNDEZ, Antonio María, "Prólogo", en VALADÉS, Diego, *El gobierno de gabinete*, Rubinzal-Culzoni - UNAM, Santa Fe, 2008.

En relación con la forma republicana, se dispuso la clásica separación de poderes en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

El presidente y vicepresidente de la República eran electos de manera indirecta por Colegio Electoral, con un mandato de 6 años y sin reelección inmediata, hasta la reforma de 1994, que estableció una elección directa a doble vuelta, con un mandato de 4 años y posibilidad de una reelección inmediata. Además, se diseñó una atenuación del fuerte presidencialismo consagrado en 1853.

El Poder Legislativo está compuesto por dos Cámaras: de Diputados, que representan al pueblo de la Nación, y de Senadores, que representan a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires.

El Poder Judicial está integrado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y los demás tribunales inferiores.

Nuestro sistema es presidencialista, ya que en la Ley Suprema se mantiene en el art. 87 —luego de la reforma constitucional de 1994— el mismo texto del anterior art. 74 de 1853, que dispone: "El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de 'presidente de la Nación Argentina'".

Se ha planteado un debate en el derecho argentino en torno a la "unipersonalidad" del Poder Ejecutivo o a su carácter "colegiado", o sea del presidente y sus ministros. La mayoría de la doctrina —a la que nos sumamos— se inclina por la primera posición sobre la base del texto constitucional (Montes de Oca, González, Bidegain, Bidart Campos, Romero, Linares Quintana, Badeni, Quiroga Lavié, etcétera), aunque sostienen la segunda otros autores (Matienzo, Marienhoff, Ekmekdjian, Cordeiro Pinto, etcétera). Por su parte, Sagüés piensa que tiene un carácter "compuesto", sobre la base de la obligación del refrendo ministerial impuesto por el art. 100 para la validez de los actos presidenciales, y por tanto también defiende la naturaleza colegiada[14].

El modelo inicial del texto histórico de 1853 fue, como hemos dicho, el de la Constitución de Filadelfia de 1787, pero con algunas modificaciones que establecieron un presidencialismo aún más fuerte en sus competencias,

14 Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1997, t. 1, ps. 445/6.

por la influencia de Juan Bautista Alberdi, que siguió el antecedente de la Constitución Chilena de 1833[15].

El presidente tuvo cuatro jefaturas: del Estado, del Gobierno, de la Administración y de la Ciudad de Buenos Aires. Actualmente, luego de la reforma de 1994, conserva las tres primeras.

En cuanto a las atribuciones del presidente, no haremos un análisis exhaustivo, lo que no impide que mencionemos ahora algunas, para su caracterización.

La Ley Suprema otorga atribuciones de carácter colegislativo al Poder Ejecutivo —a cargo del presidente—, ya que puede presentar proyectos de ley, además de promulgar y publicar los sancionados por el Congreso (art. 99, inc. 3º). También está facultado para vetar las leyes (art. 83).

Asimismo, el presidente debe realizar anualmente la apertura de las sesiones ordinarias del Congreso para dar cuentas del estado de la Nación (art.

15 Decía Alberdi en *Las Bases*, en su cap. XXV, titulado "Continuación del mismo objeto. Extensión relativa de cada uno de los poderes nacionales. Papel y misión del Poder Ejecutivo en la América del Sur. Ejemplo de Chile": "Lo peor del despotismo no es dureza, sino su inconsecuencia, y solo la Constitución es inmutable. Dad al Poder Ejecutivo el poder posible, pero dádselo por medio de una Constitución (...). Este desarrollo del Poder Ejecutivo constituye la necesidad dominante del derecho constitucional de nuestros días en Sudamérica" (cfr. *Bases*, 3ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, ps. 179 y ss.). En todo el capítulo se observa cómo Alberdi confiaba en un Ejecutivo fuerte para poder lograr la paz y la vigencia de la Constitución, poniendo como ejemplo al modelo chileno, considerablemente más fuerte que el sistema presidencial norteamericano. Y expresaba: "Chile ha hecho ver que entre la falta absoluta de gobierno y el gobierno dictatorial hay un gobierno regular posible; y es el de un presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante que la anarquía le desobedece como presidente republicano" (ibídem, p. 181). Y más adelante afirmaba: "Yo no vacilaría en asegurar que de la constitución del Poder Ejecutivo, especialmente, depende la suerte de los Estados de la América del Sur. Llamado ese poder a defender y conservar el orden y la paz, es decir, la observancia de la Constitución y de las leyes, se puede decir que a él solo se halla reducido el gobierno en estos países de la América antes española" (ibídem, p. 182). Asimismo, se refirió expresamente a las diferencias con el presidencialismo norteamericano en su libro *Estudios sobre la Constitución argentina*, en su célebre debate con Domingo Faustino Sarmiento. Así como antes objetamos los conceptos del gran tucumano en torno al federalismo centralizado, ahora hacemos lo propio desde nuestra convicción republicana en relación con su más que fuerte presidencialismo, aunque comprendemos aquel contexto histórico y su idea imperiosa de superar la anarquía.

99, inc. 8º) y puede prorrogar las sesiones ordinarias y convocarlo a sesiones extraordinarias (art. 99, inc. 9º).

El presidente tiene facultades reglamentarias para ejecutar las leyes (art. 99, inc. 2º) y excepcionalmente puede dictar decretos de necesidad y urgencia, "cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos" (art. 99, inc. 3º).

Por otra parte, el Congreso puede delegarle facultades legislativas en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado y según las bases que fije (art. 76).

Aunque la importancia del Congreso y la trascendencia de sus funciones son indiscutibles, también en nuestro país se aprecia que el *centro de gravedad del poder corresponde desde hace tiempo al Poder Ejecutivo*.

Ello se ha producido por diversas *causas*, entre las que señalamos: a) las interrupciones del orden constitucional que significaron el cierre del Congreso; b) el liderazgo del Poder Ejecutivo en la realidad contemporánea; c) las emergencias políticas, económicas y sociales que disminuyeron el protagonismo del Congreso; y d) la crisis de la representación política que afecta al prestigio de aquel.

No podemos además dejar de señalar que en la Presidencia de Menem, en sus dos períodos (1989-1999) se dictaron aproximadamente 500 decretos de necesidad y urgencia que afectaron gravemente la función legislativa[16]. Y esta práctica tan negativa fue continuada por el resto de los presidentes que le sucedieron. A ello deben sumarse las delegaciones legislativas efectuadas por el propio Congreso, que también significaron una resignación del cumplimiento de sus funciones frente a un Ejecutivo que ha legislado por decretos, con notoria intensidad, desde la fecha indicada.

II.2 LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 EN ARGENTINA Y LA ATENUACIÓN DEL PRESIDENCIALISMO

Por ello se comprende que uno de los objetivos principales de la reforma constitucional de 1994 fue la atenuación del presidencialismo, como incues-

16 Mientras que entre 1853 y 1989 se calcula en 25 el número de decretos de necesidad y urgencia dictados.

tionablemente se observara en todo el proceso preconstituyente y en las manifestaciones vertidas en la propia Convención[17].

En este aspecto, debe destacarse la exposición del convencional Raúl Alfonsín, que presidió el bloque de la Unión Cívica Radical, al exponer en la sesión plenaria en que se trató el Núcleo de Coincidencias Básicas, donde sostuvo que, a los fines de la interpretación de la Constitución, era importante conocer la intención de los constituyentes de su bloque[18]. Y afirmó lo siguiente: "... Es necesario ser muy preciso en la definición de las ideas que tuvimos en cuenta al apoyar este Núcleo de Coincidencias Básicas (...). En primer lugar, es nuestra intención principal atenuar el presidencialismo y desconcentrar las facultades del presidente. Por ello —a nuestro criterio— cada vez que exista una duda acerca del alcance que haya que otorgar a las cláusulas que estamos sancionando, la duda debe ser resuelta interpretando de la manera más restrictiva posible las facultades presidenciales. En especial, debe interpretarse de forma restringida y con el más cuidadoso escrutinio las facultades del Poder Ejecutivo de dictar decretos de necesidad y urgencia, el ejercicio de las facultades de legislación delegada y la facultad de promulgar parcialmente las leyes. Cuando exista alguna duda interpretativa entre las facultades del presidente y del Congreso, los jueces y demás intérpretes —a nuestro juicio— deberán dar prioridad a la solución que privilegia el Congreso, ello puesto que la intención de estas reformas es fortalecer el Poder Legislativo para establecer un nuevo equilibrio de poderes. Toda norma que pueda implicar alguna limitación a la independencia del Poder Judicial, a la independencia e imparcialidad de la composición del Consejo de la Magistratura y de la independencia y de las facultades de la Auditoría General de la Nación, aunque no contradiga el texto que sancionamos, debe interpretarse que vulnera el espíritu de la Constitución

17 Pueden verse los discursos pronunciados por los dos miembros informantes de la Comisión del Núcleo de Coincidencias Básicas, Enrique Paixao y Alberto García Lema, en representación de los partidos políticos mayoritarios que impulsaron la reforma constitucional (*Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos - Ministerio de Justicia de la Nación, t. V, ps. 4882 y ss., donde se reproducen las sesiones plenarias de la Convención). Paixao, al referirse a las dos formas y realidades de la concentración del poder, mencionó al "hiperpresidencialismo" del Poder Ejecutivo Nacional y al modo "unitario de vida institucional", y luego indicó que la exposición se referiría a la propuesta para superar el primero de esos problemas (ibídem, p. 4883).

18 Cfr. *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos - Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, Sesiones Plenarias, t. V, p. 5155.

y contradice la intención del constituyente. Por el contrario, las facultades del Congreso en el control del gobierno deben interpretarse ampliamente. Se debe tener presente que nuestra intención al sancionar estas reformas tiende a evitar la degradación de la democracia y de las instituciones que ponía en peligro nuestra República a través de la institucionalización del modelo de democracia delegativa. Dicho modelo se caracteriza por una enorme concentración del poder político en el Ejecutivo y por la idea de que por medio del sufragio se delega al presidente el derecho de hacer todo lo que le parezca adecuado (...). No puede quedar duda alguna de que las propuestas que estamos analizando tienden a construir la base de una nueva y más amplia democracia al crearse nuevas instituciones que aseguren un mejor equilibrio entre los poderes y desconcentren las facultades presidenciales. A modo de ejemplo podemos afirmar que la creación de la figura del jefe de Gabinete de Ministros con responsabilidad parlamentaria desconcentra el poder presidencial, destraba bloqueos entre los poderes y genera válvulas de escape a situaciones de crisis; que la elección directa del presidente, los senadores y el intendente de la Ciudad de Buenos Aires amplía la legitimidad democrática; que la modificación del sistema de selección y nombramiento de los jueces y la constitucionalización del Ministerio Público y de los organismos de control de la Administración Pública tienden a mejorar los mecanismos de control del poder. Nuestra intención con estas reformas es también la de fortalecer el federalismo. Al limitar las atribuciones presidenciales para ordenar la intervención federal al modificar el Senado se establecen organismos y mecanismos más aptos para las autonomías provinciales y municipales"[19].

Sostengo en base a una interpretación armónica y sistemática[20], que ese objetivo fue instrumentado a través de un diseño que incluyó las siguientes modificaciones institucionales en el Texto Supremo:

1) Privación de una de sus jefaturas al Presidente, como fue la de la Capital Federal, en cuya virtud a lo largo de la historia pudo designar por sí mismo al intendente de la Ciudad de Buenos Aires.

19 Ibídem, t. V, ps. 5155/5156.

20 Véase HERNÁNDEZ, Antonio M., "Valoración de la reforma constitucional de 1994 en su décimo aniversario", en *A diez años de la reforma de la Constitución Nacional*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional - Advocatus, Buenos Aires, 2005, ps. 49 y ss., y "Balance de la reforma constitucional de 1994", LL del 24/08/2009, LL 2009-E-895.

2) Fortalecimiento del Congreso mediante distintas reformas, que por razones de brevedad no podemos analizar y que persiguen un mejor equilibrio de los poderes dentro de nuestro sistema republicano. En tal sentido, basta mencionar la ampliación del período ordinario de sesiones, las mayores atribuciones para la declaración de la intervención federal, la creación de la figura del jefe de Gabinete de Ministros, que debe rendir mensualmente informe ante cada una de las Cámaras y que puede ser removido por un voto de censura, y la creación de órganos de control que tienen relación funcional con él.

3) Reducción de las atribuciones del presidente en la designación de los miembros del Poder Judicial mediante la creación del Consejo de la Magistratura y el procedimiento establecido para los ministros de la Corte Suprema.

4) Fortalecimiento de las autonomías provinciales y municipales para reducir las atribuciones del gobierno federal y afirmar el control vertical del poder, como otro objetivo del federalismo[21].

5) Jerarquización constitucional de órganos de control como la Auditoría General de la Nación, el defensor del pueblo y el Ministerio Público, con la finalidad de profundizar el control propio del sistema republicano.

6) Reducción del mandato del presidente a 4 años, con posibilidad de una reelección inmediata y elección directa, como había sido reclamado desde hace años por la mayoría de los partidos políticos, la doctrina y los precedentes constitucionales de 1949, 1957 y 1972, además de ser la tendencia predominante en el derecho comparado, incluso latinoamericano, y en nuestro constitucionalismo provincial.

7) Incorporación al texto constitucional de los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada, como institutos de emergencia convalidados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde los casos "Peralta" (1990) y "Delfino" (1927) y

21 Véase HERNÁNDEZ, Antonio M., *Federalismo, autonomía municipal y la Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1997, y *Federalismo y constitucionalismo provincial*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2ª. Ed. Actualizada y aumentada, Buenos Aires, 2023.

con la indiscutible finalidad de limitar las atribuciones del Poder Ejecutivo en el ejercicio de aquellos, como emerge de los arts. 99, inc. 3º, y 76 y de los debates de la Convención Constituyente.

8) Creación del jefe de Gabinete de Ministros, como institución de origen parlamentario, introducida en el sistema presidencialista, con la finalidad de morigerar nuestro hiperpresidencialismo y asegurar la gobernabilidad en situaciones de crisis políticas, como se sostuvo en los debates de la Convención Constituyente.

Más adelante nos detendremos específicamente en esta institución[22]. De cualquier manera, su incorporación en la reforma de 1994 tuvo el objetivo de atenuar nuestro presidencialismo y no de cambiar el sistema hacia uno semipresidencialista o parlamentario[23]. Similares propósitos han tenido las reformas constitucionales operadas en otros países de sistema presidencialista[24].

22 Más allá de la importancia de la institución, insistimos en una interpretación armónica y sistemática de la Constitución, en cuya virtud se trata de otra de las medidas incluidas en el diseño para atenuar el presidencialismo, pero de ninguna manera la única, como parece sostener buena parte de los comentaristas de la reforma de 1994.

23 Se trató de una renovación del presidencialismo, para atenuarlo y racionalizarlo, como ha ocurrido en otros países de América Latina y del mundo, según lo ha demostrado Diego Valadés en sus obras citadas. De todas maneras, este diseño no buscó el tránsito de un sistema presidencialista a uno mixto con mayores ingredientes de parlamentarismo, como lo había intentado especialmente Carlos S. Nino, que desde el Consejo de Consolidación de la Democracia, creado por el presidente Raúl Alfonsín en 1986, con sus dos dictámenes, preconizaba una reforma constitucional en este aspecto, siguiendo los modelos de Francia, Portugal y Finlandia (véase además el extenso análisis que efectúa el destacado jurista en su obra *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 595 y ss.). De todas maneras, debe quedar claro que nunca Nino postuló la adopción de un sistema parlamentario. Posteriormente ha insistido con estos lineamientos Pablo Riberi, en su artículo "El presidencialismo exánime. Por más cooperación y mejores controles en nuestro sistema político", en *Constitución de la Nación Argentina*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2003, t. II, ps. 291/315. En relación con estas cuestiones, véase el interesante artículo de GARCÍA MANSILLA, Manuel - RAMÍREZ CALVO, Ricardo, *Presidencialismo vs. parlamentarismo-Una discusión acerca del sexo de los ángeles*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2009.

24 Recuérdense las obras de Diego Valadés antes citadas, donde analiza los casos de Perú (quien primero introdujo este tipo de instituciones), Argentina, Bolivia, Colombia, Uruguay, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela, en América Latina, que han renovado el presidencialismo en las reformas constitucionales, dentro de 48 casos observados

Reiterando nuestro acuerdo con el diseño normativo realizado por la Convención Constituyente, consideramos que, por la falta de cumplimiento de la Constitución y permanente violación de la ley, no se ha verificado en los hechos una atenuación del hiperpresidencialismo.

Si bien efectivamente funcionaron como limitaciones parciales las indicadas en los puntos 1, 3, 4 y 5 (o sea, por la eliminación de su jefatura sobre la Ciudad de Buenos Aires, por la intervención del Consejo de la Magistratura en la elección de los jueces, por las mayores competencias y autonomía de provincias y municipios y por la jerarquización de los órganos de control), no se ha podido verificar en cambio que los otros puntos hayan logrado su propósito.

En particular, consideramos criticable la declinación por el Congreso de sus atribuciones, que se manifiesta en las delegaciones legislativas, el uso excesivo de decretos de necesidad y urgencia, las emergencias y los llamados "superpoderes"[25]. Asimismo, la práctica institucional de la Jefatura de Gabinete de Ministros, que en modo alguno ha atenuado los poderes presidenciales ni servido hasta ahora en una situación de crisis, como la de fines del 2001 durante la presidencia de De la Rúa, ya que no impidió su caída.

---

en el derecho constitucional comparado, lo que le permite fundamentar su denominación de "presidencialismo parlamentarizado". También sostiene que se advierte una presidencialización de los sistemas parlamentarios. En la exposición efectuada por el jurista mexicano en el seminario sobre presidencialismo antes citado, insistió en introducir reformas al sistema constitucional de su país para incorporar el gobierno de gabinete, además de otras instituciones que había mencionado Jorge Carpizo en la mesa redonda que también integrara. Valadés recordó la tradición y tendencia autoritaria del presidencialismo, que mereciera las críticas de Kelsen y Bobbio, y abogó por la racionalización de su poder. El senador Carlos Navarrete del PRD, que también formó parte de dicha mesa junto a los citados juristas y a otros dos senadores del PAN y del PRI, fue particularmente elocuente en su análisis del presidencialismo exacerbado durante el gobierno del PRI, que recién finalizara con la presidencia de Fox en el 2000. Por ello, hemos incluido dentro del hiperpresidencialismo a dicha etapa.

25 Que otorgan al jefe de Gabinete de Ministros la inconcebible atribución de modificar el destino de las partidas aprobadas por el Congreso en la ley de presupuesto, con lo que queda desconocida una de las principales atribuciones del órgano legislativo. Por otra parte, el art 37 de la ley 24.156 de Administración Financiera del Estado establecía —como no puede ser de otra manera, según lo dispuesto por la Constitución Nacional en su art. 75, inc. 8º— que dicha competencia era propia del Congreso.

Consideramos que, de las normas redactadas, merece especial mención por su brevedad la del art. 76 sobre delegación legislativa, que ha originado dificultades de interpretación y una práctica abusiva por parte del propio Congreso y del presidente. Esta cuestión debiera ser superada por una adecuada reglamentación del Congreso y un correcto y celoso ejercicio de sus competencias, además de una firme jurisprudencia de los tribunales, como se hizo por la Corte Suprema en el célebre caso "Provincia de San Luis" en 2003, donde nuestro más Alto Tribunal efectuó una acertada interpretación sobre el alcance de la emergencia y el uso de los decretos de necesidad y urgencia y de la delegación legislativa, para impedir el uso conjunto de aquellos, en relación con el llamado "corralito", que fue para nosotros la más grave y grosera violación de derechos constitucionales producida por una emergencia económica en nuestra historia[26].

El avance incontrolado de la concentración del poder en el Poder Ejecutivo ha alcanzado su máximo desarrollo a partir de la sanción de la Ley 25.561 de Emergencia, sancionada por el Congreso en 2002, que originara una delegación sin precedentes al presidente, en una amplísima cantidad de materias (económicas, financieras, bancarias, administrativas, de fijación de precios y tarifas, de renegociación de los contratos, etcétera) y que hasta 2018 ha sido prorrogada cada año, pese a que el gobierno se jactaba del buen funcionamiento de la economía y del superávit fiscal[27].

No obstante que el diseño constitucional de 1994 significó una modificación del fuerte presidencialismo del texto originario de 1853, en la Argentina se gobierna por muy pocas personas (el titular del Poder Ejecutivo y unos pocos colaboradores), por medio de decretos (delegados o de necesidad y urgencia), sin el debido control político por parte del Congreso ni de la Corte Suprema

26 Véase nuestra obra *Las emergencias y el orden constitucional*, en sus dos ediciones: 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, y 2ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM - Rubinzal-Culzoni, México, 2003, y "Emergencias, orden constitucional y Covid19", Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2020, donde efectuamos un análisis de las emergencias sufridas en nuestra historia institucional y, en especial, ante última económica, cuyos efectos todavía continúan y que creara el "corralito" financiero y bancario a partir de fines del 2001.

27 Véanse nuestras obras "Derecho Constitucional", Tomo II, Caps. XII y XVII, La Ley, 2012, "Emergencias, orden constitucional y Covid19", ya citada, 2020, y "A veinticinco años de la reforma constitucional de 1994", Editorial de la UNC, Córdoba, 2019.

de Justicia[28]. Por eso, aunque desde hace tiempo padecemos este fenómeno del hiperpresidencialismo, actualmente atravesamos su faz más aguda.

En relación con esto último, debemos mencionar tres modificaciones legislativas efectuadas en el año 2006, que fueron muy significativas y que, para nosotros, profundizaron esta patología.

Nos referimos en primer lugar a la ley 26.122, reglamentaria de los decretos de necesidad y urgencia, que posibilita que sea más fácil la legislación por decreto que por ley, ya que para el primer caso solo se requiere que una sola de las Cámaras otorgue su aprobación, mientras que en el segundo caso es necesaria la voluntad de las dos. Asimismo, no se estableció plazo alguno para que se expida el Congreso ni para una caducidad de los decretos no ratificados. Creemos que dicha ley es inconstitucional, porque: a) no respeta el espíritu del art. 99, inc. 3º, de la Ley Suprema; b) viola el art. 82 de la Constitución, que prescribe: "La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta"; y c) contradice abiertamente el objetivo de la reforma de 1994 antes analizado, de atenuación del presidencialismo[29].

En segundo lugar, se sancionó la ley 26.080, que modificó el número de miembros del Consejo de la Magistratura, para reducirlo de 20 a 13 y con alteración del equilibrio ordenado por el art. 114 de la Ley Suprema, lo que significara un avance del Poder Ejecutivo sobre los otros sectores, que

28 Véanse nuestras obras "Derecho Constitucional", Tomo II, Caps. XII y XVII, La Ley, 2012, "Emergencias, orden constitucional y Covid19", ya citada, 2020 y "A veinticinco años de la reforma constitucional de 1994", Editorial de la UNC, Córdoba, 2019

29 Por otra parte, la mayoría oficialista en la Comisión Bicameral Permanente impidió un verdadero control de los decretos por parte del Congreso, por lo que se ha acentuado la práctica de un gobierno por decretos, en lugar de leyes. Según el editorial del 11/09/2007 del diario *La Nación* de Buenos Aires, el presidente Kirchner suscribió durante su mandato 249 decretos de necesidad y urgencia, frente al envío de solo 174 proyectos de ley remitidos al Congreso.

Además de dicha reglamentación alejada del espíritu de la Constitución, insistimos en que al número de decretos de necesidad y urgencia hay que sumar otra enorme cantidad de decretos delegados —en razón de la Ley de Emergencia Económica citada—, lo que confirma nuestra afirmación acerca del gobierno por decretos en nuestro país, como muestra inexcusable de la decadencia de nuestro Estado de derecho.

ha afectado la independencia del Poder Judicial, valor fundamental para el sistema republicano[30].

En tercer lugar, también en dicho año se modificó el art. 37 de la ley 24.156 de Administración Financiera, para posibilitar que el jefe de Gabinete de Ministros pudiera cambiar el destino de las partidas, en lugar de la atribución que solo le puede corresponder al Congreso, lo que ha significado, desde entonces, una gravísima lesión a una de las más importantes competencias de dicho órgano estatal.

Estas ostensibles violaciones del sistema republicano y de nuestra democracia constitucional son consecuencia de una notoria falta de cultura política, jurídica y democrática[31].

III. EL HIPERPRESIDENCIALISMO

Estimamos necesaria una explicación acerca del uso de la denominación "hiperpresidencialismo", tanto en la Argentina como en otros países de la región.

Para nosotros, este fenómeno se caracteriza por la concentración del poder en el presidente, más allá de las competencias fijadas por la Constitución, en desmedro de la división y el equilibrio de los poderes y de los principios

30 Cuya inconstitucionalidad fue sostenida por las Academias Nacionales de Derecho de Buenos Aires y de Córdoba y que originara un planteo judicial por parte del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. 15 años después, a fines de 2021, en el caso "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional", la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad de dicha ley y ordenó que si el Congreso no sancionaba una nueva ley, se debía volver a la integración de 20 miembros de la ley 24.937, lo que en efecto ocurrió, además de asumir la Presidencia del Consejo el presidente de la Corte Suprema. Véase GARCÍA MANSILLA, Manuel, "Resistir, para el que el Consejo de la Magistratura y la Corte Suprema de Justicia no se transformen en botines de guerra", *La Nación* del 24/04/2022.

31 Véase al respecto lo que expusimos sobre cultura constitucional en el libro "Derecho Constitucional", obr. cit, director Antonio María Hernández, Tomo I, Cap. 1; en nuestras obras *Las emergencias y el orden constitucional*, en sus dos ediciones: 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, y 2ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM - Rubinzal-Culzoni, México, 2003, y *Emergencias, orden constitucional y COVID-19*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2020, y en las dos Encuestas que hemos dirigido: HERNÁNDEZ, Antonio María - ZOVATTO, Daniel - MORA Y ARAUJO, Manuel, *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2005, y *Segunda encuesta de cultura constitucional. Argentina, una sociedad anómica*, Eudeba, Buenos Aires, 2016.

de la democracia constitucional. Debemos a Carlos S. Nino el más agudo y profundo estudio de esta grave patología institucional, que produce inconmensurables efectos negativos para el sistema político y jurídico y para una sociedad abierta. En su obra *Fundamentos de derecho constitucional*[32] expuso con visión interdisciplinaria en el cap. III, destinado a la "Organización del poder", estos tres acápites: a) "Actual organización del poder en la Argentina"[33], con énfasis en lo jurídico-constitucional, donde analizó el hiperpresidencialismo en contexto, con la presidencia hipertrofiada, el debilitamiento del Congreso, el sistema de los partidos políticos y el sistema electoral, el proceso de sumisión de la administración de justicia, la declinación relativa del federalismo y las formaciones corporativas; b) "Evaluación del hiperpresidencialismo argentino desde el punto de vista de su legitimidad democrática"[34], con énfasis en lo filosófico, donde analizó aspectos como la dispersión de la soberanía, el deficiente procesamiento del consenso, los problemas de la mediación imperfecta y de la apatía política y el empobrecimiento del debate público; y c) "Evaluación del hiperpresidencialismo argentino desde el punto de vista de su estabilidad y eficacia"[35], con énfasis en lo politológico, donde analizó la estabilidad en relación con la personalización del poder, la rigidez del sistema y las válvulas de escape, los bloqueos entre los poderes del Estado y la dinámica de confrontación de los partidos y la dificultad para formar coaliciones y luego la eficacia del hiperpresidencialismo.

Al referirse a la presidencia hipertrofiada, según el texto constitucional originario de 1853, o sea, antes de la reforma de 1994, sostuvo: "Esta somera revisión de las facultades que los presidentes fueron adquiriendo por una interpretación extensiva de cláusulas constitucionales, por claudicación de los otros poderes del Estado, o por un ejercicio liso y llano de la musculatura política, muestra que, desde el punto de vista normativo, el presidente argentino es, como lo preveía Alberdi, un verdadero monarca, aunque a diferencia de lo que él suponía, sus facultades regias no han sido óbice para la inestabilidad de los gobiernos y los abusos de poder frente a los derechos de los ciudadanos. También se confirma, con la desvirtuación del espíritu y muchas veces de los

32 Que lleva como subtítulo *Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional* y que fue publicado por Astrea, Buenos Aires, 1992.

33 Cfr. NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*. *Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional,* Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 497/569.

34 Ibídem, ps. 569/617.

35 Ibídem, ps. 617/653.

textos constitucionales, en la concesión y asunción de facultades extraordinarias por parte del presidente, la tendencia a la ajuridicidad que ha sido una constante en nuestra práctica político-institucional, aun en períodos *de jure*"[36].

En su aguda visión de este fenómeno del hiperpresidencialismo en la práctica institucional de nuestro país, Nino señaló además, entre otros aspectos ya mencionados, el del corporativismo, que consideraba muy importante para comprender la política latinoamericana, por su vinculación con regímenes políticos como el autoritarismo burocrático y con ideologías como el populismo. Y consideraba que en "Argentina la corporativización del Estado ha sido obvia", señalando el accionar de las Fuerzas Armadas por la toma del poder, el de la Iglesia católica y los sindicatos, y, en el sistema económico, por la concesión de privilegios, monopolios y subsidios a determinados grupos de contratistas del Estado[37]. Por eso consideraba que nuestra democracia era "corporativa" y alejada del modelo correcto que defendía de democracia "deliberativa"[38].

Pensamos que muchos de sus conceptos tienen hoy plena vigencia, y en particular señalamos que el problema del hiperpresidencialismo corporativo sigue siendo el más grave de nuestro sistema constitucional, ya que ahora, luego de la reforma de 1994, que incorporara instituciones para atenuarlo, se observa con mayor nitidez la violación de la letra y el espíritu de la Ley Suprema[39].

En relación con América Latina, por cierto que los gobiernos *de facto* contribuyeron a la consolidación del hiperpresidencialismo. Pero también en los gobiernos electos por el pueblo puede observarse esta deformación patológica de las instituciones. Es lo que ha ocurrido en nuestro país desde hace tiempo y que ahora se comprueba con un análisis de la realidad, como lo hemos efectuado. Y es lo que se aprecia en otros países de América Latina,

36 Ibídem, p. 529.

37 Ibídem, ps. 562/566.

38 Ibídem, p. 605.

39 Todo ello se interrelaciona y contribuye a la conformación de una presidencia hegemónica, como lo ha señalado además Natalio Botana en diversos artículos periodísticos en el diario *La Nación* y en sus libros, destinados a la República y, en particular, en el titulado *Poder y hegemonía*, Emecé, Buenos Aires, 2007. Véase también BIANCHI, Alberto, "La deuda institucional", *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, t. 67, nro. 2, diciembre/2007, ps. 42/55.

como Venezuela, Ecuador, Bolivia, Brasil[40] y Colombia. También incluimos en dicha enumeración a México, durante el período de gobierno del PRI como partido hegemónico, hasta fines del siglo XX pero no en las presidencias de Fox, Salinas de Gortari y Peña Nieto, ya que el tripartidismo existente ha significado un notorio avance institucional y democrático para el país, con un adecuado funcionamiento de la división de los poderes y del sistema republicano y un especial fortalecimiento del Congreso. Lamentablemente, dicha situación ha cambiado con la actual Presidencia de López Obrador, que caracterizamos como hiperpresidencialista. Lo propio afirmamos del presidente Bukele en El Salvador.

Es un momento particularmente grave para las democracias en el mundo y en la región. Al respecto y de acuerdo a la clasificación de **The Economist sobre los regímenes políticos en Latinoamérica y el Caribe**, en el año 2022, observamos que sólo son **democracias plenas** Uruguay, Chile y Costa Rica, mientras que son **democracias imperfectas** Argentina, Brasil, Colombia, República Dominicana, Guyana, Jamaica, Panamá, Surinam y Trinidad Tobago. Y lamentablemente se ha incrementado la lista de **sistemas híbridos** (con elementos autoritarios) que integran Bolivia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay y Perú. Y observamos en la última categoría, la de **regímentes autoritarios**, a Cuba, Venezuela, Nicaragua y Haití.

Hemos advertido sobre el futuro de la democracia y el constitucionalismo, en el que confiamos, pese al avance de sistemas autoritarios, populistas y corruptos[41], que van lesionando la democracia constitucional.

Para nosotros, resulta fundamental afirmar la tendencia hacia presidencialismos atenuados, racionales y controlados que se ha observado en las reformas constitucionales producidas en América Latina, así como la necesidad de consolidar el buen funcionamiento de los sistemas republicanos, con división y equilibrio de poderes, para el logro de sociedades abiertas y democráticas con una elevación de la cultura constitucional y de la legalidad.

40 Así lo ha considerado el Prof. Marcelo Figueiredo de la Universidad Católica de San Pablo y presidente de la Asociación de Constitucionalistas Demócratas de Brasil, en la Mesa Redonda de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, celebrada en Porto de Galinhas, Pernambuco, entre los días 23 y 25/11/2009.

41 Véase HERNÁNDEZ Antonio María y VALADÉS Diego, coordinadores, "La Constitución y el combate a la corrupción", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Mexico, 2022.

EL RÉGIMEN POLÍTICO EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA: REPENSAR Y PROPONER SU REFORMA

*César Ochoa Cardich**

Dedicado a la memoria de César Valega García, profesor de Derecho Constitucional.

(…) el término régimen político (…) designa a un conjunto completo de instituciones más o menos coordinadas y articuladas, que se refieren a la vez al fundamento del poder, a la elección de los gobernantes, a su estructura y a su limitación.

Maurice Duverger. *Institutions Politiques*

(…) las constituciones se parecen (de alguna manera) a las máquinas, esto es, a mecanismos que deben "funcionar" y producir algo; segundo, que no es muy probable que las constituciones funcionen como se desea a menos que empleen las "maquinarias" de Bentham, es decir, los castigos y las recompensas.

Giovanni Sartori. *Ingeniería Constitucional Comparada*

1. Introducción

La presente ponencia actualiza nuestra tesis desarrollada en el libro Derecho Constitucional Económico -escrito en coautoría con Baldo Kresalja- sobre el régimen político peruano[1]. Así,

* Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú, elegido por el Congreso periodo 2022-2027. Autor de libros y artículos especializados en Derecho Público Económico. Profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú 1991-2022, y en la Universidad de Lima entre 2015 y 2020.

ahora planteo el debate si nuestro régimen político hiperpresidencialista –tesis que ratifico- ha sufrido una mutación constitucional hacia una supuesta parlamentarización y, asimismo, propongo reformas constitucionales/institucionales indispensables para el diseño de un nuevo régimen político.

Siguiendo a la doctrina iuspublicista francesa me refiero a las formas de gobierno como *regímenes políticos*[2]. Los regímenes políticos latinoamericanos son definidos como presidencialistas aun cuando han asumido rasgos que lo diferencian profundamente del modelo original estadounidense, basado en la separación de poderes.

De acuerdo con Linz, los rasgos característicos esenciales de la forma de gobierno presidencial son: i) La legitimidad democrática dual corresponde tanto del presidente como del Congreso; y ii) La rigidez del sistema[3]. Esta legitimidad dual generaría *breakdowns of democracy*. La legitimidad democrática dual se manifiesta por la elección popular tanto del Presidente de la República como la del Congreso. La rigidez del sistema se manifiesta en mandatos fijos y en que la estabilidad del Presidente en el cargo no depende del Congreso ni viceversa, debido tanto a su origen como a su supervivencia independiente[4].

Así, Linz y Valenzuela -como una amplia literatura académica en ciencia política- han cuestionado, con sólida evidencia empírica, al régimen político presidencialista por generar inestabilidad gubernamental, bloqueo institucional y hasta la ruptura del sistema democrático[5].

1 Kresalja Baldo y César Ochoa. *Derecho Constitucional Económico, Tomo II, Fondo Editorial PUCP, Lima, pp. 457 y sigts.*

2 Cfr. Duverger Maurice. *Instituciones Políticas* y *Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1970, pp. 242-534.

3 Cfr. Linz, Juan. Presidencial or Parliamentary Democracy: Does it Make a Difference. En: Juan J. Linz y Arturo Valenzuela (eds.), *The Failure of Presidential Democracy. Comparative Perspective*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1994, vol. 1.

4 Shugart, Matthew y Scott Mainwaring. "Presidencialismo y democracia en América latina: revisión de los términos del debate". En: Shugart, Matthew y Scott Mainwaring (comps.), *Presidencialismo y democracia en América Latina, Paidós, Buenos Aires, 2002, pp. 23-25.*

5 Riggs, Fred. La supervivencia del presidencialismo en Estados Unidos: Prácticas paraconstitucionales. En: *Presidencialismo versus parlamentarismo*, Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1988, citado por Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos*

2. El régimen político del presidencialismo latinoamericano en el Perú

Nogueira define al régimen presidencialista latinoamericano -sustancialmente distinto al presidencialismo estadounidense- en los siguientes términos:

En nuestra opinión, el tipo de gobierno presidencialista latinoamericano, con independencia de sus modalidades específicas, que se considerarán más adelante y permitirán establecer una tipología de ellos, se caracteriza por ser un gobierno democrático representativo con un Ejecutivo monista donde un Presidente de la República elegido por sufragio universal directo es jefe de Estado y de gobierno, dirigiendo las relaciones internacionales y siendo jefe superior de las Fuerzas Armadas, además de participar como órgano colegislador en la formación de leyes, disponiendo de derecho de veto suspensivo parcial, constituyéndose así en el órgano central del régimen político, donde los ministros de Estado son sus colaboradores directos y ejecutores de la política presidencial. El Congreso o Parlamento, además de sus funciones de órgano colegislador, desarrolla la función de fiscalización de los actos de gobierno, como asimismo participa dando su acuerdo al presidente en el nombramiento de algunas altas autoridades públicas. El Poder Judicial es un órgano independiente e imparcial que administra justicia. Existe, asimismo, un sistema de control de constitucionalidad de los

de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, pp. 626-627: "Un punto de partida para el análisis puede ser el hecho de que unos 33 países del Tercer Mundo (pero ninguno en el Primero o Segundo) han adoptado (siguiendo el ejemplo norteamericano) constituciones presidencialistas. Casi universalmente esos regímenes han soportado quiebras institucionales –usualmente en la forma de uno o más golpes de estado- por medio de los cuales grupos conspirativos de oficiales militares arrebatan el poder, suspenden la Constitución, desplazan a funcionarios electos, imponen la ley marcial y promueven normas autoritarias… Ningún país que siga el modelo presidencialista, excepto Estados Unidos, ha sido capaz de eludir alguna de las experiencias antidemocráticas…En cambio casi dos tercios de los países del Tercer Mundo que han adoptado Constituciones parlamentarias, comúnmente basadas en los modelos británico o francés, han mantenido sus regímenes y han eludido las típicas rupturas de sistema norteamericano".

preceptos legales y otras normas emanadas de óranos y autoridades del Estado bajo diversas modalidades específicas[6].

A estas características en el Perú debemos agregar que el presidente de la República, elegido por sufragio directo, concentra las atribuciones de jefe de Estado y de jefe de Gobierno, desde el origen de nuestro constitucionalismo histórico, asumido en los textos constitucionales del siglo XIX y XX que tuvieron vigencia efectiva (1823, 1828, 1839, 1856, 1860, 1920, 1933 y 1979) y nuevamente reiterado en la Constitución peruana de 1993 en los artículos 110 y 118.3[7].

García Belaunde concluye que el régimen político peruano es de preponderancia presidencial[8]. Planas lo calificaba como el régimen semipresidencial latinoamericano, destacando como elemento definitorio que Gobierno o el Poder Ejecutivo no es unipersonal:

> Es un presidencialismo mediatizado por mecanismos parlamentarios. El Presidente de la República es Jefe de Gobierno y Jefe de Estado al mismo tiempo, aunque, a diferencia del presidencialismo estadounidense, el Ejecutivo en el régimen semipresidencial latinoamericano no es unipersonal. Aquí lo configura el Presidente de la República y el respectivo Ministro o, algunas veces, un Consejo de Ministros, con responsabilidad política ante las Cámaras. No hay acto individual y aislado del Presidente de la República. Los actos de gobierno del Presidente de la República requieren refrendación ministerial, de lo contrario, son nulos[9].

Así, desde el siglo XIX, se incorporaron en el régimen político diversos mecanismos propios del parlamentarismo, en el marco jurídico

6 Nogueira, Humberto. La tipología de gobiernos presidencialistas de América Latina y gobiernos semipresidenciales en Europa. En: *Estudios Constitucionales, año 15, núm. 2, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, 2017, p. 18.*

7 Artículo 110. El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación.

Artículo 118. Corresponde al Presidente de la República: (…) 3. Dirigir la política general del Gobierno.

8 Cfr. García Belaúnde, Domingo. "Forma de gobierno en la Constitución peruana". *En: Revista de Estudios Políticos, núm. 74, Institutos de Estudios Políticos, Madrid, octubre-diciembre de 1991, p. 632.*

9 Planas Silva, Pedro. Regímenes Políticos Contemporáneos, Fondo de Cultura Económica, Lima, 1997., p. 121.

de una forma de gobierno de núcleo presidencial. De este modo, se configuró progresivamente un régimen peculiar que responde a una necesidad contradictoria: de un lado, se asigna al jefe del Estado los mecanismos amplios que exige la situación compleja de gobernar países en vías de desarrollo, y, por otra parte, se procura limitar dichos instrumentos para evitar la arbitrariedad y abuso del poder[10].

En esa dirección, la Constitución de 1828 -que es una de las más relevantes en la formación histórica de nuestro constitucionalismo como destaca García Belaunde- estableció en el artículo 97 el requisito de validez del refrendo ministerial de los actos del Presidente de la República, que se mantiene hasta el presente. En consecuencia, nos alejamos del presidencialismo estadounidense muy tempranamente, dado que la relación entre el presidente de los Estados Unidos con sus secretarios de Estado no es colegiada ni de *primus inter pares, como en el parlamentarismo*[11]. Así, se inicia una interacción político-institucional entre el Ejecutivo y el Congreso[12].

El órgano colegiado del Consejo de Ministros se instituye en el artículo 93 de la Constitución de 1856, por influencia de la Convención Nacional de 1855, de inspiración liberal caracterizada, a juicio de Manuel Vicente Villarán, por potenciar la autoridad del Congreso y disminuir la del Poder Ejecutivo. En ese contexto, la moción de censura a los ministros fue establecida en la Ley de Ministros promulgada en 1856[13]. Asimismo, con la Ley de Ministros de ese año emerge la figura del presidente del Consejo de Ministros. Este proceso es reglamentado por las Leyes de Ministros de 1862 y 1863. Se constituiría en una suerte de enlace entre el Gobierno y el Congreso, con la finalidad de personificar y facilitar el ejercicio del control político parlamentario[14].

10 Nogueira, Humberto. La tipología de gobiernos presidencialistas de América Latina y gobiernos semipresidenciales en Europa, cit., p. 17.

11 Hakansson Nieto, Carlos. *La forma de gobierno de la Constitución peruana*, Universidad de Piura, 2001, p. 60.

12 Nogueira, Humberto. Op. cit., p.17.

13 Villarán, Manuel Vicente. *Posición constitucional de los ministros en el Perú, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1994, p. 145.*

14 Planas, Pedro, op. cit., p. 122. Chirinos Montalbetti, Rocío. *La Constitución de 1933, CONCYTEC, Lima, 1991, p. 298.*

3. El presidencialismo parlamentarizado o híbrido en las Constituciones de 1933 y 1979

Ciertamente en el siglo XX el régimen político presidencialista en el Perú se transformó en un presidencialismo parlamentarizado en las Constituciones de 1933 y 1979. Así, se estableció la figura del Preside Consejo de Ministros nombrado por el Jefe de Estado, así como la moción de censura contra el Consejo de Ministros o contra cualquiera de los ministros.

Es con la Constitución de 1933 que se maximizan los poderes parlamentarios no sólo en la teoría, sino hasta en la Constitución "material" con la intención de fortalecer al Congreso frente al predominio presidencial[15]. En rigor, el régimen político establecido en la Carta Fundamental de 1933 giró del presidencialismo a un régimen híbrido, a caballo entre el presidencialismo y el parlamentarismo, como lo denominó Fernández Segado[16].

Modelo mal diseñado que promovió la confrontación de poderes y el bloqueo institucional, cuando la carencia del presidente de la República de una mayoría parlamentaria estable en el Congreso generaba el impasse político y el inmovilismo del Poder Ejecutivo, que sirvieron de pretexto o de clima favorable para el golpe de estado de 1948 contra Bustamante y el de 1968 contra Belaunde. Así, como dato relevante de la inestabilidad gubernamental en el primer gobierno de Belaunde (1963-1968), se destaca que el Parlamento censuró a siete ministros y otros tres renunciaron antes de ser censurados[17].

A este régimen político, Chirinos Soto lo denominó sistema mixto, orientado al parlamentarismo, pero materialmente presidencialista en su ensayo Naturaleza –presidencial o parlamentaria- de nuestro sistema de gobierno, Arequipa, 1968[18].

Como consecuencia de la experiencia histórica precedente, la Asamblea Constituyente de 1978 moduló el régimen híbrido, pero no

15 Hakansson Nieto, Carlos. *La forma de gobierno de la Constitución peruana*, Universidad de Piura, 2001, p. 158.

16 Fernández Segado. Francisco. *Las relaciones entre los órganos de gobierno en la Constitución del Perú: un modelo híbrido entre el presidencialismo,* ponencia al IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Madrid, septiembre de 1988.

17 Hakansson, op. cit., p. 169.

18 Citado por García Belaunde, Domingo. "Forma de gobierno en la Constitución peruana". *En: Revista de Estudios Políticos, núm. 74, Institutos de Estudios Políticos, Madrid, octubre-diciembre de 1991, p. 625.*

hacia un presidencialismo atenuado, sino a una forma de gobierno de clara hegemonía presidencial. Es así como la atribución de disolución de la Cámara de Diputados fue prevista como un contrapeso de la censura ministerial en el artículo 227 de la Constitución peruana de 1979, si ésta censuraba o negaba la confianza a tres Consejos de Ministros.

Cabe destacar que, durante la vigencia de la Carta Fundamental de 1979, la censura del gabinete no se ejerció, dato histórico que confirma que más allá del texto, la Constitución "material" reforzó la esencia presidencialista del régimen político. La censura ministerial devino en simbólica y salvo por su utilización excepcional no constituyó un instrumento para la exigencia de la responsabilidad política ministerial. La inmutabilidad del Gobierno y el Parlamento en la práctica fue institucionalizada por la Constitución peruana de 1979, debido a las restricciones previstas para la disolución de la Cámara de Diputados.

4. El régimen político hiperpresidencialista de 1993

Hakansson destaca que la Constitución peruana de 1993 es el caso más clamoroso en que se encuentran todas las instituciones del parlamentarismo: un jefe de gabinete, moción de censura, cuestión de confianza, interpelaciones, estación de preguntas, refrendo ministerial, hasta el privilegio de disolución parlamentaria del presidente de la República[19]. Formalmente nos ha aproximado al parlamentarismo, pero materialmente no. Paradójicamente se ha fortalecido el poder presidencial como veremos más adelante.

Nuestra tesis afirma que la Constitución peruana de 1993, exacerbó el presidencialismo de la Constitución histórica del Perú, al extremo de configurar un presidencialismo hipertrófico[20] que se caracteriza por una concentración de poderes legislativos proactivos y reactivos del Presidente de la República. A mi juicio, y me ratifico en ello, configura un modelo de hiperpresid encialismo[21].

19 Hakansson Nieto, Carlos. *El neopresidencialismo. La forma de gobierno de la Constitución peruana, Yachay legal, Lima, 2021, p. 155.*

20 Combellas Ricardo. El nuevo derecho constitucional latinoamericano, CIEDLA, Caracas, 1996. Moderne, Franck. "Les avatars du présidentialisme dans les États latinoaméricains;. En: *Revista Pouvoirs, núm. 98, 2001/3, pp. 63-87. Citados por Nogueira, H. Op. cit., p.19.*

21 Cfr. Dalla Via, Alberto. *Derecho Constitucional Económico, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999; Nino, Carlos Santiago, Fundamentos de derecho constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2005.*

Hakansson -siguiendo a Karl Lowenstein[22]- califica al régimen político peruano como neopresidencialista:

> El profesor Karl Lowenstein fue el primero en definir al neopresidencialismo, al sostener que responde a un poder ejecutivo donde el Presidente de la república, como jefe de Estado y Gobierno, comparativamente recibe más atribuciones que el Parlamento; al punto, que tiene herramientas para moderarlo con facultades para neutralizar los contrapesos en momentos de crispación al límite, especialmente cuando el gobierno se encuentra con minoría parlamentaria.
>
> El neopresidencialismo es un régimen presidencial que se distingue del modelo original estadounidense, por no provenir de una efectiva división territorial del poder, con un presidente de la República con atribuciones no necesariamente compensadas con controles, intra y extra-órgano, propios del presidencialismo, sino con otras instituciones parlamentaristas e instrumentos de la democracia directa. Los regímenes neopresidencialistas son de varios tipos, pero el más extremo es el instaurado en Venezuela o "chavista", que empodera al Ejecutivo, al extremo de casi carecer de control político[23].

El presidente de la República no sólo concentra las funciones de jefe de Estado y jefe de Gobierno, sino que conforme al artículo 110 "personifica a la Nación", atributo que no gozan ni siquiera los monarcas constitucionales quienes sólo representan o simbolizan la unidad y continuidad del Estado[24]. Si bien el presidente de la República define la orientación de la política general del Gobierno, debe nombrar un presidente del Consejo de Ministros, quien conforme al texto constitucional propone al presidente de la República a los ministros, así como su remoción, conforme al artículo 122, aun cuando no ocurra así en la Constitución material, debido a la preeminencia fáctica del presidente de la República.

22 Lowenstein, Karl. *Teoría de la Constitución, Editorial Ariel, Barcelona, 1976, pp. 84 y sigts.*

23 Hakansson Nieto, Carlos. Op. cit., p. 408.

24 Atributo reconocido por primera vez en el artículo 134 de la Constitución de 1933.

En el régimen político peruano, el presidente de la República concentra atribuciones fortalecidas: ejerce la potestad de reglamentar las leyes (artículo 118.8); dirige la política exterior y las relaciones internacionales (artículo 118.11); nombra embajadores y ministros plenipotenciarios, con aprobación del Consejo de Ministros (artículo 118.12); declara la guerra y firma la paz, con autorización del Congreso (artículo 118.16); preside las sesiones del Consejo de Ministros (artículo 121); preside el Sistema de Defensa Nacional (artículo 118.14); ejerce la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (artículo 167); así como otorga los ascensos de los generales y almirantes de las Fuerzas Armadas y de los generales de la Policía Nacional, según propuesta del instituto correspondiente (artículo 172).

Además, el Presidente de la República está dotado de iniciativa legislativa tal como lo están los congresistas, conforme al artículo 107, pero a diferencia de los proyectos de los parlamentarios, sus proyectos de ley tienen preferencia en el Congreso en la agenda legislativa, cuando son enviados con carácter de urgencia (artículo 105). Así, el presidente de la República es un colegislador, a diferencia del presidente de los Estados Unidos.

Asimismo, es relevante que la preeminencia legislativa del presidente de la República es reforzada en materia financiera. El artículo 79 - siguiendo a la Carta Fundamental de 1979- establece que los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto. Asimismo, prevé que el Congreso no puede aprobar tributos con fines predeterminados, salvo por solicitud del Poder Ejecutivo, y que las leyes de índole tributaria referidas a beneficios y exoneraciones requieren previo informe del Ministerio de Economía y Finanzas, que evidencia que en este régimen político opera como poder fáctico la tecnocracia del Ministerio de Economía y Finanzas, que desde la década del 90 del siglo XX es de una definida opción neoliberal[25].

El texto fundamental de 1993 fortalece la expansión de facultades del Poder Ejecutivo en materia presupuestaria, con el establecimiento de un plazo que vence el 30 de noviembre para que el Congreso remita

25 Durand, Francisco. *El Perú fracturado, Formalidad, informalidad y economía delictiva, Fondo Editorial del Congreso de la República, Lima, 2007, p. 181 y siguientes.*

al Poder Ejecutivo la autógrafa de Ley de Presupuesto, de tal manera que vencido este, si no ha sido remitida, entra en vigencia el proyecto del Gobierno, que es promulgado por decreto legislativo, conforme al artículo 80 de la Norma Suprema.

En la politología, si la Constitución identifica actores individuales o colectivos que deben ponerse de acuerdo para el cambio del *statu quo*, estos son los denominados *veto players*[26]: estos son: el presidente de la República, el Congreso y –según algunos nuevos enfoques- el Tribunal Constitucional[27].

Así, en el régimen político peruano se requiere un consenso entre el Congreso y el presidente de la República para la promulgación de las leyes. Siguiendo al artículo 10 de la Constitución francesa de 1958, se prevé como uno de los poderes reactivos del presidente de la República la atribución presidencial del veto u observación presidencial en el artículo 108 de la Constitución que establece que si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer "en todo o un parte" de la ley aprobada por el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días. Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, superando el veto suspensivo con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso. Cabe señalar que en Estados Unidos para que el Congreso apruebe una ley vetada se requiere de una mayoría calificada de dos tercios en ambas cámaras legislativas.

De otro lado, uno de los poderes proactivos del Presidente de la República, es decir, que le faculta a establecer un nuevo statu quo, es la facultad presidencial de los decretos de urgencia. El inciso 19 del artículo 118 de la Constitución establece que es atribución del Presidente de la República: "Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso".

26 Tsebelis, George. *Jugadores con veto. Cómo funcionan las instituciones políticas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 103.

27 Cfr. Alzamora Torres, Dennis y Flor Zúñiga Maldonado. "Las sentencias del Tribunal constitucional peruano. Un estudio a partir de la teoría de los veto players". En: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 47, núm. 127, julio-diciembre 2017, pp. 447-466.*

Así, se prevé expresamente en el precitado artículo que el Congreso puede modificar o derogar los decretos de urgencia, previsión que es insuficiente para su control, el cual debe ser regulado en la Norma Suprema y no así en el Reglamento del Congreso como ocurre actualmente. Consideramos que debe fijarse taxativamente los presupuestos fácticos habilitantes para la expedición de los decretos de urgencia y preverse a nivel constitucional los instrumentos de control parlamentario, tal como ocurre en el derecho comparado: fijar un plazo para la ratificación parlamentaria de los decretos de urgencia (Italia) o para su conversión en leyes (España).

De este modo, se evitaría que los decretos de urgencia se conviertan en legislación de pura y simple conveniencia política, que terminan siendo el caballo de Troya de una tecnocracia autoritaria. En América Latina debe destacarse el caso de Argentina bajo el gobierno de Menem (1989-1999), quien implementó su programa de reformas neoliberales mediante los decretos de necesidad y urgencia, asumiendo la capacidad de legislar sin pasar por el Congreso y hasta los utilizó para presionar al Congreso para aprobar una ley[28].

Como afirma Donayre, el interés nacional que sustenta a los decretos de urgencia en la Constitución peruana, es una condición de procedibilidad que se ve librada a la interpretación discrecional del Poder Ejecutivo y sus necesidades, con un control parlamentario vaciado de contenido, al materializarse en fórmulas de derogación o modificación ineficaces por ser posteriores a la expedición del decreto de urgencia y por no influir en su puesta en vigencia[29].

A lo que se agrega los poderes excepcionales atribuidos desde la Constitución de 1979 -que sigue el modelo francés previsto en el artículo 16 de la Constitución de 1958- de dictar: "las medidas necesarias para la defensa de la República, la integridad del territorio y la soberanía del Estado". Debe advertirse que esta disposición es una previsión de defensa extraordinaria del Estado, que podría habilitar a la concentración de poderes desorbitados por el Presidente de la República. No están tasadas con precisión

28 Jones, Mark. "Una evaluación de la democracia presidencialista argentina", en: *Presidencialismo y democracia en América Latina, cit., p. 243.*

29 Donayre, Patricia. *Los Decretos Legislativos en el Perú*, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2001, p. 298.

las amplias medidas cuyo ejercicio se faculta al Presidente de la República y no se regula su control, situación que acrecienta los peligros para el Estado Constitucional si un gobernante con tendencias autoritarias pudiese sentirse amparado para suspender la vigencia de la Constitución, al amparo de los mencionados poderes excepcionales.

Además, a diferencia del sistema presidencial estadounidense, la Constitución peruana de 1993 mantiene la atribución del Presidente de la República de dictar normas con rango de ley mediante decretos legislativos. Se requiere como en el texto fundamental anterior la previa delegación de facultades legislativas por el Congreso sobre la materia y por el término que especifica la ley autoritativa. Si bien la legislación delegada se ha extendido en el Derecho comparado, se prevé a nivel constitucional los instrumentos de control para evitar el abuso en su ejercicio por el Poder Ejecutivo. Más aún, cuando en nuestra práctica constitucional las leyes autoritativas de legislación delegada han sido usualmente muy genéricas en la precisión de la materia en la que se otorgan facultades legislativas al Ejecutivo. La Constitución debiera prever que el Congreso delegante puede limitar la legislación delegada estableciendo en la ley autoritativa no sólo el objeto y alcance de la delegación sino incluso los principios o criterios que han de seguirse en su ejercicio.

Además de todas estas atribuciones constitucionales reforzadas, tanto en el Perú como en el Brasil, los presidentes de la República construyen sus bases de apoyo político mediante políticas de patronazgo y clientelismo: el control de los presidentes de la República sobre los nombramientos de funcionarios y la asignación de recursos en determinadas circunscripciones electorales son utilizadas para forjar apoyo para su propia agenda legislativa[30].

Si bien es cierto que nuestra crítica debe matizarse, la peor solución es su hipertrofia instaurada por la Constitución de 1993. En términos de O' Donnell -en esencia- se trata de una democracia delegativa o un régimen político que siendo democrático por su legitimidad electoral mantiene un Poder Ejecutivo dotado de una hegemonía exorbitante sobre los otros poderes del Estado[31].

30 Sobre el caso de Brasil: Mainwaring, Scott. "Pluripartidismo, federalismo fuerte y presidencialismo en Brasil". En: Shugart, Mattthew y Scott Mainwaring (comps.), *Presidencialismo y democracia en América latina*, cit., p. 94.

31 Cfr. O'Donnell, Guillermo. "¿Democracia delegativa?". En: O' Donnel (editor), *Contrapuntos: ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización, Paidós, Buenos Aires, 1997.*

5. La disolución del Parlamento como exacerbación del hiperpresidencialismo

Con relación a las relaciones entre poderes, destaca -sin lugar a duda- la atribución del presidente de la República para decretar la disolución del Congreso unicameral, siendo esta atribución propia del régimen político parlamentario (por ejemplo, Reino Unido, Canadá, Australia, Japón, España) en la cual el jefe del Estado no es a la vez jefe del Gobierno. Sin embargo, esta atribución no es discrecional sino condicionada en el artículo 134 de la Constitución que faculta al presidente de la República para disolver el Congreso unicameral si éste ha censurado o negado la confianza a dos Consejos de Ministros y, en consecuencia, convocar a elecciones parlamentarias. Ese precepto no habilita la disolución en el último año del mandato presidencial o cuando rige el estado de sitio.

Más racional sería establecer la disolución -como en el régimen parlamentario o en el semipresidencial francés- como instrumento para restablecer el equilibrio de poderes, con flexible discrecionalidad por parte del Poder Ejecutivo para decidir sobre la oportunidad de su aplicación. A nuestro juicio, la Constitución peruana de 1993 ha optado que en el juego político la disolución parlamentaria se configure como una amenaza permanente del presidente de la República sobre el Congreso, a fin de que éste se avenga a una relación de confianza hipócrita o de cohabitación por conveniencia con gabinetes sin mayoría parlamentaria.

De otro lado, al condicionar la disolución al supuesto de la caída por responsabilidad política de dos Consejos de Ministros, entonces se abre la posibilidad de un juego político en el que una mayoría parlamentaria opositora opte por censurar individualmente a los ministros y no al Consejo de Ministros en su integridad, eludiendo así la disolución, y a su vez, que el presidente de la República como jefe de Gobierno mantenga la misma orientación política pese al cambio de integrantes en el equipo ministerial, agravando la confrontación y el bloqueo institucional.

Así, como señala Nogueira, la disolución parlamentaria en la Constitución peruana de 1993 es un mecanismo fuera del contexto del parlamentarismo:

> Dicha Constitución fue aprobada durante el gobierno de Fujimori en la que se desarrollan mecanismos parlamentarizados, sacados de su

> contexto natural, que solo tienden a reforzar el poder presidencial, como es el mecanismo de la disolución parlamentaria previsto en el artículo 134; (…)[32].

Este mismo autor -en términos que suscribimos- afirma que:

> Asimismo, la introducción de la disolución parlamentaria en caso de censura de gabinete opera solamente en un sentido unívoco, ya que establece el riesgo para los parlamentarios de no salir parados de la elección, mientras que el Presidente que la provoca se mantiene en el cargo como Jefe de Estado y de Gobierno, aun cuando la elección implique un respaldo al Parlamento saliente. En la práctica, dicho mecanismo ha tendido a reforzar el poder presidencial, el cual tiene un nuevo instrumento para amenazar a un Parlamento mayoritariamente opositor, debilitando al Congreso Nacional y acentuando el autoritarismo presidencial (…) No es casualidad que el mecanismo de la disolución parlamentaria sin poner en juego la estabilidad presidencial haya sido implementada en los presidencialismos autoritarios de la segunda mitad del siglo XX, como fueron los casos de Paraguay con la Constitución de 1967, bajo el régimen del General Alfredo Stroessner, por una parte, y por otra, en el texto original de la Constitución de 1980 en Chile bajo el régimen autoritario militar de Augusto Pinochet[33].

Así, la disolución del Congreso decretada por el presidente Vizcarra el 30 de setiembre de 2019 constituyó una clara exacerbación del hiperpresidencialismo de la Constitución de 1993. Se invocó la controvertida "denegatoria fáctica" de la cuestión de confianza planteada para impedir que el Congreso eligiera a los magistrados del Tribunal Constitucional, competencia reservada al Parlamento por la Constitución, sosteniendo además la falacia de que la cuestión de confianza es ilimitada en cuanto a los asuntos sobre los que puede operar.

Como señaló el diario ABC de Madrid en una nota titulada *Hiperpresidencialismo en Perú:*

> La prensa internacional siente antipatía por Keiko Fujimori, pero aquí el eslabón débil es el Congreso, disuelto por un presidente con exceso de atribuciones (…) La oposición estimó que Vizcarra no siguió el debido

32 Nogueira, Humberto. Op. cit., p.39.

33 Ibídem, p. 49.

> proceso (al disolver el Congreso para evitar que Fuerza Popular y el Partido Aprista nombraron miembros del Tribunal Constitucional), declaró vacante la presidencia y luego elevó a ese puesto a la vicepresi-denta, Mercedes Araoz, quien prefirió dimitir. El apoyo de las Fuerzas Armadas a Vizcarra ha consolidado los planes de este, con una oposición que, aunque ha pensado en boicotear las elecciones, parece prepararse para ellas, a la espera de lo que diga el Tribunal Constitucional[34].

Cabe destacar como peculiaridades de la potestad de disolución del Congreso en la Constitución peruana de 1993, al denominado "interregno parlamentario" o lapso de suspensión del funcionamiento del Congreso como efecto de la disolución. Resulta particularmente grave que el artículo 134 prevea un plazo tan dilatado para las elecciones del Congreso extraordinario: dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución.

A este prolongado interregno se suma la potestad ejecutiva de legislar mediante decretos de urgencia –en cualquier materia no sólo en la económica y financiera-, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que éste se instale, conforme al artículo 135 de la Norma Suprema.

El texto fundamental establece que la Comisión Permanente actúa como órgano fiscalizador transitorio, legitimando así la dictadura constitucional. A nuestro juicio, no es propiamente un control parlamentario pues no se ha previsto mecanismos de ratificación, convalidación, modificación o derogación de los decretos de urgencia por la Comisión Permanente. Simplemente ésta actúa como una "mesa de partes" para tramitarlos y elevarlos al Congreso extraordinario una vez que éste se instale. En suma, se abre un periodo de concentración de funciones legislativas del Poder Ejecutivo, sin control parlamentario. Así, constituye una cláusula constitucional derogatoria de la separación de poderes.

El precitado artículo 135 prevé que el control de la legislación de urgencia sólo operaría reunido el nuevo Congreso, después de que el

34 Blasco, Emili J. *Hiperpresidencialismo en Perú. En: https://www.abc.es/internacional/abci-hiperpresidencialismo -peru-201910080218_noticia.html.*

presidente del Consejo de Ministros haya expuesto ante el Congreso los actos del Ejecutivo durante el interregno parlamentario[35].

6. La necesidad de la reforma del sistema electoral

El presidencialismo peruano coexiste con un sistema electoral de representación proporcional que estimula el multipartidismo y, por ende, la fragmentación de bancadas en el Congreso, situación que, en muchas ocasiones, genera que el jefe de Estado no cuente con mayoría parlamentaria o sea muy complejo construirla.

Aun cuando es cierto que el multipartidismo tiene un aspecto positivo, por cuanto teóricamente abre la posibilidad de la búsqueda de consensos con un amplio pluralismo hasta con partidos pequeños, sin embargo, no cabe duda de que esa fragmentación combinada con el presidencialismo constituye -como señala Lijphart- un factor de seria inestabilidad[36].

En esa dirección, Mainwaring señala que el presidencialismo multipartidista genera el bloqueo institucional:

> El presidencialismo multipartidista es más proclive a producir un paralizante bloqueo ejecutivo/legislativo que un sistema parlamentario o un presidencialismo bipartidista, y los sistemas presidenciales son menos aptos para tratar un bloqueo ejecutivo/legislativo que los sistemas parlamentarios. A causa de la separación de poderes, a los sistemas presidenciales les faltan los medios de asegurar que el presidente goce del apoyo de la mayoría parlamentaria. Los presidentes se eligen independientemente del parlamento, y el ganador no necesita de una mayoría de partido, de existir una. En algunos sistemas presidencia-

35 Cabe señalar que, en España, las Diputaciones Permanentes ejercen el control de los decretos leyes durante la disolución parlamentaria, conforme al artículo 78 de la Constitución española de 1978.

36 Cfr. Lijphart, Arend. "Presidentialism and Mayoritian Democracy: Theoretical Observations". En Juan J. Linz y Arturo Valenzuela (eds.), The *Failure of Presidential Democracy Comparative Perspectives*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1994.

> les, los candidatos de pequeños partidos pueden tener éxito en alcanzar la presidencia[37].

Acudimos a Sartori para diferenciar los sistemas electorales mayoritarios de los proporcionales:

> Es decir, un sistema electoral es mayoritario si la votación se hace en distritos de un solo representante en que el triunfador se lleva todo: lo que llaman los estadunidenses "el sistema del primero que cruza la meta". Por el contrario, cualquier sistema electoral en que la votación sea por distritos de dos o más representantes, en los que hay dos o más triunfadores elegidos sobre la base de "las mayores votaciones", es un sistema proporcional[38].

A este respecto, coincido con Sardón, quien propone que la representación parlamentaria sea diseñada mediante circunscripciones electorales uninominales, como en los sistemas mayoritarios. Esta es una reforma del sistema electoral tindispensable por cuanto nuestra democracia presidencial multipartidista es un modelo agotado. De este modo se fortalecerá la representación política de los electores y a los partidos políticos como verdaderas organizaciones democráticas[39].

En esa dirección, debe destacarse la propuesta de reforma constitucional/institucional de la Comisión Consultiva (2023) que asesora a la presidenta Boluarte. Así se propone establecer un futuro Congreso bicameral, en el que se combinarían ambos sistemas electorales: la Cámara de Diputados elegida por circunscripciones electorales uninominales y el Senado elegido por distrito nacional único mediante el sistema de representación proporcional[40].

---

37 Mainwaring, Scott. "Presidencialismo, multipartidismo y democracia: la difícil combinación. En: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), núm. 88, abril-junio 1995, p.130.

38 Sartori, Giovanni. *Ingeniería Constitucional Comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 16.*

39 Cfr. Sardón, José Luis. *La Constitución incompleta. Reforma institucional para la estabilidad democrática, Centro de Estudios Constitucionales/Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2021, p. 111.*

40 Sardón, José Luis. Op. cit., p. 112. Su tesis es asumida como propuesta por la Comisión Consultiva creada por Resolución Suprema N° 079-2023-PCM.

A esta propuesta sugiero agregar un número adicional de senadores elegidos en circunscripción nacional especial por las comunidades indígenas, siguiendo el modelo de conformación del Senado previsto en el artículo 171 de la Constitución colombiana de 1991, aplicable a nuestro Estado Multicultural.

Asimismo, otra disfuncionalidad del régimen político peruano es que el Congreso unicameral es elegido en la primera vuelta, en tanto la elección del presidente de la República, sino alcanza la mayoría absoluta, requiere doble vuelta o balotaje, facilitando la eventualidad de un Ejecutivo en minoría parlamentaria, tal como ocurrió con el gobierno del presidente Pedro Pablo Kuczynski (2016-2018), quien enfrentó una dura oposición parlamentaria durante ese periodo.

En esta cuestión la propuesta de la Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política (2019) sugirió que el Congreso sea elegido en el balotaje o segunda vuelta presidencial[41]. Sin embargo, la elección simultánea del presidente y del Parlamento no necesariamente logra la armonización deseada, porque el voto parlamentario puede ser motivado por la lealtad partidaria y el voto al presidente puede inspirarse en la lógica del mal menor[42].

7. El juicio político al presidente y las declaraciones de incapacidad: ¿parlamentarización del régimen político?

Las democracias presidencialistas de América Latina debido a la escasa capacidad para procesar los conflictos institucionales entre el Ejecutivo y Legislativo, según algunos politólogos, estarían mutando hacia un régimen parlamentario, con la utilización del juicio político al presidente de la República como una suerte de moción de censura[43].

En esa dirección, Pérez Liñán afirma:

41 Informe Final de la Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política, p. 33. En: https://www.gob.pe/institucion/presidencia/informes-publicaciones/267698-informe-final-de-la comision-de-alto-nivel-para-la-reforma-politica.

42 Nogueira, Humberto. La tipología de gobiernos presidencialistas de América Latina y gobiernos semipresidenciales en Europa. En: *Estudios Constitucionales, año 15, núm. 2, 2017, p.21.*

43 Pérez Liñán, Aníbal. *Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política en América Latina, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009, p. 21.*

> Estos estudiosos adoptaron en general la tesis de la "parlamentarización" de los regímenes presidenciales e indican que el uso repetido de juicios políticos o declaraciones de incapacidad se asemeja el voto de censura característico de los sistemas parlamentarios (…) En otros términos, independientemente de que la concepción de Linz haya sido una descripción exacta del presidencialismo en el pasado, la situación actual puede asemejarse cada vez más a un entorno parlamentario. Carey ha señalado que "aun si las constituciones de América Latina siguen siendo presidencialistas (…) en la práctica, el reemplazo de los presidentes presenta cada vez más un tono parlamentario, dando prioridad a la discrecionalidad legislativa" (…). Con tono optimista, Marsteintredet y Berntzen (…) declararon que "el presidencialismo latinoamericano (…) está adoptando características cada vez más flexibles y parlamentarias[44].

La tesis de la parlamentarización de los regímenes presidenciales latinoamericanos se basa en la ola de juicios políticos: Brasil (1992); Venezuela (1993); Colombia (1996); Ecuador (1997); Paraguay (1999); Paraguay (2002); Honduras (2009); Paraguay (2012); Brasil (2017).

Asimismo, las declaraciones de vacancia del presidente por permanente incapacidad moral en nuestro régimen político: el caso de la renuncia del presidente Pedro Pablo Kuczynsky en 2018 ante la inminencia de declararse por el Congreso su vacancia, conforme al artículo 113, inciso 2 de la Constitución.

El presidente Martín Vizcarra, quien lo sucedió -y que decretara la disolución del Congreso-, no logró superar la crisis institucional. Al contrario, ésta se agudizó. El Congreso extraordinariamente elegido en sustitución del disuelto, el 9 de noviembre de 2020 aprobó la moción de vacancia por permanente incapacidad moral del presidente Vizcarra, superando los dos tercios del número legal de miembros del Congreso exigido por el artículo 89-A del Reglamento del Congreso de la República, agravando aún más la crisis institucional.

Lo que los hechos confirmaron es que los mecanismos de disolución parlamentaria y la vacancia presidencial por incapacidad moral

44 Ibídem, pp. 325-326.

permanente, consideradas las "armas nucleares" del sistema, maximizaron la crisis política e institucional, con consecuencias que se prolongan hasta la actualidad.

Se advierte que la tesis de la supuesta parlamentarización del régimen político no se basa en el diseño institucional ni en el derecho constitucional. Las constituciones latinoamericanas siguen en materia de responsabilidad por ilícitos constitucionales y abuso de poder el modelo estadounidense del *impeachment* y exigen un *quorum* bastante alto para hacer efectiva esta responsabilidad[45].

Además, en el régimen hiperpresidencialista del Perú se consagra además un blindaje al presidente de la República, en la medida que las causales tasadas para la acusación constitucional previstas en el artículo 117 no incluyen increíblemente a los delitos de corrupción, calificada por Sartori como "el enemigo más serio de la democracia"[46]. Lamentablemente el adagio "el pez se pudre por la cabeza" ha sido certero si se aplica a nuestro régimen hiperpresidencialista.

Así, el presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su periodo, por traición a la patria, por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral. Este anómalo blindaje explica -en cierta medida- la utilización de la figura de la declaración de vacancia presidencial por "permanente incapacidad moral" del presidente como una válvula de escape del régimen político, configurando un juicio político paralelo.

En ese sentido, Vítolo rechaza que el juicio político sea un putsch parlamentario, como se sugiere actualmente:

> El legítimo ejercicio por el Poder Legislativo de facultades de control político o sobre el Poder Ejecutivo otorgadas por las constituciones nacionales como parte del sistema de frenos y contrapesos propio de las democracias constitucionales no puede ser

45 Nogueira, Humberto, op. cit., pp. 25-26.

46 "La corrupción es el enemigo más serio de la democracia: entrevista a Giovanni Sartori". *El Comercio*, Lima, 1998, p. B8, citada por Sardón, José Luis. Op. cit., p.122.

encuadrado entonces, de ninguna forma, bajo la figura o nombre de "golpe parlamentario". Se trata, ni más ni menos del sistema republicano en acción[47].

En mi opinión no hay condiciones histórico-estructurales en la cultura política peruana ni latinoamericana para la mutación a un sistema de gobierno parlamentario o de gabinete, ni la ola de juicios políticos de las últimas décadas es un rasgo de mutación del régimen político presidencialista al parlamentarismo. Sin embargo, es claro que sí existen más riesgos de su uso abusivo o desbocado en un Congreso unicameral, en el cual el procedimiento parlamentario al ser más célere puede ser dominado más fácilmente por la pasión política. Como resume Vítolo, el juicio político es un remedio extremo que debe ser utilizado extraordinariamente, siempre con moderación y racionalidad[48].

8. La propuesta de régimen político semipresidencial

A mi juicio, ante un hiperpresidencialismo multipartidista agotado históricamente, hay condiciones favorables para proponer la reforma constitucional/institucional al régimen político semipresidencial de origen francés y que se ha extendido a Portugal, Austria, Irlanda, Islandia, Finlandia, Polonia y Rumania[49]. Sartori precisa que los elementos definitorios del semipresidencialismo son:

(i) El jefe de Estado es elegido por el voto popular para un periodo predeterminado en el cargo.

(ii) El jefe de Estado comparte el Poder Ejecutivo con un primer ministro, con lo que se establece una estructura dual.

(iii) El presidente es independiente del Parlamento, pero no se le permite gobernar solo o directamente, y en consecuencia su voluntad debe ser canalizada y procesada por medio de su gobierno.

47 Vítolo, Alfredo M. El juicio político a los presidentes en las Américas. "Usar con moderación". En: *Revista Peruana de Derecho Público, núm. 44, Lima, 2022, p. 33.*

48 Ibídem, p. 39.

49 Cfr. Nogueira, Humberto. "El régimen semipresidencial: una alternativa viable al presidencialismo en Chile", en: *Lecturas Constitucionales Andinas 2*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1993. Planas, Pedro, op. cit., pp. 116-119, lo denominaba "régimen semiparlamentario".

(iv) El primer ministro y su gabinete son independientes del presidente porque dependen del Parlamento; están sujetos al voto de confianza y/o al voto de censura y en ambos casos requieren del apoyo de una mayoría parlamentaria.

(v) La estructura de autoridad dual del semipresidencialismo permite diferentes balances de poder, así como predominios del poder variables dentro del Ejecutivo, bajo la rigurosa condición de que el potencial de autonomía de cada unidad componente del Ejecutivo subsista[50].

Así, como lo caracteriza Nogueira, se trata de un Ejecutivo dual con un presidente como árbitro del régimen polí*tico:*

> Se trata de un tipo de gobierno con un Ejecutivo bicéfalo o dualista, en que el Presidente de la República es elegido directamente por los ciudadanos por sufragio universal, lo que lo dota de legitimidad para ejercer poderes propios sin refrendo ministerial que le otorga la Constitución en su carácter de regulador y árbitro del sistema político, además de desarrollar la dirección política de las relaciones internacionales y de la defensa nacional. Asimismo, el tipo de reparto de competencias entre el Presidente de la República y el Primer Ministro o Jefe de Gobierno, permite al Jefe de Estado tomar distancia de la política interna contingente. Esta realidad permite también sostener que en el tipo de gobierno semipresidencial, la Carta Fundamental impide la concentración de Poder Ejecutivo en una sola persona y lo distribuye entre el Presidente y el Primer Ministro y su gobierno (…)[51].

Además, el presidente de la República está habilitado discrecionalmente para decidir el momento de la disolución de la asamblea legislativa. Sobre el particular, como resume Hakansson:

> (…) En Francia la Constitución de 1958 establece que el "Presidente de la República podrá, previa consulta con el Primer Ministro y los presidentes de las cámaras, decidir la disolución de la Asamblea Nacional. Las elecciones generales se celebra-

50 Sartori, Giovanni. *Ingeniería Constitucional Comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pp. 148-149.*

51 Nogueira, Humberto. La tipología de gobiernos presidencialistas de América Latina y gobiernos semipresidenciales en Europa, cit., pp. 56-57.

rán veinte días por lo menos y cuarenta días a lo sumo después de la disolución. La Asamblea Nacional se reunirá preceptivamente el segundo jueves siguiente a su elección. Si la reunión se efectúa fuera de un periodo ordinario de sesiones, se abrirá de pleno derecho un periodo de quince días de duración. No podrá procederse a nueva disolución durante el año que siga a dichas elecciones. Las consultas que regula el artículo transcrito son una formalidad, pues la opinión del Primer Ministro, o del Presidente de una de las cámaras no es vinculante para el jefe de Estado. Por otro lado, el ejercicio del derecho de disolución puede terminar por error de cálculo de los vientos electorales, en una mayoría parlamentaria contraria al Presidente de la República y, en Francia, esa posibilidad no resulta teórica, dado que cuando el Presidente francés, Jacques Chirac, toma la decisión de disolver la Asamblea Nacional (1997), convocando nuevas elecciones para alcanzar una mayoría parlamentaria que le permita impulsar sus políticas sociales y económicas, los resultados adversos dieron como resultado adverso la renuncia de su Primer Ministro, Alain Juppe, y consecuentemente, la obligación de "cohabitar" con Lionel Jospin, líder de la oposición[52].

En esa dirección, compartimos el juicio de Nino en el sentido que las válvulas de escape y los mecanismos que ofrece este régimen político son más efectivos para desactivar la tensión política. El caso del Presidente francés Francois Mitterrand (1981-1995) es un ejemplo de cómo un presidente puede atenuar su desgaste político recurriendo a la designación de un primer ministro de signo opositor, situación conocida como la cohabitación, y como puede a su vez recuperar su prestigio gracias al desgaste político del Primer Ministro. A su vez, un Presidente de la República en este régimen político puede girar radicalmente de política mediante un cambio de Primer Ministro, lo que es muy difícil de justificar cuando el Presidente de la República, a su vez, dirige la política general del Gobierno[53].

En suma, reitero mi propuesta de una reforma constitucional/institucional del régimen político que contribuirá a superar las crisis

52 Hakansson, Carlos. Op. cit., p. 89.

53 Nino, Carlos Santiago, op. cit., p. 636.

recurrentes del hiperpresidencialismo en procura de un régimen político de democracia más estable, funcional y equilibrada.

A modo de conclusiones

En el Perú, en el siglo XIX, a partir de la Constitución de 1828 se incorporaron mecanismos propios del parlamentarismo, en el marco jurídico de un régimen político de núcleo presidencial pero alejado del modelo estadounidense basado en la separación de poderes.

El presidencialismo parlamentarizado o híbrido en efecto rigió en las Constituciones de 1933 y 1979, a diferencia del hiperpresidencialismo consagrado en la Constitución peruana de 1993, que alcanzó el paroxismo el 30 de septiembre de 2019 con la arbitraria disolución del Congreso unicameral. Este régimen político está históricamente agotado al erosionar gravemente la institucionalidad democrática y ahondar el bloqueo entre poderes.

No hay una mutación a un régimen parlamentario por la utilización del juicio político contra el Presidente de la República o la declaración de vacancia por permanente incapacidad moral. Se trata de mecanismos de control político propios de un Estado Constitucional que deben utilizarse con razonabilidad y sólo como remedio extremo.

Ante el agotamiento del hiperpresidencialismo multipartidista se hace necesario repensar el régimen político. Así, se propone la reforma constitucional/institucional hacia el régimen político semipresidencial de origen francés, en el que el Presidente de la República es el árbitro de un sistema que promueve la colaboración y separación flexible de poderes y coexiste con un Primer Ministro a cargo de la jefatura del Gobierno, conforme a un programa gubernamental consensuado con la mayoría parlamentaria.

La otra reforma constitucional/institucional impostergable es el bicameralismo, con la reforma del sistema electoral, basada en la elección de la Cámara de Diputados mediante un sistema mayoritario, por distritos electorales uninominales, y el Senado elegido por distrito nacional único mediante el sistema de representación proporcional. A esta propuesta hay que agregar un número adicional de senadores elegidos en circunscripción nacional especial por las comunidades indígenas, siguiendo el modelo de conformación del Senado previsto en el artículo 171 de la Constitución colombiana de 1991.

BIBLIOGRAFÍA

- Alzamora Torres, Dennis y Flor Zúñiga Maldonado. "Las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. Un estudio a partir de la teoría del veto players". En: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 47, núm. 127, julio-diciembre 2017.*
- *Blasco, Emili J. Hiperpresidencialismo en Perú. En:* https://www.abc.es/internacional/abci-hiperpresidencialismo -peru-201910080218_noticia.html.
- Chirinos Montalbetti, Rocío. *La Constitución de 1933, CONCYTEC, Lima, 1991.*
- *Combellas Ricardo. El nuevo derecho constitucional latinoamericano, CIEDLA, Caracas, 1996. Moderne, Franck. "Les avatars du présidentialisme dans les États latinoaméricains;. En: Revista Pouvoirs, núm. 98, 2001/3, pp. 63-87. Citados por Nogueira, H. Op. cit.*
- *Dalla Via, Alberto. Derecho Constitucional Económico, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999; Nino, Carlos Santiago, Fundamentos de derecho constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2005.*
- *Donayre, Patricia. Los Decretos Legislativos en el Perú, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2001.*
- *Durand, Francisco. El Perú fracturado, Formalidad, informalidad y economía delictiva, Fondo Editorial del Congreso de la República, Lima, 2007.*
- *Duverger Maurice. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, Ariel, Barcelona, 1970.*
- *Fernández Segado, Francisco. Las relaciones entre los órganos de gobierno en la Constitución del Perú: un modelo híbrido entre el presidencialismo, ponencia al IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Madrid, 1988.*
- *García Belaúnde, Domingo. "Forma de gobierno en la Constitución peruana". En: Revista de Estudios Políticos, núm. 74, Institutos de Estudios Políticos, Madrid, octubre-diciembre de 1991.*
- *Hakansson Nieto, Carlos. El neopresidencialismo. La forma de gobierno de la Constitución peruana, Yachay legal, Lima, 2021.*

- *Hakansson Nieto, Carlos. La forma de gobierno de la Constitución peruana, Universidad de Piura, 2001.*
- *Informe Final de la Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política (2019).*
- *Jones, Mark. "Una evaluación de la democracia presidencialista argentina", en: Presidencialismo y democracia en América Latina, cit., 2002.*
- *Kresalja Baldo y César Ochoa. Derecho Constitucional Económico, Tomo II, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2019.*
- Lijphart, Arend. "Presidentialism and Mayoritian Democracy: Theoretical Observations". En Juan J. Linz y Arturo Valenzuela (eds.), The *Failure of Presidential Democracy Comparative Perspectives*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1994.
- Linz, Juan. Presidencial or Parliamentary Democracy: Does it Make a Difference. En: Juan J. Linz y Arturo Valenzuela (eds.), *The Failure of Presidential Democracy. Comparative Perspective*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1994, vol. 1.
- *Lowenstein, Karl. Teoría de la Constitución, Editorial Ariel, Barcelona, 1976.*
- *Mainwaring, Scott. "Pluripartidismo, federalismo fuerte y presidencialismo en Brasil". En: Shugart, Mattthew y Scott Mainwaring (comps.), Presidencialismo y democracia en América latina, cit.*
- *Mainwaring, Scott. "Presidencialismo, multipartidismo y democracia: la difícil combinación. En: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), núm. 88, abril-junio 1995.*
- *Nogueira, Humberto. La tipología de gobiernos presidencialistas de América Latina y gobiernos semipresidenciales en Europa. En: Estudios Constitucionales, año 15, núm. 2, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, 2017.*
- *Nogueira, Humberto. "El régimen semipresidencial: una alternativa viable al presidencialismo en Chile", en: Lecturas Constitucionales Andinas 2, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1993.*

- *O'Donnell, Guillermo. "¿Democracia delegativa?". En: O' Donnel (editor), Contrapuntos: ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización, Paidós, Buenos Aires, 1997.*
- *Pérez Liñán, Aníbal. Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política en América Latina, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009.*
- *Planas Silva, Pedro. Regímenes Políticos Contemporáneos, Fondo de Cultura Económica, Lima, 1997.*
- *Riggs, Fred. La supervivencia del presidencialismo en Estados Unidos: Prácticas paraconstitucionales. En: Presidencialismo versus parlamentarismo, Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1988, citado por Nino, Carlos Santiago. Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005.*
- *Sardón, José Luis. La Constitución incompleta. Reforma institucional para la estabilidad democrática, Centro de Estudios Constitucionales/ Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2021.*
- *Sartori, Giovanni. Ingeniería Constitucional Comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.*
- Shugart, Matthew y Scott Mainwaring. "Presidencialismo y democracia en América latina: revisión de los términos del debate". En: Shugart, Matthew y Scott Mainwaring (comps.), *Presidencialismo y democracia en América Latina, Paidós, Buenos Aires, 2002.*
- *Tsebelis, George. Jugadores con veto. Cómo funcionan las instituciones políticas, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.*
- *Villarán, Manuel Vicente. Posición constitucional de los ministros en el Perú, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1994.*
- *Vítolo, Alfredo M. El juicio político a los presidentes en las Américas. "Usar con moderación". En: Revista Peruana de Derecho Público, núm. 44, Lima, 2022.*

ROL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA EN LA BÚSQUEDA DEL ADECUADO FUNCIONAMIENTO DE LA FORMA DE GOBIERNO PERUANA

*Ernesto Álvarez Miranda**

INTRODUCCIÓN

Cuando se nos presentó la invitación de participar en esta obra colectiva por los treinta años de la Constitución de 1993 tenía claro que resultaba necesario abarcar una institución que, si bien fue debilitada durante la configuración de dicha Carta, ha sido aún más afectada por las confrontaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo que se han presentado durante los últimos años.

En efecto, a pesar de que el Congreso de la República sea el único órgano elegido democráticamente que engloba la representación nacional, es quien más ataques ha recibido por parte de los otros dos poderes y quien más rechazo posee de la sociedad en general. Ciertamente, como veremos más adelante, ello corresponde a la peculiar configuración de nuestro régimen constitucional (en la medida que la balanza del sistema de pesos y contrapesos actualmente se posiciona a favor del Ejecutivo) y

* Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres y profesor principal en el área de Derecho Constitucional. Expresidente del Tribunal Constitucional del Perú (2012) y magistrado del mismo (2007–2014).

a las actuaciones inconstitucionales por parte de ciertos órganos (ocasionando una afectación en las competencias constitucionalmente atribuidas al Parlamento).

Ciertamente, el Congreso de la República —en lugar de ser considerado como el villano en la historia política— debe ser fortalecido a fin de que se presente como un poder del Estado que pueda hacer frente a las actuaciones desmesuradas, desproporcionadas e inconstitucionales de un Presidente de la República. En ese sentido, es necesario que se adopten ciertas reformas constitucionales como la eliminación del instrumento de Cuestión de Confianza y el retorno a la Bicameralidad para lograr dicho cometido, de lo contrario, nos seguiríamos arriesgando a seguir atravesando constantes situaciones de inestabilidad política, sin la certeza de que podamos salir victoriosos.

I. FORMA DE GOBIERNO

A lo largo de la historia constitucional nuestras constituciones han incorporado distintos aspectos que han ido evolucionando; uno de ellos precisamente es el otorgamiento de más funciones y prerrogativas a los poderes del Estado, lo cual, debido a su especial configuración, ha provocado diversas confrontaciones entre estos. Ciertamente, un aspecto relevante que podría explicar la anterior afirmación es el consenso en la doctrina de que nuestra forma de gobierno no puede identificarse con un único modelo clásico, como el parlamentarismo o presidencialismo.

En efecto, como mencionamos en líneas anteriores, las constituciones peruanas han pasado por procesos evolutivos hasta llegar a nuestra actual Constitución Política de 1993, la cual presenta distintos aspectos recogidos de los modelos presidencial y parlamentario, creando una suerte de convivencia complicada que nos lleva a reflexionar si es realmente efectiva en nuestro país.

Partamos por lo expresado por Domingo García Belaunde (1991):

> "El Perú siguió el modelo presidencial creado por los Estados Unidos. Pero al modelo norteamericano se le adicionaron diversos elementos de control que fueron tomados del modelo parlamentario. [...] En realidad es difícil decir que el modelo, sistema o forma de Gobierno del Perú sea mixto, [...] el nuestro es un modelo presidencial disminuido, atenuado o frenado, toda vez que las grandes decisiones las

> tiene, en última instancia, el presidente de la República, atemperado por controles políticos y, en cierto sentido, por la opinión pública y los partidos políticos" (págs. 627-628).

Efectivamente, coincidimos con lo afirmado por García Belaunde, puesto que, si bien en el camino nos encontramos con bases que apuntaban que la forma de gobierno del Perú se trataba de un presidencialismo, poco a poco hemos ido encontrando figuras de naturaleza parlamentaria que desvirtúan el modelo estadounidense. Ello hace que el equilibrio de poderes se vea interrumpido a la hora de toma de decisiones, llevándonos a ver casos como la obstrucción de facultades constitucionalmente conferidas a los poderes y la constante pugna de los mismos en el juego político.

Ahora bien, a fin de que este acápite no se extienda más de lo debido en cuestiones que diversos constitucionalistas han descrito extensamente (es decir, sobre la forma de gobierno de la Constitución peruana), es necesario mencionar que frente a las diversas denominaciones que surgieron para describirla, nosotros optamos por el "presidencialismo frenado"; un modelo de gobierno fruto de la historia constitucional del Perú, en el que se ha ido adoptando instituciones del modelo parlamentarista y que inevitablemente tiene roces con la base presidencial, lo cual genera inestabilidad en la política y es exactamente lo que hemos presenciado en estos últimos años.

Al respecto, es importante resaltar en este punto que la forma de gobierno plasmada en la Constitución de 1993 erróneamente le otorga al Presidente de la República un mayor poder frente al Poder Legislativo, mediante el cual el primero no puede asumir la responsabilidad de las decisiones que tome. El más claro ejemplo de ello es la facultad que tiene de disolver el Parlamento frente a la denegatoria de dos Cuestiones de Confianza, las cuales pueden ser presentadas de manera ilimitada en el Congreso de la República.

Por lo mencionado, y ante la compleja convivencia de instituciones de distinta naturaleza en nuestra forma de gobierno, es que consideramos que el Perú debió adoptar el modelo parlamentarista en sus inicios y no uno presidencialista. Efectivamente, el parlamentarismo fortalece la democracia representativa y la institucionalidad, por lo que las reformas constitucionales que detallaremos más adelante se encuentran dirigidas

a fortalecer el Parlamento y seguir la línea de este cambio en el régimen de gobierno.

Sin embargo, previo a ello, consideramos relevante desarrollar la importancia que toma el Parlamento y cómo lo concebimos al día de hoy a fin de justificar dichas medidas.

II. IMPORTANCIA DEL PODER LEGISLATIVO EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO

Dentro de nuestro Estado Constitucional de Derecho presentamos distintas instituciones que forman parte del aspecto político y que interactúan constantemente, siendo una de estas el Congreso de la República. Este órgano, de acuerdo al artículo 93 de la Constitución Política de 1993, es el representante de la Nación, siendo esta una de las labores más importantes en el constitucionalismo peruano.

En razón de ello, el profesor Enrique Álvarez Conde (2003) afirma que:

> "Los parlamentos continúan siendo, pese a la crisis del sistema representativo, los máximos representantes de la voluntad popular. Es decir, aunque las elecciones se han convertido en una ratificación popular de las candidaturas presentadas por los partidos políticos, los Parlamentos son la institución democrática por excelencia, lo cual les convierte en el centro del proceso decisorio político, ya que desempeñan una función legitimadora del sistema" (pág. 42).

Y es que el Parlamento presenta una lista de representantes que tratan de reunir las distintas corrientes de opinión política de los ciudadanos, lo cual finalmente se concreta mediante la producción legislativa. No obstante, debemos recordar que detrás de la promulgación de leyes a cargo de los parlamentarios, hay una serie de procedimientos de suma importancia, siendo uno de estos la deliberación, función constitucionalmente conferida a este órgano.

En efecto, si hacemos una breve comparación entre la labor representativa del Presidente de la República y la del Congreso, podemos afirmar que, mientras que el primero sólo reúne un porcentaje de la población que le otorgó su voto, el segundo tiene un mayor porcentaje de representación al reunir a los votantes mediante los partidos políticos que terminan ingresando al Parlamento.

Sin embargo, como hemos repetido en líneas anteriores, tenemos en cuenta que la democracia representativa es uno de los principales factores a promover conjuntamente con la adopción del parlamentarismo, para lo cual necesitamos poner un mayor énfasis al rol del Congreso. En esa misma línea, el Tribunal Constitucional en distintas oportunidades ha resaltado la importancia del Parlamento en el juego democrático.

Es así que, en la sentencia recaída en el expediente N.º 0003-2022-CC afirma que:

> "Al Parlamento le corresponde la función de elaborar la ley, ejercer el rol de control político fiscalizando la actuación de los gobernantes, así como designar a los más altos funcionarios del Estado, no solo atendiendo a razones técnicas, sino también por legitimación de respaldo político. [...] el Congreso de la República parte de la tríada imprescindible del poder estatal, en tanto órgano que expresa representación popular y ejerce la competencia legislativa y de control" (fundamentos 20 y 24).

Acertadamente, el Tribunal describe las funciones principales del Parlamento; no obstante, es materia del presente artículo resaltar la importancia de la democracia representativa, principio constitucional que se trata de promover al ser parte de la propia naturaleza del órgano legislativo, puesto que en tiempos como los actuales contemplamos un gran rechazo en relación a la labor de los congresistas.

Por lo mismo, en el expediente N.º 00030-2005-PI, el Tribunal desarrolla que:

> "[...] son notas distintivas de la democracia representativa, de un lado, que los representantes no son meros portavoces de sus representados, sino conformantes de un órgano con capacidad autónoma e independiente de decisión, previa deliberación; y de otro, que lo son no de simples intereses particulares (*policys*), sino de generales (*politics*)" (fundamento 7).

Ello nos lleva a detenernos en el proceso deliberativo, ya que este es necesario para que la democracia representativa se materialice, así el supremo intérprete de la Constitución menciona en la sentencia recaída en el expediente N.º 00006-2017-AI que:

> "La democracia representativa, se presenta en un contexto de pluralismo, [...] que es la suma de intereses particulares, debiendo ser traducido en planteamientos políticos y jurídicos que puedan reflejarse en actuaciones estatales, a fin de hacerlos compatibles con los valores constitucionales. Para ello, es necesario un proceso de deliberación que permita tomar en cuenta esta mixtura de ideas y su compatibilidad con la Constitución. [...] El proceso de deliberación en el Congreso es el espacio donde se resuelven las tensiones y desacuerdos que surgen de la propia realidad plural [...]" (fundamentos 3 y 4).

Ahora bien, el proceso de deliberación no sirve únicamente para la discusión de temas de interés de la sociedad, sino que también surge un intercambio de información que posteriormente se resume en la toma de decisiones en el debate y se concreta al verse reflejado en la producción legislativa de los congresistas. Sin embargo, cuando hablamos de la importancia del Parlamento, esto no debería verse reducido a la facultad de legislar que posee, sino que el trasfondo de este implica temas esenciales como la organización de dicho órgano o incluso el fortalecimiento de partidos políticos.

De esta manera, ante el constante debate respecto a la funcionalidad del Parlamento y cómo el número de Cámaras que lo integran influye en la eficiencia de la labor de los congresistas, creemos firmemente que el retorno a la bicameralidad es una propuesta efectiva y ello se ve reflejado en nuestra historia constitucional, al contemplar que en la mayoría de las constituciones peruanas se presentaba el sistema bicameral y no es hasta la de 1993 que se adopta el unicameralismo.

En ese sentido, en conjunto al retorno a la bicameralidad, es fundamental fortalecer al Congreso de la República, sobre todo ante los diversos conflictos que se han presentado en los últimos años. Para ello es primordial poder determinar la importancia del respeto de las competencias del Parlamento, ya que este será quien debe salvaguardar la democracia representativa sin obstrucciones a sus labores.

III. SOBRE LA AFECTACIÓN A LAS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALMENTE ASIGNADAS AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Durante los últimos años, uno de los procesos constitucionales que más ha resaltado —en estas constantes situaciones de inestabilidad política que ha atravesado el Perú— es el de Conflicto Competencial. Es importante destacar que gran parte de estas demandas han sido interpuestas por parte del Congreso de la República en contra de otros poderes del Estado, al considerar que los mismos habían menoscabado aquellas atribuciones constitucionalmente conferidas al Poder Legislativo.

En ese sentido, consideramos oportuno hacer un breve repaso de aquellas Sentencias que ha expedido este año el Tribunal Constitucional referente a este tema, a fin de analizar cómo una mala práctica política puede afectar el correcto ejercicio de las competencias asignadas por la Constitución al órgano que representa la manifestación popular de la sociedad:

a) Afectación de las competencias del Poder Legislativo por parte del Poder Ejecutivo

En la Sentencia referida al Caso de la Cuestión de Confianza y su rechazo de plano (STC. recaída en el EXP. N° 0004-2022-CC/TC), donde el Presidente del Congreso de la República interpuso demanda de Conflicto Competencial contra el Poder Ejecutivo a causa la Cuestión de Confianza planteada por este último para la aprobación del Proyecto de Ley N.º 3570/2022-PE, el Tribunal Constitucional se aparta de los fundamentos que motivaron la Sentencia recaída en el Expediente N.º 00006-2019-CC/TC (Caso sobre la Disolución del Congreso de la República) en base a los siguientes argumentos:

> "En la Sentencia 00006-2019-CC/TC se dijo que era posible que el Poder Ejecutivo interprete que se ha producido una denegatoria fáctica de la cuestión de confianza, pese a existir una votación formalmente favorable por parte del Congreso de la República [...] Sin embargo, este Colegiado no comparte los criterios que fundamentaron la decisión contenida en dicha sentencia, pues la decisión adoptada terminó desequilibrando este principio constitucional primordial a favor del Poder Ejecutivo, y puso en sus manos un poder que

la Constitución no le asigna, al convalidar un ejercicio arbitrario e indiscriminado de la cuestión de confianza (fundamentos 84 y 85).

Tanto la emisión de leyes orgánicas, como la elección de magistrados del Tribunal Constitucional, constituyen competencias exclusivas y excluyentes del Congreso de la República, y ello viene determinado por la misma Constitución. Asumir que el Poder Ejecutivo puede plantear una cuestión de confianza respecto de tales materias implicaría aceptar que este puede forzar al Parlamento a aceptar cualquier intromisión en sus competencias, so pena de disolución" (fundamento 86) [énfasis agregado].

Como podemos observar, esta Sentencia pone fin a dos cuestiones que causaron mucha controversia en el ámbito político y que, en su momento, permitieron una gran interferencia por parte del Poder Ejecutivo en las facultades asignadas constitucionalmente hacia el Poder Legislativo:

- **Facultad de interpretar la decisión del Congreso de la República respecto a la Cuestión de Confianza planteada:** El Parlamento es el único órgano competente para determinar si se ha aprobado o negado la confianza, así como los alcances de dicha decisión. Esto se debe a que, si el Poder Ejecutivo tuviese competencia para ello, se podría convertir en una nueva herramienta que permitiría al gobernante de turno realizar interpretaciones cuestionables que le permitirían "cumplir" con el requisito de dos denegaciones de Cuestión de Confianza para poder disolver al Congreso de la República (tal y como sucedió con la denegación "fáctica" que desembocó en una disolución inconstitucional del Parlamento en 2020).

  Si bien, previo a esta sentencia ya se había promulgado la Ley N° 31355 (Ley que desarrolla el ejercicio de la Cuestión de Confianza regulada en el último párrafo del artículo 132 y en el artículo 133 de la Constitución), en donde se precisaba que "solo el Congreso de la República puede interpretar el sentido de su decisión"; resultaba importante que el Tribunal Constitucional pueda —cómo máximo (pero no único) intérprete de la Constitución— cerrar este debate a fin de prevenir futuros casos de igual o similar envergadura.

- **Facultad de emitir leyes orgánicas y la elección de magistrados del Tribunal Constitucional**: Desde que el Ejecutivo descubrió la Cuestión Confianza por el 2016, existían ciertas cuestiones respecto a cuáles serían las materias mediante las cuales se podría plantear

dicho instrumento constitucional; sin embargo, quedaba claro —para un sector de la doctrina— que este claramente no podía estar referido a competencias exclusivos del Congreso de la República.

No obstante, en más de una oportunidad el Presidente de la República, mediante su Presidente del Consejo de Ministros, ha planteado Cuestión de Confianza respecto a temas que sólo el Parlamento —en atención al mandato constitucional— era el indicado para modificar, debatir, proponer, elegir, votar, entre otros. Nuevamente colocamos como ejemplo la "denegación fáctica" de la Cuestión de Confianza del 2020, ya que uno de los puntos que esta pretendía era la suspensión del procedimiento de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional.

A la fecha, queda más que claro que los únicos temas frente a los que el Poder Ejecutivo puede plantear Cuestión de Confianza son los referidos a materias de su competencia relacionados directamente a la concreción de su política general de gobierno, no encontrándose en estas las relativas a reformas constitucionales (artículo único de la Ley N° 31355), ello con la finalidad que este instrumento no se siga utilizando como vía para que el Ejecutivo pueda ejercer competencias exclusivas del Parlamento, y mucho menos, tratar de paralizarlas o suspenderlas durante un tiempo determinado.

b) Afectación de las competencias del Poder Legislativo por parte del Poder Judicial

En la Sentencia referida al Caso del control judicial sobre las decisiones de los órganos del Congreso (STC. recaída en el EXP. N° 003-2022-PCC/TC), donde el Presidente del Congreso de la República interpuso demanda de Conflicto Competencial contra el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional determinó que, efectivamente, las resoluciones judiciales menoscabaron las competencias del Congreso de la República en base a los siguientes argumentos:

- *Respecto al menoscabo de la competencia para elegir y remover al Defensor del Pueblo:*

  "[L]a paralización indefinida del proceso de designación del defensor del Pueblo debe ser considerada como una obstaculización irrazonable de la competencia que corresponde al Congreso de la

República ejercer, de acuerdo con el marco constitucional y legal glosado, lo que no solamente es un injustificado acceso al control constitucional, sino —además— un comportamiento obstruccionista que los órganos de control deberán evaluar." (fundamento 77) [énfasis agregado].

- *Respecto al menoscabo de las competencias para iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público y para ejercer control político sobre altos funcionarios del Estado:*

  "Cuando el Poder Judicial en el proceso de amparo decide que "El Congreso de la República no está facultado a tramitar denuncias constitucionales en contra del Presidente del Jurado Nacional de Elecciones" (numeral 4.1 foja 484 del cuadernillo digital), ejerce su competencia suplantando la atribución que corresponde al Congreso de la República. Como es evidente, en la aludida sentencia no se está valorando la efectividad o no de un derecho fundamental, sino que se decide sobre la procedencia o improcedencia de las acusaciones constitucionales cuya tramitación corresponde al Congreso de la República." (fundamentos 101 y 102) [énfasis agregado].

- *Respecto al menoscabo para ejercer función legislativa:*

  "Entonces, debe quedar claro que el debate de un proyecto de ley, per se, no amenaza ni vulnera derechos fundamentales. Una posición contraria llevaría a un estado de cosas en el que, bajo dicho argumento, podría iniciarse un proceso constitucional con la finalidad de obstaculizar o impedir la tramitación de una iniciativa legislativa, en claro detrimento de una de las más relevantes funciones del Parlamento en el sistema democrático moderno, cual es la función legislativa." (fundamento 130) [énfasis agregado].

En efecto, en esta Sentencia se confirmó que el Poder Judicial al ejercer su función jurisdiccional afectó —en reiteradas ocasiones— las competencias del Congreso de la República. Ciertamente, la intervención de los jueces en la esfera de la política no puede ir más allá de los límites trazados por la Constitución; es decir, de las facultades asignadas por la Constitución a cada uno de los poderes del Estado.

Asimismo, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia se desprende que —en el caso peruano— un acto político será

justiciable en la medida que se encuentren afectados derechos fundamentales. Ello claramente no se presenta en ninguna de las tres resoluciones judiciales alegadas, provocando una gran preocupación respecto al papel que toman los jueces frente a demandas cuyo objetivo es proteger deseos e intereses de ciertos grupos en el ámbito político.

IV. REFORMAS CONSTITUCIONALES QUE BUSCAN FORTALECER AL PODER LEGISLATIVO

El derecho constitucional no es ajeno a la política, puesto que una mala práctica política —guiada por la defensa de intereses particulares— afecta y distorsiona no sólo a la democracia, sino también a las instituciones de corte constitucional. En ese sentido, si bien en diversos artículos y en líneas anteriores hemos explicado que el principal cambio que debe optar nuestro país es la migración a un régimen parlamentario, consideramos necesario que las dos reformas constitucionales que se exponen a continuación puedan ser tomadas por los parlamentarios para poder implementarlas a corto plazo en el debate del Congreso de la República, ya que abarcan cuestiones de suma importancia que ayudarían a mejorar la dinámica política:

1) Eliminar la cuestión de confianza

La Constitución de 1993 concibe a una Cuestión de Confianza que tiene sus raíces en el parlamentarismo europeo; que, sin embargo, al trasladarlo a nuestro presidencialismo atenuado ha constituido un gran peligro en las relaciones Ejecutivo-Legislativo. Efectivamente, este es un mecanismo constitucional que se le ha otorgado al Presidente, pero que fácilmente puede ser utilizado con total libertad y sin control por parte del Congreso de la República.

La eliminación de este controvertido mecanismo se basa fundamentalmente en la incoherencia de que el Poder Ejecutivo tenga la facultad de condicionar al Poder Legislativo a su inevitable disolución en caso no se le otorgue la confianza, tomando en cuenta que el Presidente no tiene el mismo porcentaje de aprobación o legitimidad que el Parlamento, resultando totalmente irracional la consecuencia que trae la aplicación de este instrumento.

Por tanto, ante las crisis políticas por las que hemos pasado y que incluso algunas de las mismas fueron provocadas por el uso inmensurable de la cuestión de confianza, es necesario su exclusión del ordenamiento jurídico al no ser un mecanismo vital en el constitucionalismo peruano; logrando así, un verdadero equilibrio entre poderes.

2) Retorno a la bicameralidad

Como mencionamos en líneas anteriores, en la historia constitucional peruana resulta clara la importancia de la adopción de dos cámaras en el Poder Legislativo; sin embargo, ello se distorsiona con la Constitución de 1993, al modificar el sistema a uno de corte unicameral. La inestabilidad y las crisis política por la que venimos atravesando ha puesto en peligro la institucionalidad y la democracia representativa que debe salvaguardar el Congreso, por lo que es necesario presentar y debatir propuestas que permitan potenciar al órgano legislativo, como el retorno a la bicameralidad.

No obstante, ya habiendo reconocido la importancia del Congreso de la República en el Perú y las facultades que este posee, en este apartado presentaremos los principales fundamentos de esta reforma constitucional. En primer lugar, en el derecho constitucional comparado, países con una forma de gobierno presidencial como parlamentaria contemplan un órgano legislativo con dos cámaras, dejando en claro que el unicameralismo es solo para un periodo determinado de tiempo al ser una fórmula altamente riesgosa.

Al respecto, Marcial Rubio (1999) menciona que:

> "La Cámara Alta (denominada Senado en la historia constitucional del Perú) que existió en todas las constituciones menos en la de 1967. Ha estado conformada por políticos experimentados y mayores que dan una mayor estabilidad y sabiduría al trabajo parlamentario" (pág. 52).

Teniendo en cuenta las premisas indicadas, es justamente uno de los objetivos del retorno a la bicameralidad el poder tener representantes políticos de calidad, con mayor experiencia y trayectoria política en el Senado, por lo que esta Cámara tomaría relevancia.

Es así que, no buscamos que los senadores y los diputados tengan las mismas facultades, sino que el Senado tenga el papel de supervisor en cuanto a iniciativas legislativas que tengan que ver únicamente

> con presupuesto nacional o reforma constitucional. De acuerdo a lo mencionado, el profesor Carlos Hakansson Nieto (2018) refiere que: "en el marco de la separación de funciones, el Senado está llamado a convertirse en un efectivo contrapeso al interior del Congreso, pues realizará una segunda revisión de los proyectos de ley gracias a su diferente composición parlamentaria" (pág. 39).

Incluso la participación activa de la Cámara de senadores otorgaría una mayor seriedad a procesos como el antejuicio o la vacancia presidencial por incapacidad permanente, ya que el Senado tendría la responsabilidad de intervenir como un órgano decisorio en este tipo de casos. Asimismo, en cuanto a la forma de elegir a ambas cámaras, consideramos que los senadores sean elegidos en distrito nacional único que pueda salvaguardar el sentir nacional, mientras que los diputados se elegirían en distritos electorales pequeños.

Frente a ello, nuestra propuesta de reforma política y constitucional de superar definitivamente la unicameralidad y volver a la bicameralidad, propia de nuestra Constitución histórica, con la finalidad de promover la democracia representativa, la calidad de la producción legislativa, y la institucionalidad que otorga la eficacia de los controles políticos intraórgano, factores de suma importancia que deben tomarse en cuenta.

Finalmente, ligado a la bicameralidad se encuentra la propuesta de adopción de un sistema de mayorías que corrija el multipartidismo que ha demostrado —durante años— que no facilita la expresión clara de la voluntad popular, además de permitir posicionar a un Presidente de la República con una aprobación programática menor al 20% de la población, en primera vuelta, enfrentándolo a una numerosa oposición con la que se tiene que hacer un esfuerzo mayor para poder formar alianzas o consensos, lo cual no se ha logrado hasta el momento sino que, por el contrario, ha generado mayores confrontaciones entre el Ejecutivo y Legislativo.

Es así que promoviendo un bipartidismo imperfecto se crearían los incentivos necesarios para fortalecer a las actuales organizaciones electorales, encaminándolas hacia su evolución en partidos políticos y grupos parlamentarios sólidos, disciplinados y programáticos. Idealmente, de cara a las elecciones generales, el sistema electoral de mayorías, expresado en el uninominalismo, crearía los incentivos necesarios para la formación de dos grandes bloques políticos que representen al centro-izquierda y

centro-derecha y adicionalmente, algunas agrupaciones menores que representen posturas ideológicas radicales o programas reducidos a planteamientos sectorizados.

A MODO DE CONCLUSIÓN

El proceso político de las últimas décadas nos ha mostrado que la evolución de nuestras constituciones ha tenido relación directa con acontecimientos puntuales de especial relevancia histórica para nuestro país. Lamentablemente, la progresiva incorporación de diversas instituciones propias del parlamentarismo y su uso irresponsable, lejano a la lógica de su propia naturaleza, ha alterado la forma de gobierno presidencial. Y es que la Constitución ha sido sometida a un exigente examen, explorándose sus límites normativos por impulso de una intensa confrontación política nacida de dos factores, la necesidad de gran parte de la clase política nacional y regional de obtener impunidad para sus actos de corrupción con las empresas de construcción brasileñas, y el virulento accionar del antifujimorismo. Las relaciones entre Ejecutivo y Legislativo se vieron sometidas a una fuerte presión, pero puede afirmarse que la Constitución respondió adecuadamente al difícil reto.

Ciertamente, frente a nuestra peculiar forma de gobierno, hemos considerado esta ocasión como oportuna para proponer algunas de las reformas constitucionales que consideramos deben de realizarse en el Perú, empezando por dejar de lado nuestra base presidencialista y optar por un modelo parlamentario. Una forma de gobierno en la que la Cámara política toma mayor relevancia, frente a la figura del Presidente de la República que, en tanto jefe de gobierno, ha tenido durante estos años la potestad de usar diversos mecanismos de manera indiscriminada, sin la necesidad de hacerse responsable de sus actos, gracias a una mayoría TC genuflexa y parcializada con el poder político.

Sin embargo, dicha reforma constitucional no sería posible sin proponer otras que vayan conectadas directamente, pues cualquier reforma exige un mínimo de coherencia y sistematicidad. Es así que, forma parte de nuestro catálogo de reformas el eliminar la cuestión de confianza al ser un instrumento peligroso que le otorga un desmedido poder al Presidente, mediante el cual, puede llegar a disolver a un Congreso cuya mayoría jamás estuvo subordinada al liderazgo ni al programa del jefe de gobierno, existiendo en nuestro régimen no uno sino dos mandatos diferentes, producto de elecciones presidenciales y de elecciones parlamentarias.

De igual manera, como segunda propuesta de reforma constitucional contemplamos la adopción de un sistema bicameral para la organización del Congreso de la República, de tal manera que se impulsaría la democracia representativa al utilizar un doble criterio de representación, unicameral para Diputados y distrito nacional único para el Senado. Además de ello, para evitar el multipartidismo que genera falta de legitimidad en los gobiernos y en las frágiles mayorías congresales, consideramos que el sistema de mayorías necesario para propiciar un bipartidismo imperfecto para el Perú.

Finalmente, es necesario recordar que el objetivo de estas reformas es fortalecer la democracia, mejorando el sistema de pesos y contrapesos y la interacción de los poderes del Estado, obligándolos a recurrir a la actividad política transparente y leal, pues solo así se consolidará nuestra democracia.

BIBLIOGRAFÍA:

Álvarez Conde, Enrique. (2003). Curso de Derecho Constitucional. Vol. II. 4ª Edición. Editorial Tecnos. Madrid, p. 42.

Congreso de la República (2021). Ley N.º 31355 - Ley que desarrolla el ejercicio de la Cuestión de Confianza regulada en el último párrafo del artículo 132 y en el artículo 133 de la Constitución Política del Perú.

García Belaunde, D. (1991). Forma de Gobierno en la Constitución Peruana. En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), 74*, 615 - 632.

Hakansson, C. (2018). Un análisis al contenido de tres proyectos de reforma constitucional. En: *Revista VOX JURIS*, Lima (Perú), 35 (1): 29 - 40.

Hakansson, C. (2021). El Neopresidencialismo. 3ª Edición. Editorial Yachay Legal, p. 408-410.

Rubio, M. (1999). Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo IV. Edición: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 51-56.

Tribunal Constitucional (2003). Exp. N.º 00030-2005-PI/TC.

Tribunal Constitucional (2003). Exp. N.º 00006-2017-AI/TC.

Tribunal Constitucional (2003). Exp. N° 0004-2022-CC/TC.

Tribunal Constitucional (2022). Exp. N° 00003-2022-CC/TC.

UNA VISIÓN CONSTITUCIONAL DE LA GLOBALIZACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA*

*Gerardo Eto Cruz***

1. 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

---

* Ponencia presentada para el XIV Congreso Nacional de Derecho Constitucional a realizarse en Arequipa los días 2 al 4 de noviembre del 2023. Igualmente esta ponencia se presentó en el 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 de Santiago de Compostela. Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Teoría General de los Derechos Humanos y Teoría de la Interpretación Constitucional; exmagistrado del Tribunal Constitucional; y exdirector del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

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, 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 sincrónica*[1] a la que se les identifica como derechos fundamentales de una primera hasta una *cuarta generación* precisamente en marco de la Cuarta Revolución Industrial[2].

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.

1 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid, 2005, p. 65 y ss.

2 SCHWAB, Klaus: *La cuarta revolución industrial*. Debate, Colombia, 2016

Así, el constitucionalismo ha empezado a tener una serie de *declinaciones* y *mutaciones* que responden a los tiempos y a los escenarios que se presentan en diversas latitudes del planeta. No cabe duda de que las democracias contemporáneas no atraviesan por un buen momento; pero sin embargo, a lo largo de su propia evolución han mantenido una fuerte resiliencia frente a sus enemigos. Por lo pronto, bien podríamos dar una panorámica de las siguientes declinaciones del constitucionalismo[3] como son las siguientes:

a) 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, desencadena los males de cada país, falacia que, como discurso político ha venido pregonando el pensamiento marxista y se predica 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.

b) 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: i) *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

3 Seguimos aquí, a partir de una visión comparativa a PEGORARO, Lucio: y RINELLA, Ángelo (Directores*): Derecho constitucional comparado. Sistemas constitucionales*. Tomo 2, Volumen A, lera. Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Edit. Astrea y G. Giappichelli, 2018, p. 154 y ss. 159 y ss. y 161 y ss.

contemporáneas de la argumentación jurídica; ii) *Una judicialización de los derechos* lo que significa la presencia de renovados instrumentos procesales que son los que van a 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; iii) *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 teóricos europeos que plantean nuevas visiones, rompiendo el *constitucionalismo clásico* y generando una *judicialización de la política* y atribuyendo a los jueces roles competenciales vinculados 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.

c) El «nuevo constitucionalismo»

Finalmente nos encontramos con una última corriente desencadenada en el mundo globalizado y que también lo ha recepcionado 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»[4].

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, 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»[5].

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*

4 R. VICIANO PASTOR, R. Martínez Dalmao: «El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Fundamentos para una construcción doctrinal», en Rev. Gen. Der. Públ. Comp., N° 9, 2011, p. 7, citado por Pegoraro, Lucio y Rinella Angelo (Directores): *Derecho constitucional comparado,* Tomo 2, Vol. A, Sistemas constitucionales, Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 162.

5 PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo, op. cit. p. 162.

(Boaventura de Sousa Santos, Viciano Pastor y Martínez Dalmau), *constituciones aspiracionales* (Mauricio García), entre otros epítetos que se esgrimen[6]. Las actuales versiones de estas corrientes pretendieron institucionalizar el proyecto de plebiscito del frustrado referéndum de la Constitución de Chile de 4 de septiembre de 2022; y el proyecto que pretendió instaurar el régimen político izquierdista de Pedro Castillo en el Perú. Es más, aún existen en el actual Congreso una serie de proyectos de reforma constitucional con miras a establecer una Asamblea Constituyente y desmontar todo un sistema político liberal.

De nuestra parte, podemos señalar que tras las constituciones, hay una *concepción iluminista y racionalista* que se nos presentan como *metarrelatos* 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: 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 fuerza[7].

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.

6 CORREA SOUZA DE OLIVEIRA, Fabio y LUIZ STRECK, Lenio: "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: reflexiones sobre la posibilidad de constituir un Derecho Constitucional Común", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* núm. 18, Madrid (2014), pp. 125-153.

7 LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*. Trad. y estudio por Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1982, pp. 218 y ss.

2. 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, de diversos filósofos que han calificado los tiempos contemporáneos como de una «*posmodernidad*»[8], «*hipermodernidad*»[9] o "modernidad líquida"[10].

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 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[11].

8 LYOTARD, Jean-François. *La condición posmoderna. Informe sobre el saber*. Buenos Aires: Minuit, 1987.

9 LIPOVETSKY, Guilles y CHARLES, Sébastien. *Los tiempos hipermodernos*. 3.a ed. Barcelona: Anagrama, 2016. Traducción de Antonio-Prometeo Moya.

10 BAUMAN, Zygmunt: *Modernidad líquida*, FCE, México 2002.

11 NOLLA, Javier y RODRÍGUEZ, Beatriz: *Teoría sociológica de la globalización,* Tecnos, Madrid 2010, p. 17; igualmente en esta línea se ubican los trabajos de: La sociedad de la externalización y la sociedad del riesgo, como se verá líneas abajo.

3. 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 engarzarlas 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 globalización[12]. 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 de este fenómeno, sustentada en la democracia liberal a nivel mundial[13].

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

12 ETO CRUZ, Gerardo: "¿Las universidades son sociedades de conocimiento?", en: *Autonomía Universitaria y Constitución en Iberoamérica. A propósito de los 100 años del Grito de Córdova,* Gerardo Eto Cruz y José Palomino Manchego (coordinadores). Lima, Grijley, Vol. 2, pp. 1331-1349.

13 MORENO DEL RÍO, Carmelo: "Antiglobalismo" en MELLÓN, JOAN Antón y TORRENS, Xavier (editores): *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos;* 3era edic., Tecnos Madrid, p. 577.

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 colgada o expuesta a las redes sociales o a las grandes plataformas de internet permiten entrar en la era digital de la globalización. 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"[14].

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 ha planteado la tesis de que hoy las sociedades contemporáneas se ven en el espejo consigo mismas 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"[15]. Y en esta proliferación se manifiestan riegos de índole personal

14 NOYA, Javier y RODRÍGUEZ, Beatriz, *Op. cit*, p. 31.

15 BECK, Ulrich. Teoría de la modernización reflexiva, *en* GIDDENS, A. *et al. Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*. Barcelona: Anthropos Edit., 2011, pp. 223 y ss.

como colectivo. Hoy efectivamente saltan a la vista catástrofes que pueden ser de distinto orden, como son los problemas que desencadenan las catástrofes nucleares[16], caso emblemático fue lo ocurrido en Chernóbil[17].

16 *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.

17 Vid. la obra de la Nobel de Literatura 2015, Svetlana Aleksiévich, quien en su libro "*Voces de Chernobil. 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).

En[18] 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 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[19], 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[20].

Esta sociedad del riesgo ha llevado a filósofos del derecho como Ferrajoli a atalayar escenarios distópicos a que se impulse tanto por necesidad como por urgencia una "Constitución de la Tierra" y que bien puede ser una utopía realizable frente a las catástrofes globales, pues la humanidad se encuentra ante una encrucijada de la historia donde el Armagedón de las catástrofes ecológicas y las amenazas nucleares pueden terminar con la humanidad[21].

c) Sociedad global como sociedad-red: ha sido el profesor español Manuel Castells el que ha reflexionado, dentro del marco de la posmodernidad, en diversos trabajos en torno a las actuales sociedades de la información a las que el autor califica como "*la sociedad red*". Este investigador español esboza los orígenes de esta sociedad-red: "Durante las dos décadas

18 Vid. la obra de la Nobel de Literatura 2015, Svetlana Aleksiévich, quien en su libro "*Voces de Chernobil. 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).

19 LESSENICH, Stephan: *La sociedad de la externalización*. Traducción de Alberto Ciria, Herder, Barcelona, 2019

20 GALOR, Oded: *El viaje de la humanidad, Planeta*, Traducción de Olga García Arrabal, Barcelona, 2022

21 FERRAJOLI, Luigi*: Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez Madrid, Trotta, 2022, p. 18.

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"[22]. El autor asume la idea con sustento empírico de la imponente presencia de los cambios 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"[23]. 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 los que localizan las funciones primordiales de la red. Así, la red global es

22 CASTELLS, Manuel. *La ciudad informacional: tecnologías de la información, reestructuración económica y el proceso urbano-regional*. Madrid: Alianza Editorial, 1995.

23 *Ibidem*, p. 35.

una red de redes de distinta índole: sociales, políticas, económicas, etc.[24] 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 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; el ejemplo más evidente es la capacidad comunicativa que tienen las organizaciones *massmediáticas.* 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"[25]. 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[26].

d) ***Postmodernidad y globalización***: la tesis que originalmente planteara 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 omnicomprensivas[27] y totalizadoras del racionalismo que ha tratado de entender

24 Vid. Los monumentales trabajos: CASTELLS, Manuel. *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*. Vol. I: *La sociedad red*. Madrid: Siglo XXI, 2008; pp. 359 y ss; Vol. II: *El poder de la identidad*. México: Siglo XXI, 2009, pp. 91 y ss.

25 LULL, James. *Medios, comunicación, cultura. Aproximación global*. 2.a ed. Buenos Aires: Amorrortu Edit., 2009, p. 98.

26 *Ibidem*, p. 99.

27 Puede verse nuestro trabajo: ETO CRUZ, Gerardo. *La transversalización del derecho constitucional*. Lima: Grijley Edit., 2022.

la realidad, como diría Isaiah Berlin, en la concepción del erizo[28]. La posmodernidad puede suministrar al mundo globalizado una serie de decepciones de los tiempos contemporáneos[29]. 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 puede desplazarse lo más rápido y libre, es el dominante, tiene 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 visitará 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[30]. 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

28 BERLIN, Isaiah. *El estudio adecuado de la humanidad. Antología de ensayos*. Madrid: FCE., Editada por Henry Hardy y Roger Hausheer, 2009, pp. 347 y ss. Antecede prólogo de Noel Annan, introducción de Roger Hasheer. Traducción de Francisco González Aramburo, María Antonieta Neira y Hero Rodríguez Toro y Juan José Utrilla.

29 FRANCO, Jean. *Una modernidad cruel*. México: FCE, 2016. Traducción de Víctor Altamirano.

30 BILBENY, Norbert. *La identidad cosmopolita. Los límites del patriotismo en la era global*. Barcelona: Kairós Edit., 2007, p. 9.

encuentran muchas restricciones. Su tiempo es vacuo, 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 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"[31]. El turista, como viajero cosmopolita que tiene en su constructo la movilidad y aceleración, como el vagabundo, para quien 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

31 ECHEVARRÍA, Javier. *Cosmopolitas domésticos*. 2.a ed. Barcelona: Anagrama Edit., 1995, p. 158.

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 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[32]. Siguiendo la misma línea, pero desde otra perspectiva, Lipovetsky y Juvín 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

32 WALLERSTEIN, I. *El moderno sistema mundial*. Vol. 1. Madrid: Siglo XXI, 1979.

superestructura sublime de signos, sino que remodela el universo material de la producción y el comercio[33].

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[34]. A todo ello, Terry Eagleton, 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"[35].

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 estas concepciones,

33 LIPOVETSKY, Guilles y JUVIN, Hervé. *El occidente globalizado. Un debate sobre la cultura planetaria.* Barcelona: Anagrama Edit., 2011, pp. 14. Traducción de Antonio-Prometeo Moya.

34 LIPOVETSKY, Guilles y SERROY, Jean. *La cultura-mundo. Respuesta a una sociedad desorientada*. Barcelona, Anagrama. pp. 85 y 102.

35 EAGLETON, Terry. *Cultura.* Barcelona: Edit. Taurus, 2017, p. 168, Traducción de Belén Urrutia.

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"[36]. 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 frontera; Hardt y Negri 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"[37].

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; 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

36 HARDT, Michael y NEGRI, Antonio. *Imperio*. Cambridge, Massachussets: Edic. de Harvard University Press, 2000. Traducción de Eduardo Sadier.

37 HARDT, Michael y NEGRI, Antonio, *op cit,* p. 14.

provisionales o estables, si acaso se ubican en los ciclos constitucionales del momento, como son las actuales corrientes latinoamericanas de las constituciones taumatúrgicas.

h) 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 megaciudades 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 el 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, 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"[38]. Una ciudad 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 singularidades[39].

Siguiendo aquí a David Held, podemos señalar que la globalización identifica cuatro líneas de cambio:

38 Vid. la búsqueda de "Nueva York" en el sitio web de Wikipedia. Disponible en el siguiente link: https://es.wikipedia.org/wiki/Nueva_York.

39 Al respecto, pueden verse dos clásicos trabajos de FERRER, Aldo*: Historia de la globalización. Orígenes del orden económico mundial,* FCE, México 1998, y el Tomo II titulado: *Historia de la globalización II. La Revolución Industrial y el Segundo Orden Mundial*. FCE, México 2000.

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 términos 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 mundo[40].

Es evidente que la globalización, al margen de las explicaciones sociológicas que predican 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[41].

40 HELD, David: *Cosmopolitismo. Ideales y realidades*. Alianza Editorial. Traducción de Dimitri Fernández Bobrovski, , Madrid, 2012, pp. 38 y 39.

41 PEGORARIO, Lucio y RINELLA, Ángelo: *Derecho constitucional comparado. Sistemas constitucionales*, Tomo 2, Vol. A, Astrea, 2018, p. 147-148

Más allá de esta expresión de naturaleza polisémica y de una amplia ambigüedad, el sociólogo Ulrich Beck sintetiza 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 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»[42].

No obstante que desde los predios del derecho constitucional autores como Gomes Canotilho ya hablan de *constitucionalismo global* y *constitucionalismo social*[43], 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

42 BECK, Ulrich: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización,* Trad. de Bernardo Moreno y M.A. Rosa Borrás, Paidós, Barcelona, 2017, pp. 62-63.

43 GOMES CANOTILHO, José Joaquim: *Teoría de la Constitución*. Madrid, Dykinson 2002, p. 45 y ss.

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.

4. 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 Industria. 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 marxista[44] empeñados en desen-

44 MUDDE, Cas y ROVIRA KALTWASSER, Cristóbal: *Populismo. Una breve introducción,* Alianza Editorial, Madrid 2019; DELSOL, Chantal: *Populismos. Una defensa de lo indefendible ,* Ariel, Barcelona 2016; RIVERO, Ángel, ZARZALEJOS, Javier y DEL PALACIO, Jorge (coordinadores): *Geografía del populismo. Un viaje por el universo del populismo desde sus orígenes hasta Trump;* CASSAGNE, Juan Carlos: *El Estado*

cadenar una presunta refundación de los Estados 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.

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 fallidos*[45] con diversas variantes de intensidad. Hoy no 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 apologéticamente 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 región[46].

Veamos pues en líneas generales las presentes características:

4.1. Existencia de una crisis del constitucionalismo latinoamericano como consecuencia de nuevos paradigmas que han empezado a ser parte de la propia realidad. Aquí podemos señalar, siguiendo a Thomas Kuhn[47], que el paradigma del constitucionalismo ha empezado

Populista, Editorial B de F, Madrid 2017; PAULA BIGLIERI, Luciana Cadahia: *Siete ensayos sobre populismo,* Herder.

45 CHOMSKY, Noam: *Estados fallidos: el abuso de poder y el ataque a la democracia,* No ficción , Barcelona, 2017.

46 Una apreciación de vigencias constitucionales, dinámica constitucional, mutaciones constitucionales y desconstitucionalización puede verse en el clásico trabajo de BIDART CAPOS, Germán: *Derecho constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el derecho constitucional.* Tomo I, Ediar, Argentina, 1964, pp. 133, 136, 138 y 141 y ss.

47 KUHN, Thomas S.: *La estructura de las revoluciones científicas*. Ensayo preliminar de Ian Hacking. Traducción e introducción de Carlos Solís, FCE, 4ta edición,

a confrontar nuevos derroteros no sólo desde su propio pensamiento académico de sus integrantes, sino de la propia realidad latinoamericana. Así, gran parte de la región viene 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 de América Latina como es Cuba, siguiendo Venezuela y se quiso instalar en otros regímenes como Perú, el caso de Chile lo lidera un presidente de manufactura de izquierda, Colombia con Gustavo Petro es de igual manufactura ideológica tan igual como Lula Da Silva en Brasil y Andrés Manuel López Obrador en México. 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. A todo ello se suma una presencia de la Corte IDH con una fuerte carga ideológica de quienes detentan la interpretación del *corpus iuris latinoamericano*.

4.2. La idea ciertamente falaz de que las constituciones liberales son las causantes de los males y las constituciones del socialismo del siglo XXI son la solución de los problemas; 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 con saldos de millones de muertos por los regímenes de terror y represión[48].

4.3. La presencia de escenarios constituyentes como factores de refundación de las nuevas repúblicas[49]. 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[50] y con ella se ubica también el tema de las mutaciones constitucionales[51] y no sólo en su expresión formal del Poder Constituyente Derivado, sino como Poder Constituyente Originario en formal material,

48 COURTOIS, Stéphane *et al*: *El libro negro del comunismo. Crímenes, terror, represión*; 3era edición, Arzalia Madrid, 2021

49 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*: Libro de ponencias del XV Congreso Iberoamericano de derecho constitucional. Constitucionalismo: democracia a la defensiva. En homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, coordinador Jorge Luis Cáceres Arce, Fondo Editorial Universidad Católica Santa María, Tomo I, Arequipa, 2022, pp. 278 y ss.

50 DE VEGA, Pedro: *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos; Madrid 1995.

51 JELLINEK, George: *Reforma y Mutación Constitucional*. Estudio Preliminar de Pablo Lucas Verdú, trad. de Cristian Forster, CEC, Madrid 1991. DAU-LIN, Hsu: *Mutación de la Constitución,* Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

c) El Poder Constituyente guarda conexidad con el tema de la interpretación constitucional[52], por un lado, y nos atrevemos a sostener, con el propio fundamento de la defensa de la Constitución[53];

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 y Bidart Campos[54];

---

52 *A.J. RICHARDS, David: "La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional";* en RCEC, N° 1, Set-Diciembre, 1988; pp. 141-171; Raúl CANOSA USERA: Interpretación constitucional y Fórmula Política, CEC, Madrid, 1988 (Prólogo de Pablo Lucas Verdú); p. 50 y ss.; MARMOR, Andrei: *Teoría analítica del derecho e interpretación constitucional*. Traducción y estudio preliminar de Jorge Luis Fabra y Juan Gabriel Acosta, Ara Editores, Lima 2011, p. 306 y ss. GUASTINI, Riccardo: *Interpretación, Estado y Constitución*, Ara Editores, Lima, 2010, p. 236 y ss. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: "Reformar interpretando. La jurisdicción constitucional como poder de reforma constitucional", en ALÁEZ CORRAL, Benito (coord.): *Reforma constitucional y defensa de la democracia.* Foro y Debates. Universidad de Oviedo, CEPC, Madrid, 2020, pp. 441-468.

53 Al respecto, puede verse una bibliografía básica tal como: KELSEN, Hans: "Las Garantías Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)", en Anuario Jurídico. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1974; pp. 471-515 (trad. de Rolando Tamayo y Salmorán). Del mismo Kelsen: "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?" (Estudio preliminar de Guillermo Casió, traduc. y notas de Roberto J. Brie, supervisión técnica de Eugenio Bulygin), Tecnos Madrid 1995; Kelsen, Hans: *Sobre la jurisdicción constitucional*. Liminar de Luis Cervantes Liñán y edición al cuidado de Domingo García Belaunde. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima 2017; recientemente se ha publicado una nueva compilación de las reflexiones en KELSEN, Hans: *Escritos sobre la justicia constitucional.* Presentación de Manuel Atienza, traducción de Juan Luis Requejo Pagés, Tecnos, Madrid, 2021; SCHMITT, Carl: *La defensa de la Constitución* (Prólogo de Pedro de Vega), trad. de Manuel Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid, 1983. Igualmente, a Rodolfo REYES: *La Defensa Constitucional,* Espasa Calpe, Madrid, 1934, vid. específicamente p. 125 y ss. AA.VV.: *La Constitución y su Defensa*, UNAM, México 1984 y más modernamente: FIX ZAMUDIO, Héctor: *Introducción al estudio de la Defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano,* 2da. Edic. UNAM, México 1998; en la misma línea: FIX-ZAMUDIO, Héctor: *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, Domingo: *De la jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional* (nota introductoria y edición al cuidado de José Palomino Manchego).

54 BURGOA, Ignacio: *Derecho Constitucional Mexicano,* edit. Porrúa, duodécima edic., México 1999, p. 189-279 y en forma específica p. 238 y ss. BIDART CAMPOS, Germán: *Derecho Constitucional* T. I, Edic. Ediar; Buenos Aires. 1961, pp. 157-206, específicamente p. 162 y ss.

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 país[55].

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 Chile[56] que abortó el modelo socialista o lo que planteara en su momento Allan R. Brewer-Carias y Carlos García sobre el régimen de facto que supuso la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente del 2017[57] en Venezuela; lo que significó como apunta Franco Pérez una "perversión del poder constituyente originario"[58]; por otro lado, la problemática ha desencadenado que en los Tribunales Constitucionales empiece a desarrollarse el control constitucional de las reformas a la constitución[59] lo que entraña sus límites al propio Poder Constituyente[60]; hay quienes vienen planteando la reforma constitucional como un cambio en la propia continuidad de la constitución, tesis que plantea recientemente Javier Tajadura[61] y otros que plantean los mecanismos de referéndum

55 TORRES DEL MORAL, Antonio: *Principios de Derecho Constitucional Español*; tercera edic. renovada. Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1992, Vol. I p. 5-26

56 CHIA, Eduardo A. y QUEZADA, Flavio (editores): *Propuesta para una nueva Constitución (originada en democracia),* Facultad de Derecho Universidad de Chile y Friedrich Ebert-Stiftung, Santiago, 2020.

57 BREWER-CARÍAS y Carlos García Soto (compiladores): *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su Inconstitucional convocatoria en 2017,* Editorial Temis, Bogotá, 2017.

58 FRANCO PÉREZ, Antonio-Filiu: "Uso y perversión del poder constituyente originario en Venezuela (1999-2019)", en ALÁEZ CORRAL, Benito (coord.): *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, op. cit., pp. 263-286.

59 RODRÍGUEZ Gaona, Roberto: *El control constitucional de la reforma a la Constitución. Cuadernos "Bartolomé de las Casas".* Dykinson, Madrid, 2006.

60 COLOMBO MURUA, Ignacio: *Límites a las reformas constitucionales. Teoría de las cláusulas pétreas*. Prólogo de Jorge Reinaldo A. Vanossi, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011; RAMÍREZ CLEVEZ, Gonzalo: *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, Bogotá, 2003.

61 TAJADURA TEJADA, Javier: *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978.* Marcial Pons, Madrid, 2018.

para la reforma de las constituciones[62]; 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 discordias[63]; 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 Constituyente[64]; y otros que han esgrimido en su momento la problemática teórica de la teoría del Poder Constituyente *in abstracto*[65].

De nuestra parte creemos que el escenario peruano muy al margen del trabajo reciente de Guillermo Mardon[66] constituye un falso dilema el debate de una reforma constitucional bajo un proyecto de auspiciar 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, como lo quiso el 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

62 SÁENZ ROYO, Eva: *El referéndum en España. Debates Constitucionales,* Marcial Pons, Madrid, 2018.

63 ALZAGA, Óscar: *Del consenso constituyente al conflicto permanente,* Trotta, Madrid, 2011.

64 SAUQUILLO, Julián: *La reforma constitucional. Sujetos y límites del poder constituyente,* Tecnos , Madrid 2018; NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert: *Entre lo viejo y lo nuevo. El sujeto constituyente.* Trotta, Madrid 2017.

65 ORBEGOSO VENEGAS, Sigifredo: *Poder Constituyente y otros ensayos,* Edit. Normas Legales, Trujillo, 2002; RECASENS SICHES, Luis: *El poder constituyente. Su teoría aplicada al momento español.* Javier Morata Editor, Madrid, 1931.

66 MARDON ZÁRATE, Guillermo: *¿Reforma o revolución? Los dilemas del debate para una reforma constitucional en el Bicentenario,* Prólogo de Domingo García Belaunde, Editorial Grijley, Lima, 2021.

de una felicidad colectiva como profecía que nunca se ha cumplido en los proyectos socialistas.

4.4. La instalación de una concepción taumatúrgica de Constitución[67]; 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 apreciar una tipología a la que aquí denominamos la *constitución taumatúrgica.*

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 o milagros. Lo taumatúrgico está vinculado a las capacidades humanas que pueden detentar 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 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 políticas previas, y lo más probable es que en la mente de los que inauguraban sus proyectos de *voluntad política*, abrigaban una concepción taumatúrgica de concebir que la voluntad y *decisión política*[68] se plasmaría en la realidad, sea del viejo mundo gótico,

67 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». *Op. cit., pp.* 275-278.

68 SCHMITT, Karl: *Teoría de la Constitución,* Alianza universidad. Presentación y versión española de Francisco Ayala, Epílogo de Manuel García Pelayo, Madrid, 1992, pp. 92 y ss.

del Renacimiento y lo propio con el advenimiento de los Estados modernos[69]. 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 de 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 en parte rompe y supera esta vieja concepción que manejara en su momento[70]. Sin embargo, sus planteamientos de reflexión siguen siendo moralmente permanentes, pues sostienen que la Teoría de la Constitución debe seguir siendo la instancia crítica de un constitucionalismo reflexivo que evite dos unilateralidades: 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 ha replanteado sus reflexiones en torno a la concepción de la constitución dirigente[71]; 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.

69 CÁRDENAS GRACIA, Jaime: *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional de México, México, 2017, p. 47 y ss.

70 GOMES CANOTILHO, José Joaquim: "¿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, 1995, pp. 9-23.

71 GOMES CANOTILHO, José Joaquim: *Teoría de la Constitución*. Madrid, Dykinson, 2002.

4.5. Desde la perspectiva global, la tesis de Fukuyama sobre el fin de las ideologías socialistas (fin de la historia) en Latinoamérica se ha convertido en un renacimiento de estas banderas ideológicas autocalificadas desde organizaciones como el Foro de Sao Paolo y el encuentro de Puebla, como el socialismo del siglo XXI. Si bien el siglo XX significó la liquidación del fascismo y nacional socialismo que fueron los saldos de la post 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[72] 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 la praxis marxista leninista, de ahí que autores como Levitsky y Ziblatt[73] hablan de cómo mueren las democracias instaurándose regímenes autoritarios populistas 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 Harari[74].

4.6. 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 impulsa en diversos países desencadenando graves consecuencias de protestas violentas como ha ocurrido en su momento en Chile, Colombia y que se pretendió impulsar en el Perú en menor escala; el odio como sostiene la Real Academia española es «la antipatía

72 BELL, Daniel: *El final de la ideología,* Alianza Editorial, Madrid, 2015.

73 LEVITSKY, Steven y ZIBLATT, Daniel: *Cómo mueren las democracias ,* Ariel, cuarta edición, Bogotá, 2021.

74 NOAH HARARI, Yuval: *21 lecciones para el siglo XI,* Traduc. de Joandomenec Roc, Debate, Lima, 2018, p. 22.

y aversión hacía algo o hacía 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[75]. Lo peligroso 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 encierra, en los hechos desencadena un atentado contra la dignidad humana, su mensaje es 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 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»[76].

4.7. Judialización 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 discutibles. Si bien debe recordarse que los orígenes de este debate fueron desarrollados en el periodo de entre guerras entre la célebre

75 VALIENTE MARTÍNEZ, Francisco: *La democracia y el discurso del odio: Límites constitucionales a la libertad de expresión*. Dykinson, Madrid, 2020 p. 37 y ss.

76 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 (conterevil). Wolfe, Alan: *La maldad política. Qué es y cómo combatirla,* traducción de Anna Herrera, Galaxya Gutenberg, Barcelona, 2013, pp. 34-41.

polémica que sostuvo Kelsen[77] vs. Schmitt entorno a quién debería ser el defensor de la Constitución[78].

4.8. 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 activos 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 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[79]. Este es parte de otro escenario de la realidad constitucional de diversos países de América latina.

4.9. 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.

77 KELSEN, Hans: *Escritos sobre justicia constitucional,* presentación de Manuel Atienza, trad. de Juan Luis Requejo Pagés, Tecnos, Madrid 2021.KELSEN, Hans: *Sobre la jurisdicción constitucional.* Centro de Estudios Constitucionales, Edición al cuidado de Domingo García Belaunde, Santo Domingo, 2018.

78 SCHMITT, Carl y KELSEN, Hans: *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, Madrid 2009.

79 FLÁVIO GÓMEZ, Luiz y DE SOUSA DE ALMEIDA, Débora: *Populismo penal mediático,* Saraiva, São Paulo, 2013, pp. 34 y ss.

4.10. 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, el fallido proyecto de Perú con Pedro Castillo, Chile, Colombia, México, Brasil que nuevamente se ha incorporado 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 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.

4.11. 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 son, actualmente, la globalización de nuevos fenómenos como las *Fake News*,[80] la *posverdad*[81], espectacularización de la política (política pop), la prensa mercenaria, la corrupción estructural, entre otros y que son diversos factores negativos que igualmente asolan América Latina.

4.12. En el campo de la jurisdicción constitucional: breve balance crítico. La región latinoamericana viene incorporando 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

80 ALANDE, David: *Fake news: La nueva arma de destrucción masiva. Cómo se utilizan las noticias falsas y los hechos alternativos para desestabilizar la democracia,* Deusto, España, 2019.

81 D'ANCONA, Matthew: *Posverdad. La nueva guerra contra la verdad y cómo combatirla,* Alianza Editorial, Madrid, 2019.

apelar a medidas cautelares de *prisiones preventivas*[82] 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 de complejas patologías como la inconstitucionalidad por omisión e *inconvencionalidad por omisión*[83].

4.13. El *ius constitucionale 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 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 nacionales[84].

Así, el profesor Armin von Bogdandy ha señalado que la idea del *ius constitucionale 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 latinoamericana[85]. Este derecho constitucional común latinoamericano se sustenta en dos grandes vigas: el diálogo académico y el diálogo jurisdiccional.

82 ETO CRUZ, Gerardo: *Problemas contemporáneos del control convencional,* San Bernardo, Lima, 2021.

83 ETO CRUZ, Gerardo: *Los gritos del silencio en las normas constitucionales y convencionales. Una introducción a la teoría de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión,* San Bernardo, Lima, 2021.

84 HÄBERLE, Peter: *El estado constitucional,* Astreas, Traducción e índice de Héctor Fix-Fierro y estudio introductorio de Diego Valadés, Buenos Aires, 2007, pp. 162-163.

85 VON BOGDANDY, Armin: «*ius constitucionale commune latinoamericanum.* Una aclaración conceptual», en: *ius constitucionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos,* Armin Von Bogadandy, Héctor Fix-Fierro, Mariela Morales Antoniazzi (coordinadores), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México. 2014, pp. 4 y ss.

4.13.1. 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 quince Congresos Iberoamericanos de Derecho Constitucional. La sede del Instituto es México; recientemente, el último congreso se realizó 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 la 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 internas: de arriba hacia abajo es «*top-dow*»; 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 *estrictu 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 como 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 relevantes 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)»[86]; 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 hay 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[87]. 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[88].

86 PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo (directores): *op. cit.* pp. 19-24.

87 *Loc. Cit.* p. 24.

88 HERRERA GÓMEZ, Manuel: *Elementos para el análisis de la cultura postmoderna,* Tecnos, Madrid, 2007.

4.13.2. 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 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 sur[89]. Con todo, la realidad misma no es tampoco absolutamente pacífica, dado que la verticalidad de la Corte IDH ha dejado de ser una corte cuyos miembros son absolutamente imparciales en términos ideológicos; pues hay muchas sentencias convencionales que constituyen invasiones a la soberanía política de los regímenes constitucionales de cada país, no tanto cuando realizan un control convencional a las leyes y sentencias de cada país; sino porque hay un sesgo ideológico que empaña el esfuerzo de un tribunal supranacional con una apertura política demasiado abierta a las corrientes socialistas. Esto puede desencadenar

89 Brito Melgarejo, Rodrigo: *Diálogo entre tribunales constitucionales,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2010; Bustos Gisbert, Rafael: *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012; Pegoraro, Lucio (coordinador): *Glosario de Derecho Público Comparado*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012; Ayala Corao, Carlos: *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013; Burgorgue-Larsen, Laurence: *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013; Von Bogdandy, Armin, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores): *Ius constitutionales commune en Derechos Humanos en América Latina,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013; Bagni, Silvia (coordinadora): *Justicia constitucional comparada*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2014.

en los países de la región, la salida del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos. Sobre el particular, aunque no participamos de una salida de la Corte IDH, bien puede cada país invocar el *llamado margen de apreciación nacional,* cuando los fallos afectan la soberanía política de un país; dicha sentencia convencional puede relativizarse en su ejecución y cumplimiento.

oooooo

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 Gabo[90], sino porque los populismos, autocracias, ideologías delirantes de extrema derecha y de extrema izquierda mantienen en permanente tensión y acoso a las constituciones latinoamericanas[91], 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 creación[92], 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 y cerrar las opciones a mundos *distópicos* que amenazan con instalarse no sólo en nuestra región sino a nivel planetario.

90 VARGAS LLOSA, Mario: *García Márquez: historia de un deicidio,* novena edición, Alfaguara, Lima 2021.

91 SAGUÉS, Néstor Pedro: *La Constitución bajo tensión,* Instituto de Estudios Constitucionales, Querétaro, 2016.

92 ASTUDILLO, César y ETO CRUZ, Gerardo (coordinadores): *Centenarios de los Tribunales Constitucionales,* Tomo I, Estudios históricos, teóricos y comparados, Thomson Reuters, México 2021.

EL DEBIDO PROCESO DE ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL

*Marco Falconí Picardo**

1. DEBIDO PROCESO Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en innumerables sentencias sobre el debido proceso y ha sostenido que:

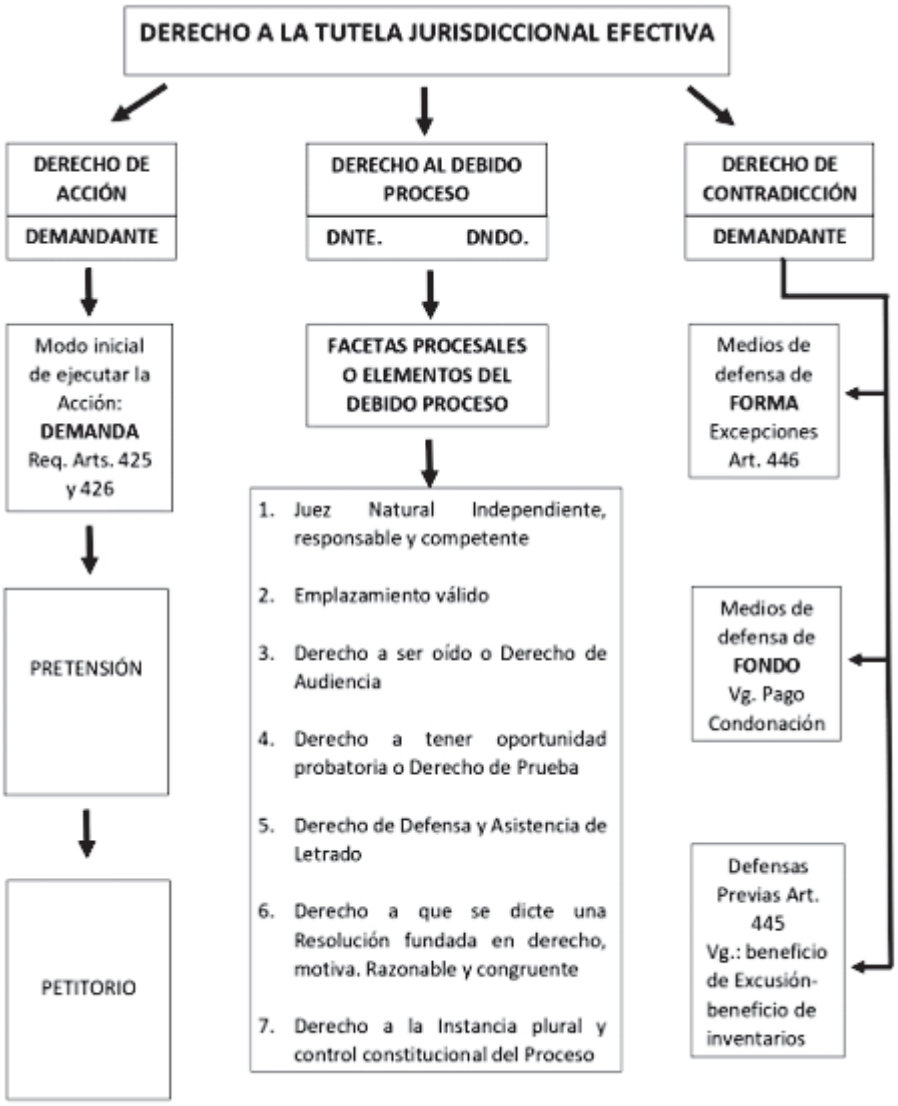
> "el debido proceso implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia"[1]

El doctor Víctor Ticona Postigo afirma que "El debido proceso legal, proceso justo o simplemente debido proceso (así como el derecho de acción, de contradicción) es un derecho humano fundamental que tiene toda persona y que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez responsable, competente e independiente, pues, el Estado no solo está obligado a proveer la prestación jurisdiccional (cuando se ejercitan los derechos de acción y contradicción) sino a proveerla bajo determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo; por consiguiente, es un derecho esencial que tiene no solamente un

* Doctor en Derecho. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas de la Universidad Católica de Santa María.

1 *Exp. Nº 0200-2002-AA. Caso Ministerio de Pesquería, Fundamento Jurídico 3*

contenido procesal y constitucional, sino también un contenido humano de acceder libre y permanentemente a un Sistema de justicia imparcial"[2].



3

2 Ticona Postigo, Víctor. *Análisis y Comentarios al Código Procesal Civil,* tercera edición. T.1, pág. 8.

3 Ticona Postigo, Víctor. *Análisis y Comentarios al Código Procesal Civil,* tercera edición. T.1, pág. 180.

El doctor Alfredo Lovón Sánchez, en su libro sobre Esquemas del Proceso Civil, página 35, considera como elementos del debido proceso al juez imparcial, emplazamiento debido, derecho a ser oído, derecho a la prueba, derecho a la defensa, derecho a la decisión motivada, derecho a la instancia plural y control constitucional, y derecho a la eficacia procesal.

Si existiera un proceso indebido o irregular, jamás podría resolverse en justicia.

El derecho a la tutela judicial o jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene la persona de recurrir al juez a solicitar justicia dentro de un debido proceso. Entonces tenemos que la tutela judicial efectiva constituye el género y el debido proceso, la especie.

La tutela judicial efectiva y el debido proceso son dos derechos fundamentales diferentes, que se relacionan e interactúan mutuamente y que se realizan en forma sucesiva, primero la tutela judicial efectiva y luego el debido proceso.

El Tribunal Constitucional del Perú, en la sentencia del 06 de diciembre del 2002 recaída en el Exp. 1042.2002-AA-TC, estableció: "(…) el derecho a la tutela jurisdiccional no sólo implica el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso sino también el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales".

El derecho al debido proceso se proyecta a toda clase de procesos judiciales, administrativos y particulares.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la Opinión Consultiva No. 9 del año de 1987, estableció:

«Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte [Corte Interamericana] considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del

debido proceso legal en los términos del artículo 8° de la Convención Americana"[4]»

2. DERECHO A LA DEFENSA

En toda clase de procesos, sin excepción, el derecho a la defensa es un derecho imprescindible para que exista justicia y en nuestro caso está reconocido en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

El Tribunal Constitucional en la STC recaída en el Expediente No. 00156-2012-PHC/TC (Caso Tineo Cabrera), fundamento 2:

" (…) Sobre este aspecto es necesario volver a destacar que las garantías mínimas del debido proceso deben observarse no solo en sede jurisdiccional, sino también en la administrativa sancionatoria, corporativa y parlamentaria. Así lo estableció la Corte Interamericana en la sentencia recaída en el caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, de fecha 31 de enero de 2001, cuando enfatizó que "[s] i bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, 'sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales' a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" precisando que "el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a [l]os órdenes [civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter: corporativo y parlamentario] y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal". (Ver: https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00156-2012-HC.pdf)

La STC recaída en el Exp. 04968-2014-HC/TC caso Eliane Chantal Karp, establece criterios muy importantes sobre el debido proceso parlamentario y Podemos revisarlo en el fundamento 55:

Fundamento 55:

"El derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación, supone en primer lugar que las comisiones investigadoras deben dar a conocer con claridad bajo qué cargos y por qué circunstancias se cita a una persona a declarar. Impone asimismo al Congreso la obligación de legislar con claridad los distintos procedimientos sancionatorios, especialmente

4 Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.)

para garantizar los derechos que le asisten a quienes son investigados y citados. Es la única forma de garantizar que los altos funcionarios o los ciudadanos, según sea el caso, conozcan en forma previa, clara, integral y suficientemente detallada los hechos (acciones u omisiones) por los que son citados a una Comisión investigadora; o los delitos que se le imputan en el ejercicio de la función (antejuicio) o las infracciones constitucionales previamente tipificadas (juicio político), a fin de que puedan ejercer en forma efectiva su derecho a la defensa. El incumplimiento del derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación o de los motivos de la investigación, pueden constituir una clara vulneración del derecho a la defensa, como ya lo dejó sentado en su oportunidad la Corte Interamericana en el caso Tribunal Constitucional vs. Perú, cuando indicó que la vulneración del derecho al debido proceso se produjo por cuanto "los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían y se les limitó el acceso al acervo probatorio". (Ver: https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/04968-2014-HC.pdf).

3. JUICIO Y ANTEJUICIO POLÍTICO

Los procesos de acusaciones constitucionales estuvieron regulados por la vetusta Ley de Responsabilidad de los Funcionarios Públicos del año 1868 y que fuera sustituida por la Ley 26231.

Es importante tener presente los artículos 99 y 100 de la Constitución Política del Perú, y que se transcribe a continuación:

> "Artículo 99.- Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fisca-les supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas.
>
> Artículo 100.- Corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez

años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad.

El acusado tiene derecho, en este trámite, a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso.

En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspon-diente.

La sentencia absolutoria de la Corte Suprema devuelve al acusado sus derechos políticos.

Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instruc-ción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso". [5]

Hay dos posiciones distintas, una que se está frente a dos procesos distintos y otra frente a una misma clase de procesos.

Particularmente, sostengo que estamos frente a dos tipos de procesos.

El juicio político está referido a los altos funcionarios que habrían infringido la Constitución, faltas políticas o contravenciones no constitutivas de delito, mientras que el antejuicio político está referido a los funcionarios que hayan cometido delito.

Es obvio que las garantías del debido proceso tienen que ser aplicadas a todos los procesos sin excepción, especialmente los parlamentarios.

Lamentablemente, es cierto que en muchos casos se violentaron las garantías del debido proceso, tal como refiere el doctor Benji Espinoza Ramos en un artículo suyo denominado. "El Debido Proceso Parlamentario en el Juicio y el Antejuicios Políticos"[6].

5 Constitución Política del Perú. Ediciones Congreso de la República. 2022. Lima, Perú. Pág. 64, artículo 99 y 100.

6 Espinoza Ramos, Benji, El Debido Proceso Parlamentario en el Juicio y el Antejuicio Políticos, pág. 10, https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/0AE0E203D15D4B5505257BA50081D373/$FILE/El_debido_proceso_parlamentario.pdf

Expresamente en su conclusión sexta indica:

"vi. En mi opinión, en los procedimientos parlamentarios de juico político y antejuicio político se violentan las siguientes garantías del debido proceso: a) identidad fáctica entre los informes de calificación y final (defensa); b) imparcialidad; c) plazo razonable; d) debida motivación de los informes de calificación y final; e) ne bis in ídem; f) independencia; y g) legalidad –taxatividad- de la infracción y la sanción política"

No hay ninguna justificación para afectar o vulnerar el debido proceso, que debe respetarse siempre.

Como ejemplo traigo a colación el proceso de acusación constitucional que se siguió en contra del excongresista Michael Urtecho Medina y en mi condición de Presidente de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales fuimos muy escrupulosos en respetar el debido proceso.

Se inició el proceso a raíz de la denuncia que fue presentada por cinco congresistas el 11 de octubre del 2013, y el 05 de diciembre del 2013 se presentó el Informe Final respecto de las denuncias constitucionales acumuladas Nos. 166 y 169 ante la Comisión Permanente del Congreso (el expediente tuvo más de 25 000 hojas).

El día 20 de diciembre del 2012 se publicó en el *Diario Oficial El Peruano* la Resolución Legislativa del Congreso No. 002-2013-2014-CR que destituyó en el cargo al congresista Wilson Michael Urtecho Medina y lo inhabilita para ejercer la función pública por diez años, por haber cometido infracción a la Constitución Política del Perú.

Finalmente, el excongresista Michael Urtecho Medina fue condenado el 29 de agosto del 2023 por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República (en primera instancia) a 22 años de prisión y su esposa fue condenada a 28 años de prisión.

En la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales nos demoramos 2 meses en llevar adelante el debido proceso constitucional y el Poder Judicial se ha demorado prácticamente 10 largos años para expedir sentencia en primera instancia. Con lo que se demuestra, que se puede respetar el debido proceso, cumplir con la función adecuadamente, debiendo tener presente que los miembros de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales continúan con sus labores ordinarias de representación, fiscalización y legislación. Resulta muy importante reconocer que esta labor

extraordinaria se pudo llevar adelante gracias al calificado trabajo del Dr. Yon Pérez Paredes, excelente funcionario del Congreso de la República[7].

4. PROCESO DE ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL

"El artículo 100 de la Constitución Política del Estado establece como sanciones para la acusación constitucional por juicio político, a la suspensión, la destitución y la inhabilitación hasta por 10 años en el ejercicio de la función pública.

Es pertinente precisar que en el antejuicio político no se sanciona, dado que el Congreso no determina la responsabilidad penal del denunciado y se limita a establecer si hay indicios razonables de la comisión de un delito, razón por la que se suspende al funcionario, para que el Ministerio Público lo denuncie ante el Poder Judicial y se dé inicio al proceso correspondiente; por lo tanto, dicha suspensión no puede ser considerada como una sanción"[8].

En relación a las medidas de suspensión, inhabilitación y destitución aplicables a los procedimientos parlamentarios, dentro de los cuales se encuentra el de acusación constitucional, el doctor César Delgado Guembes hace un análisis comparativo, conforme al siguiente cuadro.

7 Pérez Paredes, Yon, *El control Parlamentario en el Constitucionalismo Peruano*, Instituto Pacífico, primera edición, 2016.

8 Falconí Picardo, Marco. El Proceso de Acusación Constitucional en el Perú. Fondo Editorial del Congreso de la República. 2015. Pág. 34

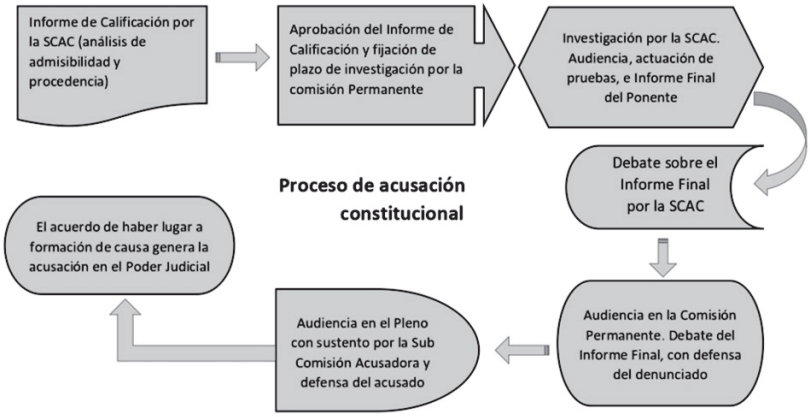
TIPOS DE SANCIONES *

	SUSPENSIÓN	INHABILITACIÓN	DESTITUCIÓN
Sujeto Pasivo	Congresistas y altos funcionarios indicados en el artículo 99° de la Constitución. Pero únicamente para congresistas en casos disciplinarios, éticos o levantamiento de inmunidad de arresto.	Congresistas y altos funcionarios indicados en el artículo 99° de la Constitución.	Congresistas y altos funcionarios indicados en el artículo 99° de la Constitución.
Titular de la acción	Pleno del Congreso, a propuesta de la Comisión Permanente, de la comisión de Ética, o de la Mesa Directiva.	Únicamente el pleno del congreso, sin la participación de la comisión permanente.	Únicamente el pleno del congreso, sin la participación de la comisión permanente.
Naturaleza de la medida	Tiene naturaleza habilitadora o instrumental en casos de levantamiento de la inmunidad de arresto y de antejuicio por delito de función. Constituye una garantía para el ejercicio independiente de la función jurisdiccional. No es una sanción en levantamiento de inmunidad de arresto ni de antejuicio por delito de función. Sí es sanción en casos de imposición por motivo disciplinario, ético, o en juicio político por infracción de la Constitución.	Sí es una sanción y se aplica en los juicios políticos por infracción de la Constitución. No es sanción en caso de inhabilitación por enfermedad permanente, o enfermedad temporal por más de 60 días naturales.	Sí es una sanción y se aplica en los juicios políticos por infracción de la Constitución.

Proceso en que se aplica	Cabe en procesos disciplinarios, éticos, de levantamiento de inmunidad de arresto, antejuicio por delito en el ejercicio de la función, y en juicio político por infracción de la Constitución	Únicamente en juicio político, por infracción de la constitución	Únicamente en juicio político, por infracción de la constitución
Efecto en la función	Se mantiene el vínculo funcional, y se lo sujeta al cumplimiento de una condición (tiempo determinado o determinable). En ningún caso es sine die.	Impiden el ejercicio funcional en el futuro. El plazo máximo de inhabilitación imponible como sanción es de 10 años.	Corta y caduca el ejercicio funcional de manera definitiva. Se pierde el mandato de representación o concluye la función pública si ésta se desempeña al momento en que concluye el juicio político.
Efectos Ulteriores	En caso de sentencia favorable por antejuicio se recupera el ejercicio de la función y hay derecho a reembolso por los emolumentos y beneficios dejados de percibir.	Los efectos no están sujetos a la resolución ulterior de instancia judicial en un proceso penal.	Los efectos no están sujetos a la resolución ulterior de instancia judicial en un proceso penal.
Efecto respecto de terceros	Cabe reemplazo del congresista por el accesitario. No está previsto el reemplazo en caso de levantamiento de la inmunidad de arresto, ni en los procesos disciplinarios o éticos.	Cabe reemplazo del congresista por el accesitario. Si la inhabilitación es por enfermedad el congresista es reemplazado por el accesitario, pero no deja de percibir emolumentos y beneficios.	Cabe reemplazo del congresista por el accesitario.

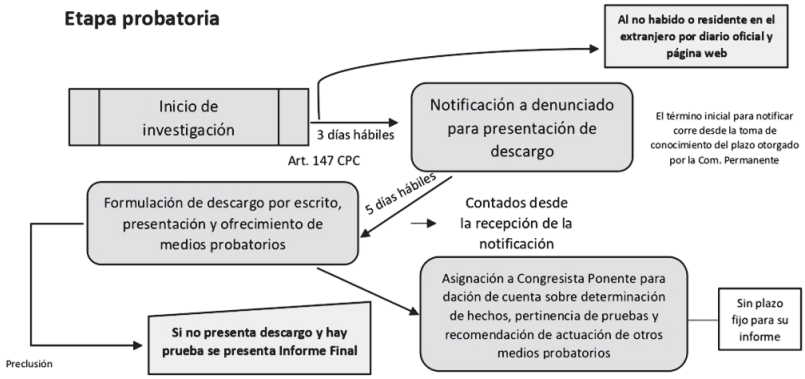
* César Delgado Guembes, *Prerrogativas Parlamentarias – Aplicación y límites en un caso de antejuicio político.* Lima. Editorial Grijley. 2007. Pág. 55.

A continuación, nos permitimos tomar los flujogramas que elaboró el doctor César Delgado Guembes, que con toda seguridad es uno de los principales expertos en Derecho Parlamentario en el Perú[9].



* Fuente: Delgado Guembes, César. Manual del Parlamento. Congreso de la República. 2012. Pág. 496.

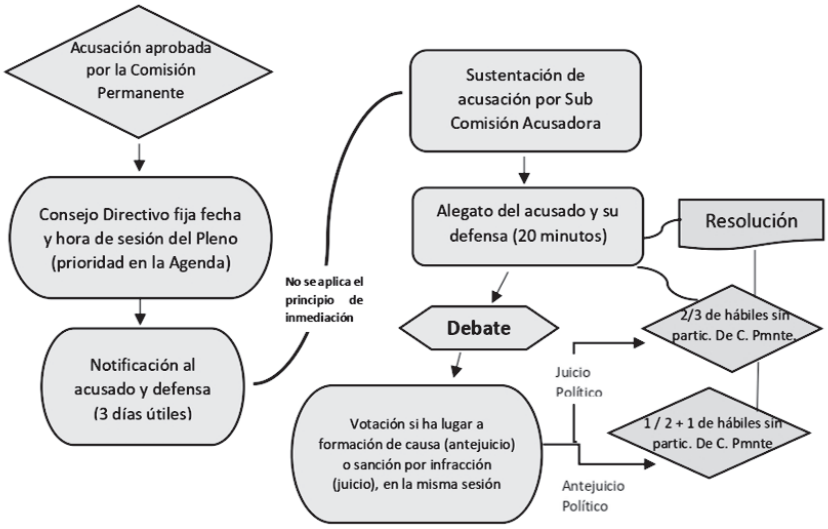
El trámite del proceso de acusación constitucional, está regulado en el artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República.



* Fuente: Delgado Guembes, César. *Manual del Parlamento. Congreso de la República.* 2012. Pág. 528.

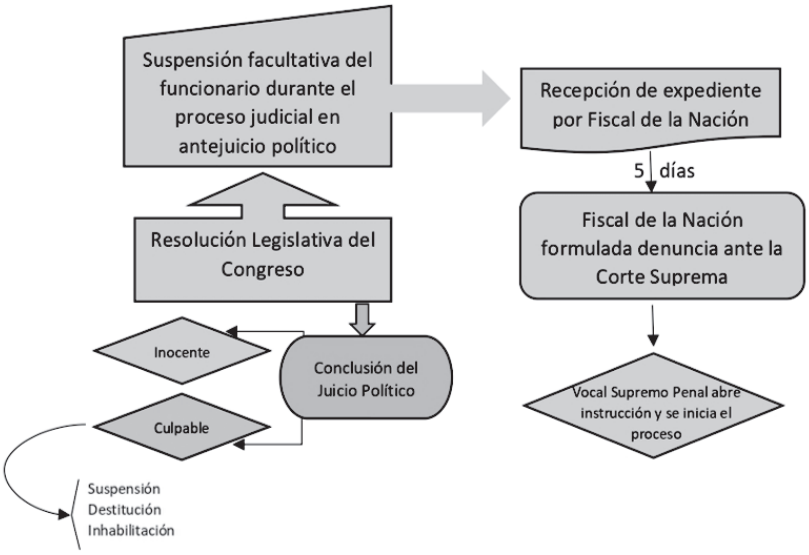
9 Delgado Guembes, César. *Manual del Parlamento. Congreso de la República.* 2012. Pág. 496.

Etapa Decisoria: procedimiento ante el Pleno



* Fuente: Delgado Guembes, César. *Manual del Parlamento. Congreso de la República.* 2012. Pág. 514.

De la sede parlamentaria a la etapa judicial



* Delgado Guembes, César. *Manual del Parlamento. Congreso de la República.* 2012. Pág. 535.

A la fecha de la publicación del libro sobre *El Proceso de Acusación Constitucional en el Perú,* formulamos varias observaciones.

OBSERVACIONES CON RESPECTO AL PROCEDIMIENTO DE ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL[10]

Si bien es cierto que el Reglamento del Congreso de la República persigue salvaguardar el derecho fundamental de las partes a un debido procedimiento, se han identificado algunos aspectos que pueden ser corregidos para un mejor desarrollo del procedimiento parlamentario de acusación constitucional, entre ellos tenemos:

a) Que no se haya establecido como un requisito de admisibilidad que el denunciante indique el domicilio del demandado, o en su defecto, que declare no conocerlo para tomar las previsiones del caso.

b) El Reglamento no exige que las denuncias cuenten con un petitorio claro y expreso, donde se indique con precisión qué artículo de la Constitución habría sido infringido y/o que ilícito penal supuestamente se ha cometido, lo cual dificulta la calificación de la denuncia.

c) El Reglamento indica que las denuncias constitucionales por delitos de acción privada son declaradas inadmisibles de plano; sin embargo, esto induce al error, pues daría a entender que pueden ser subsanables; lo correcto sería declarar su improcedencia de plano.

d) No prevé la acumulación de denuncias que se encuentran en un mismo estado procesal, a pesar de que sean en contra del mismo denunciado y por los mismos hechos.

e) El plazo ordinario que otorga la Comisión Permanente de 15 días para la investigación, incluyendo la presentación del informe final es insuficiente, dado que en este lapso de tiempo deben realizarse diversas actuaciones procesales, entre ellas tenemos:

10 Falconí, Marco. *El Proceso de Acusación Constitucional en el Perú*. Fondo Editorial del Congreso de la República. 2015. Pág. 47

ACTUACIÓN PROCESAL	PLAZO
Notificación al denunciado.	Hasta 3 días.
Presentación de descargo.	Hasta 5 días.
Informe de determinación de hechos y pruebas.	Hasta 5 días, después de recibidos los descargos.
Audiencia.	Debe llevarse a cabo en un plazo no mayor de los 5 días posteriores a la emisión del informe de determinación de hechos y pruebas.
Informe final.	Hasta 5 días posteriores de realizada la audiencia.

Los plazos antes mencionados no consideran diversos incidentes, tales como la ampliación del plazo para la presentación del descargo (en caso la denuncia sea voluminosa), que en virtud de la garantía del debido proceso deben ser tomados en cuenta.

f) De igual forma, no se toma en cuenta que los peritos deben contar con un plazo prudencial para la emisión de sus informes, los cuales deben ser puestos en conocimiento de las partes.

g) Tampoco se considera el término de la distancia para notificar a los testigos que no se encuentran en la ciudad de Lima, así como el tiempo de desplazamiento de estos para poder asistir a la audiencia.

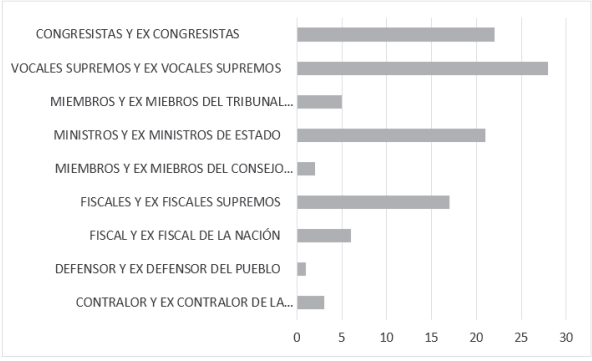
h) Debe aclararse en el Reglamento que la inasistencia justificada del denunciado a la audiencia,permite su postergación, en razón que conforme al texto vigente en el inciso d.3. del artículo 89 del Reglamento del Congreso se señala que "*la inasistencia del denunciado a la audiencia no será impedimento para continuar con las actuaciones*"[11].

11 Inciso d.3. del artículo 89 del Reglamento del Congreso

Denuncias Constitucionales Periodo Parlamentario (por denunciado) 1995–2000

CONGRESISTAS Y EXCONGRESISTAS	22
VOCALES SUPREMOS Y EXVOCALES SUPREMOS	28
MIEMBROS Y EXMIEBROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	5
MINISTROS Y EXMINISTROS DE ESTADO	21
MIEMBROS Y EXMIEMBROS DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA	2
FISCALES Y EXFISCALES SUPREMOS	17
FISCAL Y EXFISCAL DE LA NACIÓN	6
DEFENSOR Y EXDEFENSOR DEL PUEBLO	1
CONTRALOR Y EXCONTRALOR DE LA REPÚBLICA	3

TOTAL DE DENUNCIAS: 105



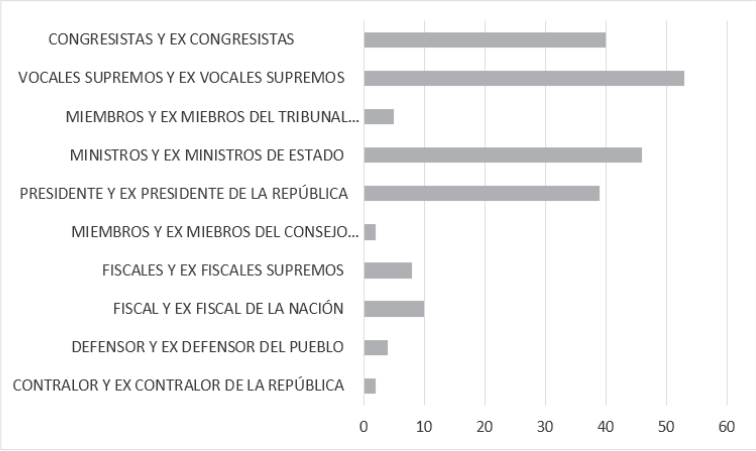
Elaborado en base a la información del Sistema de Acusaciones Constitucionales – Dirección de Tecnologías de Información del Congreso de la República

* Falconí, Marco. El Proceso de Acusación Constitucional en el Perú. Fondo Editorial del Congreso de la República. 2015. Pág. 424

Denuncias Constitucionales Periodo Parlamentario (por denunciado) 2000 - 2001

CONGRESISTAS Y EXCONGRESISTAS	40
VOCALES SUPREMOS Y EXVOCALES SUPREMOS	53
MIEMBROS Y EXMIEBROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	5
MINISTROS Y EXMINISTROS DE ESTADO	46
PRESIDENTE Y EXPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA	39
MIEMBROS Y EXMIEBROS DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA	2
FISCALES Y EXFISCALES SUPREMOS	8
FISCAL Y EXFISCAL DE LA NACIÓN	10
DEFENSOR Y EXDEFENSOR DEL PUEBLO	4
CONTRALOR Y EXCONTRALOR DE LA REPÚBLICA	2

TOTAL DENUNCIAS: 219



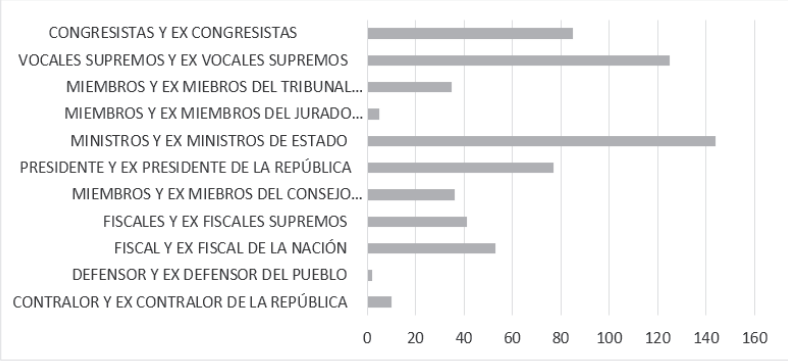
Elaborado en base a la información del Sistema de Acusaciones Constitucionales – Dirección de Tecnologías de Información del Congreso de la República

* Falconí, Marco. *El Proceso de Acusación Constitucional en el Perú*. Fondo Editorial del Congreso de la República. 2015. Pág. 425.

Denuncias Constitucionales Periodo Parlamentario (por denunciado) 2001-2006

CONGRESISTAS Y EXCONGRESISTAS	85
VOCALES SUPREMOS Y EXVOCALES SUPREMOS	125
MIEMBROS Y EXMIEBROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	35
MIEMBROS Y EXMIEBROS DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES	5
MINISTROS Y EXMINISTROS DE ESTADO	144
PRESIDENTE Y EXPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA	77
MIEMBROS Y EXMIEBROS DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA	36
FISCALES Y EXFISCALES SUPREMOS	41
FISCAL Y EXFISCAL DE LA NACIÓN	53
DEFENSOR Y EXDEFENSOR DEL PUEBLO	2
CONTRALOR Y EXCONTRALOR DE LA REPÚBLICA	10

TOTAL DENUNCIAS: 643



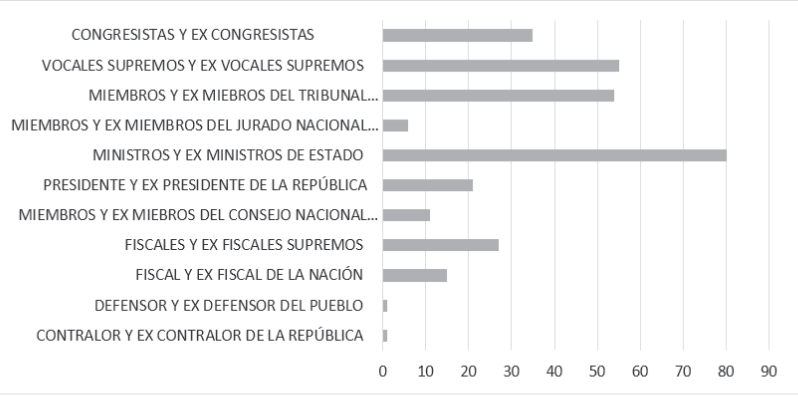
Elaborado en base a la información del Sistema de Acusaciones Constitucionales – Dirección de Tecnologías de Información del Congreso de la República

* Falconí, Marco. *El Proceso de Acusación Constitucional en el Perú*. Fondo Editorial del Congreso de la República. 2015. Pág. 426

Denuncias Constitucionales Periodo Parlamentario (por denunciado) 2006-2011

CONGRESISTAS Y EXCONGRESISTAS	35
VOCALES SUPREMOS Y EXVOCALES SUPREMOS	55
MIEMBROS Y EXMIEBROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	54
MIEMBRO Y EXMIEBROS DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES	6
MINISTROS Y EXMINISTROS DE ESTADO	80
PRESIDENTE Y EXPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA	21
MIEMBROS Y EXMIEBROS DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA	11
FISCALES Y EXFISCALES SUPREMOS	27
FISCAL Y EXFISCAL DE LA NACIÓN	15
DEFENSOR Y EXDEFENSOR DEL PUEBLO	1
CONTRALOR Y EXCONTRALOR DE LA REPÚBLICA	1

TOTAL DENUNCIAS: 306



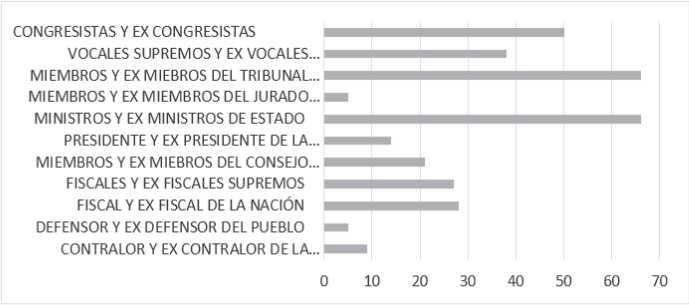
Elaborado en base a la información del Sistema de Acusaciones Constitucionales – Dirección de Tecnologías de Información del Congreso de la República

* Falconí Picardo, Marco. *El Proceso de Acusación Constitucional en el Perú*. Fondo Editorial del Congreso de la República. 2015. Pág. 427

Denuncias Constitucionales Periodo Parlamentario (por denunciado) 2011-2016

CONGRESISTAS Y EXCONGRESISTAS	50
VOCALES SUPREMOS Y EXVOCALES SUPREMOS	38
MIEMBROS Y EXMIEMBROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	66
MIEMBRO Y EXMIEMBROS DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES	5
MINISTROS Y EXMINISTROS DE ESTADO	66
PRESIDENTE Y EXPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA	14
MIEMBROS Y EXMIEMBROS DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA	21
FISCALES Y EXFISCALES SUPREMOS	27
FISCAL Y EXFISCAL DE LA NACIÓN	28
DEFENSOR Y EXDEFENSOR DEL PUEBLO	5
CONTRALOR Y EXCONTRALOR DE LA REPÚBLICA	9

TOTAL DENUNCIAS: 329



Elaborado en base a la información del Sistema de Acusaciones Constitucionales – Dirección de Tecnologías de Información del Congreso de la República

* Falconí, Marco. *El Proceso de Acusación Constitucional en el Perú*. Fondo Editorial del Congreso de la República. 2015. Pág. 428

ÁREA DE ESTADÍSTICA

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"

"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia

ACUSACIONES CONSTITUCIONALES

Período Parlamentario 2016 • 2021

(Del 27 de julio de 2016 al 26 de julio de 2021)

Subcomisión de Acusaciones Constitucionales	Número de Acusaciones Constitucionales
Para calificación	119
Informe de calificación procedente	1
No formula acusación constitucional	3
Comisión Permanente	Número de Acusaciones Constitucionales
Cuestión Previa (Retorna a la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales)	7
Aprobado la Subcomisión Acusadora ante el Pleno	5
Se concede el plazo para investigación y presentación del informe	60
Expediente terminado al Archivo General	254
Pleno del Congreso de la República	Número de Acusaciones Constitucionales
Aprobadas 27 Resoluciones Legislativa del Congreso ((*)	13
Aprobadas 5 Resoluciones Legislativa del Congreso (*)	1

Resoluciones Legislativa del Congreso (Archivar la acusación constitucional de la denuncia Constitucional N. ^{0} 35)	1
Aprobadas 3 Resoluciones Legislativa del Congreso (*)	2
Aprobadas 2 Resoluciones Legislativa del Congreso (*)	1
TOTAL DE ACUSACIONES CONSTITUCIONALES	**467**

(*) En anexo listado de Resoluciones Legislativa del Congreso.

Fuente: (1) Sistema de Acusaciones Constitucionales del Área de Trámite y Digitalización de Documentos. (2) Síntesis de Acuerdo de Comisiones del Departamento de Comisiones. Elaboración: Área de Estadística.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

ÁREA DE ESTADÍSTICA PARLAMENTARIA

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

DENUNCIAS CONSTITUCIONALES

Período Parlamentario 2021-2026

(Del 27 de julio de 2021 al 26 de julio de 2023)

Denuncias Constitucionales	**Número de Denuncias Constitucionales**
Total de Denuncias Constitucionales	**13 7**
Informe de Calificación (Improcedente)	35
Informe de Calificación Inadmisible	1
Informe de Calificación (Procedente)	7
Informe Final de la Subcomisión (Formula acusación constitucional)	28
Informe Final de la Subcomisión (No formula acusación constitucional)	3
Para calificación de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales	61
Reingresa a Subcomisión de Acusaciones Constitucionales (Reingresa a	1

Subcomisión)	
Congresista retira acusación/Informe/firma (Retira acusación)	
Comisión Permanente del Congreso	**Número de Denuncias Constitucionales**
Expediente Terminado al Archivo General	72
Visto el Informe de Calificación procedente, se aprueba plazo.	23
Pleno del Congreso de la República	**Número de Denuncias Constitucionales**
Resoluciones Legislativa del Congreso (12 Resoluciones Legislativas del Congreso)	8
Rechazada Resoluciones Legislativa del Congreso (5 Resoluciones Legislativas del Congreso)	2
Total de Denuncias Constitucionales Trabajadas	**24** **2**

Fuente: (1) Síntesis de acuerdos de Comisiones del Departamento de Comisiones; (2) Sistema de Acusaciones Constitucionales del Área de Trámite y Digitalización de Documentos.

Elaboración: Área de Estadística del Congreso.

BIBLIOGRAFÍA

1. Amaya, Jorge Alejandro. Artículo "El control jurisdiccional de los interna corporis acta", Estudios de Derecho Público. Editorial Asociación de Docentes de la Facultad de Ciencias Sociales UBA. Edición, primera, 2013, Buenos Aires, Argentina.
2. Comisión de Constitución y Reglamento. Opinión Consultiva N° 04-2020-2021-CCR/CR (3 de setiembre del 2020).
3. Constitución Política del Perú. Ediciones Congreso de la República. 2022. Lima, Perú.
4. Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.)
5. Delgado Guembes, César. *Introducción al estudio del Parlamento peruano.* Editorial USIL. Edición, primera, 2020, Lima, Perú.
6. Delgado Guembes, César. *Manual del Parlamento.* Editorial Congreso de la República. Edición, primera, 2012, Lima, Perú.
7. Espinoza Ramos, Benji, *El Debido Proceso Parlamentario en el Juicio y el Antejuicio Políticos,* https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/0AE0E203D15D4B5505257BA50081D373/$FILE/El_debido_proceso_parlamentario.pdf
8. Falconí Picardo, Marco. *El Proceso de Acusación Constitucional en el Perú*. Fondo Editorial del Congreso de la República. 2015.
9. Exp. Nº 0200-2002-AA. Caso Ministerio de Pesquería, Fundamento Jurídico 3.
10. García Toma, Víctor. *La Acusación Constitucional.* Editorial, Revista Advocatus.
11. Pérez Paredes, Yon. *El control Parlamentario en el Constitucionalismo Peruano,* Instituto Pacífico, primera edición, 2016.
12. Reglamento del Congreso
13. Ticona Postigo, Víctor. *Análisis y Comentarios al Código Procesal Civil*, tercera edición. T.1.

ANEXO

Procedimiento de acusación constitucional

Artículo 89. Mediante el procedimiento de acusación constitucional se realiza el antejuicio político de los altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99 de la Constitución Política.

El procedimiento de acusación constitucional se desarrolla observando las siguientes reglas:

a) Los congresistas, el Fiscal de la Nación o cualquier persona que se considere directamente agraviada pueden presentar denuncia constitucional contra los altos funcionarios del Estado comprendidos dentro de los alcances del artículo 99 de la Constitución Política.

La denuncia se presenta por escrito y debe contener:

- Nombre del denunciante y domicilio procesal, de ser el caso.
- Fundamentos de hecho y de derecho.
- Documentos que la sustenten o, en su defecto, la indicación del lugar donde dichos documentos se encuentren.
- Fecha de presentación.
- Firma del denunciante o denunciantes.
- Copia simple del documento oficial de identificación del denunciante, en caso de que la denuncia no provenga de Congresista o del Fiscal de la Nación.

b) Las denuncias presentadas son derivadas inmediatamente a la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales para su calificación.

c) La Subcomisión de Acusaciones Constitucionales es el órgano encargado de calificar la admisibilidad y procedencia de las denuncias constitucionales presentadas, así como realizar la investigación en los procesos de acusación constitucional, emitiendo el informe final correspondiente. El número de integrantes y su conformación responden a los principios de pluralidad y proporcionalidad de todos los grupos parlamentarios. Sus miembros, entre ellos su Presidente, son designados por la Comisión Permanente.

La calificación sobre la admisibilidad y/o procedencia de las denuncias, se realizará en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, conforme a los siguientes criterios:

- Que hayan sido formuladas por persona capaz, por sí o mediante representante debidamente acreditado.
- Que la persona que formula la denuncia sea agraviada por los hechos o conductas que se denuncian.
- Que se refieran a hechos que constituyan infracción de la Constitución y/o delitos de función previstos en la legislación penal.
- Que cumpla con los requisitos señalados en el segundo párrafo del literal a) precedente.
- Si a la persona denunciada le corresponde o no la prerrogativa funcional del antejuicio, o si esta se encuentra o no vigente.
- Si el delito denunciado no ha prescrito.

Las denuncias que son calificadas improcedentes se remitirán al archivo. Las que son declaradas inadmisibles serán notificadas al denunciante para que en el plazo no mayor de tres (3) días hábiles subsane las omisiones a que hubiere lugar. Si en dicho plazo, el denunciante no llega a subsanar las referidas omisiones, la denuncia se enviará al archivo, dejando a salvo su derecho.

Las denuncias constitucionales por delitos de acción privada son declaradas inadmisibles de plano.

Los informes que contengan la calificación positiva de admisibilidad y procedencia de una denuncia constitucional, deberán indicar además, si es que así lo estima pertinente, sobre la posibilidad de acumulación con alguna denuncia que se encuentre en estado de investigación.

Los congresistas que integran la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales están impedidos de presentar denuncias constitucionales.

d) La Subcomisión de Acusaciones Constitucionales presentará su informe de calificación a la Presidencia de la Comisión Permanente. Esta aprobará, sobre la base del informe de calificación y con la mayoría de sus miembros presentes, el plazo dentro del cual la Subcomisión de

Acusaciones Constitucionales realizará la investigación y presentará su informe, el cual no podrá ser mayor de quince (15) días hábiles, prorrogable por el término que disponga la Comisión Permanente por una sola vez. Excepcionalmente, se podrá fijar un plazo mayor cuando el proceso a investigarse sea susceptible de acumulación con otra u otras denuncias constitucionales.

El plazo antes referido se computa a partir del día siguiente de la sesión en la que el pleno de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales toma conocimiento de la notificación del plazo acordado por la Comisión Permanente.

La Subcomisión de Acusaciones Constitucionales realiza su función conforme al siguiente procedimiento:

a.1 La denuncia es notificada al denunciado por el presidente de la Subcomisión dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la toma de conocimiento, por parte del pleno de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, del plazo aprobado para realizar su investigación. A la notificación se adjuntan los anexos correspondientes y se otorga al denunciado un plazo de cinco (5) días hábiles para formular su descargo por escrito y presentar u ofrecer los medios indiciarios y/o probatorios que considere necesarios.

En caso de que el denunciado no tenga domicilio conocido o se encuentre fuera del país, se le notifica, adjuntando un breve resumen de la denuncia a través del diario oficial El Peruano, en su Página Web y en el Portal del Congreso.

Si el denunciado no formula su descargo dentro del plazo previsto, se tiene por absuelto el trámite y de existir pruebas o indicios suficientes que hagan presumir la comisión de un delito o una infracción constitucional, la Subcomisión podrá emitir el informe final o parcial correspondiente. En este caso se continuará la investigación respecto a los extremos que no sean materia del informe parcial.

a.2 Para el proceso de investigación, la Subcomisión podrá delegar en uno de sus integrantes la realización, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, posteriores al acto de delegación, los siguientes actos procesales:

- La determinación de los hechos materia de la investigación.

- La evaluación sobre la pertinencia de las pruebas y/o indicios y la recomendación para la actuación de otros medios probatorios que sean necesarios.

  Una vez determinados los hechos que son materia de la investigación y las pruebas e indicios que se han de actuar, el Congresista delegado dará cuenta por escrito a la Presidencia de la Subcomisión sobre estos actos, en mérito de lo cual se convocará, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, a sesión para realizar la respectiva audiencia y notificará al denunciante, denunciado, los testigos y peritos.

a.3 En la fecha y hora establecidos se realizará la audiencia con la asistencia de la mitad más uno de20a:

- Es pública, en los casos en que la denuncia verse sobre infracción a la Constitución Política. Es reservada, en los casos en que la investigación verse sobre presuntos delitos, salvo que los denunciados manifiesten su conformidad con la publicidad de la misma.
- El presidente de la Subcomisión da inicio a la audiencia, dejando constancia de la presencia de los demás miembros de la Subcomisión y de las inasistencias por licencias.
- Seguidamente, el presidente de la Subcomisión concede el uso de la palabra a los denunciantes, a fin de que expongan su denuncia; a continuación, otorga el uso de la palabra a los denunciados para que expongan sus correspondientes descargos.
- Seguidamente, se procede a recibir las declaraciones testimoniales que hayan sido determinadas por el Congresista al que se le delegó esta función.
- El Presidente concederá el uso de la palabra a los miembros de la Subcomisión para que formulen sus preguntas a los testigos y posteriormente hará las propias.
- A continuación, se procede a escuchar a los peritos que hayan presentado informe y se formularán las preguntas pertinentes.
- El denunciante o el denunciado puede solicitar una réplica al presidente de la Subcomisión, en cuyo caso el contrario tiene derecho a una dúplica.

- En todo momento las partes se dirigirán al presidente de la Subcomisión, no estando permitido el debate directo entre las mismas.
- La audiencia finaliza con las preguntas que formulen los miembros de la Subcomisión, al denunciado y al denunciante.

1.5 Concluida la audiencia y actuadas todas las pruebas, el Presidente encargará al Congresista que se delegó la determinación de los hechos materia de la investigación y la pertinencia de las pruebas, la elaboración de un informe para que lo presente, a más tardar, dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores a la audiencia, el cual será debatido y aprobado, o rechazado, en la sesión que para el efecto convoque el presidente de la Subcomisión. La sesión se realiza con la asistencia de la mitad más uno del número legal de los miembros de la Subcomisión.

1.6 El informe final puede concluir con la acusación del investigado o el archivamiento de la denuncia, y debe ser remitido a la Comisión Permanente, conforme con lo establecido en el literal g) del presente artículo. No es admisible otro tipo de conclusiones y/o recomendaciones.

1.7 Durante todo el proceso de investigación a que hace referencia este inciso, los miembros de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales gozan de licencia de pleno derecho en los órganos del Congreso a los que estén obligados a asistir. En lo posible, la Subcomisión evitará sesionar a la misma hora que lo haga el Pleno del Congreso.

e) Recibido el informe, el presidente de la Comisión Permanente ordena su distribución entre los miembros y convoca a sesión de la misma, la que no se realiza antes de los dos (2) días útiles siguientes. En casos excepcionales dicha sesión puede coincidir con el día en que sesiona el Pleno del Congreso.

f) Si el informe propone el archivamiento o la improcedencia de la denuncia constitucional se vota previo debate. En ambos casos el expediente de la denuncia constitucional se remite al archivo. Si por el contrario propone la acusación ante el Pleno del Congreso, se debatirá el informe y se votará, pronunciándose por la acusación o no ante el Pleno.

Cuando son varias las personas comprendidas en la investigación, la votación se efectúa en forma separada por cada uno de los denunciados.

g) Si el informe que propone la acusación es aprobado, la Comisión Permanente nombra una Subcomisión Acusadora integrada por uno o más miembros de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, propuestos por su Presidente al momento de presentar el informe final, a efecto de que sustente el informe y formule acusación en su nombre ante el Pleno del Congreso.

h) Aprobada la acusación por la Comisión Permanente, el Consejo Directivo decide la fecha y hora, así como las reglas a ser aplicadas para el debate de la acusación constitucional, otorgándole prioridad en la agenda de la sesión correspondiente.

i) Luego de la sustentación del informe y la formulación de la acusación constitucional por la Subcomisión Acusadora y el debate, el Pleno del Congreso vota, pronunciándose en el sentido de si hay o no lugar a la formación de causa a consecuencia de la acusación. En el primer caso, el Pleno del Congreso debate y vota, en la misma sesión, si se suspende o no al Congresista acusado en el ejercicio de sus derechos y deberes funcionales, el cual queda sujeto a juicio según ley. En el segundo caso, el expediente se archiva.

El acuerdo aprobatorio de una acusación constitucional, por la presunta comisión de delitos en ejercicio de sus funciones, requiere la votación favorable de la mitad más uno del número de miembros del Congreso, sin participación de los miembros de la Comisión Permanente. El acuerdo aprobatorio de suspensión requiere la misma votación.

El acuerdo aprobatorio de sanción de suspensión, inhabilitación o destitución por infracción constitucional, en un juicio político previsto en el primer párrafo del artículo 100 de la Constitución, se adopta con la votación favorable de los 2/3 del número de miembros del Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, siguiendo el principio de razonabilidad señalado por la Comisión de Constitución y Reglamento en su Informe presentado el 27 de enero del 2004 y aprobado por el Pleno del Congreso el 28 de enero del

mismo año. En este caso, la aplicación de la sanción impuesta por el Congreso es inmediata.

Si un Congresista solicitara, como consecuencia de la pluralidad de denunciados, que una acusación sea votada por separado, el Presidente accederá a su petición, sin debate.

Los acuerdos del Pleno, que ponen fin al procedimiento, sobre acusación constitucional o juicio político, deben constar en Resolución del Congreso.

j) El expediente con la acusación constitucional es enviado al Fiscal de la Nación, quien procederá conforme a sus atribuciones y a lo que dispone la Constitución.

k) Durante las diferentes etapas del procedimiento de acusación constitucional, el denunciado puede ser asistido o representado por abogado. El debate de la acusación constitucional ante el Pleno no se suspenderá por la inasistencia injustificada, calificada por la Mesa Directiva, del acusado o su defensor. En esta eventualidad y previa verificación de los actos procesales que acrediten la debida notificación al acusado y su defensor, se debatirá y votará la acusación constitucional.

l) En cualquier momento, desde el plazo señalado en el inciso d) del presente artículo, durante los procedimientos de acusación constitucional respecto a los funcionarios comprendidos en el primer párrafo del artículo 93 de la Constitución, la Comisión Permanente o el Pleno del Congreso, según corresponda, pueden solicitar al Vocal Titular menos antiguo de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, se impongan, cesen o modifiquen las medidas limitativas de derechos establecidas en el artículo 2 de la Ley 27379, con excepción de las previstas en su inciso 1) y el impedimento de salir de la localidad en donde domicilie o del lugar que se le fije establecido en su inciso 2), así como las contempladas en el artículo 143 del Código Procesal Penal.

m) Las denuncias declaradas improcedentes o que tengan informe de archivamiento y que pongan fin al procedimiento de acusación constitucional, en cualquiera de sus etapas, no pueden volver a interponerse hasta el siguiente período anual de sesiones, requiriendo

la presentación de nueva prueba que sustente la denuncia. En caso contrario son rechazadas de plano.

n) En caso de existir nueva denuncia que tenga relación con una que es materia de investigación, la Comisión Permanente, al momento de notificar a la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales sobre el plazo de la investigación, le comunicará –sobre la base de su informe de calificación– del acuerdo aprobatorio de acumulación, en cuyo caso la Comisión Permanente podrá prorrogar el plazo de investigación conforme con lo dispuesto en la parte final del primer párrafo del literal d) del presente artículo.

CONTROL PARLAMENTARIO Y GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA*

*Milagros Campos Ramos***

1. Introducción

El control político es esencial en el Estado Constitucional de Derecho, lo es para la vigencia de la democracia. Loewenstein señala que el constitucionalismo es la forma más eficaz para moderar y limitar el poder. Sin controles, la democracia constitucional no existe. La función de control del gobierno es inherente a todo parlamento, sin importar su carácter presidencial, semipresidencial o parlamentario, pues como señala el García Roca se deduce de las ideas de responsabilidad y representación política (García Roca, 2016).

¿Por qué controla el Congreso? El Parlamento es el órgano plural de representación y deliberación. La función de representación es la columna vertebral del órgano legislativo, la que lo obliga a conectarse con la ciudadanía (Planas, 2001). Es la representación el fundamento de las otras funciones que realiza (Krunke & Thorarensen, 2018), pues se controla porque se representa (Planas, 2001) (Sagüés, 2002). La importancia de ese

---

* Parte de la ponencia se publicó en la *Revista Athina* N° (15), bajo el título "El control parlamentario a los presidentes en minoría: un balance" pp. 227-250.

** Profesora de la Pontifica Universidad Católica. Directiva en la Asociación Peruana de Derecho Constitucional milagros.campos@pucp

control político es expresada por John Stuart Mill: "La labor correcta de una asamblea representativa no consiste en gobernar, para lo cual está radicalmente incapacitada, sino en vigilar y controlar al gobierno" (Mill).

La naturaleza del control parlamentario también ha sido materia de debate académico, de lo que da cuenta la doctrina. Santaolalla define el control como aquella actividad que se ejerce para la tutela de ciertos valores que se debe proteger, que "puede consistir en la verificación del respeto de los valores o principios protegidos y en la adopción de medidas sancionatorias". El control parlamentario tiene como "parámetro de referencia principios o criterios políticos, como la interpretación de los valores de la Constitución, el programa ofrecido por el gobierno" (Santaolalla, 2019). Se ejerce a través de todas las actividades que desarrolla el Poder Legislativo (Mora-Donatto, 2002.) Explica Valadés que solo controla quien tiene poder. "Controlar al poder es pues un acto de poder" (Valadés, 2000).

Aun cuando el control parlamentario puede relajarse en momentos de crisis (Loewenstein, 1976) es tarea del congreso "comprobar que los actos y disposiciones adoptados por la autoridad no transgreden, limitan o suspenden ninguno de los derechos reconocidos por el texto constitucional de manera desproporcionada o abusiva" (Fernández Segado, 1981).

Manuel Aragón distingue entre el control jurídico, el político y el social (Aragón, 1986). El control parlamentario sin dejar de ser político ha de ser concebido y garantizado como control jurídico. El control parlamentario es un control marcadamente político, de carácter subjetivo, es decir, no existe un canon fijo y predeterminado de valoración sobre la acción del gobierno; es voluntario, a diferencia del control jurídico que es obligatorio; la apreciación que realice el parlamento es completamente autónoma e incluso, dicha evaluación puede estar condicionada por circunstancias concretas, por las razones y eventualidades políticas que la generen (Mora-Donatto, 2018). El carácter político del control deriva de la naturaleza del órgano que la realiza, de quienes lo hacen y de sus objetivos.

2. Los mecanismos de control en el sistema de gobierno peruano

El presidencialismo peruano puede ser calificado como uno atenuado, aunque la categoría de presidencialismo parlamentarizado describe mejor las características particulares de nuestro sistema de gobierno, que manteniendo las características presidenciales, incorpora progresivamente

mecanismos de control propios de los regímenes parlamentarios (García Belaunde, 2006; Eguiguren Praeli F. , 2007) (Valadés, 2008)(Campos Ramos, 2014). Estos elementos de los regímenes parlamentarios han llevado a calificarlo como semipresencial. No lo es. Enrique Chirinos Soto explicaba que en la Asamblea Constituyente de 1979 propuso "una magistratura bicéfala como hay en Francia, que el Presidente de la República fuera Jefe de Estado y el Presidente del Consejo, Jefe de Gobierno", pero fue rechazado airadamente por el Partido Popular Cristiano encabezado entonces por Roberto Ramírez del Villar (Ezcurra Rivera & García Belaunde, 1993). En el Perú el presidente de la República es Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, tiene siempre la última decisión sobre los asuntos de gobierno (Fernández Segado, 1994). En el mismo sentido, Villarán precisa que "nuestra Constitución y costumbres" han creado un Presidente fuerte y un gabinete débil. El presidente domina al gabinete porque lo nombra y renueva a voluntad sin que nada puedan hacer las Cámaras (Villarán M. V., 1994). Así, la temprana incorporación de refrendo ministerial fue "poco efectiva como límite al poder del Presidente, dado que él puede prescindir de cualquier ministro que se resista a secundar la orientación política que determine" (Eguiguren Praeli F. , 2021). En el diseño institucional de la presidencia no hay competencias específicas que le otorguen una cuota de poder formal al Presidente del Consejo de Ministros, por encima del Presidente de la República.

Los sistemas de gobierno definen los mecanismos de control parlamentario. El principio fundamental de los regímenes parlamentarios es que el gobierno es responsable a través de sus ministros ante este órgano. La parlamentarización de los presidencialismos han traído como consecuencia que, en los presidencialismos latinoamericanos, muchos controles se asemejen en la forma en que se llevan a cabo, independientemente del sistema de gobierno. A ello ha contribuido las recíprocas influencias entre reglamentos parlamentarios (García Roca, 2016).

Los controles en el diseño constitucional deben responder a determinados objetivos: gobernabilidad, estabilidad, equilibrio institucional. Más controles no necesariamente mejora la gobernabilidad ni la calidad de la democracia, más aún si estos afectan el equilibrio entre poderes, no están articulados o pueden generar bloqueos institucionales. No existe más control por simplemente acumular herramientas, que es la solución más sencilla, pero no la más eficiente (García Roca, 2016).

3. El control parlamentario entre 2001 y 2021

Las relaciones entre el Congreso y el Ejecutivo no han sido pacíficas, pero los gobiernos sin minoría concluyeron su mandato entre 2001 y 2016. Asimismo, se observa un uso más racionalizado de la censura ministerial, mociones de interpelación que se desestimaron.

La cuestión de confianza obligatoria[1] está prevista de manera expresa en el artículo 130 de la Constitución de 1993. Debe ocurrir dentro de los treinta días de haber asumido funciones el gabinete. El Presidente del Consejo de Ministros concurre al Congreso, en compañía de los demás ministros, para exponer y debatir la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión. Plantea la cuestión de confianza. En el período bajo comentario, el voto más alto de cada periodo de gobierno lo recibió el primer gabinete, hecho que está relacionado con el periodo denominado como "luna de miel". No obstante ello, todos los gabinetes recibieron un apoyo mayor al de la bancada del gobierno. La indisciplina de los grupos parlamentarios permitió, en ocasiones, con sus disidencias o ausencias que el gabinete logre la investidura. El único caso en el que se denegó la confianza ocurrió en agosto de 2020 al gabinete presidido por Pedro Cateriano Bellido. La denegatoria no tiene consecuencias de acuerdo con el artículo 134 de la Constitución, pues no puede disolverse el Congreso en el último año de su mandato.

Hemos señalado que el voto de confianza obligatorio no contribuye a la gobernabilidad democrática en el escenario de presidencialismos sin mayoría como los que se produjeron desde el 2001. El primer gabinete se ve sometido a un voto al mes de iniciado el gobierno, por ello, muchos parlamentarios alegan dar un voto de esperanza más que de confianza. Durante el gobierno, la designación de un nuevo gabinete ha sido en muchos casos consecuencia de una crisis política o de la presentación de mociones de interpelación y de censura que el gobierno ha preferido no afrontar. Es decir que el cambio de gabinete en estos casos tuvo como objetivo apaciguar el conflicto y dar un nuevo aire al gobierno. En este contexto, el voto de confianza obligatorio genera una situación en que se

1 El Tribunal Constitucional distinguió la cuestión de confianza obligatoria, prevista en el artículo 130 de la Constitución, de la facultativa, prevista en los artículos 132 y 133. Expediente 0006-2018-P1/TC, Caso cuestión de confianza y crisis total de gabinete, fundamentos jurídicos 66 y 67.

replantean las consecuencias de su denegatoria: la crisis total del gabinete y la consecuente amenaza de disolución del Congreso.

Por las razones expuestas, en reiteradas ocasiones se ha planteado su eliminación, manteniendo la presentación del gabinete, exposición ante el pleno del Congreso y debate[2]. La eliminación del voto de confianza obligatorio no afectaría la capacidad del Congreso de manifestar su desconfianza y de controlar la designación de ministros idóneos pues podría optar por censurar a algún ministro o al gabinete.

La interpelación fue una práctica parlamentaria que antecedió a los textos legales y constitucionales (Planas Silva, 1997) (Eguiguren, 2021). La interpelación es un mecanismo de control cuyo origen se encuentra en los regímenes parlamentarios; sin embargo, está regulado en muchos de los presidencialismos latinoamericanos. A través de la interpelación ministerial, los congresistas solicitan explicaciones, información o el esclarecimiento de hechos de interés público, a efecto de dilucidar responsabilidades en la toma de decisiones políticas de su sector. Puede involucrar la conducta o intenciones de un ministro o de todo el gabinete (Planas, 2001). El autor destaca que una de las particularidades de este mecanismo de control es poner en agenda, en un amplio debate parlamentario, los temas materia de la interpelación. La Constitución de 1993 establece en el artículo que es obligatoria la concurrencia del Consejo de Ministros, o de cualquiera de los ministros, cuando el Congreso los llama para interpelarlos. La moción es presentada por no menos de quince por ciento del número legal de congresistas, por lo que es reconocida como un derecho de las minorías. La votación para su admisión a debate, se requiere el voto del tercio del número de representantes hábiles. Esa votación define la presencia del ministro para responder al pliego interpelatorio. En congresos muy fragmentados, la decisión de impulsar una interpelación no dependerá de un solo grupo parlamentario. Sin embargo, en el último periodo es frecuente que se anuncie aunque no se cuenten con las firmas. También se observa que se presentan simultáneamente diversas mociones para interpelar al mismo ministro, sin que los grupos opositores logren un acuerdo para presentar una sola moción. Se trata de una votación en la que puede medirse

2 En el año 2001, el informe de la Comisión de Estudio de Bases para la Reforma de la Constitucional. En el 2003, el dictamen para la reforma de la Constitución de la Comisión de Constitución Reglamento y Acusaciones Constitucionales. En 2019, el informe de la Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política en el año 2019.

la cohesión de una bancada pues se trata de un mecanismo político. En las votaciones de la admisión a debate de las mociones de interpelación se ha observado cierto nivel de indisciplina partidaria, sobre todo entre 2001 y 2016. Si hubieran votado disciplinadamente los miembros de los grupos parlamentarios firmantes de las mociones de interpelación presentadas, el número de interpelaciones hubiera sido mayor (Campos, 2014). El Poder Ejecutivo tuvo capacidad para evitar más de la mitad de las mociones de interpelación presentadas.

Aunque la Constitución le da un cierto nivel de inmediatez a este mecanismo de control parlamentario, en muchos casos se retrasa su debate. Esta circunstancia ha facilitado que en ocasiones se retiren firmas, con lo que la moción pasó al archivo. En otros casos, los ministros cuestionados renunciaron por lo que las mociones no continuaron su trámite. De otro lado, la práctica de estos años muestra que la interpelación no ha estado condicionada al voto de confianza del gabinete. En el año 2012, la ministra de Educación, Patricia Salas; y en 2019, el ministro de Justicia, Vicente Zeballos, fueron interpelados antes de que se lleve a cabo la exposición y debate de sus respectivos gabinetes.

El artículo 132º de la Constitución Política regula la moción de censura, estableciendo que el Congreso hace efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros, o de los ministros por separado, mediante el voto de censura. Debe ser presentada por no menos del veinticinco por ciento del número legal de congresistas. Su aprobación requiere del voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso. El Consejo de Ministros, o el ministro censurado debe renunciar.

La moción de censura corresponde también a los mecanismos de control propios de los regímenes parlamentarios; sin embargo, se encuentra muy arraigado en el Perú. Su incorporación al sistema de gobierno se anticipó a través de prácticas parlamentarias anteriores a la interpelación. La Cámara de Diputados así lo consideró desde 1847 (Planas Silva, 1997).

El reglamento del Congreso introduce un requisito adicional al establecer que su presentación procede solo después de la interpelación, de la concurrencia de los ministros para informar, o debido a su resistencia para acudir en este último supuesto o luego del debate en que intervenga el ministro por su propia voluntad. Algunos han interpretado que se trata de un –inexistente– derecho de defensa del ministro cuya censura se

plantea. Como hemos señalado, el valor de las normas del Reglamento del Congreso para interpretar la Constitución es el de una ley orgánica. Sin embargo, en este punto excede lo dispuesto en el marco constitucional y desconoce la historia de dos figuras que surgen de manera independiente (Díaz Muñoz, 1997) (Lindembert, 2012). Ahora bien, a fin de favorecer la gobernabilidad democrática, el requisito impuesto por el reglamento introduce un elemento que puede ser aprovechado por el gobierno para disipar las diferencias con el sector que promueve la censura ministerial. En esa línea va la opinión de Mario Polar quien, en 1958, señaló que solo deben votarse mociones de confianza o de censura, cuando los ministros respondan a interpelaciones (Lecaros, 2007).

En el debate sobre la necesidad de racionalizar algunos mecanismos de control a fin de optimizar la gobernabilidad democrática, destacamos cuatro problemas de la aplicación de la censura ministerial. El primero es planteado por Francisco Eguiguren: La censura ministerial sólo garantiza el cambio de la persona del ministro, pero no necesariamente un cambio de política gubernamental ni la solución de la controversia suscitada (Eguiguren Praeli F. , 2007). En esa línea, se ha señalado que el problema que generó la crisis puede subsistir si el presidente no se halla obligado a nombrar nuevos ministros que tengan suficiente apoyo parlamentario (Shugart & Carey, 1992). Un segundo problema es que siendo un mecanismo de control parlamentario, no hay un arreglo institucional para racionalizarla en un contexto de gobierno dividido y polarización en el que pueden ser herramientas para exacerbar el conflicto. Al no contabilizarse las censuras que tengan como destinatarios a los ministros individualmente considerados, la disolución de Congreso en manos del Presidente no sería un arma potencialmente eficaz (Fernández Segado, 1998). La posible disolución del Congreso como contrapeso sólo funciona si la censura es contra el gabinete y no puede ocurrir el último año de gobierno. En ese sentido Ramírez del Villar sugirió que si el último año el presidente de la República no puede disolver la cámara, debe exigirse para el voto de censura una mayoría calificada más alta (Ramírez del Villar, 1996), tal como señalaba el artículo 229 de la Constitución de 1979. Finalmente, hay problemas que se derivan del diseño del presidencialismo parlamentarizado, pues siendo la censura ministerial un mecanismo de los regímenes parlamentarios, sus efectos son muy diferentes en los sistemas presidenciales.

Tanto la censura como la interpelación son mecanismos de control del congreso al gobierno. Sin embargo, solo pueden ser interpelados o censurados los ministros de Estado y no el presidente de la República. Desde 2016, se han presentado cinco mociones de vacancia al presidente por permanente incapacidad moral en contextos de gobiernos dividido (2016-2019), de presidentes sin bancada de gobierno (2019-2020) o en congresos fragmentados y polarizados (2021). De las consideraciones de las mociones y fundamentalmente de los debates se puede advertir que se instrumentaliza la causal de vacancia como un cuestionamiento a la gestión del presidente o a la pérdida de confianza en su persona para ejercer el cargo para el que fue electo. La pregunta es si la vacancia es un mecanismo de control. Las causales objetivas para declararla refuerzan la idea que ha sustentado el presidencialismo peruano en el políticamente responsable durante su mandato. Sin embargo, la forma en la que se ha sustentado en los últimos años muestra que ha sido entendido como un mecanismo de control, para obligar al presidente a rendir cuentas de su gestión, responder por cargos o presuntas conductas ilícitas o delictivas. Ello se explica por haber mantenido el reducido número de conductas que habilitan acusar al presidente en el artículo 117 de la Constitución, convirtiendo la protección en un blindaje incompatible con el Estado Constitucional de Derecho y que atenta contra la responsabilidad de las autoridades y las obligaciones asumidas por el Perú en convenios internacionales de lucha contra la corrupción.

4. Control parlamentario y gobernabilidad democrática

¿Cómo se utilizaron los mecanismos de control político entre 2001 y 2023? A partir de lo mostrado en la tabla Mecanismos de control entre el Congreso y el Ejecutivo 2001-2023 surgen preguntas: ¿Qué factores influyeron en el uso racional de los mecanismos de control parlamentario entre 2001 y 2016? ¿Qué detonó la crisis política e inestabilidad desde 2016 si no hubo cambios en el marco normativo? El Perú ha tenido presidentes sin mayoría parlamentaria desde 2001. No será posible responder a todas las preguntas, pero sí hacer algunas reflexiones en torno a ellas. Para encontrar respuestas sobre el funcionamiento del Congreso y, en este caso, en su relación con el Poder Ejecutivo, hay que mirar fuera del Congreso, a los partidos políticos.

Mecanismos de control entre el Congreso y el Ejecutivo 2001-2023[3]

Presidente/ Período	**Interpelación ministerial**	**Censura ministerial**	**Negación de confianza (voluntaria y obligatoria)**	**Comisión investigadora contra el presidente en ejercicio**	**Mociones de vacancia**	**Vacancia del presidente**
Alejandro Toledo 2001-2006	10	1	0	1	1	No.
Alan García 2006-2011	10	0	0	0	0	No.
Ollanta Humala 2011-2016	2	1	0	0	0	No.
Pedro Pablo Kuczynski 2016-2018	4	1	2	1	2	No.[4]
Martín Vizcarra 2018-2020	6	0	2[5]	1	2	Sí.
Manuel Merino 2020	0	0	0	0	0	No.
Francisco Sagasti 2020-2021	0	0	0	0	0[6]	No.
Pedro Castillo 2021-2022	15	5	0	1	3	Sí.
Dina Boluarte 2022-	3	0	0	0	1	Rechazada.[7]

Fuente: Campos 2023

En el control parlamentario influyen factores exógenos como la correlación de fuerzas entre oficialismo y oposición, el grado de fragmentación del Congreso. También depende de los partidos políticos con representación

3 Hasta el 23 de abril de 2023.

4 Pedro Pablo Kuczynski renunció un día antes de votarse la segunda moción de vacancia por permanente incapacidad moral en su contra.

5 La negación de confianza al gabinete del Solar fue interpretada como "negación fáctica".

6 Si bien Francisco Sagasti no afrontó mociones de vacancia, sí tuvo que lidiar con dos mociones de censura en su calidad de presidente del Congreso. Ambas fueron rechazadas por el Pleno.

7 El 26 de enero de 2023 se presentó una moción de vacancia contra la presidenta Dina Boluarte. Fue rechazada en la sesión de Pleno de 4 de abril de 2023.

parlamentaria, su distancia ideológica y el estilo cooperativo o confrontacional de la oposición frente al gobierno. En las democracias con sistemas de partidos institucionalizados, son estos los que organizan y canalizan los procesos de control político. Cuando los partidos políticos son débiles será difícil que puedan canalizar actos de control parlamentario de manera eficaz y leal con el sistema democrático. Otros factores que influyen son la experiencia de los parlamentarios y sus posibilidades de ser reelectos. Los parlamentarios reelectos son un contrapeso para el Ejecutivo, pero también suelen tener una conducta más cooperativa.

Un elemento fundamental para explicar los cambios es el de los partidos políticos que obtuvieron representación parlamentaria entre 2001 y 2016. Especialmente el tamaño y características de los grupos parlamentarios oficialistas.

La presencia de bancadas oficialistas entre 2001 y 2016 con cierto nivel de cohesión y experiencia facilitó el uso de mecanismos informales de negociación política. Ello ocurrió aun cuando las bancadas oficialistas de 2001-2006 y 2011-2016 sufrieron los embates del transfuguismo institucionalizado.

Hubo cambios en el control político como consecuencia de los resultados electorales, así como por el tipo de partido oficialista. El primer gobierno dividido, con una bancada de gobierno muy reducida (14%) y un partido político recientemente inscrito con baja cohesión.

Los mecanismos de control deben tener un uso racional a fin de que puedan favorecer la gobernabilidad democrática. Desde 2016 hemos sido testigos que, a través de las instituciones previstas en la Constitución, el conflicto entre congreso y gobierno escaló, aunque se canalizó a través de la Constitución, no se pudo contener (Campos Ramos, 2021).

Bibliografía

Aragón, M. (1986). El control parlamentario como control político . *Revista de Derecho Político, núm. 23*, 9-39.

Belaunde, V. A. (1987). *Peruanidad* . Lima: Lumen.

Bernales Ballesteros, E. (1996). *La Constitución de 1993 análisis comparado.* Lima: Konrad Adenauer CIEDLA.

Blume, E. (2020). La Constitución peruana frente al COVID. En N. Gonzalez, & D. Valadés, *Emergencia sanitaria por COVID 19* (pág. 198). UNAM; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Cairo, O. (2017). La responsabilidad jurídica del presidente de la República en el Perú. *Pensamiento Constitucional* , 9-20.

Campos Ramos, M. (2020). El debate sobre la cuestión de confianza. *Gaceta Constitucional*, 203-207.

Campos Ramos, M. (2020). Los decretos de urgencia del interregno parlamentario: Análisis de la disolución del Parlamento y el control posterior de los decretos de urgencia . *Gaceta Constitucional* , 92-108.

Campos, M. (2014). *Relaciones ejecutivo-parlamento: Grupos parlamentarios y mecanismo control político al Poder Ejecutivo.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú Escuela de Gobierno y Políticas Públicas.

Carey, J. (2006). Presidencialismo versus parlamentarismo. *Postdata, n.º 11,*, 121-161.

Colomer, J. M., & Negretto, G. (2005). Can Presidentialism Work Like Parliamentarism? *Government and Opposition 40*, 60-89.

Díaz Muñoz, O. (1997). *La Moción de Censura en el Perú*. Lima: Ara Editores.

Eguiguren Praeli, F. (2007). *La responsabilidad del Presidente.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Eguiguren, F. (2017). La tendencia hacia el uso frecuente y distorsionado del juicio político y la declaración de vacancia en contra del presidente:¿otro paso hacia la «parlamentarización» de los regímenes presidenciales en Latinoamérica o algo más? *Pensamiento Constitucional N° 22,*, 61-82.

Eguiguren, F. (2021). *Las relaciones entre el Gobierno y el Congreso en el régimen político peruano.* Lima : Palestra .

Ezcurra Rivera, H. &. (1993). Relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en el Proyecto de Constitución de 1993. *IUS ET VERITAS, 4(7),* , 110-120.

Fernandez Segado, F. (1981). La ley orgánica de los estados de alarma, excepción y de sitio. *Revista de Derecho Político*, 83-116.

Fix□Fierro, H., & Salazar□Ugarte, P. (2012). Presidentialism. En M. Rosenfeld, & A. Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (pág. 1396). Oxford: Oxford University Press.

García Belaunde, D. (2008). Evolución y características del presidencialismo peruano . *Pensamiento Constitucional* , 95-110.

García Chávarri, A. (2013). La incapacidad moral como causal de vacancia presidencial en el sistema constitucional peruano. *Pensamiento Constitucional, 18*, 383-402.

García Roca, J. (2016). Control Parlamentario y convergencia entre Presidencialismo y Parlamentarismo. *Teoría y Realidad Constitucional, núm. 38,*, 61- 99.

Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (2015). *El federalista.* Madrid: Editorial Akal.

Krunke, H., & Thorarensen, B. (2018). *The Nordic Constitutions: A Comparative and Contextual Study.* Oxford: Hart Studies in Comparative Public Law. Bloomsbury.

Lecaros, F. (2007). *Mario Polar: Ideología y Políica solial cristiana.* Lima: Fondo Editorial del Congreso.

Lindembert, S. (2012). La censura ministerial en el Perú. . *Gaceta Constitucional*.

Loewenstein, C. (1976). *Teoría de la Constitución.* Barcelona: Ariel.

Mill, J. (s.f.). *Consideraciones sobre el gobierno representativo.*

Mora_Donatto, C. (2018). Los nuevos desafíos del control parlamentario en México ,análisis y reflexiones . *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año L,núm. 153*, 627-671.

Mora-Donatto, C. (2002). El derecho de los legisladores para solicitar documentación y acceder a los archivos de la administración pública. En C. Mora-Donatto, *RELACIONES ENTRE GOBIERNO Y CONGRESO* (págs. 399-421). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Nogueira Alcalá, H. (2017). La tipología de gobiernos presidencialistas de América Latina y gobiernos semipresidenciales en Europa. *Estudios Constitucionales, Año 15, Nº 2*, 15-82.

Nohlen, D. (2009). El Poder Ejecutivo en el presidencialismo. Alternativas en debate. En A. Ellis, & J. O. Zovatto, *Cómo hacer que funcione el sistema presidencial* (págs. 33-43). México DF: Nohlen, Dieter (2009): " El Poder Ejecutivo en el presidencialismo. Alternativas en debate", en AAVV: Cómo hacer que funcione el sistema prInstituto de Investigaciones Jurídicas Universidad.

Paniagua Corazao, V. (1995). La constitución peruana de 1993 . *Revista jurídica da Universida de Santiago de Compostela Vol. 4, Nº 2*, 9-52.

Planas Silva, P. (1997). *Derecho Parlamentario.* Lima: Ediciones Forenses.

Planas, P. (1997). *Regímenes Políticos Contemporáneos.* Lima: Fundación Freidrich Ebert.

Planas, P. (2001). *Parlamento y gobernabilidad democrática en América Latina.* Lima: Fondo Editorial del Congreso.

Sagüés, N. P. (2002). El Control del Congreso sobre el Presidente en Argentina. Normas y Realidades. *Ius et Praxis, 8(1)*, 429-445.

Santaolalla, F. (2019). *Derecho parlamentario español.* Madrid: Editorial Dykinson.

Serrano, M. (2017). Gobierno en funciones y control Parlamentario. *Revista Española De Derecho Constitucional, (109) www.jstor.org/stable/26375281*, 115-184.

Valadés, D. (2008). *La parlamentarización de los sistemas presidenciales. .* México: Serie Estudios Jurídicos.

Villarán, M. (1994). *Posición constitucional de los Ministros en el Perú.* Lima: Cultural Cuzco.

EL URGENTE E INMEDIATO RELEVO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993*

*Carlos Alberto Torres Caro***

INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO A ABORDAR

La Constitución Política del Perú de 1993 ha sido objeto de escrutinio y evaluación por parte de diversos expertos y académicos, quienes han coincidido en su mayor parte en señalar su marcada inclinación hacia el paradigma neoliberal[1]. Este enfoque ideológico, que se distingue por su respaldo a la economía de mercado, la reducción de la regulación estatal, la transferencia de activos al sector privado y la limitación de la intervención gubernamental, ha ejercido una influencia sustancial en

* Por ser oportuno y para complementar las ideas y desarrollo de este trabajo incluyo algunos extractos de mi reciente obra: *Las 13 Constituciones del Perú en 200 años de vida republicana*, Towers and Swan Editores, Lima, julio de 2023.

** Doctor en derecho y filosofía.

1 El 3 de agosto de 2011 el jurista Carlos Blancas afirmó que la comisión, creada durante el gobierno transitorio de Valentín Paniagua y que integró junto a numerosos y destacados especialistas, concluyó que la polémica Carta de 1993 era muy rígida *"en sus principios neoliberales"* y limitaba la actuación del Estado para combatir la desigualdad social. En ese sentido señaló: *"El modelo económico que tiene la Constitución actual es muy rígido, que pretende congelar un esquema neoliberal, que no deja opción para otras cosas, y que ha limitado muchísimo la actividad del Estado para combatir la desigualdad social"*. Recogido del Diario Gestión del 3 de agosto de 2011.

la configuración institucional y en la formulación de políticas que han encontrado aplicación en el contexto nacional.

Siguiendo esta línea de pensamiento, en el transcurso de esta ponencia buscaré detallar las razones que respaldan la necesidad apremiante de un relevo inmediato de la denominada por nosotros Constitución Neoliberal de 1993. Para lograrlo, en un primer momento, analizaré 12 aspectos cruciales que evidencian que el enfoque neoliberal ha conducido a situaciones de desencuentro ciudadano, crisis social y corrupción generalizada, luego de señalar esos aspectos, en un segundo aparte expondré su ilegitimidad y la premura y significancia de su relevo constitucional.

12 ARGUMENTOS CRÍTICOS A LA TENDENCIA NEOLIBERAL

Enfoque neoliberal en la economía de mercado:

La Constitución de 1993 estableció un marco que priorizó y fomentó la economía de mercado neoliberal como el motor principal del desarrollo nacional. Se reconoció y protegió el derecho a la propiedad privada, garantizando la libertad de empresa y libre contratación. Este enfoque otorga un papel central al mercado y limita la intervención estatal en la economía a mero espectador subsidiario, generando, se dijo, un contexto propicio para la competencia y el libre flujo de capitales. Sin embargo, esta orientación puede dar lugar 'y de hecho los ha dado en la experiencia peruana' a desigualdades económicas y sociales, ya que no se abordan adecuadamente las necesidades de los sectores más vulnerables de la sociedad[2].

Privatización y desregulación:

La Constitución de 1993 promovió activamente, en su primera fase, la privatización *al sencillo* de las grandes empresas estatales y la desregulación de sectores clave de la economía. La privatización acelerada y sin una adecuada supervisión resultó un mal negocio para el Perú. En efecto, la transferencia de activos públicos a manos privadas a precios sumamente inferiores a su valor real, sólo benefició a unos pocos y perjudicó gravemente el interés público[3]. Si bien la privatización puede traer consigo eficiencia

2 Sobre este particular puede verse el estudio editado por Julio Cotler y Ricardo Cuenca, *Las desigualdades en el Perú: balances críticos*, Instituto de Estudios Peruanos, 2011.

3 Véase para mayor abundamiento el *Informe Final de la Comisión Investigadora de los Delitos Económicos y Financieros cometidos entre 1990-2000*, Congreso de la República.

y mejoras en la gestión, también puede generar la concentración de la riqueza en manos de unos pocos, a expensas de los derechos y necesidades de la población en general, está más que evidente que ello ha sucedido en diversos sectores de la sociedad peruana, especialmente, en la minería. Asimismo, la desregulación extrema puede llevar a prácticas anticompetitivas, monopolios y oligopolios, limitando las opciones disponibles para los consumidores y afectando la libre competencia[4].

Limitaciones a la intervención estatal:

La Constitución del Perú de 1993 estableció restricciones a la intervención estatal en diversos ámbitos, como la economía, la educación y la salud. Si bien se reconoce la importancia del Estado en la provisión de servicios y la protección de los derechos sociales, la limitación excesiva de su participación puede dejar desprotegidos a los ciudadanos y limitar su acceso a servicios básicos esenciales. Además, la reducción del gasto público puede afectar negativamente la inversión en infraestructura, educación, salud y otros servicios públicos fundamentales. No obstante, como bien dice el profesor J. Colomer *"Si la decisión sobre la intervención estatal se toma mediante elecciones de los ciudadanos entre programas de partidos que proponen diversas alternativas, es de prever que el nivel de intervención que se alcance esté muy próximo al deseado por el sector decisivo del electorado"*[5]. No fue el caso con la Carta de 1993. Siendo así, es vital la puesta en escena de una consulta ciudadana sobre las limitaciones a la intervención estatal establecidas en la Carta de 1993, de ello se desprende la urgencia de su revisión por el poder constituyente.

Apertura al comercio exterior:

La Constitución de 1993 promovió la apertura al comercio exterior y la integración económica internacional. Si bien esta apertura puede generar beneficios, también puede exponer a la economía peruana a la competencia desleal, especialmente si no se protege adecuadamente a los sectores productivos locales. Esto puede resultar en pérdida de empleos, desindustrialización y dependencia económica de actores externos, extremos

4 *Ibidem*.

5 Josep M. Colomer, *Límites Económicos-Políticos de la Intervención Estatal*, pp. 89-105. Recogido *on line* de cervantesvirtual.com

que de hecho han ocurrido en la realidad de nuestro mercado nacional, tal ha sido el caso de la industria manufacturera, así lo afirma el economista Félix Jiménez: "*La industria manufacturera dejó de ser el motor o líder del crecimiento. Al perder competitividad también perdió importancia como generadora y multiplicadora de puestos de trabajo permanentes y de ingresos decentes*"[6].

Protección de la inversión extranjera:

La Constitución de 1993 promovió la protección de la inversión extranjera como un pilar fundamental para el desarrollo económico del país. Si bien es importante atraer inversiones y promover el crecimiento económico, esta orientación puede llevar a una excesiva dependencia de inversionistas extranjeros y limitar la capacidad del Estado para regular y salvaguardar los intereses nacionales. Además, está claro que cada vez que se privatiza hay conflictos por los derechos humanos que se violentan, así es referido en una investigacuión sobre la materia: "*En los últimos años se han incrementado las tensiones entre inversionistas extranjeros y Estados a propósito de la vulneración de Derechos Humanos*"[7]. En efecto, la protección desmedida de la inversión extranjera puede generar una asimetría de poder entre los inversionistas y el Estado, dificultando la adopción de políticas públicas que beneficien a la población en general. Una de las principales observaciones a la Carta actual es su permisividad contractual equiparando a la empresa con el Estado. En efecto, se reconoce el principio de libertad contractual, asegurando que las partes involucradas puedan acordar términos de acuerdo con las leyes en vigor al momento de la celebración del contrato. Los acuerdos contractuales quedan fuera del alcance de posibles modificaciones a través de legislaciones u otras disposiciones de cualquier naturaleza. Cualquier disputa que surja de una relación contractual se resuelve mediante métodos de arbitraje o procedimientos judiciales, de acuerdo con los mecanismos de protección estipulados en el contrato mismo o contemplados por la legislación. El Estado puede establecer garantías y proporcionar seguridad a través de contratos-ley, los cuales no pueden ser sujetos a cambios mediante acciones legislativas[8].

6 Félix Jiménez, *La economía peruana del último medio siglo, ensayos de interpretación,* Cicepa, Pontificia Universidad Católica, Lima, 2010, pág. 341.

7 Germán Alarco y César Castillo, *Inversión extranjera directa y solución de controversias*, Análisis Fiedrich Ebert Stiftung, septiembre 2018, p. 51.

8 Artículo 62º, Constitución Política de 1993.

Corrupción y falta de control efectivo:

La orientación neoliberal en la Constitución de 1993, al promover la desregulación y la limitación del rol del Estado, ha creado un entorno propicio para la corrupción. El diseño constitucional infiere que al optar por la falta de controles efectivos y mecanismos de transparencia adecuados ha permitido que muchas autoridades y terceros aprovechen la falta de supervisión y control para obtener beneficios personales ilícitos, aumentando así los niveles de corrupción en el país. "*La corrupción definida como el abuso del poder público en provecho propio, se ha convertido en nuestro país en una práctica común en la Administración Pública, ha penetrado nuestras instituciones dañando severamente las estructuras del Estado*"[9]. Esto se prueba con el enorme número de denuncias y procesos que la mayoría de autoridades nacionales, regionales y locales llevan a cuestas[10]. La aparición de prácticas corruptas en los niveles nacional, regional y municipal es un grave cáncer social provocado por la ausencia de una regulación sólida y de mecanismos de supervisión eficaces, que adicionalmente propician el abuso de poder, el nepotismo y el mal uso de los recursos públicos, debilitando la confianza de la ciudadanía en las instituciones y afectando el desarrollo sostenible del país. Más de 2000 autoridades electas de las 24 regiones habrían incurrido en actos de corrupción durante sus gestiones de gobernadores y alcaldes, estadísticamente es casi el 90 % de autoridades que han sido comprendidas[11]. Recientemente la Contraloría General de la República ha informado que el Perú habría perdido 24 mil millones de soles, solo en el año 2021, por concepto de corrupción[12].

Mantenimiento de la pobreza:

A pesar de los objetivos de crecimiento económico asociados al enfoque neoliberal, la Constitución de 1993 no ha logrado abordar eficazmente el problema de la pobreza en el Perú. La falta de políticas redistributivas

9 Sobre este punto puede consultarse el Informe Temático: *La corrupción en los gobiernos regionales y locales*, publicado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en septiembre de 2018, pág. 1/63.

10 Sólo hasta el año 2018 se verificaron 4225 casos abiertos a autoridades del período comprendido entre 2002-2014. Informe Temático, obra citada, pág. 7 / 63.

11 Véase Informe Temático, Op. Cit. págs. 9 y siguientes.

12 Índice CGR de Corrupción 2021.

adecuadas, la priorización de los intereses del mercado y la reducción del gasto social han contribuido a la persistencia de altos niveles de pobreza y desigualdad en el país. La concentración de la riqueza en manos de unos pocos y la falta de oportunidades para los sectores más desfavorecidos han generado un aumento de la brecha entre ricos y pobres, perpetuando la exclusión y la marginación social y con ello el resentimiento social que es aprovechado por agitadores y enemigos de la democracia.

Debilitamiento del tejido social y comunitario:

El enfoque neoliberal en la Constitución de 1993 ha fomentado un individualismo exacerbado y ha debilitado el tejido social y comunitario en el Perú. La priorización de los intereses individuales y empresariales sobre el bienestar colectivo ha generado una falta de solidaridad y cooperación, lo cual dificulta la construcción de una sociedad inclusiva y equitativa. La competencia desmedida y la búsqueda del lucro a cualquier costo han debilitado los lazos comunitarios, impactando negativamente la cohesión social y la participación ciudadana en la toma de decisiones.

Vulneración de derechos laborales y sociales:

La orientación neoliberal en la Constitución de 1993, que dejó de lado los avances logrados en este rubro de la Constitución Política de 1979, ha tenido implicaciones negativas en los derechos laborales y sociales de los trabajadores peruanos. La flexibilización laboral y la precarización del empleo han llevado a la reducción de beneficios sociales, falta de protección laboral y explotación de los trabajadores.

Impacto ambiental y extractivismo descontrolado:

La Constitución de 1993 ha propiciado un modelo económico basado en la explotación intensiva de los recursos naturales, sin considerar adecuadamente los impactos ambientales y sociales. Esta orientación neoliberal ha fomentado un extractivismo descontrolado, generando la sobreexplotación de los recursos naturales, la degradación del medio ambiente y la violación de los derechos de las comunidades indígenas y locales. La falta de regulaciones ambientales sólidas y de mecanismos efectivos de participación ciudadana en la toma de decisiones ha llevado a la vulneración de los derechos ambientales y a la pérdida de extensos territorios de biodiversidad en el país.

Desigualdad y concentración de la riqueza:

El enfoque neoliberal tiende a favorecer a los sectores económicos más poderosos, lo que puede conducir a una mayor desigualdad en la distribución de la riqueza. La falta de regulación adecuada puede permitir que unos pocos acumulen grandes cantidades de capital, mientras que la mayoría de la población lucha por salir de la pobreza. Está claro que este es el retrato de lo que ha ocurrido con las grandes riquezas existentes hoy en el Perú[13].

Inestabilidad económica y crisis financiera:

Finalmente, la cereza del pastel es que curiosamente la orientación neoliberal de nuestra Carta, al promover la liberalización financiera y la desregulación del sector, aumentaría la posibilidad de la especulación financiera y la inestabilidad económica. Esto, qué duda cabe ha sido evitado por el buen manejo del Banco Central, sin embargo, en cualquier momento, puede conducir a la aparición de burbujas financieras, crisis bancarias y una mayor exposición a los vaivenes de los mercados internacionales.

¿POR QUÉ ES URGENTE EL RELEVO CONSTITUCIONAL?

La Constitución Neoliberal de 1993[14] fue fruto de un golpe de Estado[15], propiamente de lo que hoy se llama un autogolpe, es decir, la toma total del

13 María Isabel Remy, "*Democracia y desigualdad: Poderes fácticos, régimen político y ciudadanías diferenciadas*" en Julio Cotler y Ricardo Cuenca, *Las desigualdades en el Perú: balances críticos*, Instituto de Estudios Peruanos, ob. cit., pág. 146 y siguientes.

14 Estamos dando este nombre a la Constitución que actualmente nos rige, debido a que tiene componentes que la identifican con los postulados de la teoría económica neoliberal, que no propone otra cosa que la instalación de un régimen que tiende a reducir al mínimo la intervención del Estado en los sectores de producción, así como promover una progresiva privatización de los sectores productivos, e incluso estratégicos, que tradicionalmente el Estado ha tenido bajo su dominio, ello aunado a un progresivo abandono de sus obligaciones sociales. Para mayor abundamiento sobre la teoría neoliberal puede verse el excelente trabajo *Breve historia del neoliberalismo* (Harvey, 2007).

15 Ha sido Curzio Malaparte el mayor exponente de las técnicas del golpe de Estado. Cito, por ser oportuna para nuestros tiempos, una reflexión que resume su pensamiento y que desarrolla en su obra *Técnicas del golpe de Estado*: "*El arte de defender el Estado moderno está regulado por los mismos principios que regulan el arte de conquistarlo [...] Para defender al Estado de un intento revolucionario fascista o comunista hay que emplear una táctica defensiva basada en los mismos principios que regulan la táctica*

poder por parte de quien ya lo detentaba legalmente de manera parcial, en conformidad con la clásica división de poderes establecida en las sociedades democráticas. Ese fue el caso de Alberto Kenya Fujimori Fujimori, quien en 1990 venció abrumadoramente al candidato favorito y reconocido escritor Mario Vargas Llosa en las elecciones generales democráticas celebradas en aquel año, por lo que se convirtió en el presidente constitucional del Perú para el período 1990-1995. Nunca antes hasta entonces había ocurrido un fenómeno político parecido en la historia republicana de nuestra patria[16], en el que alguien sin credencial político alguno y apareciendo en la undécima hora lograra desplazar a quien era el favorito para ganar las elecciones desde hacía cuando menos un año. Además, no solo era el favorito, sino era quien representaba la política tradicional, es decir, aquella que proviene de los partidos constituidos y con presencia nacional.

Como hasta ahora se ha podido constatar por lo reseñado, estoy en contra de la Constitución Neoliberal de 1993 y considero que es ilegítima, no sólo porque así lo fue desde su origen, sino porque ha devenido también en ilegítima en su ejercicio. Producto de un autogolpe de Estado, hecha a la medida de un dictador, sin una aprobación mayoritaria real de los peruanos[17] y gravemente lesiva a los intereses nacionales, debe ser erradicada de nuestro sistema jurídico. Razones sobran para ello. Baste decir que la crisis generalizada es producto de un sistema en el que existe marginación de las grandes mayorías y debilidad de los derechos sociales y económicos,

fascista o la comunista. En otras palabras, a un Trotsky hay que oponerle un Trotsky, no un Kerenski" (Malaparte, 2017, pp. 30-31). Recordemos que Aleksándr Kerensky fue el último primer ministro del gobierno provisional que se formó a la salida de los zares, y si bien tuvo la inteligencia de desarmar con las fuerzas policiales el golpe contrarrevolucionario del general Lavr Kornilov, le fue imposible impedir que los bolcheviques, al frente de Trotsky con la Revolución de Octubre, tomaran el poder.

16 Quizá pueda ponerse como ejemplo similar, pero en menor escala, el caso de Ricardo Belmont Cassinelli, quien, no siendo parte de la política tradicional, con su Movimiento Cívico Independiente OBRAS arrasó en las elecciones a la Alcaldía de Lima de 1989. Sin embargo, lo cierto es que Belmont, si bien no era parte de la política tradicional, era un personaje bastante conocido en los medios, lo que lo diferencia sustancialmente con el ciudadano Fujimori, quien era un auténtico desconocido.

17 Recuérdese que el resultado del referéndum por la Constitución de 1993 obtuvo como resultado 3,895,763 votos (52,24% de la votación válida), mientras que por el No, obtuvo 3,548,334 votos (47,75% de la votación válida). Sin embargo, debe quedar claro que 3,444,078, esto es, casi el 30% de electores hábiles no fueron a votar, la mayoría de ellos en señal de protesta.

pues hay un evidente abandono de la provisión social. Además, se carece de participación ciudadana, el reclamo y la protesta —como lo hemos visto últimamente— no se toman en cuenta, no se protege el medioambiente —pues se permite la explotación indiscriminada de recursos, lo que produce graves problemas ambientales—, y una minoría es beneficiada de los ingentes recursos, por lo que es promotora de una centralización abusiva del poder, que genera una corrupción generalizada y galopante. Todo ello se aúna a que esta Carta promovió, al vender al sencillo nuestros bienes y recursos, los contratos de estabilidad tributaria que impiden al Estado cambiar los tributos una vez que se firmaron, a pesar de que las utilidades de las empresas crezcan exponencialmente, y también permitió el monopolio y, con ello, el hecho concreto de que una sola empresa, o sus subsidiarias, tenga una posición dominante en el mercado y fije precios y tarifas en su propio interés. Y como correlato, el modelo constitucional en el que estamos ha permitido que la educación y la salud, derechos fundamentales en cualquier democracia, sean un negocio mercantilista de grandes estipendios.

La Constitución Neoliberal de 1993 puso en marcha en el plano económico un capitalismo desaforado que ha beneficiado a unos pocos y dejado atrás a la clase media y baja. Esto ha desatado un sistema de corrupción que ha hecho entender que se hace inviable resolverlo con el máximo instrumento que tenemos hoy en día. Los organismos de control y reguladores no han funcionado. Debe quedar claro que la Constitución Neoliberal de 1993 para nada es producto del concepto liberal que promueve la libertad y el capitalismo para todos. Muy por contrario, esta Carta en realidad es producto del capitalismo salvaje y ha sido utilizada de igual forma por todos los que llegaron al poder, quienes de inmediato se transformaban y se acomodaban a los intereses privados de unos cuantos. El neoliberalismo contemplado en nuestra Carta es en realidad una caricatura de liberalismo, ya que promueve un gran volumen de dinero en pocas manos y la ausencia de provisión social, lo que provoca como consecuencia lógica la existencia de corrupción generalizada. Esta corrupción se expresa de manera *"normal"* en los altos estamentos del gobierno nacional, regional y local, que son en su mayoría comprados, alquilados o silenciados por los grupos de poder. Prueba de ello es que ninguna autoridad presidencial bajo el imperio de esta Constitución ha salido indemne de problemas judiciales. El caso de Valentín Paniagua es la excepción que confirma la regla. Qué decir de los

gobiernos regionales y municipales, donde la corrupción campea a diestra y siniestra como ya antes hemos señalado.

Tampoco hay que dejar de lado que la Constitución Neoliberal de 1993:

Ha generado diversos conflictos socio-económicos:

Y ello desde sus orígenes por su falta de legitimidad. La prosperidad de todos es inexistente, pues hay desigualdad, pobreza, falta de oportunidades y alto desempleo. Todo esto genera tensiones y conflictos sociales que desestabilizan la política y afectan la estabilidad social.

Ha provocado la corrupción y falta de transparencia:

Los contratos-ley, el monopolio, el tratamiento tributario lesivo al Estado, así como el *"mañoso"* otorgamiento de licitaciones han permitido una escalada de corrupción y falta de transparencia en la gestión pública, lo que ha erosionado la confianza de la ciudadanía en las instituciones, debilitando el Estado de derecho y favoreciendo la inestabilidad política.

Ha promovido la polarización política:

Hay grupos enfrentados todo el tiempo. La polarización política que genera la Carta vigente entre los distintos actores políticos es incontrolable. Esto genera confrontación, rupturas institucionales y falta de gobernabilidad.

Ha ocasionado falta de institucionalidad:

Con el permanente conflicto entre poderes y organismos constitucionales se advierte una pérdida de institucionalidad, lo que genera incertidumbre y desconfianza en la ciudadanía y afecta la estabilidad política.

Ha permitido la crisis de valores y la ausencia de liderazgo:

La crisis de valores y la falta de liderazgo político se ven reflejadas en la incapacidad de los gobernantes para dar respuesta a las demandas y necesidades de la ciudadanía, así como la falta de visión de futuro propia de un líder, todo ello ha generado descontento, hastío y falta de legitimidad.

Hay, sin duda, democráticas y válidas razones para el urgente cambio de Constitución. El conocimiento de la historia nos demuestra que cuando en las sociedades hay escasa legalidad, porque el sistema ha sido

contaminado por la corrupción generalizada; cuando la legitimidad de un sistema colapsa en su ejercicio, porque nadie se siente representado en él; y, sobre todo, cuando una fracción importante del pueblo sale a las calles a protestar y no es escuchado, y es por el contrario atacado con impunidad; cuando todo esto confluye, se abre paso el camino a un nuevo pacto social. Bien lo dijo George Washington: "*La base de nuestros sistemas políticos es el derecho del pueblo a hacer y modificar sus constituciones de gobierno*".

Dado que está claro que es un momento constitucional, los demócratas de carta cabal y también aquellos que creen en una sociedad sin explotados ni explotadores deben tomar las riendas y liderar el cambio constitucional, pues estamos en una grave crisis social, política, sanitaria, educativa y económica. Los demócratas somos más, por lo que no hay razones para temer una nueva Carta, pues esta es creadora del Estado, administradora de su poder, y establece un conjunto de instituciones que sirven de contrapeso a su desenvolvimiento. De igual forma, organiza a los poderes públicos, les atribuye sus funciones y competencias, y plasma la afirmación de un ideal o proyecto de sociedad, que es la encarnación de los valores comunitarios de todas las sangres. Como bien lo expresó el independista estadounidense Patrick Henry: "*La Constitución no es un instrumento para que el gobierno controle al pueblo, es un instrumento para que el pueblo controle al gobierno*".

La inestabilidad política que existe en el Perú, la permanente inseguridad y el conflicto diario entre peruanos se debe en gran medida a la ilegitimidad de origen y ejercicio de la Constitución Neoliberal de 1993, la misma que ha provocado que casi todos los presidentes de la República —más allá de su pobre condición moral— hayan sido severamente cuestionados. La historia constitucional de nuestra patria demuestra que la manera que hemos tenido los peruanos para salir de una gravísima crisis política y social siempre ha sido el relevo constitucional, en el único caso que no se ha procedido así, a pesar de la intención que tuvo Valentín Paniagua y la Comisión encargada de la reforma, ha sido la Constitución de Fujimori y de ahí el desencuentro que hasta el día de hoy se tiene[18].

18 Para mayor detalle y abundamiento de nuestra historia constitucional puede verse el libro de mi autoría: *Las 13 Constituciones del Perú en 200 años de vida republicana,* Editorial Towers and Swan Editores, Lima, julio 2023.

Hay que desmitificar un supuesto éxito de la Carta de 1993. Soy enfático en afirmar que una falsa prosperidad económica no puede determinar el éxito de una Constitución y menos aún su permanencia indefinida. Si bien el enfoque neoliberal puede haber generado ciertos niveles de crecimiento económico, es fundamental reconocer que el éxito de una Constitución no se mide únicamente en términos de indicadores económicos.

Hay que tener claro que el éxito de una Carta está estrechamente ligada:

A la estabilidad política y social reflejada en un auténtico Estado de derecho, donde exista separación y contrapeso de poderes y todos, sin distinción alguna, nos sujetemos a la ley. El permanente conflicto entre poderes expone la fragilidad de su sistema.

A la plena vigencia y protección de los derechos humanos, no sólo en teoría sino en la práctica diaria del acceso a la justicia y la posibilidad de hacer realidad tus sueños, anhelos y aspiraciones, teniendo solo el límite del derecho ajeno.

A la educación en valores y respeto a la diferencia en una sociedad. Los valores compartidos, que se conocen como derechos humanos, deben ser la auténtica razón de Estado, por ende, la educación debe ser prioridad total. El respeto a la diferencia o tolerancia no debe tener más límite que los propios valores compartidos.

A una auténtica participación ciudadana, no sólo con elecciones libres y justas, sino a través de la huelga y la protesta social cuando sea el caso. La participación ciudadana debe ser de manera continua y obligatoria en los asuntos importantes.

Al respeto a la libertad de prensa y opinión, proscribiendo el libertinaje y la tiranía de la misma.

A la prosperidad económica de todos y no sólo de unos cuantos. Una verdadera economía social de mercado, sin explotados ni explotadores. El libre mercado es positivo, pues genera prosperidad. Sin duda, una Constitución tiene que dar libertad económica y promover el capitalismo popular, pero para nada el monopolio y menos el abuso prepotente que impone un capitalismo desaforado, opresor y abusivo. Igualdad de oportunidades económicas para todos.

A la ausencia de corrupción e impunidad, pues el corrupto debe ser sancionado de manera drástica y efectiva. Una sanción grave y la pérdida de dominio del total de sus bienes es la compensación que la verdadera justicia reclama.

A la libertad de religión y de conciencia. El respeto a las creencias ajenas es la base de la tolerancia. El paraíso es aquí y ahora.

A la protección de los derechos laborales. Se debe garantizar la protección adecuada de los derechos laborales de los trabajadores, incluyendo el acceso a empleos dignos y remuneraciones justas.

A una sociedad justa y segura, en la que quienes imparten justicia comprendan que la justicia genera paz y la paz nos da felicidad y ausencia de conflicto. La seguridad de un país está asociada a la educación en valores, al respeto al derecho ajeno y a la sanción ejemplar ante el incumplimiento.

En suma, el éxito de una Constitución no puede limitarse únicamente a los resultados económicos, que por cierto favorecen casi exclusivamente a un pequeño sector, sino que debe ser evaluado en función de su capacidad para crear un entorno democrático y equitativo en el que todos los ciudadanos puedan desarrollarse plenamente y disfrutar de una vida digna. Bajo estos parámetros, sin duda, la Constitución Neoliberal de 1993 es un fracaso total.

CONCLUSIÓN

La Constitución Política del Perú de 1993 es identificada con un marco normativo de fuerte influencia neoliberal. El diseño constitucional de la Carta de 1993 permite y hasta promueve, como la experiencia lo ha demostrado, una corrupción generalizada, no sólo porque diseñó pésisamente el acceso de las autoridades a los cargos públicos, sino porque la distribución de recursos es inadecuada y favorece que los grupos de poder se beneficien de los mismos.

La ilegitimidad de la Constitución de 1993 se fundamenta en su omisión de garantizar adecuadamente los derechos sociales y laborales de los ciudadanos, así como en su orientación neoliberal que ha contribuido a fomentar la corrupción y desencadenar crisis sociales y políticas en el Perú. En efecto, la Constitución de 1993 no aborda de manera suficiente los derechos sociales y laborales, esenciales para asegurar una sociedad

equitativa y justa. La priorización del enfoque económico neoliberal sobre los aspectos sociales dejó un vacío en la protección de derechos como la educación, salud y trabajo digno. Esta falta de atención a los derechos fundamentales de la población ha perpetuado desigualdades y limitado las oportunidades para los sectores más vulnerables de la sociedad.

Además, y lo reiteramos, la tendencia neoliberal promovida por la Constitución de 1993 ha contribuido al surgimiento de corrupción y crisis sociales. La apertura indiscriminada a la inversión extranjera y la reducción de regulaciones en aras de la liberalización económica han permitido la concentración de poder y riqueza en manos de unos pocos, facilitando prácticas corruptas y el abuso de recursos públicos en beneficio privado. Esta orientación económica también ha provocado crisis recurrentes debido a la falta de medidas de protección y regulación en los mercados. Las políticas neoliberales, como la privatización de empresas estatales y la disminución de la inversión pública en servicios esenciales, han dejado a la economía vulnerable a las fluctuaciones globales y a la especulación financiera. Esto ha resultado en períodos económicos maravillosos para los grupos de poder, empero de recesión, desempleo y volatilidad económica a los sectores más necesitados.

Los argumentos presentados en este ensayo evidencian las críticas y desventajas asociadas a este enfoque. Desde la concentración de poder y la desregulación hasta la generación de corrupción y mayor pobreza, la orientación neoliberal en la Constitución ha tenido implicaciones socio-políticas negativas en el país. No ha logrado darnos el éxito que toda Carta constitucional postula, esto es, paz, libertad, seguridad y justicia.

Es fundamental analizar y debatir los efectos de este enfoque en la sociedad peruana, con el objetivo de buscar el cambio constitucional postulando, por el poder constituyente, alternativas que promuevan un desarrollo inclusivo, sostenible y equitativo, y que garanticen el respeto de los derechos humanos y la protección del medio ambiente. De ahí se desprende la urgencia del tiempo presente de un relevo constitucional con una Constitución del Bicentenario que enmiende y nos enrumbe como brújula imperturbable a una mejor sociedad.

En el mes de la patria, en el año del bicentenario de la primera carta constitucional 1823-2023

"DESIGUALDAD, INFRACCIÓN Y ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL ACCESO A CARGO POLÍTICO DE MINISTRO DE ESTADO DE JUECES Y FISCALES Y EL NECESITADO *DERECHO DE ACCESO A LOS CARGOS POLÍTICOS* EN EL PERÚ"

*Jhonny Tupayachi Sotomayor**

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

La Constitución Política del Perú de 1993 establece en su artículo 146 que la función jurisdiccional es incompatible con cualquier otra actividad pública o privada, con excepción de la docencia universitaria fuera del horario de trabajo. De igual forma en el artículo 158 establece que los miembros del Ministerio Público tienen los mismo derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Les afectan las mismas incompatibilidades. Es decir, en ambos casos la condición de magistrado del Poder

* Abogado y Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Doctor en Derecho y Ciencia Política por la UNMSM. Especialista en Justicia Constitucional por la Universidad de Bologna Italia. Miembro Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Actual Procurador Público del Poder Judicial responsable de los procesos constitucionales. Docente de pregrado en la USMP y de postgrado en la UCSM, UNSAAC, UAC entre otras universidades del Perú. Autor y coordinador de múltiples artículos jurídicos y textos en su especialidad.

Judicial o Fiscal dentro del Ministerio Público es a dedicación exclusiva, situación que no devendría en extraña, sino fuera una limitante, el no poder renunciar a tal condición en ánimo de poder asumir un puesto de confianza dentro de gobierno de turno, como lo es el de *ministro de Estado*, cargo que conforme el artículo 126 de la Constitución también reconoce su actividad como dedicación exclusiva.

Si bien nuestra Constitución en el artículo 124 no establece mayores requisitos para ser ministro de Estado que ser peruano de nacimiento y ser mayor de veinticinco años, dichos requisitos se ven sobre extendidos en el caso de los magistrados y fiscales en la medida que las normas que regulan su función no permiten su oportuna renuncia o licencia a efecto de asumir tal envestidura, siendo los únicos servidores del Estado que tienen el impedimento constitucional de no poder ejercer función adicional a la propia a su cargo, convirtiendo dicho mandato constitucional en un factor discriminatorio como lo veremos en líneas posteriores, más aún, cuando puede sancionarse constitucionalmente al magistrado que asuma el mandato de ministro de Estado.

Situación distinta se vive en el viejo continente, donde en la Constitución Española encontramos el artículo 23.2, el mismo que reconoce el derecho fundamental de los ciudadanos a "*acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes*". Sobre ello, en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 76/2021, de 15 de abril de 2021, se establece:

> (…) se recoge la reiterada doctrina de dicho Tribunal sobre el art. 23.2 CE, sobre el derecho de acceso a las funciones públicas, *reconoce el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes*. Derecho que se refiere, como hemos declarado reiteradamente, a los cargos de representación política y sobre cuyo alcance material ya ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente este Tribunal a los efectos de determinar lo protegido por el mencionado derecho fundamental, pues solo lo en él garantizado puede ser objeto de examen en esta sede jurisdiccional. Por lo que atañe al caso suscitado en este proceso, debe, desde luego, considerarse que incluye el derecho de presentar candidaturas y de presentarse como candidato en las elecciones a la asamblea de una comunidad autónoma si se cumplen los requisitos legalmente establecidos al efecto (STC 163/2011, de 2 de noviembre, FJ 3).

Para el desarrollo del presente ensayo tomaremos un hecho acecido en la política peruana, que llamó la atención de la academia al ser el primer caso peruano que llevó a un fiscal provincial a asumir el cargo de ministro de Estado y posteriormente ser sujeto de una acusación constitucional por infracción a la Constitución, situación que merece ser estudiada y debatida desde la perspectiva del derecho a la igualdad en el acceso a cargo público, bajo el amparo que las normas de orden legal y constitucional no permiten en forma efectiva tal condición, afectando así derechos fundamentales.

II. SOBRE LA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL.

La doctrina ha enfatizado que la causal de infracción de la Constitución es amplia, difusa e imprecisa. De acuerdo con Francisco Eguiguren Praeli, en términos generales, y atendiendo a la literalidad de la expresión, se entiende como aquella conducta u omisión que es contraria a la norma fundamental[1]. Siguiendo a Jorge Santistevan de Noriega, la causal de infracción de la Constitución es una figura autónoma, de eminente carácter político, que forma *"legítimamente"* parte de los mecanismos parlamentarios de control político, y que es independiente de las conductas típicas sancionadas por el ordenamiento penal[2]. Para César Landa, la transgresión de cualquier artículo de la Constitución no configura una infracción constitucional. En ese sentido, importaría infracción constitucional *"toda violación de los bienes jurídicos –sociales, políticos y económicos – establecidos en la Constitución, que no sean materia de protección y sanción en caso de su incumplimiento- por norma legal alguna"*[3]. Este concepto fue recogido por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente 3593-2006-AA/TC, caso Luz Salgado Rubianes de Paredes y Carmen Lozada de Gamboa.

El Tribunal Constitucional consideró en un fallo de 2012 que ***el juicio político debe cumplir con el principio de taxatividad***. En dicha

1 Eguiguren Praeli, Francisco. "La infracción constitucional como límite a la inviolabilidad por votos u opiniones de los parlamentarios". En: *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, año LI, número 27, 2001, pág. XV.

2 Santistevan de Noriega, Jorge. "La infracción constitucional: una institución polémica en el Perú". En: Diálogo con la Jurisprudencia. Lima, Gaceta Jurídica, año 9, número 64, 2004, pág. 17-26

3 Landa Arroyo, César. "Antejuicio político". En M. Carbonell (Ed.), *Derecho Constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pág. 613 y ss.

medida, indicó que las infracciones constitucionales deben encontrarse previamente tipificadas para ser aplicadas (y motivar una destitución e inhabilitación política).

> La taxatividad (…) también le alcanza a las infracciones constitucionales previstas por el artículo 99° de la Constitución, tal como sucedía en la Ley de Acusación Constitucional de junio de 1834. Es decir, que exista una clara tipificación de la conducta (acción u omisión) que genere responsabilidad política por infracción constitucional (juicio político), porque ***si bien es verdad que la infracción constitucional se sanciona por motivos estrictamente políticos, también lo es, en aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad,*** que dichas infracciones tienen que estar previamente tipificadas[4].

Ahora bien, la taxatividad de las infracciones constitucionales no presenta las mismas características que en materia penal. Ello se deriva de que las normas constitucionales, a diferencia de las leyes penales, tienen un elevado nivel de indeterminación.

III. LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL POR INCOMPATIBILIDAD DE CARGO

III.1. Hechos que son parte de la acusación constitucional

El ciudadano Rubén Eduardo Fernández Morales interpone denuncia constitucional contra el ciudadano Juan Carrasco Millones (en adelante el denunciado), en condición de ministro del Interior, por la ***infracción de los artículos 146 y 158 de la Constitución Política del Perú***, y por la probable comisión del delito de aceptación ilegal de cargo público, contemplado en el artículo 381 del Código Penal.

Señala en su denuncia que, el 26 de julio de 2021, el denunciado en condición de fiscal provincial solicitó licencia sin goce de remuneración, por motivos particulares, ante el Coordinador Nacional de Fiscalías Especializadas en Delitos Contra la Criminalidad Organizada; pedido que fue elevado a la Secretaría General de la Fiscalía de la Nación. Luego, el 27 de julio de 2021, la Oficina de Registro y Evaluación de Fiscales resuelve mediante Resolución N° 001880-2021-MP-FN-OREFF, concederle noventa

4 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 156-2012-PHC/TC, fundamento 13.

(90) días de licencia sin goce de haber por motivos particulares desde el 28 de julio al 25 de octubre de 2021.

Al día siguiente, el 28 de julio de 2021, el denunciado juró el cargo de ministro del Interior ante el presidente de la República José Pedro Castillo Terrones. El denunciante considera que la conducta descrita (solicitar licencia por motivos particulares para asumir otro cargo público) atenta contra lo dispuesto en los artículos 146 de la Constitución Política del Perú, que señala:

> *"La función jurisdiccional es incompatible con cualquiera otra actividad pública o privada…", y el artículo 158 de nuestra Carta Magna, que se refiere a que "Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Les afectan las mismas incompatibilidades."*

Asimismo, el accionante considera que el denunciado ha realizado una aceptación indebida del cargo de Ministro de Estado, dado que la licencia no lo desvincula de la función fiscal, por lo que habría incurrido en el ilícito de aceptación ilegal de cargo público, previsto en el artículo 381 del Código Penal.

Con fecha 18 de noviembre de 2021, tres congresistas presentaron ante la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales un documento mediante el cual hacen suya la denuncia constitucional interpuesta por el ciudadano Rubén Eduardo Fernández Morales, ampliando la misma a la presunta infracción de los artículos 43, 45, 126 (párrafo 2) y 153 de la Constitución Política del Perú, y por la probable comisión del delito de falsedad genérica previsto en el artículo 438 del Código Penal. Los citados congresistas, mediante escrito ingresado a la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales el 16 de diciembre de 2021, presentan su adhesión a la Denuncia Constitucional N° 001 y amplían la misma, tanto en aspectos de infracción constitucional como de incidencia penal.

Los parlamentarios adherentes señalan que el denunciado fue designado como Fiscal Provincial Titular Penal (Corporativo) de Chiclayo, mediante Resolución N° 1539-2015-MP-FN, del 29 de abril de 2015 y el 11 de mayo de 2016 fue designado a la Fiscalía Especializada Contra el Crimen Organizado de Lambayeque-Sede Chiclayo; que el 27 de julio de 2021 el denunciado solicitó licencia sin goce de remuneración por motivos

particulares por el periodo de 90 días, la misma que le fue concedida mediante Resolución N° 1880-2021-MP-FN-OREFF, por el periodo solicitado, es decir, del 28 de julio al 25 de octubre de 2021; y que el 29 de julio de 2021 el denunciado juró como ministro de Estado en la Cartera del Interior; en ejercicio de dicho cargo se le rinde los honores correspondientes en la parada militar realizada el 31 de julio de 2021.

Asimismo, la Oficina Desconcentrada de Control Interno del Distrito Fiscal de Lambayeque (de oficio) procedió a abrir investigación preliminar contra el denunciado, por haber jurado como ministro de Estado siendo fiscal provincial titular; que ***el 2 de agosto de 2021 el denunciado presentó carta de renuncia irrevocable al cargo de Fiscal Provincial Titular ante el Ministerio Público***, la misma que fue aceptada mediante Resolución N° 056-2021-MP-FN-JFS, el 03 de setiembre de 2021 y publicada al día siguiente. En lo que respecta a la presunta comisión del delito de Falsedad Genérica en el escrito de adhesión y ampliación de la Denuncia Constitucional N° 001 que presentan los congresistas denunciantes, señalan que la solicitud realizada para que se le conceda licencia sin goce de haber, por motivos particulares, cuando en verdad lo hacía para lograr ser nombrado como ministro de Estado, en tal sentido, el denunciado habría incurrido en la comisión del delito de Falsedad Genérica.

III.2. En razón a la infracción de los artículos 146 y 158 de la Constitución Política

Conforme se desprende de nuestro texto constitucional, el contenido de los artículos mencionados es el siguiente:

Artículo 146.-

La función jurisdiccional es incompatible con cualquiera otra actividad pública o privada, con excepción de la docencia universitaria fuera del horario de trabajo. Los jueces sólo perciben las remuneraciones que les asigna el Presupuesto y las provenientes de la enseñanza o de otras tareas expresamente previstas por la ley.

(…)

Artículo 158.-

El Ministerio Público es autónomo. El Fiscal de la Nación lo preside. Es elegido por la Junta de Fiscales Supremos. El cargo de Fiscal de la Nación dura tres años, y es prorrogable, por reelección, sólo por otros dos. ***Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Les afectan las mismas incompatibilidades.*** Su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a los de los miembros del Poder Judicial en su respectiva categoría.

Sobre este punto, en la acusación constitucional se aprecia que la cuestión suscitada gira en torno a si el denunciado en condición de fiscal Titular puede asumir un cargo distinto al que tuve como representante del Ministerio Público. Tal acción, alegan los denunciantes, afecta el mandato constitucional establecido en la Constitución: "*La función jurisdiccional es incompatible con cualquiera otra actividad pública o privada, con excepción de la docencia universitaria fuera del horario de trabajo (...)*". La cuestión, entonces, que corresponde formularse está centrada en determinar cuál es la finalidad de que el ejercicio de la *"función jurisdiccional"* sea a exclusividad.

Como cualquier persona, tanto el juez como el fiscal tienen derecho al ejercicio de diversas actividades con el límite expreso impuesto por la Constitución, sin caer en exageraciones como las planteadas por la ley. El juez también tiene derecho al disfrute del tiempo libre (artículo 2, inciso 22, de la Constitución), y ***dentro de él puede realizar las actividades que considere pertinentes para "(...) su libre desarrollo y bienestar***" (artículo 2, inciso 1 de la Constitución), aunque como ya se ha dejado remarcado ***sin afectar el cumplimiento de la función jurisdiccional***[5].

Si bien es cierto la Constitución es clara al indicar que las prerrogativas y limitaciones que tiene el magistrado son propias del fiscal en función (artículos 146 y 158), también es cierto que *existen criterios interpretativos que han sido desarrollados por el Tribunal Constitucional a efecto de dar interpretación a los referidos artículos*, para que los mismos ***no sean lesivos a los derechos fundamentales de jueces y fiscales***. Sobre tal punto, conforme se aprecia en el Exp. N° 0019-20009-PI/TC, *Proceso de inconstitucionalidad contra diversos*

5 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 0019-2009-PI/TC, fundamento 41.

artículos de la Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre diversas limitaciones que tienen los magistrados conforme a su Ley, la misma que tiene que ser leída cuidadosamente a efecto de que no contenga una intervención excesiva en el derecho de los jueces a ejercer actividades extrajurisdiccionales ***como la docencia universitaria fuera del horario de trabajo***. Y es que si bien esta pueda tener una finalidad constitucionalmente legítima y no ser patentemente innecesaria, el Tribunal Constitucional considera que no satisface las exigencias derivadas del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

> (…)"*el Tribunal Constitucional considera que es grave la intensidad de la intervención sufrida por el derecho reconocido a los jueces en el artículo 146 de la Constitución, pues además de afectarse directamente a este derecho, la medida interventora también tiene la propiedad* ***de incidir negativamente sobre otros derechos constitucionales****, como son la* ***libertad de enseñanza****, reconocido en el artículo 13 de la Constitución, y* ***al libre desarrollo de la personalidad****, reconocido en el inciso 1) del artículo 2 de la Ley Fundamental".*
>
> Por lo tanto, en opinión del Tribunal, no es constitucionalmente legítimo que con el fin de alcanzar tan leve grado de satisfacción del fin, ***se haya intervenido gravemente los derechos previstos en los artículos 146 y 2, inciso 1), y 13 de la Constitución***, por lo que el Tribunal considera que se debe estimar este extremo de la pretensión y, en consecuencia, declarar inconstitucional la frase "materias jurídicas" del artículo 40, inciso 3), de la Ley de la Carrera Judicial[6]. (cursiva y resaltado nuestro)

Como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, tal exclusividad persigue impedir que el juez realice cualquier otra *"actividad"* ***que lo distraiga de su verdadero rol como administrador de justicia*** (artículo 138 de la Constitución), distante de cualquier condicionamiento social, económico o político, que lo entremezcle con intereses de índole distinta a la jurisdiccional; entendiéndose este como un límite explícito al derecho al trabajo, reconocido en el artículo 2, inciso 15) y en el artículo 22 de la Constitución.

6 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 0019-2009-PI/TC, fundamento 34.

Para el caso en concreto, visto que las limitaciones al ejercicio de los derechos de los magistrados y fiscales se sustentan en aquellas "*actividades*" que los distraigan de su verdadero rol como administradores de justicia.

Para analizar tal condición, cabe destacar los hechos que se han suscitado al caso en concreto:

a. Mediante escrito de fecha 26 de julio de 2021, se solicitó que el superior eleve al despacho de la Fiscalía de la Nación *la solicitud de licencia sin goce de haber por motivos particulares*, con su respectivo visto bueno, *precisando en el escrito que el denunciado había sido invitado por el Gobierno entrante para ocupar un cargo de confianza*, siendo este el motivo de la licencia, precisando que hasta ese momento no se tenía pleno conocimiento del cargo a ocupar; ***por lo que se requería la suspensión perfecta de labores a partir del día 29 de julio de 2021***.

b. Con fecha 27 de julio de 2021, en atención a lo informado por la OREF, precisó que la licencia requerida sería por el plazo de 90 días contados a partir del 28 de julio de 2021, por cuanto al no existir hasta ese momento resolución de designación del denunciado en otro cargo solo podrían otorgarle la licencia por dicho plazo; en consecuencia, ***mediante Resolución N° 001880-2021-MP-FN-OREF de fecha 27 de julio del año en curso, se concedió licencia sin goce de haber por motivos particulares por 90 días*** a partir del 28 de julio hasta el 26 de octubre de 2021.

c. Con fecha 28 de julio del año en curso, el denunciado recibió la propuesta formal del expresidente de la República señor Pedro José Castillo Terrones para ocupar el cargo de ministro del Interior en este gobierno; siendo así con fecha 29 de julio a horas 11:30, encontrándose con licencia sin goce de haber, prestó juramento simbólico al cargo de ministro del Interior, siendo designado en dicho cargo mediante Resolución N° 068-2021-PCM de fecha 29 de julio y publicada en el Diario El Peruano el día 30 de julio de 2021.

d. Mediante escrito de fecha 28 de julio y recibido por el despacho de la Fiscalía de la Nación ***el día 02 de agosto de 2021 se presentó renuncia irrevocable*** al cargo de Fiscal Provincial Titular Penal Corporativo de Chiclayo en el despacho de la Fiscalía Especializada contra la Criminalidad Organizada de Lambayeque.

Como se advierte de los puntos precedentes, el denunciado juró el cargo de ministro de Estado al encontrarse ***con licencia sin goce de haber*** en el ejercicio del cargo de fiscal provincial titular, dicho extremo es importante, en la medida que si bien la Constitución reconoce la existencia de incompatibilidad del cargo, esta es justificada en la medida que "se distraiga" del ejercicio del cargo en funciones, situación que no se ha dado en el presente caso, además debe de considerarse que el propio Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre diversas limitaciones que contempla la Ley de la Carrera Judicial, encontrando las mismas irrazonables y carentes de proporción en razón a la función del magistrado (homólogo en prerrogativas y limitaciones), *no siendo la excepción el no acceder a otro cargo en situación de "licencia sin goce de haber"*.

Conforme lo reconoce el numeral 10 del art. 34 de la Ley N° 30483, Ley de la Carrera Fiscal, la licencia es un derecho reconocido por la misma ley, la cual *suspende temporalmente* (durante el periodo de licencia) *la obligación del servidor de prestar servicios y la obligación de la entidad de pagar sus remuneraciones* (suspensión perfecta de la relación entre el servidor y la entidad empleadora), es decir, el trabajador no recibirá gratificaciones, utilidades, CTS, entre otros beneficios. ***Una vez finalizada, se reanuda la ejecución de las obligaciones a cargo de ambas partes***.

En esa línea, la licencia sin goce de haber genera suspensión perfecta en las obligaciones y derechos del fiscal, como también del mandato constitucional que indica que *"la función jurisdiccional es incompatible con cualquier otra actividad pública o privada"*, en ese sentido, en una interpretación *"contrario sensu"* del mandato constitucional, al no ejercer ninguna función jurisdiccional u obligación conforme al ejercicio de cargo, *se apertura la posibilidad de asumir funciones distintas, dado que no existe actividad jurisdiccional que interrumpir al no estar en ejercicio de funciones*, más aún, cuando no tiene despacho a su cargo ni responsabilidad, no existiendo afectación al desempeño del cargo o la institución.

Es necesario destacar algunos puntos en razón a la comisión de la supuesta *"infracción constitucional"* a efecto de meritar si en realidad existe incompatibilidad del cargo acusada:

a) Sobre el requisito de la renuncia:

El pedido de licencia sin goce de haber se realiza el 27 de julio de 2021 ante el superior quien autoriza dicho pedido y lo envía a la Oficina de Registro de Evaluación de Fiscales, oficina que concede la licencia sin goce de haber desde el 28 de julio al 25 de octubre de 2021. Como se aprecia de los hechos, al momento de juramentar como ministro de Estado en la cartera del Interior el denunciado se encontraba con *"licencia"*, *no pudiendo ser de otra forma, dado que el plazo para presentar la renuncia y que esta sea admitida es demasiado largo conforme el procedimiento administrativo*. Como puede apreciarse el denunciado renunció el 02 de agosto del 2021 y esta fue admitida el sábado 03 de setiembre y publicada el día siguiente del mismo año, es decir, *demoró más de un mes para que sea admitida la renuncia y publicada en el Diario Oficial El Peruano.*

Si la exigencia para asumir el cargo de ministro de Estado era renunciar previamente, "***tal condición era imposible de cumplir para el denunciado como para cualquier otro funcionario del Estado"***.

Ello, en la medida que mediante Resolución N° 0750-2021-JNE publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 20 de julio de 2021, el JNE oficializó recién la proclamación del profesor Pedro Castillo Terrones como Presidente electo de la República para el periodo 2021-2026, *es decir ocho (08) días previos a la juramentación, siendo un imposible legal cumplir con el proceso legal de renuncia ante entidad pública*.

Sobre el punto precedente, el artículo 34º del Decreto Legislativo N.º 276 y el artículo 182º de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 005-90-PCM, establecen que una de las causales para el término de la Carrera Administrativa es la renuncia voluntaria del propio servidor. En ese mismo sentido, el artículo 185º del Reglamento del Decreto Legislativo N.º 276 establece que la solicitud de renuncia debe ser presentada con una anticipación no menor de treinta (30) días calendario, pudiendo la entidad exonerar al servidor del mencionado plazo.

En ese contexto, dado que el plazo de la administración (Fiscalía de la Nación) para procesar y aceptar la renuncia presentada por el denunciado es de 30 días *(tal como se acredita con la expedición de la Resolución de la Junta de Fiscales Supremos N° 056-2021-MP-FN-JFS)*, ***es más que lógico y razonable***, recurrir a una medida administrativa alternativa existente, esto es, el pedido de la ***"licencia sin goce de haber"*** para no recaer en la

incompatibilidad establecida en la Constitución dado que la misma genera una "*suspensión perfecta*" de las funciones del suscrito a diferencia de la renuncia que mientras no sea aceptada el vínculo laboral existe y con ello las prerrogativas, obligaciones e impedimentos, habiendo actuado conforme se establece mediante las Resoluciones de la Fiscalía de la Nación Nros. 2593-2016-MP-FN, 3224-2016-MP-FN y 1489-2019-MP-FN de fecha 27 de mayo de 2016, 18 de julio de 2016 y 01 de julio de 2019 respectivamente, donde se delegó a la Gerenta de la Oficina de Registro y Evaluación de Fiscales la atribución del fiscal de la Nación resolver las solicitudes de licencia sin goce de haber entre otros pedidos.

Ahondando en el punto anterior, la ***"licencia sin goce de haber"*** era el mecanismo idóneo frente a la situación administrativa existente, más aún, cuando se encuentra acreditado que el denunciado con fecha 26 de julio de 2021 solicitó al superior inmediato, el Fiscal Superior Coordinador Nacional de las Fiscalías Provinciales Especializadas contra la Criminalidad Organizada, el visto bueno de la licencia sin goce de haber por 90 días, por haber: "*recibido la propuesta de ocupar un cargo de confianza en el Gobierno del Perú entrante, siendo este el motivo de mi solicitud de licencia sin goce de haber en mi institución de origen*". De igual forma, se encuentra acreditado que el denunciado en la solicitud de licencia de fecha 26 de julio de 2021, dirigida a la Fiscal de la Nación, también se precisó lo mismo, que el pedido de licencia sin goce de haber se efectuó por recibir la propuesta de ocupar un cargo de confianza en el Gobierno del Perú entrante, siendo este el motivo de mi licencia sin goce de haber conforme queda acreditado del Informe - CASO N.º 159- 2021-MP-ODCI-LAMBAYEQUE

En ese orden de ideas, ***lectura distinta a la señalada***, acarrearía a reconocer que frente a la inmaterialidad de lograr una renuncia autorizada por la Junta de Fiscales Supremos **en un plazo menor a ocho (08) días** conforme al tiempo existente en mi caso, *limitaría el derecho del suscrito a poder renunciar al cargo de Fiscal Provincial Titular y poder acceder a otro trabajo como el cargo de Ministro de Estado*, más aún cuando dicho cargo es de confianza y expectativo a la confianza del Presidente de la República.

En tal sentido, de confirmarse la procedencia de la lectura exegética y literal de los artículos 146 y 158 de la Constitución conforme la denuncia presentada por los congresistas que se adhieren a la denuncia constitucional N° 0001, ***se estaría lesionando derechos constitucionales***: al *libre desarrollo de la personalidad* (art. 2 inc.1); *derecho a la igualdad ante la ley* (art.

2 inc.2); *derecho al trabajo* (art. 22); *derecho a la no limitación de derechos constitucionales por relación laboral* (art. 23); *derecho al acceso a cargo público como el de Ministro de Estado* (art. 124), los mismos que no han sido analizados en su contenido constitucionalmente protegido.

En conclusión, conforme al principio de unidad de la Constitución[7] el mismo que destierra una lectura exegética y literaria de la Constitución y conlleva a que la interpretación de la misma este orientada a considerarla como un "*todo*" armónico y sistemático, la conclusión a la que arriba la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales al declarar procedente la Denuncia Constitucional N° 001, *conlleva al cumplimiento rígido de los arts. 146 y 158*, los mismos que, —como lo hemos señalado precedentemente—, *son de imposible cumplimiento para cualquier funcionario público*, poniéndolo en total desventaja y en condición discriminatoria frente a un ciudadano ordinario que no requiere del cumplimiento de trámites administrativos previos.

b) Sobre la incompatibilidad en el cargo:

En igual condición que los denunciantes y bajo una lectura literal de la Constitución, cabe recordar que el artículo 124 de la Constitución dispone que para ser ministro de Estado se requiere ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y haber cumplido veinticinco años. Asimismo, en concordancia con el artículo 33 de la Constitución, no pueden ser ministros aquellos a quienes se les ha suspendido el ejercicio de la ciudadanía por resolución judicial de interdicción, sentencia con pena privativa de la libertad, y sentencia con inhabilitación de los derechos políticos.

En tal sentido, de la lectura exegética de los artículos citados, no se requiere cumplir otra exigencia adicional, más aún, cuando el artículo 126 de la Constitución señala que "*los Ministros no pueden ejercer otra función pública, excepto la legislativa*". Sobre los alcances de la concepción de función pública, antes mencionada, dicho término ha sido precisado por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia. En efecto, en las Sentencias N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, este Tribunal se refirió a la función pública en los siguientes términos:

7 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 05854-2005-PA/TC, fundamento 12.

> *Una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto "función pública" exige entenderlo de manera amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado*.

Posteriormente, en la Sentencia N° 5057-2013-PA/TC, este Tribunal Constitución indicó que "*la función pública debe ser entendida como desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado*" (fundamento 8). Asimismo, añadió que:

> "*la condición de funcionario o servidor público no se identifica, por ejemplo, por un tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la Administración Pública, sino por el desempeño de funciones públicas en las entidades del Estado*".

Adicionalmente, se debe tener presente que en el artículo 2 de la Ley 27815, que aprueba el Código de Ética de la Función Pública, se ha definido a dicha función como "*toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos*".

Como puede apreciarse de las sentencias acotadas como del marco legal en referencia, el ejercicio de la función pública no solo conlleva a la existencia del título formal del funcionario (en el caso del denunciado "*Fiscal Provincial*" y posteriormente "*Ministro de Estado*"), sino que, ***requiere del ejercicio del mismo y los efectos que este cauce***. Tal condición no se da en el presente caso, dado que al encontrarse con "*licencia sin goce de haber*" se suspende en forma total las prerrogativas que conlleva el ejercicio del cargo de fiscal provincial; y en el caso de ministro de estado, si bien es cierto que juramentó al cargo el jueves 29 de julio de 2021 (día feriado), la Resolución Suprema que lo nombra Ministro de Estado en el Despacho del Interior, se pública en el *Diario El Peruano* el viernes 30 de julio (feriado), genera efectos a partir del día siguiente de su publicación (sábado), siendo el día lunes 02 de agosto de 2021, el primer día hábil en el cual surte efectos la Resolución Suprema acotada, fecha que coincide con el pedido de renuncia al cargo de fiscal provincial.

Finalmente, si bien la renuncia presentada por el denunciado se da el mismo día que la publicación de la Resolución Suprema, ello, responde entre otras cosas a la necesidad de contar con la legalización de la firma en la carta de renuncia, condición difícil de cumplir dado el cierre de notarías

por los días feriado. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que el denunciado ejerció formalmente la *"función pública"* en el cargo de ministro de Estado en la cartera del Interior desde el 03 de agosto de 2021, en tal sentido, conforme a las fechas descritas, los hechos suscitados y las condiciones propias de la función pública, no existió incompatibilidad en el cargo de fiscal provincial y la asunción al cargo de ministro de Estado, de igual forma, no existe incompatibilidad en el ejercicio del cargo de ministro de Estado y la condición de suspensión perfecta de funciones dada la licencia sin goce de haber en la condición de fiscal provincial.

c) Sobre la comisión del delito de aceptación ilegal de cargo:

El delito de nombramiento o aceptación ilegal de cargo público fue tipificado por vez primera en nuestro país en el artículo 381 del Código Penal, con el siguiente texto:

> ***Artículo 381.- Nombramiento o aceptación ilegal de cargo público***
>
> *El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a ciento veinte días-multa.*
>
> *El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con la misma pena.*

Se trata de un delito de encuentro en el que, mediante conductas descritas de manera autónoma, participan recíprocamente, en acto único y en calidad de autores, tanto el que nombra para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales como el que acepta el cargo sin contar con dichos requisitos legales. El sujeto activo es la persona que postula a un cargo público y que acepta la nominación sin contar con las exigencias establecidas legalmente.

El sujeto pasivo es la administración pública, como titular del bien jurídico protegido, en el que el servicio civil se ve perjudicado en su eficacia y eficiencia, en la observancia de la igualdad meritocrática y en la vigencia del principio de legalidad.

En tal sentido, la imputación objetiva relativa al tipo penal de aceptación indebida de cargo público exige que el agente sea incorporado a un cargo público sin contar con los requisitos normativos correspondientes. Se castiga el hecho de nombrar y aceptar un cargo público para el que el

ordenamiento fija determinados requisitos y, pese a ello, el incorporado a la institución u organismo público no los tiene.

Conforme a lo indicado, el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Constitución para ocupar el cargo de ministro de Estado son cumplidos en forma fehaciente por el suscrito, los mismos que son mínimos al ser un cargo de confianza. En este caso, de acuerdo con el artículo 59 de la Ley de Servicio Civil, el proceso de selección se limita al cumplimiento del perfil establecido para el puesto y no se requiere aprobar un concurso público de méritos. Pero en todos los casos, cuando en el tipo penal se utiliza el término "*requisitos legales*", se alude a las condiciones personales establecidas en el régimen general de los servidores públicos[8], independientemente de la modalidad de incorporación al Estado. Al respecto, solo se exige la verificación del cumplimiento objeto de los requisitos legales al tiempo del nombramiento; no se mide la capacidad de hecho o la idoneidad funcional demostrada en la práctica[9], tampoco se considera que la persona nominada o elegida haya cumplido con el requisito legal luego del nombramiento. En tal sentido, visto el contenido de los artículos 33 y 124 de la Constitución, los mismos que deben ser leídos en forma conjunta para determinar la comisión de aceptación ilegal de cargo, es evidente que el suscrito cumplía con los requisitos constitucionalmente establecidos para tal fin, más aún, cuando a la fecha de los hechos no existía norma de menor grado que precise en forma específica trámite o requisitos adicionales.

Asimismo, de acuerdo a los argumentos 7.12 y 7.14 del INFORME - CASO N.º 159- 2021-MP-ODCI-LAMBAYEQUE, Oficina Desconcentrada de Control Interno Distrito Fiscal de Lambayeque ODCI, con el cual se resuelve no haber mérito al procedimiento disciplinario y archivar el mismo, se establece lo siguiente respectivamente:

8 Conforme al artículo 9 de la Ley SERVIR, estos son los requisitos legales: a) estar en ejercicio pleno de los derechos civiles; b) cumplir con los requisitos mínimos exigidos para el puesto; c) no tener condena por delito doloso, con sentencia; d) no estar inhabilitado administrativa o judicialmente; e) tener la nacionalidad peruana, solo en los casos en que la naturaleza del puesto lo exija, conforme a la Constitución Política del Perú y las leyes específicas, y f) los demás requisitos previstos en la Constitución Política del Perú y las leyes, cuando corresponda.

9 Donna, Edgardo. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo III. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 190.

Tanto es así que según la fecha de acontecido los hechos, el miércoles 28 de julio de 2021 comenzó su licencia sin goce de haber y culminaría el 26 de octubre de 2021; en ese contexto juramenta al cargo el Fiscal quejado, siendo finalmente que el lunes 2 de agosto de 2021; renuncia al cargo de Fiscal Provincial Titular, ahora con efectividad al 28 de julio de 2021.

Estas circunstancias debilitan una presunta infracción disciplinaria toda vez que no se ha acreditado ejercicio simultáneo de la función fiscal con actividades políticas, ***en cuanto a la concesión de la licencia sin goce de haber con motivo expreso a asumir un cargo de confianza en el Gobierno; fue autorizado por las propias entidades del Ministerio Público, superiores jerárquica y funcionalmente al cargo ejercido por el Fiscal quejado, quien además presentó su entrega de cargo con fecha 27 de julio de 2021****, al Fiscal Adjunto OMAR RAMOS GAONA de la Fiscalía Especializada contra la Criminalidad Organizada de Lambayeque.*

IV. ASPECTOS FORMALES DE LA DENUNCIA CONSTITUCIONAL

IV.1. Incorporación de otros artículos constitucionales y penales infringidos

En adición a las infracciones denunciadas primigeniamente en la Denuncia Constitucional N° 001, un grupo de congresistas se adhirieron a la misma, incorporando otros artículos de orden constitucionales y penal supuestamente infringidos por el denunciado, los cuales ***han sido asumidos por ciertos (procedentes) por la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, sin ningún tipo de valoración o motivación alguna***, ello, no sólo afecta el debido proceso (en razón a la protección de derechos de connotación procesal), sino que no corresponden a hechos técnicamente sustentables.

En tal sentido, procedemos a analizar el contenido de dichos artículos y los desestimamos bajo los fundamentos siguientes:

a) Infracción al artículo 43 de la Constitución

El artículo 43º de la Constitución establece que la República del Perú "es democrática". La democracia, etimológica y coloquialmente entendida como el "*gobierno del pueblo*", mal podría ser concebida como un atributo o característica más del Estado social y democrático de derecho. En efecto, la Constitución es la expresión jurídica de un hecho político democrático,

pues es la postulación jurídica de la voluntad del Poder Constituyente, como un *totus* social en el que subyace la igualdad, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional[10].

Conforme a la *ratio legis* del artículo 43 de la Constitución y considerando lo señalado por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, no encontramos ninguna trasgresión a dicho artículo en una subsunción de hecho a derecho, más aún, cuando dicho artículo desarrolla la forma de representación y de Estado que tiene nuestro país, condición que no se ve afectada con la asunción al cargo de ministro de Estado.

b) Infracción al artículo 45 de la Constitución

El artículo 45 de la Constitución reconoce principios democráticos, no sólo reconoce la soberanía popular y la supremacía constitucional; sino que implica que ello se proyecte como una realidad constante. Asimismo, la democracia se fundamenta en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado, por lo que su participación en la vida política es indispensable para maximizar el respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional.

En esa línea, el artículo 45°, reconoce que "*el poder del Estado emana del Pueblo*". En otras palabras, parafraseando a César Vallejo, podríamos afirmar que en toda República "Todo acto y voz genial, viene del pueblo y va hacia él". Cabría señalar que desde los inicios del constitucionalismo peruano la idea de república ha estado intrínsecamente relacionada con el Principio de Soberanía del Pueblo. Eso quiere decir, que en toda república "*el titular originario del poder político es el pueblo*", concebido, en su versión republicana, como aquella comunidad de ciudadanos libres e iguales que se encuentra regida por el Derecho.

Como puede apreciarse, la referencia y contenido del artículo mencionado no guarda relación alguna con el caso en concreto, considerando que la designación de ministro de Estado del denunciado deviene de un poder originario representativo, al ser el presidente de la República elegido por el pueblo y quien personaliza a la nación.

10 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 0030-2005-PI/TC, fundamento 19 y 20.

c) Infracción al artículo 126 de la Constitución.

Respecto a dicho artículo en su segundo párrafo, nos remitimos a lo señalado precedentemente en el punto 9.b del presente escrito, donde hemos considerado lo señalado por el Tribunal Constitucional en razón al ejercicio de la "*función pública*", la misma que no ha sido lesionado por el denunciado en ningún momento.

d) Infracción al artículo 153 de la Constitución

Respecto a dicho artículo, cabe precisar que el contenido del mismo hace referencia al derecho de participación en la vida política, derecho de sindicalización y huelga. Sobre ello, consideramos que la referencia en la acusación es en razón a la "participación política", entendiendo la misma a la participación agremiada en organizaciones políticas y en base al activismo de la misma, situación distinta a los hechos denunciados, dado que el ejercicio del cargo de ministro de Estado de ninguna forma configura infracción constitucional dado que al momento de ejercer el cargo de ministro, se encontraba con "*licencia sin goce de haber*" con lo cual existe suspensión perfecta de sus funciones y prerrogativas como fiscal provincial, como también, se encontraba en trámite su renuncia, la misma que fue aceptaba conforme al trámite administrativo correspondiente.

En tal caso, no se configura la infracción del artículo 153 en la medida que la "*actividad política*" no fue ejercida durante el ejercicio de funciones como fiscal provincial, como ha quedado demostrado en puntos precedentes.

IV.2. Incorporación de un artículo penal infringido

a) Presunta comisión de delito de falsedad genérica (Art. 438 del Código Penal)

En el presente caso se imputa el delito de falsedad genérica, previsto en el artículo 438 del Código Penal, que sanciona la siguiente conducta:

> ***Artículo 438. Falsedad genérica***
>
> *El que de cualquier otro modo que no esté especificado en los capítulos precedentes, comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, suponiendo viva a una*

persona fallecida o que no ha existido o viceversa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

El bien jurídico protegido es la fe pública, es decir, la protección recae en el derecho a la verdad. En puridad, se está ante una figura delictiva, que vendría a proteger punitivamente el principio de *"veracidad"*. Ello significa en términos concretos que este tipo penal reprime al que incurre en mentiras de relevancia penal subsumibles en el tipo que permite un margen de interpretación y alcances dentro de los elementos objetivos y subjetivos del mismo.

Precisamente, con relación a la tipicidad objetiva y subjetiva del tipo, se tiene que existen tres formas de acción típica de falsedad genérica: a) falsedad mediante simulación; b) falsedad mediante suposición; y c) falsedad mediante alteración de la verdad. Ahora bien, los medios que se pueden emplear para la falsedad genérica son: a) palabras; b) hechos; c) usurpación de nombre, calidad, o empleo que no corresponde; d) suponiendo viva a una persona muerta o inexistente; e) suponiendo muerta a una persona viva o inexistente.

Conforme se desprende de los puntos precedentes, además de acreditarse los verbos rectores y los medios comisivos, ***se exige como elemento configurativo del tipo el perjuicio a terceros***. Se trata pues de un tipo penal de resultado, así la doctrina aclara adicionalmente, que el perjuicio al que se hace referencia no necesariamente ha de ser de naturaleza económica, es decir, que puede ser de naturaleza moral, personal, institucional y/o funcional[11].

En base a lo argumentado, es evidente que no se configura el tipo delictivo, en la medida que no existió ninguna de las formas de acción típica por parte del suscrito, adicional a ello no se ha generado afectación alguna a nadie, siendo ello un factor condicionante del tipo delictivo.

V. AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES CON LA PROCEDENCIA DE LA DENUNCIA CONSTITUCIONAL

La Denuncia Constitucional N° 001 que ha sido ***declarada procedente*** por la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, de ser formalizada

11 PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de derecho penal – Parte Especial*. Lima: Grijley. 2.° Ed., 1995, pp. 763 y 764.

como Acusación Constitucional ante la Comisión Permanente, reconoció la afectación a diversos derechos fundamentales del denunciado, ello, en medida a las diversas situaciones excepcionales que se han dado y que deben ser meritadas en forma particular y oportuna.

Como se ha indicado no existía otra vía idónea a recurrir por el denunciado para poder optar y poder satisfacer el derecho al ***"libre desarrollo de la personalidad" (art. 2 inc.1),*** en la medida que el trámite administrativo de "*renuncia*" no era efectivo e inmediato frente al fin buscado por el denunciado, como es acceder al cargo de ministro de Estado.

En tal sentido el Tribunal Constitucional ha señalado:

> *«… el Tribunal Constitucional, tal como quedó establecido en la STC 2868-2004-PA, F.J. 14, considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, encuentra reconocimiento en el artículo 2°, inciso 1, de la Constitución, que* ***refiere que toda persona tiene derecho «a su libre desarrollo»,*** *pues si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de la vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos.*
>
> *«… en cuanto a las posiciones iusfundamentales protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, cabe mencionar que tal como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional [Exp. N°02868-2004-AA/TC FJ 14], dicho derecho, reconocido en el artículo 2°, inciso 1), de la constitución, «garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad (…) es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres»* (Fundamento 17)

El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano, lo cual también involucra el aspirar a un desarrollo personal y profesional como se ha dado en el presente caso, dado que, la invitación a asumir un puesto de ministro de Estado, no sólo repercute en

la vida personal de quien acepta, sino que trasciende en el ámbito nacional en la medida la relevancia de la cartera ministerial a asumir.

De ser formalizada la acusación constitucional se reconocería la afectación al derecho fundamental a la ***"igualdad ante la ley"*** (art. 2 inc. 2). Ello, en la medida que generaría una total desigualdad entre cualquier ciudadano y el denunciado en razón al acceso a cargos de dirección de gobierno (ministro de Estado), dado que ***se exige renunciar al cargo*** —bajo un procedimiento administrativo largo— y que ***no corresponde y no es proporcional a una condición expectaticia*** como es la designación como ministro de estado, la misma que deviene de una condición de confianza y cuya naturaleza es volátil y voluble al ser un cargo político.

Conforme a la igualdad, en la sentencia emitida en el Expediente 05652-2007-PA/TC, este Tribunal Constitucional ha señalado:

> *El inciso I). del Art. 26 de la Constitución Política reconoce que en la relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación. Es evidente que el reconocimiento constitucional de dicho principio laboral constituye una manifestación del derecho a la igualdad en el ámbito de las relaciones labores.*
>
> *En la STC N.º 008-2005-PI/TC. ha señalado que el principio constitucional de igualdad de trato en el ámbito laboral hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral, el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales. la igualdad de oportunidades de acceso al empleo y de tratamiento durante el empleo.*

De ser formalizada la acusación constitucional se reconocería la afectación al ***"derecho fundamental al Trabajo",*** en tal sentido, el artículo 22° de la Constitución reconoce que toda persona tiene derecho a la libre elección de su trabajo. Por otra parte, el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagra el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. Y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece, en su artículo 7°, inciso b), "(...) el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva".

En consecuencia, el derecho a la libertad de trabajo comprende el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, a la libre elección del trabajo, a la libertad para aceptar, o no, un trabajo, y a la libertad para cambiar de empleo.

De ser formalizada la acusación constitucional se reconocería la afectación a la garantía que "*ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales*", contemplado en el artículo 23° de la Constitución. No obstante, el Tribunal Constitucional reconoce que aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones; ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce.

Finalmente, es muy importante recordar que la Denuncia Constitucional procede por la supuesta comisión de ilícito penal perpetrado en el ejercicio o desempeño de la función. Dicha denuncia opera contra los agentes estaduales señalados en el artículo 99 de la Constitución, en ocasión de la supuesta comisión de un ilícito penal cometido por aquel que tiene y ejerce una función pública. Al respecto, en el libro segundo, parte especial, delitos, Título XVII —denominado "Delitos contra la Administración Pública" (artículos 376 y subsiguientes)— del Código Penal, se fija como ilícitos sujetos de perpetración en el ejercicio de la función, dentro de los cuales no se encuentran los delitos acusados, como son Aceptación Ilegal de Cargo Público (art. 381) y Falsedad Genérica (art. 438) del Código Penal.

V.1. Desigualdad en la Constitución en razón al derecho al acceso a los cargos políticos

Como se ha visto en líneas precedentes, las limitaciones que tienen los jueces y fiscales para el acceso a cargos políticos de gobierno como el de ministro de Estado, son estrictamente constitucional y normativo, ello, en la medida que la constitución impide el doble ejercicio de la función y la norma especial que regula su función no brinda la facilidad de un trámite oportuno y eficaz que permita garantizar sus derechos constitucionales.

La Constitución española y la jurisprudencia es aleccionadora en este punto, no sólo porque en el artículo 23.2 reconoce el derecho al acceso a los

de representación política, sino que lo proyecta a los cargos funcionariales y de gobierno. En tal sentido, el acceso a la función pública se entiende con solo el desempeñar funciones determinadas, sino la existencia de igualdad de oportunidades sin ningún tipo de discriminación, sin que exista ninguna norma que quiebre la igualdad y que permita a todo sin exclusión alguna el acceder al Estado indistintamente que sea un cargo de confianza o político, más aún, este último en condiciones de gobernabilidad.

Bajo los hechos del caso expuesto, en nuestra legislación nacional, puede advertirse que los jueces y fiscales nunca podrían acceder a puestos de gobierno de cartera ministerial, situación que sería distinta de existir el derecho fundamental al acceso a los puestos funcionariales y de gobierno, donde este no se limita al sólo acceso a la función pública, sino también en aquellas situaciones donde los parámetros legales existentes se convierten en obstáculos. En tal caso, es importante recoger la experiencia comparada española en razón al acceso a la función pública en condiciones de igualdad sin carácter discriminatorio (SSTC 193/1987, de 9 de diciembre, 47/1990, de 20 de marzo, o 353/1993, de 29 de noviembre), o de referencias individualizadas (STC 67/1989, de 18 de abril), lo que también supone que en todos los momentos exista un trato igual (STC 107/2003, de 2 de junio).

VI. A MANERA DE CONCLUSIONES

- Como se advierte del caso expuesto, el marco legal que regula a jueces y fiscales hace imposible que estos puedan renunciar o pedir licencia en forma oportuna para acceder al cargo de ministro de Estado. El mandato constitucional que establece la dedicación exclusiva genera desigualdad entre cualquier ciudadano que puede llegar a tal encargatura de gobierno frente a quienes ejercen la magistratura, lo cual no deviene en inconstitucional, pero si en incongruente para una interpretación sistemática de la Constitución.
- Respecto a las garantías en el proceso de acusación constitucional y antejuicio debe tenerse en cuenta que la posición del Tribunal Constitucional en el caso Tineo Cabrera no ha sido seguida por la práctica parlamentaria en el caso en comentario, no ha requerido tipificar la infracción constitucional previamente para decretarla e imponer sanciones de destitución o inhabilitación política, sobre la base de entender una diferencia esencial entre la taxatividad penal o disciplinaria, dentro de un contexto constitucional.

- En esa línea de razonamiento, debemos tener en cuenta los fundamentos del Tribunal Constitucional en el caso Tineo Cabrera sobre los ***alcances del debido proceso en sede parlamentaria***, donde se tuvo como sustento diversos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como señala el artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, el contenido y alcances de los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. En ese sentido, *todo ejercicio de competencias sancionadora, punitiva, jurisdiccionales y más aún política, deben sujetarse a sentencias de la Corte Interamericana resulta vinculante para todos los poderes públicos de nuestro país, incluyendo el Congreso*[12].
- Frente a la incongruencia detectada en la Constitución y dada, en caso en concreto, la procedencia de la acusación ante la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales conlleva a tener en cuenta el principio *pro homine* que exige optar por la interpretación más extensiva de los alcances de un derecho humano. En ese sentido, la Subcomisión acotada no puede desconocer "las decisiones del Tribunal Constitucional, las mismas que alcanzan el máximo grado de vinculación cuando ofrecen una mejor protección a los derechos en cuestión" (Exp. N.º 04853-2004-AA/TC, fundamento 16).
- Si bien el inciso b) del artículo 89 del Reglamento del Congreso reconoce en la Subcomisión de Constitución el órgano competente para calificar las Denuncias Constitucionales, estas no pueden alejarse de cumplir principios constitucionales, tales como el ***principio de proporcionalidad***, que también es conocido como "*proporcionalidad de injerencia*", "*prohibición de exceso*", "*principio de razonabilidad*",

12 Existen antecedentes como lo sucedido en octubre de 2018, donde el Congreso destituyó y/o inhabilitó por diez años por infracción de la Constitución al juez supremo César Hinostroza y a los miembros del entonces Consejo Nacional de la Magistratura Julio Gutiérrez Pebe, Guido Águila, Iván Noguera y Orlando Velásquez. Igualmente, en abril de 2021, el Congreso inhabilitó por diez años para el ejercicio de toda función pública al ya vacado presidente Martín Vizcarra Cornejo, por encontrarlo responsable de infringir la Constitución tras su vacunación irregular contra la COVID-19. En el mismo *impeachment*, la exministra de Salud Pilar Mazzetti Soler fue inhabilitada por ocho años, mientras que la excanciller Elizabeth Astete Rodríguez, por un año.

entre otras calificaciones, el mismo que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales.

- En suma, atendiendo al conjunto de razones expuestas, resulta comprensible modificar las normas orgánicas del Poder Judicial y Ministerio Público a efecto de generar un mecanismo idóneo y menos burocrático que genere un proceso rápido y efectivo de ruptura del vínculo laboral de los jueces y fiscales de su institución, que permita acceder dentro de la condición expectativita al cargo de ministro de Estado.

LA AUTONOMÍA DE LOS TRIBUNALES

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS CONVENIOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

*Óscar Urviola Hani**

I. Presentación

La estabilidad de las normas y de las instituciones del Estado es uno de los componentes más importantes del principio de seguridad jurídica que todo Estado democrático debe garantizar y ofrecer a sus administrados. En el Perú, la importancia de los convenios de estabilidad jurídica tanto para el ordenamiento jurídico, como también para el orden económico se entendió, primero, a nivel legal y sólo tiempo después adquirió su consagración en la actual Constitución.

* Abogado, Magister en Derecho de la Empresa y Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Santa María. Profesor Ordinario Principal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica Santa María y Ex Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Exdiputado de la Nación. Exdecano del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa. Exmagistrado y Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú.

A partir de la evolución legislativa de los convenios de estabilidad jurídica se puede advertir cómo el Estado peruano ha ido ampliando progresivamente los alcances e importancia jurídico-institucional de dichos convenios, pero también asumiendo obligaciones específicas de no modificar, dejar sin efecto, incumplir u otorgarles un uso ajeno al objetivo, naturaleza y finalidad.

Desde la perspectiva económica hay que resaltar que los convenios de estabilidad jurídica en el Perú han sido y siguen siendo un instrumento decisivo para garantizar que las inversiones en el Perú gocen de estabilidad y seguridad jurídicas. Lo son, más todavía, si se toman en cuenta los antecedentes negativos del Estado peruano en la década de 1980, que claramente no ofrecía condiciones institucionales y normativas estables para atraer inversiones extranjeras. El desarrollo económico del Perú en las dos últimas décadas se debe, en gran medida, a esos convenios.

II. Evolución legislativa

El 4 de junio de 1981 se dictó el Decreto Legislativo 109, Ley General de Minería, cuyo art. 155 estableció garantías de estabilidad tributaria para los titulares de actividades mineras que hayan iniciado o inicien operaciones mayores a una determinada cantidad de toneladas métricas por día. Para este propósito, la norma dispuso que la estabilidad tributaria surta "los efectos de una garantía contractual del Estado frente al titular de la actividad minera".

Esto implicaba que "el titular de la actividad minera queda sujeto únicamente al régimen impositivo vigente a la fecha de aprobación del programa no siéndole de aplicación ningún tributo que se cree con posterioridad. Tampoco le serán de aplicación los cambios que pudieran introducirse en el régimen de determinación y pago de los tributos que sean aplicables, salvo que el titular de la actividad minera opte por tributar de acuerdo con el régimen modificado (…)".

El 30 de diciembre de 1982, el Estado peruano dictó el Decreto Legislativo 259, Ley General de Incentivos, Beneficios y Exoneraciones Tributarias. El art. 8 de este Decreto estableció que: "Los beneficios de estabilidad tributaria o económica consistentes en garantizar la aplicación del régimen impositivo vigente o una retribución económica por un plazo determinado, únicamente deben ser concedidos mediante Ley

expresa requiriéndose contrato con la empresa beneficiaria (…)". Si se observa bien esta disposición legal se puede apreciar que el Estado peruano estaba consagrando a nivel legal los convenios de estabilidad jurídica en materia tributaria.

La garantía de estabilidad tributaria frente al poder impositivo del Estado fue clara y específica. Así el segundo párrafo del art. 11 del Decreto Legislativo 259 estableció que "tampoco se puede otorgar exoneraciones o beneficios tributarios respecto a tributos inexistentes, salvo el caso de contratos o convenios de garantía y de estabilidad tributaria suscritos del acuerdo a Ley". Con esto queda claro que los convenios de estabilidad jurídica en el Perú se introdujeron primero en el ámbito tributario, a fin de garantizar estabilidad tributaria y económica a las empresas que suscribían un convenio o contrato de estabilidad a fin de limitar la potestad impositiva del Estado y que frustrase el objetivo económico de la inversión.

Lo que se originó como una garantía de estabilidad tributaria y económica se amplió ostensiblemente con el Código Civil peruano de 1984. De acuerdo con su art. 1357: "Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato". A decir de uno de los principales comentaristas del Código Civil, el Estado otorgaba con esto "garantías y seguridades a través de una relación contractual, cuyas estipulaciones no pueden modificarse sin que medie la voluntad común de las partes"[1].

La intención de ofrecer garantías y seguridades a los inversionistas en general era la razón principal de su consagración amplia en el Código Civil. Si bien se discutió si un contrato como este debía estar consagrado en dicho Código o en una ley administrativa, no hubo duda alguna en cuanto a su importancia para otorgar una amplia estabilidad y seguridad jurídica para los agentes económicos que querían invertir en el país. El sometimiento del *ius variandi* del Estado a una relación contractual quedó justificado en el interés social, nacional o público.

Claramente, la incorporación de los convenios de estabilidad jurídica en el Código Civil peruano le dio una dimensión mayor no sólo a su importancia, sino también al hecho de convertirse en uno de los principales instrumentos para atraer inversiones para el país.

1 Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984.* T. I. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1995, pág. 109.

El Decreto Legislativo 662, de 2 de setiembre de 1991, otorgaba un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de determinadas garantías. En la parte considerativa de este Decreto se dice, por un lado, que "la inversión extranjera y la transferencia de tecnología son vitales para el dinamismo económico que se requiere imprimir al desarrollo del país como necesario complemento en la inversión nacional (…)". Por otro lado, se afirmó que "es objetivo del Gobierno remover los obstáculos y restricciones a la inversión extranjera a fin de garantizar la igualdad de derechos y obligaciones entre inversionistas extranjeros y nacionales"; por lo que se debía "otorgar un régimen de estabilidad jurídica a los inversionistas extranjeros mediante el reconocimiento de ciertas garantías que les aseguren la continuidad de las reglas establecidas".

Entre las disposiciones más importantes figura el art. 7 que, por su relevancia, nos permitimos transcribir íntegramente:

"Artículo 7.- Se garantiza el derecho de los inversionistas extranjeros a transferir al exterior, en divisas libremente convertibles, sin autorización previa de ninguna autoridad del Gobierno Central u organismos públicos descentralizados, Gobiernos Regionales o Gobiernos Municipales, previo pago de los impuestos de ley, lo siguiente:

a) El íntegro de sus capitales provenientes de las inversiones contempladas en el Artículo 1 del presente Decreto Legislativo y registradas ante el Organismo Nacional Competente, incluyendo la venta de acciones, participaciones o derechos, reducción de capital o liquidación parcial o total de empresas; y,

b) El íntegro de los dividendos o las utilidades netas comprobadas provenientes de su inversión así como las contraprestaciones por el uso o disfrute de bienes ubicados físicamente en el país, registrada ante el Organismo Nacional Competente y de las regalías y contraprestaciones por el uso y transferencia de tecnología, incluido cualquier otro elemento constitutivo de propiedad industrial que autorice el Organismo Nacional Competente".

Ya formaba parte también de los antecedentes de los convenios de estabilidad jurídica en el Perú, tal como dice el art. 16 del Decreto Legislativo 662, el que "el Estado podrá someter las controversias derivadas de los convenios de estabilidad a tribunales arbitrales constituidos en virtud de

tratados internacionales de los cuales sea parte el Perú". Con esto, la vía arbitral se convertía en el instrumento más apropiado para resolver las controversias que podrían derivarse de un convenio de estabilidad jurídica suscrito entre el Estado peruano y una empresa extranjera.

El Decreto Legislativo 757, de 13 de noviembre de 1991, aprobó la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, cuyo Título V dedicó ocho artículos a los convenios de estabilidad jurídica. El art. 39 del Decreto determina su naturaleza jurídica. Al respecto, esta disposición legal dice que "los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de Ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes".

Que se haya reconocido que los convenios de estabilidad jurídica son contratos con fuerza de ley tiene consecuencias importantes en las posibilidades de actuación del Estado. No obstante, queda ya completamente claro que no pueden ser modificados directa ni indirectamente y menos de manera unilateral por parte del Estado. La única posibilidad de modificación o dejarlo sin efecto es el acuerdo entre las partes.

III. Consagración constitucional

Con su consagración constitucional a través del art. 62 de la Constitución, los convenios de estabilidad jurídica en el Perú han pasado de tener una base o cobertura meramente legal (es decir, un fundamento de simple ley ordinaria) a poseer un fundamento constitucional explícito y directo. Es decir, "ha cobrado jerarquía constitucional, ganando así mayor seguridad jurídica"[2]. Puede decirse, por ello, que el rango normativo de los convenios de estabilidad jurídica en la Constitución de 1993 se ha constitucionalizado.

El reconocimiento de estos convenios en el ordenamiento constitucional se realizó a través del art. 62 de la Constitución de 1993. En la discusión generada en el Congreso Constituyente Democrático sobre los convenios de estabilidad jurídica se tuvo claro que "uno de los grandes problemas de nuestra patria ha sido la inestabilidad jurídica (…). Los

2 Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984.* T. I. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1995, pág. 113.

inversionistas de fuera quieren estabilidad jurídica en nuestra patria. Para el efecto, una de las formas de proteger la inversión de aquellos que confían en el país es hacer los contratos-ley. (…) La inversión extranjera, la inversión grande y de grandes alcances merece que se establezcan en la Constitución a través de contratos leyes. (…) Por eso, nosotros, luego de un adecuado y exhaustivo estudio, hemos llegado a la conclusión de que los mismos deben estar precisamente expresados dentro de nuestra Carta Constitucional"[3].

En los debates constituyentes también se reconoce que, bajo los convenios de estabilidad jurídica, "el Estado puede celebrar contratos con fuerza de ley (…). Esto es definitivo; el Estado no puede resolver ni modificar unilateralmente los contratos para que los gobiernos que lleguen, los nuevos gobiernos, no toquen en absoluto los contratos celebrados por el gobierno anterior. Esto es estabilidad jurídica; esto asegura la inversión; esto asegura el trabajo"[4].

Además, hay que reconocer que en el debate constituyente se concibió a dichos convenios como una categoría jurídica desprovista de una referencia a la realidad; sino más bien constituyó una respuesta a lo que había pasado en los gobiernos anteriores. "Se modificaron los contratos arbitrariamente con las compañías petroleras y hoy, aquí, hemos tenido que tratar de encontrar una solución para el problema con la Belco, que se originó justamente porque el Estado modificó arbitrariamente que se establecieron (sic) de acuerdo a ley"[5].

La consecuencia práctica de la consagración constitucional de los convenios de estabilidad jurídica fue que "el Estado no puede resolverlos ni modificarlos unilateralmente". De ello se deriva "la garantía contractual que cualquier inversionista foráneo va a pedirle al Perú y, además, el propósito de cumplirlo". Esta afirmación, además, se vinculó con la disponibilidad de la moneda extranjera y el libre cambio: "su origen, en medio de todo, es la realidad que confrontan las empresas inversionistas, que, por propósito de exportación, de hacer producción exportable, se organizaban en el Perú

3 Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional Pleno – 1993, Publicación Oficial. Lima, 1998, págs. 777-778.

4 Congreso Constituyente Democrático, op. cit. pág. 778.

5 Congreso Constituyente Democrático, op. cit., pág. 778.

y tenían problemas gravísimos cuando, al escamoteárseles la posibilidad de la libertad de cambio, no podían tampoco remitir utilidades"[6].

En ese sentido, fruto de todo el debate constituyente, se decidió "elevar a rango constitucional una norma que el tiempo ha demostrado que es importante que tenga este rango; pues hemos visto cómo, lamentablemente, diversas normas de esta categoría, contratos-ley, que establecían relaciones con el Sector Productivo, fueron desafortunadamente violadas por algunos gobiernos. Es por ello que entendemos y creemos que este artículo 64 (que luego se incorporaría finalmente como el art. 62 de la Constitución vigente), como todos los otros, debe mantenerse"[7].

Sin embargo, de su consagración constitucional surge la siguiente pregunta: ¿qué consecuencias se derivan de este cambio de jerarquía o de rango de los convenios de estabilidad jurídica en el ordenamiento jurídico peruano? Una adecuada respuesta a esta pregunta debe diferenciar necesariamente las consecuencias que se derivan, por un lado, del fundamento constitucional con respecto al Estado y, por otro lado, las consecuencias jurídicas resultantes para la otra parte de los denominados también contratos-ley, es decir, para los inversionistas.

IV. Consecuencias jurídicas de su consagración constitucional

En lo que concierne al Estado peruano, la primera consecuencia de gran relevancia es que se trata de "un acto de autolimitación"[8] estatal. Cuando en el debate constituyente se discutió los alcances y consecuencias de una disposición constitucional como el art. 62 de la Constitución, los representantes que estaban en contra de un precepto como aquél consideraban que ello implicaba "hacer un sistema mediante el cual el propio Parlamento se autolimite en forma constitucional, en forma previa a su propia decisión"[9].

No existe duda alguna, por lo tanto, de que los convenios de estabilidad jurídica consagrados en el art. 62 de la Constitución, son acuerdos entre el Estado del Perú y una empresa mediante los cuales el primero se

6 Congreso Constituyente Democrático, op. cit., pág. 779.

7 Congreso Constituyente Democrático, op. cit., pág. 795.

8 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general.* T. I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, pág. 357.

9 Congreso Constituyente Democrático, op. cit., pág. 756.

autolimita con respecto a sus facultades y poderes, cualquiera de ellos, que de ordinario los ejerce. Esta autolimitación, desde mi punto de vista, tiene dos dimensiones: una negativa y otra positiva.

La *dimensión negativa* de la autolimitación significa que, desde el momento en que el Estado suscribe un convenio de estabilidad jurídica con una empresa, el Estado renuncia a realizar potencial o actualmente, directa o indirectamente, de *iure* o de *facto*, intencional o no intencionalmente, etc. cualquier acción u omisión que implique no sólo alterar el contenido de sus cláusulas contractuales, sino también los efectos que estos vienen desplegando en la realidad jurídica y económica. Con mayor razón, de la autolimitación también surge la obligación del Estado de no dejar sin efecto unilateralmente el convenio de estabilidad jurídica.

Pero la autolimitación estatal también implica una *dimensión positiva*. Según esta, el Estado debe realizar todos los actos y obligaciones que se deriven del convenio de estabilidad jurídica. Los actos de cumplimiento de las cláusulas contractuales exigen del Estado cumplimientos "perfectos", es decir, realizaciones plenas. Todo cumplimiento parcial, intencional o no, debe considerarse necesariamente un incumplimiento del convenio de estabilidad jurídica, si no existe una justificación explícita en él. Por ejemplo, si el Estado sólo cumpliera una parte de las seguridades y garantías otorgadas, no podría considerarse que el convenio de estabilidad jurídica se estaría respetando plenamente.

Es particularmente importante señalar que la dimensión positiva de la autolimitación estatal alcanza al Estado en su conjunto se extiende no sólo al Poder Ejecutivo, sino también a los demás poderes del Estado, órganos constitucionales, instituciones públicas y entidades administrativas estatales. El convenio de estabilidad jurídica, por lo tanto, vincula (obliga) al Estado como tal en su conjunto bajo el principio de la personalidad jurídica única.

La segunda consecuencia de la constitucionalización de los convenios de estabilidad jurídica tiene que ver con la posición del Estado en la relación contractual. En estos convenios, el Estado "se coloca en un plano de igualdad jurídica dentro de la esfera privada"[10]. El Estado en la relación contractual establecida por un convenio de estabilidad jurídica no está por

10 De la Puente y Lavalle, Manuel, op. cit., pág. 357.

encima de la otra parte contractual. Ninguna posición de superioridad estatal es compatible con la relación jurídica horizontal que se produce entre el Estado y una empresa a través de un convenio de estabilidad jurídica.

Esto se debe, en parte, al carácter consensual de los convenios de estabilidad jurídica, pero también responde a que el Estado, por su libre voluntad, ofrece a la otra parte, garantías y seguridades que debe mantener durante la vigencia del convenio. Mientras la relación contractual derivada de un convenio de estabilidad jurídica subsista, el Estado está impedido de ejercer su *ius imperium*; es decir, coerciones (amenazas) o coacciones (medidas concretas), ya que se trata de una relación jurídica simétrica u horizontal.

La tercera consecuencia de la consagración constitucional de los convenios de estabilidad jurídica es el *efecto de congelamiento* del *ius variandi* del Estado. Esto significa, como dice el art. 62 de la Constitución, que las seguridades y garantías otorgadas por el Estado mediante dichos convenios "no pueden ser modificados legislativamente". La Constitución no hace ninguna salvedad ni excepción al respecto, por lo que puede entenderse que el *ius variandi* del Estado cede sin más frente a las garantías y seguridades otorgadas por él mismo.

Esto vale tanto para las leyes que estén dirigidas incuestionablemente a alterar el convenio de estabilidad jurídica, como a aquellas que indirectamente comporten una afectación a las garantías y seguridades estatales concedidas a la otra parte a través de esos convenios. En ambas circunstancias la producción legislativa del Estado es inoponible a los inversionistas respecto a las seguridades y garantías previstos en los convenios de estabilidad jurídica.

No en vano, en la práctica, los convenios de estabilidad jurídica establecen compromisos del Estado con respecto a la no aplicación de las normas que puedan afectar negativamente a los derechos estabilizados mediante estos convenios durante un período determinado; es decir, el Estado se compromete a inaplicar las leyes o regulaciones que afecten la rentabilidad o viabilidad del proyecto en cuestión durante el tiempo establecido en el convenio de estabilidad jurídica.

El *efecto del congelamiento del ius variandi del Estado* tiene dos dimensiones: la invariabilidad material y la invariabilidad temporal de los términos contractuales. Es decir, las normas aplicables a la actividad económica de

las empresas que celebran convenios de estabilidad jurídica no pueden ser modificadas en su contenido (invariabilidad material), pero tampoco en su duración o plazo de vigencia del convenio (invariabilidad temporal).

Pero si el Estado decidiera modificar, derogar o afectar por cualquier otro medio las cláusulas del convenio de estabilidad jurídica durante la vigencia de este, tales actos del Estado no le son aplicables: son inoponibles. Y es que los convenios de estabilidad jurídica en el derecho constitucional peruano tienen "por efecto la ultraactividad del marco legal vigente a la fecha de suscripción del convenio, su consagración constitucional impide que el Estado pueda modificar unilateralmente sus términos, incluyendo la vía legislativa"[11].

Esto es de suma importancia, ya que, si bien los convenios de estabilidad jurídica vinculan a todos los poderes del Estado, obligan de manera especial al Poder Legislativo, por lo que es necesario aclarar los alcances de esta vinculación en relación con el legislador.

Hay que precisar que la autolimitación del legislador es una autolimitación con respecto a las cláusulas del convenios de estabilidad jurídica. Como es evidente, el Poder Legislativo puede seguir ejerciendo su potestad normativa: crear normas, modificarlas o derogarlas. Esto naturalmente no se pone en duda, ya que ello conduciría a una suerte de parálisis legislativa. Sin embargo, esto no alcanza, en modo alguno, a los convenios de estabilidad jurídica y los derechos y garantías previstos en ellos.

Esto es así toda vez que "la existencia de un contrato-ley impide que las modificaciones legales posteriores a la formalización del respectivo convenio puedan ser de aplicación a los inversionistas y sus empresas que pactaron con el Estado estabilizar un determinado régimen legal"[12].

Un especial cuidado debe tenerse con respecto a las leyes del Parlamento que, no teniendo *prima facie* como propósito directo o de manera formal modificar o dejar sin efecto las cláusulas contractuales de un convenio de estabilidad jurídica, indirectamente, no obstante, sí tienen una incidencia grave en las garantías y seguridades otorgadas por el Estado

11 Rubio Correa, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. T. III. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1999, pág. 300; Danós Ordóñez, Jorge. "Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú". En: IUS ET VERITAS N° 14, julio 2013, págs. 261-262.

12 Danós Ordóñez, Jorge, op. cit., pág. 262.

peruano a los inversionistas. Esto quiere decir que las normas que apruebe el Estado y que afectan a los convenios de estabilidad jurídica son inaplicables a las inversiones que están protegidas por él, pero sí son aplicables a las empresas que no tienen la protección del art. 62 de la Constitución.

Es más, el solo hecho de colocar a las empresas con un convenio de estabilidad jurídica vigente en el ámbito de regulación de otras leyes generales o especiales ya constituye una violación del convenios de estabilidad jurídica, debido a que ellas, a diferencia de otras empresas, poseen un régimen constitucional específico y especial.

Ahora bien, el compromiso que asume el Estado peruano es el de "mantener invariable su contenido sin acaso poder utilizar ninguna norma jurídica que varíe indirectamente las reglas que se pacten"[13]. Incluso si, luego de la formalización y durante la ejecución del convenio de estabilidad jurídica, surgiera alguna cuestión de interés o necesidad públicos, el Estado no puede tocar el convenio de estabilidad jurídica, a no ser que haya acuerdo entre las partes. Es importante indicar que la inoponibilidad de esas normas no necesita de su inconstitucionalidad. Una norma jurídicamente irreprochable, pero que incida en el contenido de los convenios de estabilidad jurídica es igual de inoponible que una norma que, además, sea inconstitucionalidad.

Esto se aplica sea cual fuere la forma o el acto (de gobierno, legislativo o administrativo) en que lo haga; "cualquier acto estatal que vaya contra el contenido y ejecución de los mismos, se reputa inconstitucional, dado que iría contra los dictados de la norma básica de nuestro ordenamiento"[14]. Por lo tanto, la contravención del art. 62 de la Constitución es "causal de nulidad del acto de la Administración que menoscabe la ejecución de estos contratos"[15].

En efecto, no debe pensarse que los convenios de estabilidad jurídica sólo otorgan garantías y seguridades con respecto al Poder Legislativo. Si bien es cierto que, en virtud de dichos convenios, el legislador está impedido de modificar los términos de un convenio de estabilidad jurídica, es

13 Zegarra Valdivia, Diego. El contrato-ley. Los contratos de estabilidad jurídica. Lima: Gaceta Jurídica, 1997, pág. 167.

14 Zegarra Valdivia, Diego, op. cit., págs. 215-216.

15 Zegarra Valdivia, Diego, op. cit., pág. 216.

decir, debe respetar los principios constitucionales de libertad de contratar y estabilidad de las relaciones jurídicas, también es verdad que sus garantías se proyectan, aunque de modo distinto, tanto al Poder Ejecutivo como también al Poder Judicial.

En lo que se refiere a las garantías y seguridades constitucionales frente al Poder Ejecutivo, cabe decir que los convenios de estabilidad jurídica no pueden ser alterados a través de decretos de urgencia o decretos legislativos, menos a través de normas infralegales o simples actos administrativos. La prohibición de no afectar las garantías y seguridades se extiende, en general, frente a cualquier forma o acto mediante el cual el Poder Ejecutivo intente modificar de manera voluntaria o involuntaria los términos del convenio sin el consentimiento de la parte que lo suscribió.

Lo mismo vale para el Poder Judicial, aunque por la naturaleza de este poder del Estado es necesario realizar algunas precisiones. Una de las principales garantías que se deriva de los convenios de estabilidad jurídica frente al Poder Judicial es la de respetar la vía de solución de controversias. Cualquier controversia que surja con relación al convenio debe ser resuelta de acuerdo con los términos establecidos en el mismo, y siempre respetando los principios constitucionales de libertad de contratar y estabilidad de las relaciones jurídicas.

Existe una garantía constitucional general a favor de los convenios de estabilidad jurídica, en el sentido de que si existiera alguna duda en la interpretación de una norma legal que afecte las garantías y seguridades del convenio, se debe optar siempre por la interpretación más favorable a la estabilidad de las relaciones jurídicas establecidas en el convenio de estabilidad jurídica. Así, ante la duda de si una o más disposiciones contenidas en una ley pueden alterar o dejar sin efecto las garantías y seguridades derivadas del convenio de estabilidad jurídica, debe interpretarse a favor de preservar dichas garantías y seguridades.

Esta derivación no es arbitraria. En realidad, responde, por un lado, a la finalidad constitucional de los convenios de estabilidad jurídica, de acuerdo con el art. 62 de la Constitución, como es la estabilidad jurídica; y, por otro lado, al rango constitucional de los convenios de estabilidad jurídica. No es el convenio el que debe interpretarse de acuerdo con la ley, sino más bien la ley conforme con los convenios de estabilidad jurídica suscritos entre el Estado peruano y una empresa.

La cuarta consecuencia es que las garantías y seguridades otorgadas por el Estado adquieren en sí mismas también un rango constitucional estricto. Puede suceder que las garantías y seguridades que el Estado ofrece en el marco de los convenios de estabilidad jurídica, antes de su celebración, se encuentren previstas en una ley ordinaria y así normalmente ha ocurrido en la evolución de los contratos-ley en el Perú. Pero una vez que esas garantías y seguridades se incorporan en el convenio de estabilidad jurídica, ellas adquieren inmediatamente, en virtud del art. 62 de la Constitución, rango constitucional.

Por lo tanto, a la luz de dicha disposición constitucional, no sólo el convenio de estabilidad jurídica en abstracto, sino también las garantías y seguridades estatales concretas adquieren rango constitucional.

V. Convenios de estabilidad jurídica y medidas estatales anticorrupción

Todo Estado de derecho tiene el deber de luchar contra la corrupción y establecer políticas públicas orientadas hacia un Estado y sociedad libres de corrupción. El Tribunal Constitucional ha señalado que "la lucha contra la corrupción es un principio constitucional que, como tal, debe orientar la actuación del Estado. El principio de lucha contra la corrupción no ha sido recogido en la Constitución de 1993 como un principio constitucional expreso"[16]. Se trata, pues, "de un principio constitucional implícito de igual fuerza normativa. De ahí que se afirme que el Estado, por mandato constitucional, tiene el deber de combatir toda forma de corrupción"[17].

Sin embargo, la lucha contra la corrupción no autoriza ni legitima que el Estado vulnere principios y derechos elementales inherentes a todo Estado de derecho. El propio Tribunal Constitucional señala que las medidas legislativas anticorrupción y los planes del Poder Ejecutivo deben realizarse "de conformidad con los principios, reglas y valores constitucionales"[18]. Si el Estado pudiera llevar a cabo sus medidas anticorrupción en contra o al margen del orden constitucional establecido no sólo se estaría deslegitimando, sino que también estaría violando los derechos y garantías que protegen a las personas naturales y jurídicas.

16 STC 00016-2019-PI/TC, FJ 5.

17 STC 00016-2019-PI/TC, FJ 5.

18 STC 00016-2019-PI/TC, FJ 20.

En ese sentido, la lucha contra la corrupción no es un "cheque en blanco" para que el Estado peruano, por ejemplo, vulnere el principio de presunción de inocencia, o afecte el derecho de propiedad, el honor y la buena reputación, entre otros. La lucha contra la corrupción está sujeta a límites constitucionales que deben ser respetados; con mayor razón si se trata del Estado mismo. Las medidas estatales que colisionen con la garantía del art. 2 numeral 24, literal h) de la Constitución, en el extremo que establece que carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia y quien la emplea incurre en responsabilidad, es una garantía elemental.

Cuando la Constitución habla aquí de "violencia" se refiere a toda forma coercitiva (es decir, con amenazas) o coactiva (esto es, con la fuerza) que tienda a obtener declaraciones o información sin respetar esta garantía.

Evidentemente, las medidas estatales anticorrupción pueden tener una incidencia negativa en los convenios de estabilidad jurídica. Sobre todo, cuando el Estado, a través de dichas medidas, arbitrariamente, modifica o deja sin efecto las garantías y seguridades otorgadas por el propio Estado. Hay que decir que el Estado no puede partir de la premisa de que un convenio de estabilidad jurídica sirve para encubrir actos de corrupción, ya que él mismo es parte del convenio.

Como se ha dicho, convenio de estabilidad jurídica es esencialmente un contrato entre el Estado y una empresa inversora en el que se establecen ciertas garantías y seguridades que dan certeza y predictibilidad al inversionista. Siendo ello así, los convenios de estabilidad jurídica no deberían terminar convertidos en un instrumento de lucha contra la corrupción, ya que ello es ajeno a su objeto y naturaleza.

Lo que el Estado no puede conseguir con los instrumentos *ad hoc* para la lucha contra la corrupción, no debe conducir a que los convenios de estabilidad jurídica terminen convertidos en simples acuerdos sin garantía alguna, lo que va claramente en contra de lo que dispone el art. 62 de la Constitución. Por consiguiente, un primer impacto negativo de la lucha estatal anticorrupción sería el pretender asignar a los convenios de estabilidad jurídica una naturaleza y función que jurídicamente no les corresponde.

Otro impacto negativo está relacionado específicamente con las garantías y seguridades derivadas de los convenios de estabilidad jurídica. En otras palabras, se trata de responder a la cuestión siguiente: ¿pueden

las medidas adoptadas por el Estado contra la corrupción alterar o desconocer las cláusulas de los convenios de estabilidad jurídica? La respuesta es negativa, por las siguientes razones.

En primer lugar, como se ha visto, los convenios de estabilidad jurídica son contratos constitucionalizados, tienen fuerza constitucional activa y pasiva. Al ser un contrato constitucionalizado el rango o jerarquía que le corresponde es la misma que ostentan todas las disposiciones de la Constitución.

Este rango constitucional conlleva a que dichos convenios tengan una fuerza constitucional activa, es decir, una fuerza jurídica tal que permite o hace posible hacer efectivas y realizables sus garantías ante cualquier poder u órgano del Estado. El inversionista puede oponer constitucional y válidamente las garantías y seguridades contenidas en él, sin que el Estado pueda desconocerlas parcial o totalmente.

De ahí que el Estado, en virtud de la fuerza constitucional activa de los convenios de estabilidad jurídica, queda no sólo autovinculado, sino también autolimitado al contrato-ley, de manera que cualquier acción u omisión que incida en sus cláusulas de protección debería considerarse una violación al convenio.

Pero los convenios de estabilidad jurídica despliegan también una fuerza constitucional pasiva, en el sentido de que resisten cualquier intento por parte del Estado de alterar o derogar dichas seguridades y garantías, especialmente mediante actos normativos. Una de las consecuencias más importantes que resulta de esta fuerza pasiva de los convenios de estabilidad jurídica es que cualquier ley que dicte el Estado peruano frente a las garantías y seguridades contenidas en el convenio es inocua, es decir, ineficaz.

Por consiguiente, una ley no tiene la fuerza jurídica para dejar sin efecto o alterar sus garantías y seguridades; el inversionista, amparado en el convenio de estabilidad jurídica, puede considerarse protegido constitucionalmente frente a una ley que sería nula por inconstitucional.

Ahora bien, evidentemente, esto no quiere decir el Estado no pueda investigar los actos de corrupción a través de las instancias correspondientes. Para todos es claro que es legítimo y necesario que el Estado peruano adopte medidas anticorrupción e investigue los casos de corrupción en

general. Los inversionistas deberían converger en este propósito con el Estado, siempre dentro del respeto a los derechos que asisten a cualquier ciudadano y, además, a aquel en quién concurre la condición de titular de un convenio de estabilidad jurídica.

Más aún si es claro que, frente a la normativa anticorrupción del Estado del Perú, los convenios de estabilidad jurídica no protegen a los inversionistas nacionales o extranjeros. Un convenio de estabilidad jurídica no es un instrumento de lucha anticorrupción, pero tampoco es una garantía o protección frente a la tarea estatal de luchar contra la corrupción.

Lógicamente, esto no debe afectar las cláusulas contractuales del convenio de estabilidad jurídica; en otras palabras, el Estado tiene la obligación de proteger el interés público y prevenir la corrupción; sin embargo, es importante que esta facultad se ejerza de manera proporcional y respetando los derechos de quienes resulten involucrados.

En puridad, pues, las garantías y seguridades de los convenios de estabilidad jurídica nada tienen que ver con las medidas estatales anticorrupción; no se deriva una relación necesaria entre lograr una política anticorrupción efectiva y la transgresión de un convenio de estabilidad jurídica. Desde esta perspectiva, las normas anticorrupción no deben generar tensiones irrazonables con tales convenios, ya que puede dar lugar a la denuncia de convenios que ya han sido suscritos y que contienen cláusulas de estabilidad jurídica. Esto generaría incertidumbre y afectaría la confianza de los inversionistas en el país.

Por consiguiente, al Estado peruano le corresponde implementar medidas anticorrupción sin alterar o dejar sin efecto unilateralmente las garantías estatales acordadas a través de convenios de estabilidad jurídica. Luchar contra la corrupción y respetar los convenios no son cuestiones necesariamente incompatibles. La implementación de sus medidas anticorrupción se debe llevar a cabo sin perjuicio o a costa de las garantías y seguridades acordadas de acuerdo con el artículo 62 de la Constitución.

VI. Conclusiones

En un mundo globalizado, los Estados compiten para atraer inversiones extranjeras y promover el desarrollo económico. En este contexto, la estabilidad y la seguridad jurídicas son fundamentales para que los

inversionistas tengan la confianza necesaria para invertir a largo plazo en un país determinado.

Los convenios de estabilidad jurídica son acuerdos que el Estado peruano firma con inversionistas, especialmente extranjeros, mediante los cuales se compromete a no cambiar las normas legales y tributarias que regirán el negocio que recibe la inversión y la inversión misma durante un periodo determinado. Estos convenios tienen como objetivo brindar seguridad jurídica y estabilidad a los inversionistas, lo que a su vez fomenta la inversión y el desarrollo económico del país.

En el Perú, los convenios de estabilidad jurídica han contribuido significativamente a la atracción de inversiones extranjeras, especialmente en el sector minero y energético. Estos convenios permiten que las empresas tengan una mayor confianza en la estabilidad de las reglas del juego jurídico y económico, lo que facilita la toma de decisiones de inversión a largo plazo.

Además, los convenios de estabilidad jurídica también han contribuido a reducir los conflictos entre las empresas y el Estado, ya que las reglas del juego están claramente establecidas desde el inicio de la inversión. A todo ello ha contribuido de manera decisiva el art. 62 de la Constitución.

EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA DEMOCRACIA

*José Antonio Rivera Santivañez**

1. Introducción

El sistema de control de constitucionalidad, ejercido por la jurisdicción constitucional, como garantía del Estado democrático constitucional de Derecho, no estuvo ni estará exento de polémicas y cuestionamientos, tanto en el ámbito jurídico cuanto el ámbito político; al contrario, siempre estará expuesto a críticas y hasta intentos de descalificación y desarticulación con acciones directas o indirectas provenientes de quienes detentan el poder político.

Cabe señalar que las polémicas en torno al control de constitucionalidad y sus fundamentos y los cuestionamientos en torno al papel desarrollado por los jueces surgieron en el proceso de consagración del modelo americano o de la revisión judicial (*judicial review)*, en el que la labor la ejercen todos los jueces del Estado. Empero, se reavivaron e

* El autor es exmagistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia. Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón; docente invitado de Derecho Constitucional en la Universidad Real y Pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; académico de número de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Autor de varios libros y ensayos en Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derecho Constitucional de los Derechos Humanos.

incrementaron con la adopción del modelo europeo o "kelseniano", en el que la labor la ejerce un órgano especializado e independiente de los órganos del poder constituido. Las polémicas y cuestionamientos no concluyen; al contrario, se acentúan por diversas razones; de un lado, porque el sistema ha tenido avances y logros importantes en la consolidación y fortalecimiento de los sistemas constitucionales de los diferentes Estados, a partir de la limitación del ejercicio del poder político y económico; y, de otro, porque los Tribunales o Cortes Constitucionales han pasado del papel pasivo de legislador negativo hacia un papel más activo en el proceso de creación del Derecho, en el control competencial y el control tutelar de los derechos humanos.

Latinoamérica no podía estar exenta de esa realidad, pues el proceso de restauración de los regímenes democráticos en reemplazo de los regímenes dictatoriales de las décadas del '60 y '70, y el consiguiente proceso de construcción del nuevo Estado democrático constitucional de Derecho, ha dado lugar a la adopción del modelo europeo de control de constitucionalidad o, en su caso, al fortalecimiento del modelo americano de control de constitucionalidad.

En consecuencia, la creación e implementación de Cortes o Tribunales Constitucionales en los diferentes Estados latinoamericanos ha generado también polémicas y cuestionamientos con relación a su naturaleza jurídica y el papel que desempeñan estos organismos especializados, en torno a la ubicación de los mismos en el sistema constitucional; así como sobre los alcances de las decisiones adoptadas en el desempeño de sus funciones.

Las polémicas son saludables, en la medida en que tengan bases académicas sólidas y sean objetivas, no así los cuestionamientos que surgen a partir de un interés subjetivo concreto de quienes pudieron verse afectados por las decisiones de las Cortes o Tribunales Constitucionales, adoptadas en la resolución de los procesos constitucionales sometidos a su conocimiento, o cuando provienen de aquellos que ejercen el poder político cuyos actos o decisiones son objeto del control de constitucionalidad para poner límites al ejercicio arbitrario o abusivo del poder político.

Con la sana intención de contribuir con algunos elementos de juicio para el debate sobre la importancia de un adecuado sistema de control de constitucionalidad, para el fortalecimiento de los sistemas constitucionales en el proceso de construcción del nuevo Estado democrático constitucional

de Derecho, intentaré hacer una primera aproximación al tema: el papel de los Tribunales Constitucionales en la Democracia.

2. Justicia constitucional o ¿gobierno de los jueces?

En un escenario político caracterizado por la exaltación de los principios de la soberanía popular y la división de poderes, la adopción de un sistema de control de constitucionalidad ejercido por los jueces o tribunales judiciales, como el que se operó en los Estados Unidos de Norteamérica, a partir de la célebre sentencia dictada en 1803 por el juez Marshall en el caso "Marbury vs. Madison", generó duros cuestionamientos a su legitimidad democrática; ya que causó alarma en los dogmáticos del principio de la soberanía popular el que los jueces puedan declarar la nulidad, si así fuese el caso al resolver un proceso judicial concreto y particular, una Ley emanada del órgano Legislativo que —se considera— es la fiel expresión de la voluntad popular, el que, en virtud del principio democrático de representación, posee el poder soberano para elaborar la Ley.

La decisión judicial de no aplicar una Ley al caso concreto sometido a su jurisdicción, al establecer la nulidad preexistente de la Ley por infringir la Constitución dio un nuevo giro a la clásica concepción del principio de división de poderes; pues puso en tela de juicio la tesis de Montesquieu, según la cual "los jueces de la Nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la Ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la Ley misma"[1]; el Juez abandonó su papel pasivo de mero aplicador de la Ley para asumir una labor más activa en el proceso de racionalización del ejercicio del poder político, sometiendo a juicio de constitucionalidad la disposición legal con la que resolverá un caso concreto sometido a su conocimiento para determinar que la misma cumpla con las condiciones de validez no sólo formal, por ser expedida por el Legislativo, sino también la validez material, porque su contenido sea compatible con la Constitución que es la norma suprema del ordenamiento jurídico. Asimismo, cuestionó la posición de Rousseau, quien consideró que la voluntad general era la que estatuía el pueblo sobre sí mismo, de manera que la Ley, cuando reunía las condiciones de generalidad y abstracción, y constituía el resultado del

1 Montesquieu (2010). *Del espíritu de las leyes,* 18ª. ed., trad. de Nicolás Estévanez, México, Porrúa p. 151.

consenso popular, no podía ser injusta, ya que nadie lo es consigo mismo; pues la evolución del Estado democrático constitucional de Derecho demostró que no era suficiente que la Ley sea la fiel expresión de la voluntad soberana del pueblo para cumplir con las condiciones de validez, sino que adicionalmente era necesario que sea compatible con la voluntad suprema del Poder Constituyente, expresada en la Constitución el sistema de valores supremos, principios fundamentales y derechos y libertades de las personas en ella consignadas.

Es indudable que el profundo cambio que originó la adopción de un sistema de control constitucional, con relación a la concepción clásica de los principios de la soberanía popular y la división de poderes, dio lugar a que surjan cuestionamientos, dudas, hasta temores sobre una eventual supremacía de los jueces que menoscabe la independencia del órgano Legislativo, al grado de calificar el sistema como la época del "gobierno de los jueces".

Para disipar las dudas y temores sobre los alcances y efectos del sistema de control de constitucionalidad, habrá de señalar que no se trata propiamente de un "gobierno de los jueces", menos en el sentido que se pretende mostrar, es decir, como un ejercicio que menoscabe el principio de separación de funciones y la independencia del órgano Legislativo. Se trata de una labor que responde a la vigencia de un nuevo modelo de Estado democrático constitucional de Derecho, que se organiza y se desarrolla bajo el imperio de la Constitución, como expresión de la voluntad suprema del Poder Constituyente, en la que se fijan las reglas básicas de convivencia pacífica y construcción democrática de la Sociedad, y se establecen las condiciones de validez formal y material de las disposiciones legales infraconstitucionales, así como de los actos, decisiones y resoluciones de las autoridades públicas.

Si bien es cierto que la labor es encomendada a órganos jurisdiccionales, a todos los jueces y tribunales en el modelo americano, y a un Tribunal especializado en el modelo europeo, no es menos cierto que la labor que desempeñan estos órganos jurisdiccionales no es la que corresponde clásicamente al órgano Judicial, que es la de resolver las controversias entre particulares y de estos con el Estado como emergencia de la aplicación de las leyes; se trata de una labor extraordinaria consistente en resolver los conflictos o controversias constitucionales; por lo tanto, las decisiones que adoptan estos órganos jurisdiccionales

que desarrollan el control de constitucionalidad, si bien son formalmente jurídicas, materialmente tienen efectos políticos.

De otro lado, es importante tener presente que el control de constitucionalidad inicialmente se configuró en la tendencia racionalizadora del poder, como una reacción frente a la primacía parlamentaria, con el propósito de lograr que la Constitución deje de ser una mera carta política que contenga la declaración de principios y se convierta en una norma jurídica directamente aplicable a la solución de los conflictos entre los particulares con el Estado; a partir de esa tendencia cambian las condiciones de validez de las disposiciones legales ordinarias, pues estas no solamente tienen que cumplir con la formalidad de ser emitidas por el órgano Legislativo, sino tienen que encuadrarse en las normas de la Constitución y ser compatibles con el sistema de valores y principios fundamentales sobre los que se estructura el Estado de Derecho, asimismo tienen que preservar y resguardar los derechos fundamentales de las personas en ella reconocidas.

También habrá de tenerse presente que, a partir de la segunda posguerra mundial, el control de constitucionalidad surgió como una manifestación del Estado democrático constitucional de Derecho, en cuanto supone la consagración del principio de supralegalidad constitucional, es decir, la supremacía de la Constitución, la tutela de los derechos fundamentales de las personas, y la configuración moderna del principio de separación de funciones o división del ejercicio del poder político, tanto en su aspecto horizontal como vertical o territorial.

En consecuencia, considerando el papel que desempeñan los Tribunales Constitucionales en un Estado democrático constitucional de derecho, lo más apropiado será sostener que la justicia constitucional es un gobierno de la Constitución, con su sistema de valores supremos y principios fundamentales, así como de los derechos fundamentales en ella consagrados, cuya finalidad esencial es garantizar la convivencia social pacífica, sobre la base del respeto a la dignidad humana, y el resguardo del sistema democrático, configurado sobre la base de un gobierno limitado por la Ley Fundamental; de manera que, como sostiene Fernández Segado[2], se pueda prevenir la tiranía

2 Fernández Segado, Francisco. (2003), "La Justicia Constitucional ante el Siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo kelseniano", en

de la mayoría y evitar que los poderes de decisión política asuman formas y contenidos arbitrarios.

3. La ubicación de los Tribunales Constitucionales en el sistema constitucional del Estado

Para dilucidar con precisión la ubicación que deben tener los Tribunales Constitucionales en la estructura orgánica del Estado, es importante tener presente los siguientes elementos de juicio: a) la importantísima mutación cualitativa que se opera del clásico Estado Liberal de Derecho (Estado gendarme) hacia el Estado social de Derecho (Estado benefactor), dando lugar a un cambio en el constitucionalismo moderno que pasa de ser un mero escudo protector del individuo frente al poder, a un motor de transformación de la realidad; b) el cambio cualitativo de la naturaleza de la Constitución, pues de ser una mera carta política en el constitucionalismo clásico, pasa a ser una norma jurídica fundamental en el constitucionalismo contemporáneo; pero además no es una norma jurídica cualquiera es una norma suprema, ni se reduce a un texto normativo que regula la organización y estructura interna del Estado distribuyendo funciones y atribuciones a los órganos del poder público, sino que en ella se proclaman los valores supremos y principios fundamentales, también se consagran los derechos fundamentales de las personas; y c) en ese contexto, la justicia constitucional tiene como misión fundamental resguardar y defender la Constitución y sus sistema de valores, y los sus principios fundamentales, entre ellos los principios democráticos, además de los derechos y garantías constitucionales en ella consagradas.

Tomando en cuenta los elementos de juicio referidos precedentemente, se puede afirmar que un Tribunal Constitucional es una jurisdicción especializada creada con la exclusiva finalidad de conocer y resolver los conflictos o controversias constitucionales que se producen en una triple dimensión: la normativa, en aquellos casos en los que se produzca la incompatibilidad de una disposición legal ordinaria con la Constitución; la tutelar, en situaciones en las que el poder público o poder particular vulnere ilegalmente, por acción u omisión, los derechos fundamentales consagrados en el catálogo previsto por la Constitución o los instrumentos

Tribunal Constitucional (editor). *La Justicia Constitucional en Bolivia 1998 – 2003,* Sucre – Bolivia, Ed. Kipus, p. 203.

internacionales sobre derechos humanos; y, la del ejercicio del poder político, en aquellos casos en los que se desconoce el principio de separación de funciones o división del ejercicio del poder político, generando conflictos de competencia; o cuando se desconocen los derechos de las minorías imponiendo decisiones contrarias a la Constitución.

Por las razones antes referidas, se entiende que, el órgano encargado del control de constitucionalidad debe ocupar un lugar principal en la estructura orgánica interna del Estado, pues debe ser configurado como un órgano constitucional diferente de los demás órganos del poder constituido, vale decir que no forma parte constitutiva de la estructura de los demás órganos del poder del Estado; constituyéndose en una jurisdicción especializada en resolver las controversias o conflictos constitucionales. Pero la diferencia no solamente debe reducirse a lo orgánico sino también a lo funcional, es decir, no solamente debe ser diferente de los órganos controlados, sino independiente de ellos, lo que significa no depender de los órganos controlados, de manera que en el ejercicio de su función jurisdiccional no esté subordinado ni sometido sino solo a la Constitución. Refiriéndose al tema, el célebre jurista austríaco Hans Kelsen[3], al fundamentar la creación de un Tribunal Constitucional, como órgano encargado del control de constitucionalidad, sostuvo que "no es pues el Parlamento mismo con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales —esto es una Jurisdicción o Tribunal Constitucional—"; la postura asumida por Kelsen es absolutamente comprensible ya que de encomendarse la labor a un órgano que forme parte de aquel cuyos actos controla, se generaría una relación de dependencia que obstaculizaría la labor del contralor de constitucionalidad.

En consecuencia, dada la importantísima función que desempeñan, los Tribunales Constitucionales llegan a ser órganos constitucionales autónomos y especializados, diferentes de los órganos de la jurisdicción ordinaria; tienen una configuración particular basada en la autonomía orgánica y funcional, la potestad decisoria y la fuerza vinculante de sus

3 Kelsen, Hans (2006). *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución*, Trad. Rolando Tamayo Salmorán, Cochabamba – Bolivia, Ed. Kipus, p. 40.

decisiones para todos los órganos del poder público; asimismo, los procesos constitucionales a través de los cuales despliegan su labor de control de constitucionalidad tienen una configuración procesal especial, diferente de la configuración que tienen los procesos judiciales de la jurisdicción ordinaria. Pues como sostiene el profesor Louis Favoreu[4], los tribunales constitucionales son jurisdicciones constitucionales "a tiempo completo" situados fuera del aparato jurisdiccional ordinario, e independientes de este, a los que la Constitución atribuye el monopolio del control de la constitucionalidad de las leyes.

Entonces, en la estructura orgánica del Estado, el Tribunal Constitucional es un órgano constitucional independiente con relación a los demás órganos del poder constituido; con esa caracterización es evidente que rompe con el esquema clásico de la distribución tripartita del ejercicio del poder político formulado por Montesquieu, pues es un órgano constitucional independiente que, junto a los otros órganos del poder constituido, forma parte de la estructura orgánica del Estado. Sin embargo, para evitar ingresar a una discusión sobre si se sitúa por encima de los otros órganos o a su altura, cabe advertir que el Tribunal Constitucional, más allá de ese debate, se constituye en el máximo guardián y último intérprete de la Constitución; en el garante del Estado democrático constitucional de Derecho, y en el máximo protector de los derechos humanos.

Precisamente por las razones referidas, la tendencia en los Estados contemporáneos es la de adoptar un sistema de control de constitucionalidad ejercido por un órgano constitucional especializado, que más allá de su ubicación orgánica, esté dotado de independencia funcional o jurisdiccional con relación a los demás órganos del poder constituido cuyos actos, resoluciones y decisiones controla.

Así, en los Estados iberoamericanos que han adoptado un sistema de control de constitucionalidad, en el que la labor está encomendada a un órgano constitucional especializado (Tribunal, Corte o Sala Constitucional), más allá de la ubicación orgánica del órgano contralor, se les reconoce independencia funcional y jurisdiccional; conforme se puede advertir en la siguiente descripción:

4 Favoreu, Louis (1994). *Los Tribunales Constitucionales*, 2ª ed, Barcelona- España, Ed. Ariel, p. 13.

El Estado Plurinacional de Bolivia, en la última reforma constitucional[5] ha mantenido el modelo europeo o "kelseniano" de control de constitucionalidad con algunos resabios del modelo americano o de la revisión judicial. En este modelo la jurisdicción constitucional es ejercida por el Tribunal Constitucional y los jueces y tribunales de garantías constitucionales forman parte de la estructura orgánica del órgano Judicial; el Tribunal Constitucional Plurinacional tiene independencia orgánica y funcional con relación a los órganos del poder constituido cuyos actos y decisiones controla.

En Colombia, la Jurisdicción Constitucional forma parte de la Rama Judicial del Estado; dicha jurisdicción está ejercida por la Corte Constitucional, lo que implica que formalmente forma parte del órgano Judicial, pero materialmente la Corte Constitucional goza de autonomía administrativa y organizacional, así como de independencia jurisdiccional en el desempeño de su labor específica con relación a los demás órganos del poder constituido; así se infiere de las normas previstas por los arts. 239 al 245 de la Constitución.

Costa Rica tiene un sistema de control de constitucionalidad ejercido por una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, como es la Sala Constitucional, la que si bien forma parte de la estructura orgánica de la Corte Suprema de Justicia, tiene autonomía funcional e independencia jurisdiccional en el desempeño de sus funciones, así se infiere de las normas previstas por el art. 10 de la Constitución y la Ley Nº 7135 de la Jurisdicción Constitucional.

En Chile, a partir de la reforma constitucional de 17 de septiembre de 2005, el control de constitucionalidad está encomendado plenamente al Tribunal Constitucional, el mismo que no forma parte de ninguno de los órganos del poder constituido, y es un órgano constitucional independiente, así se infiere de las normas previstas por los arts. 92 al 94 de la Constitución.

5 En el referéndum constitucional realizado el 25 de enero de 2009, los bolivianos y bolivianas han refrendado la Constitución que fue sancionada por la Asamblea Constituyente, la que introduce profundas reformas al sistema constitucional del Estado; la Constitución fue promulgada por el Presidente del Estado el 07 de febrero de 2009; acto solemne a partir del cual entró en vigencia.

En el Ecuador, el control de constitucionalidad está encomendado al Tribunal Constitucional que es un órgano constitucional con independencia orgánica y funcional con relación a los demás órganos estatales, así lo definen las normas previstas por los arts. 275 al 279 de la Constitución.

España adoptó un sistema de control de constitucionalidad ejercido por un órgano especializado y absolutamente independiente, en lo orgánico, económico, administrativo y funcional con relación a los demás órganos del poder constituido; toda vez que el Tribunal Constitucional no forma parte del órgano judicial ni de otro órgano; así se infiere de las normas previstas por los arts. 159 al 165 de la Constitución.

En Guatemala, la labor de control de constitucionalidad está encomendada a la Corte de Constitucionalidad, misma que es independiente orgánica y funcionalmente con relación a los demás órganos del poder constituido; así lo determinan las normas previstas por los arts. 268 al 272 de la Constitución.

El Perú ha adoptado un sistema de control de constitucionalidad mixto; en el que el Tribunal Constitucional ejerce el control especializado, como órgano constitucional independiente y autónomo de los demás órganos constitucionales; así lo define el art. 201 de la Constitución.

4. El papel de los Tribunales Constitucionales en la democracia

Con relación al papel de los Tribunales Constitucionales cabe señalar que desde sus orígenes al presente ha tenido una importante evolución.

En su concepción originaria, la jurisdicción constitucional se instituye para desempeñar la función de resolver el conflicto constitucional que puede generarse entre el Poder Constituyente y el Poder Legislativo, cuando este al ejercer su labor legislativa se aparte del diseño del sistema constitucional realizado por aquel, infringiendo la Constitución.

Recuérdese que la garantía de la Constitución, encomendada al Tribunal Constitucional, reposaba en la posibilidad de nulificar los actos de creación normativa.

Cabe señalar que ese papel desempeñado por la jurisdicción constitucional, principalmente el ejercicio por los jueces y tribunales del Estado, como es en el modelo americano de la revisión judicial, ha generado en el ámbito académico un debate sobre el grado de legitimidad de la justicia

constitucional para invalidar las normas que el legislador democrático; debate que ha propiciado lo que en el ámbito académico se conoce como la "objeción democrática" o "argumento contra-mayoritario".

Desde la perspectiva de quienes consideran que el control de constitucionalidad realizado por los jueces y tribunales del Estado, la limitación que imponen a la supremacía de la legislatura al nulificar la Ley, afecta la democracia representativa, lo cual resulta inadmisible en criterio de esa corriente de pensamiento. Así, el profesor Alexander Bickel señala que "La dificultad fundamental consiste en que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema […] cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo frustra la voluntad de los representantes de las personas aquí y ahora, ejerce el control, no en representación de la mayoría prevaleciente, sino en su contra. Eso, sin los matices místicos, es lo que realmente ocurre [...] es la razón por la que se puede acusar al control judicial de constitucionalidad como antidemocrático"[6]. La mayor objeción radica en la falta de legitimidad democrática de los tribunales y jueces para anular la Ley emitida por el representante del pueblo como es el Legislador. El profesor Jeremy Wladrow sostiene que "así como el establecer una carta de derechos atrincherada constituiría una limitación injustificada al legislador democrático, el permitir que los jueces tengan la última palabra acerca del contenido y alcances de los derechos implicaría privar a los ciudadanos de la prerrogativa de reflexionar libremente sobre las cuestiones que más les afectan"[7]. Por su parte; Genaro Carrió cuestiona el control de constitucionalidad realizado afirmando lo siguiente: "Cómo es posible que una ley sancionada tras amplio debate por los representantes del pueblo democráticamente elegidos, quede sometida o supeditada, en cuanto a su validez constitucional, al criterio de los integrantes de un grupo aislado, no elegidos por procedimientos suficientemente democráticos, no controlados en su actuación por los representantes del pueblo y, en la práctica institucional efectiva, no responsables ante ellos"[8].

6 Bickel, A. (1986), *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, p. 16 – 17.

7 Waldron, Jeremy. (2004), *Derecho y Desacuerdos,* Marcial Pons, Barcelona, p. 254.

8 Genaro Carrió, "Una defensa condicionada de la Judicial Review", en Carlos Nino *et al., Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 148.

Frente a esa posición, se tiene aquella que justifica el control de constitucionalidad realizado por los jueces y tribunales sobre la base de la necesidad de velar por las pre-condiciones de la democracia; así se puede referir a los profesores Ernesto Garzón Valdés, Luigi Ferrajoli y Robert Alexy, entre muchos.

El profesor Ernesto Garzón Valdés argumenta que en regímenes democráticos se requiere que el juez "cultive una firme adhesión interna a las normas básicas del sistema y, por otra, que mantenga una manifiesta imparcialidad con respecto a los conflictos de intereses que tiene que resolver"[9], considerando que el juez cuando adopta decisiones, frente a las normas básicas del sistema, no se apoya prudenciales de costo –beneficio, afirma que "La función de los jueces supremos no consiste en expresar en sus fallos la voluntad popular sino, por el contrario, en poner límites a los posibles extravíos inconstitucionales de los representantes de esa voluntad"[10]. Por su parte, el profesor italiano Luigi Ferrajoli, sostiene que "Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la esfera de lo indecidible que y de lo indecidible que no; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones"[11]; para justificar la justicia constitucional, el mencionado profesor afirma que "Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. [...] El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales conferidos a todos, como límites y vínculos, precisamente, frente a las leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayorías"[12].

9 Ernesto Garzón Valdés (2003). "El papel del poder judicial en la transición democrática", en Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez, *La función judicial. Ética y democracia,* Gedisa, Barcelona, p. 129.

10 *Ibidem*, p. 131.

11 Luigi Ferrajoli (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Trotta, Madrid, p. 24.

12 Luigi Ferrajoli (2002). "Pasado y futuro del estado de derecho", en Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez, *Estado de derecho. Fundamentos y legitimación*

El profesor alemán Robert Alexy considera que es necesario analizar el concepto de "representación argumentativa, en el marco del constitucionalismo discursivo, para conciliar el control de constitucionalidad con la representación democrática". Partiendo de un modelo de democracia no exclusivamente decisionista sino también argumentativa, sostiene que "la relación entre el pueblo y el parlamento no debe estar únicamente determinada por las decisiones expresadas a través de las elecciones y los votos sino, también, mediante argumentos"; ello supone que, a que diferencia de la representación parlamentaria, que es al mismo tiempo decisionista y discursiva, la representación del pueblo en el tribunal constitucional es puramente argumentativa; Alexy considera que, para la representación argumentativa existen dos condiciones fundamentales: "(1) la existencia de argumentos correctos y razonables y (2) la existencia de personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos y razonables, por la mera razón de que son correctos y razonables. [...] Si existen los argumentos correctos y razonables, así como, también, personas racionales, la razón y la corrección estarán mejor institucionalizadas mediante el control de constitucionalidad que sin dicho control"[13].

Más allá del referido debate académico, los Tribunales Constitucionales, en una importante evolución exigida por los avances de la democracia, fueron asumiendo funciones encaminadas a respaldar el equilibrio entre los poderes del Estado y reforzar la separación de funciones o división vertical u horizontal del ejercicio del poder político. Ello tomando en cuenta que, para racionalizar el ejercicio del poder político, la Constitución proclama el principio de separación de funciones o división vertical del poder y distribuye las competencias a nivel vertical y horizontal.

Entonces los Tribunales Constitucionales, en cumplimiento de la función de defensor y garante de la Constitución, controlan que los órganos del poder constituido y los gobiernos de los niveles territoriales ejerzan sus funciones en el marco de la distribución de competencias realizada por la Constitución.

en América Latina, Siglo XXI, México, p. 203.

13 Robert Alexy (2005). "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", en Teoría del discurso y derechos constitucionales, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004, Fontamara, México, pp. 89 ss.

A partir de la segunda posguerra mundial, los Tribunales Constitucionales, en algunos Estados europeos, han desempeñado la función de guardián o intérprete supremo de la Constitución, en situaciones en las cuales puede verse el orden constitucional amenazado por poderes o movimientos antidemocráticos; así, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania tiene la atribución de declarar la anticonstitucionalidad de los partidos que, por sus objetivos, o por el comportamiento de sus afiliados, se propongan menoscabar o eliminar el orden constitucional liberal y democrático o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania; el Tribunal Constitucional Federal ha emitido dos fallos: el 23 de octubre de 1952 declaró inconstitucional al Partido Nacional Socialista, y el 17 de agosto de 1956, al Partido Comunista Alemán.

También cabe referir que, en la actualidad la jurisdicción constitucional desempeña funciones ligadas a la protección de los derechos constitucionales de carácter político, como son las funciones de fiscalización de los partidos políticos o de conocimiento de recursos de carácter electoral; así, por ejemplo, se tiene el caso del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, el caso del consejo Constitucional de Francia y Tribunal Constitucional de Austria.

Cabe señalar que la jurisdicción constitucional ha evolucionado considerablemente, en razón de la evolución del Estado democrático constitucional de Derecho no solamente en cuanto al modelo de control de constitucionalidad, sino también con relación a las funciones que desempeña.

Así, al sistema político o jurisdiccional de control de constitucionalidad, o el modelo difuso o concentrado de control de constitucionalidad, cabe señalar que al presente existen una diversidad, en razón a las adecuaciones que han introducido en cada Estado a tiempo de adoptar el sistema y modelo de control de constitucionalidad.

Al respecto, el profesor Lucio Pegoraro, en su libro *Sistemas de Justicia Constitucional*[14], plantea una crítica a la dicotomía prevalente político - jurisdiccional, para clasificar los sistemas de control de constitucionalidad, y concentrado-difuso, para clasificar los modelos de justicia constitucional; porque considera que no es posible realizar una clasificación con un solo

14 Véase: Pegoraro, Lucio (2020). *Derecho Constitucional Comparado* 4. *Sistemas de Justicia Constitucional*, Trad. Manuel Fondevilla Marón, Buenos Aires: Astrea - Torino: G. Giappichelli Editores.

elemento, como el que se ha venido efectuando en el ámbito doctrinal; pues él considera, con justa razón, que es necesario tomar en cuenta diferentes elementos, como ya lo plantearon otros académicos que abordaron el estudio del tema, elementos y factores diversos que generan una gama amplia de clasificaciones de la justicia constitucional.

El mencionado profesor, deconstruye los modelos tradicionales de justicia constitucional, para luego plantear otras tipologías aplicando diferentes criterios y factores, destacando la función general de los tribunales en los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados:; plantea la tesis de la concurrencia de los elementos del control político y del jurisdiccional en un mismo sistema; asimismo, las cualidades del control concentrado y del difuso, el *ex ante* y *ex post*, concreto y abstracto; de lo que se puede inferir que, hoy en día, no existe un modelo puro de justicia constitucional.

Por su parte, los profesores Bagni y Nicolini, en su libro *justicia constitucional comparada*[15], justificando el alejamiento de los modelos tradicionales, y desarrollando las combinaciones metodológicas, plantean una nueva clasificación de la justicia constitucional, misma que tiene su base en un juicio de prevalencia de las funciones sistémicas que los institutos desarrollan dentro del ordenamiento constitucional, reagrupando en control de legitimidad de los actos normativos, control de soberanía y control de convencionalidad. La clasificación propuesta por los referidos profesores permite colocar cada uno de los sistemas en puntos intermedios entre un modelo mínimo de justicia constitucional, definido como nomocrático, y uno potenciado o total, llamado pantocrático. Para realizar la clasificación, plantean como punto de partida un modelo nomocrático o mínimo de justicia constitucional, cuya característica es que sólo se prevé el control de legitimidad de los actos normativos, lo que podría calificarse como control de constitucionalidad normativo; y como un máximo de justicia constitucional plantean el modelo pantocrático o potenciado, cuya característica es que el control de constitucionalidad recae sobre la actividad de todos los poderes públicos.

15 Véase: Bagni, Silvia y Nicolini, Mateo (2022). *Justicia constitucional comparada,* Madrid – España: Centro de Estudios Constitucionales.

El profesor Manuel Fondevilla Marón, en su libro *los jueces de la Constitución y del Pueblo*[16], haciendo referencia a la ampliación de las funciones de la justicia constitucional, plantea la tesis de reemplazar los modelos tradicionales americano (difuso) y europeo (concentrado); mismos que, dados los importantes avances en la justicia constitucional, quedaron obsoletos; por lo que, según afirma, habría que prescindir de ellos.

En resumen, es posible señalar que, desde sus orígenes al presente la jurisdicción constitucional ha tenido una importante evolución; de manera que, superando ese papel de legislador negativo, al presente desempeña el papel de máximo guardián e intérprete de la Constitución, desempeñando sus funciones en tres ámbitos:

- El normativo, ejerciendo un control sobre las normas del ordenamiento jurídico ordinario para establecer el cumplimiento de las condiciones de validez formal y material establecidos por la Constitución; lo que significa que, de un lado, verifica si la disposición legal, estatutaria o reglamentaria fue elaborada, aprobada y puesta en vigencia cumpliendo con los mecanismos y procedimientos establecidos por la Constitución; y, de otro, verificar si el contenido de la respectiva disposición legal, estatutaria o reglamentaria no infringe los valores supremos y principios constitucionales, no vulnera los derechos fundamentales y derechos humanos, si no contradice las normas constitucionales orgánica.
- El ejercicio del poder político, ejerciendo un control sobre el ejercicio del poder político por los órganos del poder constituido, verificando que cada órgano o autoridad desempeñe sus funciones en el marco de las competencia, funciones y atribuciones asignadas por la Constitución.- El tutelar, ejerciendo la función de proteger los derechos fundamentales y derechos humanos ante las amenazas de restricción o supresión o las vulneraciones por actos u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares.

En el desempeño de las funciones referidas, al presente los Tribunales Constitucionales también desempeñan el papel de orientación a las autoridades públicas, así como a jueces y los tribunales de la jurisdicción ordinaria, con la finalidad que su actuación no se separe de una interpretación

16 Véase: Fondevilla Marón, Manuel (2021). L*os jueces de la Constitución y del Pueblo,* Coruña – España: Colex.

de la Constitución adecuada al sentir democrático de la Sociedad; y así evitar que las autoridades incurran en desviaciones indeseables del diseño constitucional en el ejercicio de sus funciones.

Entonces, podemos señalar que, en la actualidad la jurisdicción constitucional, a través de los tribunales constitucionales, está orientada en gran manera a encauzar la actuación de los órgano del poder constituido y sus autoridades dentro de los límites que impone el respeto a la voluntad del pueblo, esta entendida con arreglo a un sistema global de representación política democrática y con sujeción, por ende, no sólo al texto positivo de las leyes aprobadas por los parlamentos representativos, sino a los valores supremos, principios fundamentales, que se concretan en el reconocimiento de los derechos humanos, al diseño del sistema constitucional definido por el Poder Constituyente en la Constitución.

Los Tribunales Constitucionales desempeñan un papel fundamental en el Estado democrático y la consolidación de la democracia, especialmente en aquellos Estados, como los latinoamericanos en los que la democracia es relativamente joven y enfrenta aún graves dificultades y amenazas; tales como la tendencia a la perpetuación en el poder eliminando el principio de la alternancia; el debilitamiento de la independencia de los órganos de poder y peligrosa concentración del poder; la falta de respeto de las mayorías hacia las minorías; la permanente y sistemática violación de derechos humanos por acciones y omisiones de las autoridades estatales.

Con el control al ejercicio del poder político que se realiza a través de los Tribunales Constitucionales existirá una garantía esencial de todos los principios que configuran la democracia, como el respeto a la voluntad popular, el pluralismo político, la alternabilidad en el ejercicio del poder político, la vigencia y respeto a las libertades públicas, el ejercicio efectivo y goce de los derechos humanos; ya que, sin ese control la democracia no es real, se corre el riesgo de transitar del Estado democrático hacia el Estado autocrático; pues las elecciones no son completamente libres, transparentes y justas, lo que desencadena en un deterioro de la legitimidad democrática; no hay transparencia en la gestión pública, los gobernantes no rinden cuentas públicas, no permiten el acceso libre e irrestricto a la información pública. En suma, sin el control de constitucionalidad no se puede garantizar un buen gobierno sometido al respeto de la Constitución y del Estado de derecho; con vigencia plena de las libertades públicas y la garantía del ejercicio pleno de los derechos humanos.

Entonces, el papel de los Tribunales Constitucionales en la democracia es la de racionalizar el ejercicio del poder político y garantizar el gobierno limitado, a partir de la defensa de la supremacía de la Constitución y el diseño del sistema constitucional en ella contenida; proteger los principios democráticos ejerciendo el control de constitucionalidad sobre el ejercicio del poder político; y pacificar la sociedad, a partir de la protección oportuna, efectiva y eficaz de los derechos humanos frente a las omisiones estatales, a las decisiones y acciones de las autoridades públicas.

4.1. Preservación de los principios democráticos

Todo sistema democrático se configura sobre la base de principios, entre los que se pueden señalar, de manera enunciativa no limitativa, los siguientes: a) el principio del pluralismo, no sólo político sino social y cultural; b) el principio de la participación ciudadana, no sólo en el proceso de conformación de los órganos de poder, sino en la toma de decisiones políticas trascendentales para el Estado; proyectándose dicha participación a los distintos ámbitos públicos y sociales; c) el principio de la diferencia y el disentimiento, que en coherencia con el anterior principio, conlleva la exigencia de la tolerancia y el respeto por la opinión de los demás; el derecho al disenso; por lo tanto, el respeto por las minorías; d) el principio del control del ejercicio del poder político, que conlleva el principio del gobierno limitado; y e) el principio de la consagración, promoción y protección de los derechos y libertades.

Los principios democráticos, sobre cuya base se edifican la sociedad y el Estado, para su concreción en la vida cotidiana de la sociedad, deben ser preservados de las acciones u omisiones provenientes de los órganos del poder constituido, y de los actores políticos y sociales que tienden a desconocerlos, menoscabarlos o anularlos; pues con mucha frecuencia se presentan situaciones de hecho que pretenden, y en muchos casos logran, desconocer o anular los principios democráticos, poniendo en riesgo la vigencia del sistema democrático y con ello del Estado democrático constitucional de Derecho. Es importante señalar que la construcción social y política de los Estados latinoamericanos no tiene la característica esencial de ser democrática; ya que la vigencia del sistema democrático no fue la regla sino la excepción, toda vez que la historia de estos Estados está caracterizada por la inestabilidad política e institucional, debido a los permanentes asaltos al poder político por

la fuerza de las armas, la instauración de regímenes *de facto*, gobiernos totalitarios que han ejercicio el poder político con total desconocimiento del sistema constitucional y los principios democráticos. Si bien, a partir de la década del '80 del siglo XX al presente, han logrado superar esa dramática situación instaurando sistemas democráticos como base esencial del nuevo modelo de Estado democrático y social de Derecho, no están lejos de que se reinstauren los regímenes totalitarios. Por ello la importancia de preservar los principios democráticos.

Es en ese contexto que los Tribunales Constitucionales desempeñan un papel importantísimo de preservar los principios democráticos, vigilando que se desarrolle un adecuado funcionamiento de la representación política, sobre la base del pluralismo; cuidando que se mantengan abiertos y expeditos los canales de participación ciudadana, como vías de transformación social pacífica y democrática; vigilando que se facilite la representación efectiva de las minorías, respetando el derecho al disenso; preservando celosamente el respeto del principio de la separación de funciones o la distribución horizontal y territorial del ejercicio del poder político; protegiendo efectivamente los derechos fundamentales y las libertades ciudadanas. En definitiva, actuando como árbitros que velan por que los agentes políticos obedezcan las reglas de juego propias del sistema democrático y de un Estado democrático constitucional de Derecho.

Un ámbito en el que los Tribunales Constitucionales desarrollan su labor de preservación de los principios democráticos, es el de la elaboración de las leyes, ejerciendo control de constitucionalidad sobre los procesos elaboración y aprobación de las leyes para evitar que, bajo la concepción errónea de que la democracia es el "gobierno omnímodo de las mayorías", los grupos de poder que tengan una mayoría circunstancial en el órgano Legislativo aprueben leyes que lesionen la legitimidad interna de la Constitución[17] anulando la democracia; así, por ejemplo, cuando la mayoría política ocasional, sin respetar las normas básicas del debate y los procedimientos previstos en la Constitución, y el Reglamento Interno, apruebe una Ley que contraviniendo el principio fundamental del pluralismo político establezca mecanismos de exclusión o marginación

17 Según el profesor español Manuel Aragón la legitimidad, desde el punto de vista jurídico–constitucional, no es otra cosa que la "congruencia" entre fines y medios expresados por la Constitución o, en otras palabras, la "congruencia" constitucional entre principios materiales y principios estructurales.

de determinados colectivos o grupos sociales y políticos, o infringiendo el principio de la separación de funciones y la independencia de los órganos del poder constituido subordine un órgano del poder constituido a otro órgano determinando mecanismos que menoscaben su independencia; o, en su defecto adopten decisiones de aprobar una Ley sin la debida y adecuada deliberación democrática, excluyendo a las minerías políticas que tienen presencia en el Legislativo.

Frente a esos potenciales peligros, los Tribunales Constitucionales ejercen el control de constitucionalidad para garantizar que la soberanía popular sea expresada a través de deliberaciones y decisiones sometidas a reglas preestablecidas de procedimiento, que buscan asegurar la formación de una voluntad democrática y la adopción de una Ley sobre la base de una discusión pública, que haya permitido la participación activa de las minorías y respetado las reglas de la mayoría exigida para dicho efecto. En ese cometido, los Tribunales Constitucionales controlan que las leyes o tengan vicios de forma ni de fondo.

El papel que vienen desarrollando los Tribunales Constitucionales en la preservación de los principios democráticos es posible constatar a partir de una revisión cuidadosa de la labor que vienen desempeñando los jóvenes Tribunales Constitucionales creados por algunos Estados Latinoamericanos; entre los que, a los fines de este trabajo y dado los límites de espacio, se puede señalar el caso de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, el Tribunal Constitucional de Bolivia, y la Corte Constitucional de Colombia.

En el caso de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, el año 1993, tuvo que pasar una prueba de fuego respecto al cumplimiento de su papel de máximo guardián de la Constitución y el régimen democrático; toda vez que ante una acción de total desconocimiento de los principios democráticos orientada a eliminar el régimen democrático para reemplazarlo por un régimen totalitario que asumió el Presidente de la República, en un acto único en su especie, sometió de oficio a juicio de constitucionalidad el Decreto expedido por el Presidente de la República y lo declaró inconstitucional. En efecto, el 25 de mayo de 1993, el Presidente de la República expidió un Decreto disolviendo el Parlamento, destituyendo de sus cargos a los magistrados de la Corte Suprema y de la Corte de Constitucionalidad, y dispuso la suspensión de más de 40 artículos de la Constitución y de 20 artículos de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, lo que constituía un golpe de estado, o más propiamente

un "autogolpe"; ante esa situación de hecho, siete magistrados de la Corte de Constitucionalidad, cinco titulares y dos suplentes, se reunieron y sometieron a control de constitucionalidad el Decreto que consignaba las "Normas Temporales de Gobierno", emitieron la Sentencia Constitucional con Expediente 225-93[18], declarando su inconstitucionalidad dispusieron su nulidad *ipso iure*; como quiera que la sentencia no pudo ser publicada por el Diario Oficial, debido a la situación política, enviaron a la prensa y algunos periódicos publicaron una edición limitada. El caso culminó con la dejación del cargo y el abandono del país por el Presidente de la República; de manera que por primera vez en la historia de Latinoamérica se logró es restablecimiento del sistema constitucional y el régimen democrático a través de una sentencia constitucional.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de Bolivia, desde otra perspectiva, ha concretizado el principio de participación ciudadana en la toma de una decisión política trascendental para el Estado, como parte del ejercicio de la democracia participativa que rige en el sistema constitucional boliviano, contribuyendo con ello a la puesta en práctica del nuevo régimen de gobierno que, en la reforma constitucional de 2004, ha modificado la democracia formal representativa por la democracia material participativa; pues ante un aparente vacío normativo que reconozca la competencia de la Corte Nacional Electoral y las Cortes Departamentales Electorales para que organicen y administren el proceso de la consulta popular sobre la política energética que debía adoptarse a través del referéndum convocado por el Presidente de la República, el Tribunal Constitucional, a través de su SC 0064/2004 de 8 de julio[19], desarrolló una interpretación sistemática

18 Disponible en: http://138.94.255.164/Sentencias/791733.225-93.pdf, última vez revisado en fecha 08 de septiembre de 2023. La Corte de Constitucionalidad, resolvió lo siguiente: "*(i) el Organismo Ejecutivo debe estructurarse y funcionar de conformidad con lo previsto por la Constitución Política de la República; (ii) ante la falta absoluta de Presidente y Vicepresidente de la República, el Congreso de la República debe proceder: (a) a designar a la persona que desempeñe el cargo de Presidente de la República. Para el efecto se fija el plazo de veinticuatro horas a fin de que dicho Organismo cumpla con esta resolución; (b) en su oportunidad designe al Vicepresidente de la República conforme lo que dispone la Constitución Política; (iii) las personas que se designen como Presidente y Vicepresidente ejercerán los cargos hasta completar el actual período constitucional; (iv) Notifíquese al Congreso de la República, al Ministerio Público y al Ministro de la Defensa*".

19 Tribunal Constitucional (2004). Sentencia emitida en el Recurso Directo de Nulidad con Expediente: 2004-09146-19-RDN. Disponible en: https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(cispeayi3qihdetcna5nlntv))/WfrResoluciones.aspx.

de las normas previstas por los arts. 4 y 219 de la Constitución, así como las normas del Código Electoral en conformidad con la Ley Fundamental, determinando que los organismos electorales tenían plena competencia para ese efecto; de otro lado, mediante la SC 0069/2004, de 14 de julio[20], definió la naturaleza jurídica y los alcances del referéndum convocado por el Presidente de la República; de manera que, desarrollando una interpretación sistematiza de las normas constitucionales, así como de las normas del Decreto Supremo de Convocatoria, desde y conforme a la Constitución, declaró la constitucionalidad de dicho Decreto de Convocatoria; de esa forma dio viabilidad a la realización de la consulta popular como una concreción del principio democrático de participación ciudadana, como base del régimen democrático participativo.

De otro lado allanó la realización de las elecciones generales para Presidente, Vicepresidente de la República, Diputados y Senadores, como una enorme contribución a la solución pacífica y en los causes del sistema democrático a los conflictos sociales y políticos surgidos a partir de octubre de 2003 y agudizados en junio de 2005 que concluyeron con las renuncias del Presidente de la República y del Vicepresidente de la República, que ante la renuncia del primero había asumido la función de primer mandatario del Estado; pues resulta que un grupo de diputados y senadores, como una oposición a la convocatoria a elecciones generales anticipadas, impugnaron el Decreto Supremo (DS) 28228, de 6 de julio de 2005, por el que el Presidente de la República convocó a elecciones generales; el Tribunal Constitucional, mediante su SC 0076/2005, de 13 de octubre[21], resolvió el recurso declarando la constitucionalidad de dicha disposición legal; para sustentar su decisión, el Tribunal Constitucional argumentó que el Decreto Supremo impugnado *"fue emitido en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 93.III de la CPE modificado por la Ley 3089, precepto constitucional vigente, a partir del cual se debe efectuar el análisis de constitucionalidad del DS 28228, impugnado de inconstitucional"*; partiendo de esa constatación interpretó los alcances de las normas previstas por el art. 93.III, en concordancia práctica

20 Tribunal Constitucional de Bolivia (2004). Sentencia emitida en el Recurso Directo de Nulidad con Expediente: 2004-09120-19-RDI. Disponible en https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(cispeayi3qihdetcna5nlntv))/WfrResoluciones.aspx.

21 Tribunal Constitucional de Bolivia (2004). Sentencia emitida en el Recurso Directo de Inconstitucionalidad, con Expediente: 2005-12375-25-RDI. Disponible en https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(cispeayi3qihdetcna5nlntv))/WfrResoluciones.aspx.

con las normas previstas por los arts. 1.II y 2 de la Constitución, para luego proceder a realizar el juicio de constitucionalidad de la disposición legal impugnada, contrastándola con las normas previstas por los arts. 33, 60.VII, 65, 81 de la Ley Fundamental, que en criterio de los recurrentes fueron vulnerados; en esa labor estableció que la disposición legal impugnada era compatible con la Constitución y no existía la infracción denunciada. Con dicha decisión, en el marco de las normas previstas por la Constitución, allanó el camino para la realización de las elecciones generales como una solución democrática a los conflictos sociales y políticos.

La Corte Constitucional de Colombia, que desde su creación mediante la Constitución de 1991, viene desarrollando una labor muy fructífera en defensa de la Constitución, el régimen democrático y la protección de los derechos humanos, frecuentemente ha tenido que enfrentar situaciones de conflicto con los órganos del poder constituido cuyos actos y decisiones controla estén subordinados a la Constitución; pero, en lo que va del primer quinquenio de este siglo ha tenido que enfrentar al órgano ejecutivo en sus pretensiones de ahondar el presidencialismo en Colombia, aprovechando de la popularidad del gobierno de Uribe; una delicada situación que la Corte Constitucional ha sabido encarar con absoluta solvencia, ejerciendo el control de constitucionalidad sobre la Ley de Convocatoria a Referendo Constitucional, para modificar algunos artículos de la Constitución; el Acto Legislativo Nº 02 de 2003, por el que se modificaba algunos artículos de la Constitución para enfrentar el terrorismo; y el Acto Legislativo Nº 02 de 2004, mediante el cual se reformaba algunos artículos de la Constitución para introducir la reelección del Presidente de la República.

En el control de constitucionalidad sobre el Referendo Constitucional, la Corte Constitucional sometió a juicio de constitucionalidad la Ley Nº 796 de 2003, por la cual se convocó a un referendo y se sometía a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional; mediante Sentencia C-551/2003 de 09 de julio[22], resolvió declarar exequibles (constitucionales) los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12 13, 14, 15 y 18 del artículo 1° de la Ley 796 de 2003, salvo lo señalado en los ordinales 2, 3, 4 y 5 de esa sentencia; y inexequibles (inconstitucionales) los numerales 10, 16, 17 y

22 Corte Constitucional Colombia (2003). Sentencia emitida en la Revisión de constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, con Expediente: CRF-001. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-816-04.htm#:~:text=Nadie%20puede%20ser%20molestado%20en,previamente%20definido%20en%20la%20ley.

19 del artículo 1° de la Ley 796 de 2003, la expresión "*y las personerías*" del numeral 12, y el parágrafo del numeral 6, que adicionaba el artículo 176, así como las notas introductorias de los contenidos que aparecen en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12 13, 14, 15 y 18 del artículo 1° de la Ley 796 de 2003, y la inclusión de la casilla para el "voto en blanco"; finalmente exequible el art. 2 de la Ley sometida a control. Con esta decisión la Corte Constitucional resguardó el principio democrático de la participación ciudadana, en el marco del sistema constitucional vigente.

En el control del Acto Legislativo Nº 02 de 2003, por medio del cual se modificaban los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución de Colombia para enfrentar el terrorismo; la Corte Constitucional, al constatar una grave irregularidad en la sesión del 5 de noviembre de 2001, porque la Mesa Directiva levantó indebidamente la sesión y suprimió los efectos de la votación del informe de ponencia que había ocurrido ese día, lo que se constituía en un vicio de procedimiento en el trámite del Acto Legislativo Nº 2 de 2003 que afectó la formación de la voluntad democrática de las cámaras, mediante Sentencia C-816/04 de 30 de agosto[23], declaró inexequible (inconstitucional) el Acto legislativo sometido a control; con lo que la Corte resguardó el principio democrático de la voluntad ciudadana que debe expresarse en las cámaras legislativas en la adopción de sus decisiones, entre ellas de adoptar un Acto Legislativo.

Finalmente, en el control del Acto Legislativo Nº 02 de 2004, por el cual se reformaron algunos artículos de la Constitución Política y se dictaron otras disposiciones relacionadas con las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República, así como la reelección de aquél, la Corte Constitucional, luego de someter a un juicio de constitucionalidad, en una decisión dividida, mediante Sentencia C-1040/05 de 19 de octubre[24], declaró exequible (constitucional) el Acto Legislativo, con excepción del

23 Corte Constitucional Colombia (2004). Sentencia emitida en la Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo Número 02 de 2003, con Expedientes: D-5121 y D-5122. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-816-04.htm#:~:text=Nadie%20puede%20ser%20molestado%20en,previamente%20definido%20en%20la%20ley.

24 Corte Constitucional Colombia (2005). Sentencia emitida en la Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo No. 02 de 2004, con Expediente: D-5645. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-816-04.htm#:~:text=Nadie%20puede%20ser%20molestado%20en,previamente%20definido%20en%20la%20ley.

aparte contenido en el inciso tercero del parágrafo transitorio del artículo 4º, el que fue declarado inexequible.

Los casos expuestos son apenas unos ejemplos de la forma en que los Tribunales Constitucionales, en América Latina, preservan los principios democráticos en el desempeño de su labor de control de constitucionalidad.

4.2. Fortalecimiento de la división horizontal y territorial del ejercicio del poder político

Otro papel importantísimo que cumplen los Tribunales Constitucionales es el de fortalecer la división del ejercicio del poder político en el sentido horizontal y el sentido territorial o vertical.

Cabe recordar que una de las bases esenciales de la configuración del Estado democrático constitucional de Derecho es el principio fundamental de la separación de funciones o la división del ejercicio del poder político en un doble sentido: de un lado, en el sentido horizontal, encomendando las diferentes funciones del Estado a los diferentes órganos del poder constituido, que en su configuración se ubican en un mismo nivel horizontal con relación a los otros órganos, son independientes, pero desarrollan sus funciones en el marco de la interrelación y coordinación de funciones; y, de otro, en el sentido territorial o vertical, distribuyendo el gobierno territorialmente con la creación de niveles territoriales del gobierno, así, a nivel federal, estadual, y local, en los Estados federales, o nivel nacional, regional, departamental, y local, en Estados unitarios.

Sobre la base de ese principio fundamental se configura el ejercicio del poder político para lograr la desconcentración y racionalización del poder público, de manera que el poder del Estado se ejerce sobre la base de la distribución de tareas y responsabilidades, combinada con la interrelación y coordinación de funciones entre los diferentes órganos, además de los controles recíprocos y los frenos y contrapesos.

Si bien la configuración prevista por la Constitución, sobre la base del referido principio fundamental, tiene la finalidad de racionalizar el ejercicio del poder público, sucede que en la práctica ese ejercicio no está exento de tensiones y conflictos; al contrario, con mucha frecuencia se producen bloqueos entre los órganos del poder público o los niveles territoriales del gobierno; asimismo, se producen invasiones de las competencias delimitadas por la Constitución. Es en ese escenario que los Tribunales

Constitucionales desempeñan una importante labor de resolver los conflictos constitucionales para fortalecer la división horizontal y territorial del ejercicio del poder político.

Es en ese contexto que los Tribunales Constitucionales ejercen un papel importante de preservar el principio de la separación de funciones como base esencial del sistema democrático y el gobierno limitado. La labor de los Tribunales Constitucionales tiene por finalidad: a) preservar el principio de separación de poderes en los cuatro niveles que extraordinariamente identificó el profesor García Pelayo: i) la separación entre el poder constituyente y el poder constituido; ii) en la relación Estado – Sociedad, es decir la división entre el poder estatal y los derechos y libertades de los individuos y grupos sociales; iii) la separación entre los órganos del poder constituido, es decir, la distribución de competencias atribuidas a órganos de un mismo rango dentro del orden constitucional, y; iv) la división vertical o territorial del ejercicio del poder político, es decir, la distribución de competencias entre los niveles centrales del Estado, los niveles regionales y locales; b) resguardar los principios democráticos frente a los desvaríos de las mayorías, para proteger a las minorías; c) proteger los derechos humanos, como garantía para el desarrollo del verdadero debate democrático; y d) preservar el Estado constitucional de Derecho en el proceso de elaboración y adopción del pacto constitucional.

Es a partir del control de las condiciones de validez constitucional de las disposiciones legales ordinarias, los Tribunales Constitucionales controlan que los órganos competentes para la producción del Derecho, el Legislativo en materia legislativa, y el Ejecutivo en materia reglamentaria, ejerzan su potestad en el marco de los límites establecidos por la Constitución, sin invadir ni menoscabar las esferas de competencia de los otros órganos del poder constituido; de manera que anulan aquellas disposiciones legales que hubiesen sido creadas excediéndose en sus competencias. Así, en cuanto se refiere al órgano Ejecutivo que, a título de ejercicio de su potestad reglamentaria establezca límites al ejercicio de los derechos fundamentales, desconociendo al principio de reserva de Ley e invadiendo las competencias del Legislativo, lo que genera un conflicto con dicho órgano de poder, el Tribunal Constitucional anula el Decreto Reglamentario. Respecto al órgano Legislativo, cuando expide una Ley sobre materias que invaden la competencia del órgano Ejecutivo, o de los gobiernos regionales o locales, y ante el veto expresado por el Presidente de

la República, rechaza el mismo, llevado el caso al Tribunal Constitucional por el órgano Ejecutivo, el órgano contralor anula la Ley.

Respecto al ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Tribunales Constitucionales controlan que en ese ejercicio los jueces y tribunales no se aparten de los límites impuestos por la Constitución, no sólo en cuanto a la delimitación de su competencia formal, sino el resguardo de los derechos fundamentales de las personas como limites naturales a su competencia material; control que lo ejercen al conocer y resolver las acciones tutelares, como el hábeas corpus y el amparo constitucional; de manera que anulan las decisiones que son adoptadas con franca vulneración de los derechos fundamentales.

En el ejercicio del poder político con bastante frecuencia se producen "impases" entre los órganos del poder constituido que derivan en bloqueos de uno hacia el otro, generando conflictos constitucionales. Ante esa situación los Tribunales Constitucionales se constituyen en las instancias que resuelven los conflictos delimitando los ámbitos de competencias definidos por la Constitución y reencausando los actos y decisiones del órgano que provoca el bloqueo en los principios democráticos y los principios fundamentales que rigen el sistema constitucional.

Con relación a los conflictos constitucionales que surgen en el ámbito de la división horizontal del ejercicio del poder político, al conocer y resolver los mismos, los Tribunales Constitucionales resguardan y refuerzan el sistema de los controles interórganos, así como los pesos y contrapesos que caracterizan al gobierno limitado del Estado democrático constitucional de Derecho.

En el ámbito de la división territorial del ejercicio del poder político, los Tribunales Constitucionales desarrollan la tarea de resolver los conflictos de competencia entre el nivel nacional con el nivel regional o el nivel local, que se presentan con bastante frecuencia respecto al ejercicio de las competencias asignadas por la Constitución. En cumplimiento de esta labor, los Tribunales Constitucionales interpretando las normas previstas por la Constitución desarrollan una sólida doctrina constitucional que delimita las competencias de los diferentes niveles de gobierno.

Así, entre los Estados Iberoamericanos el Tribunal Constitucional de España ha cumplido un papel preponderante en la construcción

democrática del nuevo modelo de Estado Autonómico adoptado mediante la Constitución de 1978.

De un lado, ha desarrollado una extraordinaria y sólida doctrina constitucional sobre la configuración de ese Estado Autonómico, así como de sus Comunidades Autónomas, con relación a su naturaleza (STC 32/1981, de 28 de julio; STC 37/1981, de 16 de noviembre; y STC 170/1989, de 19 de octubre); los principios configuradores (STC 150/1990, de 4 de octubre; STC 237/1992, de 15 de diciembre); la naturaleza, contenido y reforma del Estatuto de Autonomía (STC 36/1981, de 12 de noviembre; STC 89/1984, de 28 de septiembre; STC 76/1988, de 26 de abril; y STC 227/1988, de 29 de noviembre); los alcances de la Autonomía de las Comunidades; el sistema institucional de las autonomías (STC 89/1984, de 28 de septiembre), la distribución y delimitación de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (STC 25/1983, de 7 de abril; STC 76/1983, de 26 de abril; STC 209/1989, de 15 de diciembre); el régimen económico financiero de las Autonomías (STC 179/1985, de 19 de diciembre; STC 96/1990, de 24 de mayo; STC 109/1998, de 21 de mayo)[25]. De manera que la naturaleza y alcances de ese Estado Autonómico no podrían entenderse solo a partir de las normas previstas en la Constitución y los Estatutos de la Provincias Autónomas, sino a partir de la jurisprudencia producida por el Tribunal Constitucional, misma que tiene fuerza vinculante y obliga a todos los órganos del poder constituido.

De otro lado, a través de su sólida jurisprudencia ha delimitado las competencias del Estado y su gobierno nacional, así como de la Autonomías locales, las Autonomías Provinciales y las Comunidades Autónomas; en la medida en que al resolver los conflictos de competen cia territorial, entre ellos los conflictos positivos de competencias, ha interpretado las normas de la Constitución para determinar los ámbitos de competencia nacional, local, provincial y de las Comunidades Autónomas, sobre cuya base ha corregido de manera oportuna y efectiva las distorsiones, las invasiones y usurpaciones de competencias, anulando las disposiciones, resoluciones o actos de los gobiernos territorios constituidos invadiendo la competencia de los otros niveles. Así, por ejemplo se puede citar la STC 183/1988, de

25 Tribunal Constitucional de España. Disponibles en: http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3611.

13 de octubre[26], el Tribunal Constitucional, al resolver una impugnación del Gobierno Vasco contra varios artículos de la Ley 7/1974 del Fondo de Compensación Interterritorial (FCI), en su art. 7.4 porque establecía que la sustitución de proyectos que integran el Fondo debía ser aprobada "*por el Consejo de Gobierno de la correspondiente Comunidad Autónoma cuando dicho proyecto corresponda a una competencia transferida (sic) a esa Comunidad Autónoma*"; declaró inconstitucional la referencia al "*consejo de Gobierno de correspondiente Comunidad Autónoma*", determinando que debe entenderse el mandato legal referido como "*a la Comunidad Autónoma, sin previsión del órgano concreto alguno de la misma*"; ello con el argumento de que dicha referencia vulneraba la autonomía de la Comunidad Vasca, ya que el gobierno del Estado, mediante su Legislativo, estaba determinando qué órgano de la Comunidad Autónoma tendría que aprobar la sustitución de proyecto que integran el Fondo, cuando la potestad de definir qué órgano sería el que aprueba correspondía a la Comunidad Autónoma.

4.3. La protección de los Derechos Humanos

Uno de los pilares fundamentales del Estado democrático constitucional de Derecho son los derechos humanos, como los límites naturales al ejercicio del poder político y, porqué no, del poder particular; ya que sólo con su vigencia plena, así como con el goce efectivo por sus titulares, es posible garantizar la paz y la tranquilidad social; por ello, los Estados contemporáneos, a partir de la segunda posguerra mundial, han encarando un proceso intenso y gradual de positivación y judicialización de los derechos humanos, tanto en el nivel interno, consagrando en las constitucionales como derechos fundamentales y creando sistemas y mecanismos de protección; cuanto en el nivel internacional, a través de la adopción de declaraciones, pactos o convenciones sobre derechos humanos, así como la creación de organismos supranacionales de promoción, protección y defensa de los derechos humanos.

En el marco referido, al constituirse en un principio democrático la plena vigencia de los derechos humanos, positivados por las constituciones como derechos fundamentales y libertades ciudadanas, su protección y defensa resulta de imperiosa necesidad. Con forme a ello, los Tribunales

26 Tribunal Constitucional de España (1988). Sentencia emitida en el Recurso de Inconstitucionalidad número 490/1984. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1988-25638.

Constitucionales deben y tienen que ser proactivos; ya que, su misión no se limita a garantizar la supremacía del texto formal de las normas constitucionales escritas, sino también de los principios y valores no proclamados expresamente en la Constitución escrita; dicho desde otra perspectiva, el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y la protección de los derechos humanos que realizan, no solo se ejercerse en relación a las normas incluidas en el texto de los artículos de la Constitución escrita, sino con relación a normas no escritas, que se infieren del texto de la Constitución y de su espíritu a través de la interpretación constitucional.

Es importante tener presente que las disposiciones constitucionales son cláusulas abiertas, de textura abierta, indefinida e indeterminada; especialmente las disposiciones de la parte dogmática que reconocen los derechos fundamentales de las personas, sus normas a veces se expresan en conceptos indeterminados como libertad, orden público, democracia, justicia. Pero esas expresiones vagas e imprecisas de las Constituciones siempre expresan algunos conceptos o valores relacionados con los fundamentos generales de una sociedad determinada y su sistema político; por tanto, tiene que ser en relación con estos últimos, que el tribunal Constitucional debe desempeñar su papel creativo, y determinar el sentido exacto del concepto.

Por las razones mencionadas, en los Estados contemporáneos los Tribunales Constitucionales se constituyen en Tribunales Supremos de los Derechos Humanos, pues son ellos los que, superando la corriente del formalismo legalista, según la cual los derechos fundamentales se protegían únicamente en la medida de la Ley y de los actos administrativos, se han alineado a la corriente del activismo judicial, la cual sostiene la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a la Ley y frente a los demás actos y decisiones de las autoridades públicas y los particulares. Por lo tanto, han asumido un papel de compromiso con los derechos humanos; de manera que han desarrollado y desarrollan una labor pro activa en su protección frente a los abusos, excesos o arbitrariedades del poder político y el poder particular.

El papel importantísimo que desempeñan los Tribunales Constitucionales, con relación a los derechos humanos, no se reduce a la protección inmediata, eficaz e idónea frente a las restricciones o supresiones ilegales e indebidas; al contrario abarca al desarrollo de la doctrina constitucional sobre la materia, delimitando sus alcances, determinando

su núcleo esencial, así como el contenido de cada derecho fundamental; a cuyo efecto desarrollan una interpretación constitucional dinámica, aplicando los principios universales de interpretación de los derechos humanos, tales como: a) el principio de la dignidad humana; b) principio de la buena fe; c) principio *pro hómine*; d) principio de favorabilidad; e) principio de la fuerza expansiva de los derechos humanos; f) principio de la interacción; g) principio de promoción de los derechos humanos; h) principio de universalidad de los derechos humanos; e i) principio de la indivisibilidad de los derechos humanos.

A partir de esa labor de interpretación constitucional, los Tribunales Constitucionales han logrado crear una jurisprudencia constitucional sólida, dinámica e incremental, progresiva y no estática; han creado y crean constantemente sub reglas derivadas de los derechos abstractos para dar concreción normativa y posibilitar el goce pleno y ejercicio efectivo de los mismos. De manera que en la actualidad no es posible entender la teoría de los derechos fundamentales de la persona, tan solamente a partir de los reducidos catálogos previstos por las constituciones de los Estados, sino sobre la base de la extensa y sólida jurisprudencia constitucional desarrollada por los Tribunales Constitucionales.

Es a través de la labor de interpretación, integración e interrelación de las normas constitucionales, así como de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que los Tribunales Constitucionales han logrado ampliar los catálogos de los derechos fundamentales y desarrollar los contenidos esenciales de los diferentes derechos humanos.

Un ámbito concreto en el que los Tribunales Constitucionales desarrollan la labor de protección de los derechos humanos es el proceso de conformación de los órganos del poder político y de adopción de decisiones políticas transcendentales. En ese ámbito resguardan los derechos políticos de los ciudadanos de acceder a los cargos electivos en igualdad de condiciones y oportunidades, el derecho de concurrir a los procesos de toma de decisiones políticas sin que se los excluya sin justa causa.

De otro lado, los Tribunales Constitucionales resguardan los derechos ciudadanos en el proceso de formación de la voluntad democrática para adopción de las leyes, es decir, en el proceso de elaboración, de discusión pública, la presentación y debate de los informes, el debate sobre el proyecto y la votación; resguardando que el derecho de representación política de

los miembros del órgano Legislativo, en general, y de aquellos grupos minoritarios al interior de ese órgano, en particular, sean respetados y no sean vulnerados por restricción indebida del derecho de intervención que tienen; de manera que las decisiones adoptadas sean el fruto de un adecuado funcionamiento de la representación política, sobre la base del pluralismo; cuidando que se mantengan abiertos y expeditos los canales de participación ciudadana; vigilando que se facilite la representación efectiva de las minorías, respetando el derecho al disenso.

El papel que vienen desarrollando en lo concreto los Tribunales Constitucionales en materia de protección de los derechos humanos es posible verificar en los datos que se describen a continuación.

Así, el Tribunal Constitucional de Bolivia, que ha interpretado e interpreta los derechos fundamentales consagrados en el catálogo de la Constitución de conformidad con las normas previstas en los tratados y convenciones internacionales sobre Derechos Humanos en los que Bolivia es parte, por haber suscrito o haberse adherido y ratificado; de otro lado, ha aplicado y aplica en sus decisiones la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, reconociendo su fuerza vinculante para el Estado boliviano por haberse sometido voluntariamente a la jurisdicción contenciosa de dicha Corte; asimismo, a través de sus sentencias, entre otras la SC 1662/2003-R, de 17 de noviembre[27], ha integrado al bloque de constitucionalidad las declaraciones, tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que ha suscrito y ratificado el Estado boliviano, fundando su decisión en la cláusula abierta prevista por el art. 35 de la Constitución; lo que significa que los derechos humanos consagrados por los instrumentos internacionales son tutelables a través de los recursos de amparo constitucional, *hábeas corpus* y *hábeas data*. Finalmente, en el marco de la corriente del activismo judicial al que se ha alineado, ha integrado al catálogo de los derechos fundamentales muchos derechos que en apariencia no están expresamente consagrados, realizando para ello la interpretación integradora, aplicando los principios de interpretación de derechos humanos, de manera que ha extraído de las normas implícitas de la Constitución derechos fundamentales; así,

27 Tribunal Constitucional de Bolivia (2003). Sentencia emitida en Acción de Amparo Constitucional, con Expediente: 2003-07400-15-RAC. Disponible en https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(cispeayi3qihdetcna5nlntv))/WfrResoluciones.aspx.

por ejemplo, mediante su SC 0600/2003-R, de 6 de mayo[28], ha integrado al catálogo de derechos fundamentales el derecho de acceso a la justicia o la tutela judicial efectiva, que deriva de las normas previstas por el art. 16 de la Constitución y el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De otro lado, los Tribunales Constitucionales han dado contenido a las acciones tutelares previstas en las normas internas de los Estados para la protección de los derechos humanos, positivados como derechos fundamentales; a partir de ello han logrado desarrollar las respectivas configuraciones procesales de las acciones tutelares, como el amparo constitucional, *hábeas corpus*, y *hábeas data*, haciéndolas efectivas y eficaces para la protección inmediata de los derechos vulnerados de manera ilegal o indebida.

Al respecto, cabe citar como ejemplo el caso de la Corte Constitucional de Colombia, la que a partir de una interpretación extensiva e integradora de las normas previstas por la Constitución, ha dado un mayor alcance a la Acción de Tutela (amparo constitucional) en cuanto se refiere a los derechos tutelados; toda vez que, por mandato expreso del art. 86 de la Constitución, la Acción de Tutela protege los derechos constitucionales fundamentales, lo que en una aplicación del texto literal de la norma constitucional puede llevar a concluir que la acción tutelar solo protege a aquellos derechos consagrados por la Constitución como derechos fundamentales, los que están consagrados por la Constitución en su Título II, Capítulo I, arts. 11 al 41, entre los que se pueden identificar los derechos individuales civiles y políticos, también algunos derechos sociales, como el derecho al trabajo; el derecho a la libre sindicalización; el derecho a la educación en su contenido esencial del derecho a la libertad de elección de la profesión u oficio, la libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra; lo que significa que los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos colectivos o de los pueblos que se encuentran consagrados en el Capítulo II del Título II y el Capítulo III del Título II de la Constitución, respectivamente, no son protegidos por la Acción de Tutela. Frente a esa situación, la Corte Constitucional, aplicando los principios de interpretación de los derechos humanos, como el

28 Tribunal Constitucional de Bolivia (2003). Sentencia emitida en Acción de Amparo Constitucional, con Expediente: 2003-06026-12-RAC. Disponible en https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(cispeayi3qihdetcna5nlntv))/WfrResoluciones.aspx.

principio de la fuerza expansiva, el principio *pro hómine*, el principio de la interacción, el principio de la universalidad, entre otros, le dio una mayor amplitud en cuanto se refiere a los derechos tutelados, es decir, extendió los alcances de la Acción de Tutela a otros derechos constitucionales que no se encuentran consignados en el catálogo de derechos fundamentales. Así, en su Sentencia T-002/92 de 8 de mayo[29], la Corte Constitucional, refiriéndose al tema, señaló que el asumir únicamente el criterio restringido que la Acción de Tutela protege solamente los derechos fundamentales consagrados por los arts. 11 al 21 de la Constitución implicaría desvirtuar "*el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el Constituyente de 1991*"; sobre la base de ese razonamiento, la Corte Constitucional estableció que corresponde a los jueces que conozcan del proceso de tutela interpretar los alcances de la Constitución para identificar los derechos objeto de protección a través de la Acción de Tutela, lo que supone identificar cuáles son los derechos constitucionales fundamentales; en la referida sentencia, la Corte Constitucional ha establecido que "*El Juez de Tutela debe acudir a la interpretación sistemática, finalista o axiológica para desentrañar, del caso particular, si se trata o no de un derecho fundamental, lo que podría denominarse una 'especial labor de búsqueda', científica y razonada por parte del Juez*". En su desarrollo jurisprudencial, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que para identificar un derecho como fundamental deben concurrir tres requisitos esenciales: a) Conexión directa con los principios constitucionales; b) eficacia directa; y c) contenido esencial; también ha establecido que para identificar esos requisitos deben emplearse, en la labor de interpretación constitucional, los siguientes criterios: a) Criterios analíticos, entre los que ha señalado i) la consagración expresa; ii) la remisión expresa; iii) la conexión directa con derechos expresamente consagrados; y iv) el carácter de derecho inherente a la persona; y b) Criterios fácticos, entre los que ha señalado i) la importancia del hecho; y ii) el carácter histórico. En resumen, la Corte Constitucional de Colombia desarrollando una labor pro activa, a través de su jurisprudencia, ha permitido a la judicatura colombiana incrementar el catálogo de derechos humanos que pueden ser tutelados por la vía de la Acción de Tutela.

29 Corte Constitucional Colombia (2005). Emitida en el Proceso de Tutela, con Expediente: T-644. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-816-04.htm#:~:text=Nadie%20puede%20ser%20molestado%20en,previamente%20definido%20en%20la%20ley.

También merece especial atención el desarrollo jurisprudencial de la tutela provisional o transitoria que brinda el amparo constitucional, como una excepción a la regla de la subsidiaridad que rige en la configuración procesal de esa acción tutelar. Al respecto, cabe mencionar que en el sistema constitucional boliviano, el amparo constitucional se configura sobre la base del principio de subsidiaridad, y la norma constitucional que lo instituye no prevé una excepción expresa a la regla; sin embargo, el Tribunal Constitucional de Bolivia, ha desarrollado por vía jurisprudencial la excepción a la regla de subsidiaridad; así, en su SC 0119/2003-R de 28 de enero[30], ha sostenido que, a pesar de existir otros medios o recursos legales, procede esta vía tutelar cuando *"la restricción o supresión de los derechos o garantías constitucionales ocasione un perjuicio irremediable o irreparable, en cuyo caso, de manera excepcional, se activa el Amparo Constitucional para otorgar una tutela efectiva e inmediata que evite la consecuencia irremediable (..) existiendo el peligro de que los efectos de las decisiones impugnadas sean irremediables o irreparables, este Tribunal considera aplicable la excepción a la regla de la subsidiaridad (..)"*; posteriormente, en su SC 1082/2003-R de 30 de julio[31], ha sostenido que "*(..) es necesario modular los entendimientos y alcances jurisprudenciales antes señalados* (..) -se refiere a la naturaleza subsidiaria del amparo y a la excepción frente a ella- *las supuestas lesiones a los derechos fundamentales y garantías constitucionales se reparen en la jurisdicción ordinaria, y sólo en defecto de ésta, y siendo cierta y efectiva la lesión al derecho invocado, la jurisdicción constitucional otorgue la tutela, salvo los casos de daño irreparable, en los que la protección resultaría ineficaz, por tardía. Bajo esta idea rectora, sólo es posible conciliar los principios de subsidiariedad, protección inmediata y eficacia, brindando una tutela provisional, destinada a evitar la consumación del hecho invocado como lesivo del derecho fundamental en cuestión, lo cual requiere de una ponderación del derecho invocado como lesionado y las circunstancias que rodean al hecho excepcional (..)"* .

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, a través de su jurisprudencia ha precisado el concepto de perjuicio irremediable, como

30 Tribunal Constitucional de Bolivia (2003). Sentencia emitida en Acción de Amparo Constitucional, con Expediente: 2002-05678-11-RAC. Disponible en https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(cispeayi3qihdetcna5nlntv))/WfrResoluciones.aspx.

31 Tribunal Constitucional de Bolivia (2003). Sentencia emitida en Acción de Amparo Constitucional, con Expediente: 2003-06649-13-RAC. Disponible en https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(cispeayi3qihdetcna5nlntv))/WfrResoluciones.aspx.

elemento básico para la procedencia de la Acción de Tutela como mecanismo de protección transitorio de los derechos fundamentales vulnerados; así en su Sentencia T-225/93, de 15 de junio[32], ha señalado que para determinar la concurrencia del perjuicio irremediable hay que tomar en cuenta la presencia concurrente de tres elementos: la inminencia de los hechos, la urgencia de las medidas y la gravedad de los hechos; desarrollando el contenido de cada uno de los elementos en los siguientes términos:

"El perjuicio ha de ser inminente: 'que amenaza o está por suceder prontamente'. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo.

"Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señalan la oportunidad de la urgencia.

"No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades

32 Corte Constitucional Colombia (2005). Emitida en el Proceso de Tutela, con Expediente: T-7984. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-816-04.htm#:~:text=Nadie%20puede%20ser%20molestado%20en,previamente%20definido%20en%20la%20ley.

públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

"La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social".

5. A manera de conclusión

A manera de conclusión se puede afirmar, sin temor a equivocaciones, que en los Estados contemporáneos los Tribunales Constitucionales se constituyen en los factores esenciales para la convivencia pacífica y la construcción democrática de la sociedad; toda vez que como máximos guardianes y supremos intérpretes de la Constitución, son los eficaces protectores de los derechos humanos y defensores del sistema democrático; pues con su labor cotidiana contribuyen extraordinariamente a la realización de los principios democráticos como el pluralismo, la diferencia y el disenso, la participación ciudadana, la vigencia de los derechos y libertades ciudadanas, el respeto y resguardo de las minorías. Por ello, no puede entenderse un Estado democrático constitucional de Derecho sin una justicia constitucional ejercida por Tribunales o Cortes Constitucionales.

Referencias bibliográficas:

1.- Montesquieu (2010), *Del espíritu de las leyes*, 18ª ed., trad. de Nicolás Estévanez, México, Porrúa.

2.- Fernández Segado, Francisco. "La Justicia Constitucional ante el Siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo - kelseniano", en Tribunal Constitucional (editor). *La Justicia Constitucional en Bolivia 1998–2003*, Sucre– Bolivia. Ed. Kipus.

3.- Kelsen, Hans (2006). *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución*, Trad. Rolando Tamayo Salmorán, Cochabamba – Bolivia, Ed. Kipus.

4.- Favoreu, Louis (1994). *Los Tribunales Constitucionales*, 2ª ed, Barcelona-España, Ed. Ariel.

5.- Bickel, A. (1986), *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven.

6.- Waldron, Jeremy. (2004), *Derecho y Desacuerdos*, Marcial Pons, Barcelona.

7.- Genaro Carrió (1991). "Una defensa condicionada de la Judicial Review", en Carlos Nino *et al., Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

8.- Ernesto Garzón Valdés (2003). "El papel del poder judicial en la transición democrática", en Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez, *La función judicial. Ética y democracia,* Gedisa, Barcelona.

9.- Luigi Ferrajoli (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Trotta, Madrid.

10.- Luigi Ferrajoli (2002). "Pasado y futuro del Estado de derecho", en Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez, *Estado de derecho. Fundamentos y legitimación en América Latina, Siglo XXI.*

11.- Robert Alexy (2005). "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", en *Teoría del discurso y derechos constitucionales,* Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004, Fontamara, México.

12.- Pegoraro, Lucio (2020). Derecho Constitucional Comparado 4. *Sistemas de Justicia Constitucional*, Trad. Manuel Fondevilla Marón, Buenos Aires: Astrea-Torino: G. Giappichelli Editores.

13.- Bagni, Silvia y Nicolini, Mateo (2022). *Justicia constitucional comparada*, Madrid–España: Centro de Estudios Constitucionales.

14.- Fondevilla Marón, Manuel (2021). *Los jueces de la Constitución y del Pueblo,* Coruña – España: Colex.

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ¿PODRÁ SER LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN?*

*Eduardo Andrés Velandia Canosa***

* El presente capítulo de libro hace parte del proyecto de investigación denominado "Desafíos contemporáneos de protección de la persona en el derecho privado y del proceso: derechos humanos, mercado y tecnología", adscrito al Grupo de Investigación en Derecho Privado y del Proceso, perteneciente al Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Universidad Libre, Sede Bogotá, del cual es integrante el autor.

** Presidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; expresidente de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; miembro de las asociaciones Argentina de Derecho Constitucional, Argentina de Justicia Constitucional, Brasileña de Derecho Procesal Constitucional y Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional; excoordinador y profesor de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Libre (Bogotá); profesor del Master en Justicia Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Bolonia (Italia), de las maestrías en Derecho Público de la Universidad Católica de Nuestra Señora de la Asunción, Campus Itapúa (Paraguay), de la Universidad Santo Tomas, de la Universidad Sur Colombiana y, de las maestrías en Derecho Constitucional de la UEES (Ecuador) y de la UPAO (Perú), de la Maestría en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Argentina), de la Maestría en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional de la Universidad Mayor de San Andrés (Bolivia), y de a Maestría en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín; profesor de la Especialización en Derecho Constitucional para la Integración Judicial de la UBA (Argentina) y de la Especialización en Justicia Constitucional de la Universidad de Pisa (Italia), entre otras. eduardoandresvelandiacanosa@acdpc.co.

1. INTRODUCCIÓN

Siguiendo el método científico y basados en métodos cualitativos y cuantitativos, se viene observando la naturaleza subjetiva de la jurisdicción constitucional colombiana, específicamente la acción de tutela, por ser el instrumento más utilizado por los distintos sujetos de derecho y por ser una clara muestra del derrotero que deben seguir los instrumentos de protección de los derechos constitucionales en Colombia y se ha encontrado lo siguiente[1]:

(i) Que la posibilidad de presentar acciones de tutela sin necesidad de estar representados por un abogado titulado, no garantiza la eficacia de los derechos, toda vez que en la mayoría de los casos los accionantes por carecer de conocimientos técnicos no formulan bien sus peticiones o simplemente porque no son titulares de derechos constitucionales. El problema no radica en que la constitución dé esta posibilidad, sino en la ausencia de una verdadera asistencia letrada en el ejercicio del derecho de acción, por un evidente déficit presupuestal o económico que impide que a cada ciudadano que no cuente con los recursos económicos o no crea en el sistema, se le pueda asignar un abogado para que lo asesore en la presentación de dicha acción. Por lo expuesto, no debe olvidarse que la Constitución Colombiana de 1991 consagró en su artículo 86 que cualquier persona natural o jurídica pueda solicitar ante cualquier juez la tutela de sus derechos constitucionales fundamentales.

(ii) Que los jueces que resuelven los casos en sede de instancia, no pertenecen a una jurisdicción especializada, lo cual si se presenta en temas civiles, penales, laborales, de familia o contencioso administrativos, es decir, no son jueces expertos en derecho constitucional, incluso, en ocasiones ni siquiera cuentan con especialización en derecho constitucional o en derecho procesal constitucional, lo cual implica que en conflictos complejos o en casos difíciles no cuentan con los conocimientos necesarios para resolver el conflicto. Esto explica, el por qué la Corte Constitucional colombiana, debe revisar tantos fallos de tutela y actuar como corrector del derecho constitucional.

1 *Cfr. Los 7 pasos del método científico.* https://www.escuelaiberoamericana.com/blog/los-7-pasos-del-metodo-cientifico (consultado el 3 de julio de 2023).

(iii) Se ha congestionado exageradamente la administración de justicia en sede ordinaria y contencioso administrativa, lo cual genera mora judicial en estas áreas, atribuyendo tal congestión al abuso de este mecanismo que garantiza la eficacia de los derechos constitucionales, en especial los derechos fundamentales.

Por lo expuesto y tratando de identificar plenamente el problema, puede preguntarse ¿Qué tecnologías disruptivas permitirán que los accionantes presenten acertadamente sus acciones de tutela y que las mismas sean resueltas acertada y oportunamente por los jueces de instancia?

Se han planteado varias hipótesis a lo largo de la historia, las cuales han terminado construyendo un nuevo modelo de justicia constitucional, los cuales han tenido validez en algunos países en tiempos determinados, pero en esta investigación se considera que la justicia constitucional en la sociedad de la información[2] debe basarse en la inteligencia artificial (en adelante IA), lo que se pretende exponer en la presente investigación.

Precisamente, uno de los desafíos de la justicia constitucional es consolidar la legitimación del juez constitucional[3], por lo que se considera que los modelos híbridos[4], duales o paralelos[5] y múltiples[6], vienen deslegitimando al juez constitucional, como quiera que la jurisdicción constitucional se ejerce en "jurisdicción prestada", toda vez que los procesos de control abstracto de constitucionalidad a nivel local, se tramitan ante

2 HAN, Byung-Chul. *Infocracia: La digitalización y la crisis de la democracia*. Bogotá: Penguin Random House Grupo Editorial, 2022.

3 *Cfr*. BAZÁN, Víctor. "Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica". En ELSNER, Gisela (Editor responsable). *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Tomo I. Año 13. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2007, pág. 37.

4 *Cfr*. VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. "Sistemas y Modelos de Justicia Constitucional en el Derecho Comparado". En MEZZETTI, Luca y VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Coordinadores). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica y Asociación Mundial de Justicia Constitucional, 2017, pág. 30 y ss.

5 *Cfr*. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Derecho procesal constitucional*. Bogotá: Editorial Temis, 2001, pág., 133.

6 Así lo denominó el profesor Luis Gilberto Ortegón en la presentación del libro *Teoría Constitucional del Proceso. Derecho Procesal Constitucional,* en la solemnización de la creación de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, el 24 de febrero de 2009 en la Universidad Libre.

la jurisdicción de lo contencioso administrativo, así como los procesos de tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales por tramitarse ante la jurisdicción ordinaria y de lo contencioso administrativo, lo cual como es lógico, paulatinamente los viene congestionando los despachos judiciales generando mora judicial. En efecto, la causa de la mora judicial se atribuye a las acciones constitucionales o por lo menos, se ha convertido en la coartada perfecta que justifica la falta de jueces, la mediocridad, la negligencia o la impericia.

Tan cierto es lo anterior que incluso magistrados de las altas cortes han propuesto la extinción de la acción de tutela o reducirle su cobertura, por ser en su sentir la causa de la congestión y consecuente morosidad judicial, es decir, han tratado de hacer ver a las acciones constitucionales como la causa de sus males, lo cual puede ser cierto, ya que les han recargado el trabajo con procesos constitucionales que no responden a su especialidad y preparación.

No obstante tal apreciación, debe reiterarse que las acciones y/o procesos constitucionales no deben desaparecer, sino más bien debe entregárseles una "casa propia", es decir, debe dárseles su propia jurisdicción, para evitar que las acciones constitucionales se tramiten en una jurisdicción prestada. Nótese, que el proceso civil, laboral, penal, familia tiene su propia casa (jurisdicción ordinaria en la especialidad civil), al igual que el administrativo (jurisdicción de lo contencioso administrativo) y por lo mismo son bien atendidos los procesos de la correspondiente especialidad, es decir, los reciben funcionarios preparados para ello.

Entre tanto, los procesos constitucionales no tienen su propia casa (jurisdicción), por lo que no son bien recibidos y cuando se presentan problemas como la morosidad judicial, a ellos le achacan todas las culpas. En efecto, resulta curioso que las acciones de tutela se resuelvan acertadamente (por lo menos en un alto porcentaje) y con toda la técnica constitucional sustancial y procesal por el órgano creado como jurisdicción constitucional en el título VIII de la Constitución Política de Colombia de 1991: la Corte Constitucional; entre tanto los fallos de los demás jueces están muy distantes de los proferidos en casa propia (en la verdadera jurisdicción constitucional especializada: la Corte Constitucional). En esta investigación se propone que la jurisdicción constitucional de instancia se base en la IA, con la posibilidad de acceder a dicha jurisdicción también a través de la IA, mientras que la decisión final sí siga basándose en inteligencia humana

(en adelante IH) así: selección de tutelas por Prometea[7] y decisión final o sentencia por IH a través de sus magistrados.

Pero más curioso resulta, que las demás acciones constitucionales nunca llegan a la Corte Constitucional, tal como sucede con la acción de hábeas corpus, popular, de grupo, de cumplimiento e incluso la excepción de inconstitucionalidad (esta última debe corresponder a un incidente de control de constitucionalidad)[8], lo cual sin lugar a dudas esta deslegitimando al juez constitucional y, si no se hace nada al respecto, terminará sacrificándose aquello que nada tiene que ver con el problema: las acciones constitucionales.

No obstante nuestra propuesta, existen otros estudios relacionados con la legitimidad democrática de la justicia constitucional, pero únicamente relacionada con el control judicial de las leyes[9].

Por lo expuesto, tratando de presentar un estado del arte, explicaremos previamente la evolución de la justicia constitucional basada en IH en Latinoamérica y Colombia.

2. JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LATINOAMÉRICA

Es innegable que la Jurisdicción Constitucional en Latinoamérica con elementos concentrados no es extraña y por el contrario crece y avanza, por supuesto con distintas modalidades[10]. La jurisdicción constitucional la podemos clasificar así:

a. La ubicada fuera de las ramas del poder público: Perú, Chile y Guatemala.

---

7 La que hoy selecciona las acciones de tutela en la Corte Constitucional colombiana. Puede consultarse: Rivadeneira, Juan Camilo. Prometea, *Inteligencia artificial para la revisión de tutelas en la Corte Constitucional.* **Ámbito Jurídico, Bogotá: Legis S.A., 2019.** https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/constitucional-y-derechos-humanos/prometea-inteligencia-artificial-para-la (consultado el 3 de julio de 2023).

8 *Cfr.* VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Teoría constitucional del proceso. Derecho procesal constitucional*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2009, pág. 79.

9 *Cfr.* LINARES, Sebastián. *La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

10 *Cfr.* BAZÁN, Víctor. *Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica.* Ob. Cit., pág. 37.

b. La ubicada dentro de la rama judicial con autonomía, a pesar de ejercerse paralelamente a la jurisdicción ordinaria: Colombia y Bolivia.

c. La que hace parte de la Corte Suprema de Justicia, pero como una Sala Constitucional: Venezuela, Costa Rica y Honduras.

d. Cortes Supremas de Justicia, que adquieren funciones de Corte Constitucional: México, Brasil y Argentina[11].

Todos muestran alguna modalidad del sistema concentrado, pero sin atreverse a implementarlo totalmente, tal vez por problemas presupuestales[12], o por la concepción equivocada del juez integral como sucede en Colombia, donde se confunde con un "todero"[13], lo que los lleva a hacer lo que no saben hacer y por lo mismo no pueden hacer lo que sí saben hacer. Adicionalmente, viene creciendo una tendencia que busca implementar sistemas basadas en estadísticas antes que en justicia o calidad del servicio[14].

Ahora, resulta interesante que para el año 2005, el 44% de las constituciones del mundo, consagran un Tribunal o Corte Constitucional[15], sin embargo, no todas le asignan competencias sobre el control concreto de constitucionalidad, razón por la cual expondremos nuestra propuesta, al menos para Colombia.

3. SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

Nos referimos a esta estructura, toda vez que las funciones jurisdiccionales (en lo que tiene que ver con la jurisdicción constitucional), hoy son ejercidas por todos los órganos que integran las distintas jurisdicciones, por la Jurisdicción Especial para la Paz[16], antes por el Consejo Superior

11 *Cfr.* BAZÁN, Víctor. Ibídem, pág. 38.

12 *Cfr.* BAZÁN. Ibídem, pág. 39.

13 Por ejemplo, al juez administrativo, adicionalmente se le asigna el conocimiento de las acciones de tutela, de *hábeas corpus*, populares, de grupo y de cumplimiento.

14 *Cfr.* BAZÁN, Víctor. Ibídem, pág. 41.

15 *Cfr.* LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Ob. Cit, pág. 18.

16 *Cfr.* VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Director Científico). *Derecho procesal constitucional. Garantía Jurisdiccional de la Constitución. Bogotá: VC Editores Ltda. Y Legis, 2018. En especial se sugiere revisar los siguientes capítulos de libro: CUBIDES CÁRDENAS, Jaime Alfonso, et. al. "La incidencia del Control de Convencionalidad (CCV) en la justicia transicional implementada en Colombia", pág. 397-407; CÁRDENAS HERRERA, Anna*

de la Judicatura e incluso por todos los funcionarios que en un momento determinado deben resolver de fondo un asunto sometido a su competencia, tal como un proceso disciplinario o una actuación administrativa, cuando se trate de funcionarios elegidos popularmente[17].

No obstante, un déficit procesal constitucional detectado en Colombia, corresponde a la ausencia o la falta de implementación de un control jurisdiccional a la inconstitucionalidad por omisiones absolutas del legislador, que en algún momento deberá corregirse por vía de implementación constitucional, legal o jurisprudencia, lo cual sin duda alguna requiere profundizar en un verdadero diálogo entre poderes[18].

4. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL BASADA EN IH

En principio se proponía una jurisdicción constitucional basada en IH (en esta investigación la proponemos basada en la IA) de la siguiente manera: propuesta encaminada a la creación de una jurisdicción constitucional especializada basada en IH, que desarrolle a cabalidad un modelo integral de justicia constitucional[19], que respete la supremacía constitucional entendida en clave de bloque de Constitucionalidad[20].

Betty y DÍAZ CASTILLO, Wisman Johan. "Estándares internacionales y regionales para la implementación de la justicia transicional en las sociedades que transiten hacía la paz", pág. 499-516; CUBILLOS POVEDA, Fredy Alonso y VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. "La desaparición forzada de los mecanismos de participación ciudadana en Colombia, tras los Acuerdos de Paz de 2016", pág. 555-574; QUINTERO GÓMEZ, Hugo Ramón y ARTUNDUAGA CÉSPEDES, José Ricardo. "Jurisdicción Especial de Paz para la Fuerza Pública a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos – Caso Colombiano", pág. 611-628, entre otros.

17 *Cfr.* VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Teoría constitucional del proceso. Derecho procesal constitucional*. Ob. Cit., pág. 54.

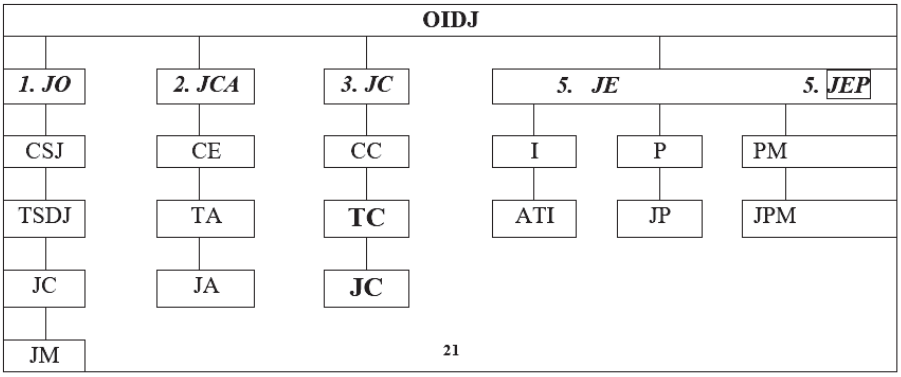
18 *Cfr.* VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. "Diálogo entre Poderes, Judicialización de la Política y el Tribunal Constitucional como Legislador Positivo". En VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Director Científico). *Derecho procesal constitucional. Instrumento Facilitador del Diálogo entre Poderes. Bogotá: VC Editores Ltda., ACDPC, AMJC, Universidad La Gran Colombia y Universidad de Córdoba, 2022, pág. 27-51.*

19 *Cfr*. VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. "Sistemas y Modelos de Justicia Constitucional en el Derecho Comparado". En MEZZETTI, Luca y VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Coordinadores). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica y Asociación Mundial de Justicia Constitucional, 2017, pág. 39 y ss.

20 *Cfr. VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío. "¿Supremacía Constitucional o Convencional? Una controversia defectuosamente concebida". En* VELANDIA CANOSA, Eduardo

La jurisdicción constitucional especializada basada en IH tendría la siguiente estructura:

1. Corte constitucional
2. Tribunales constitucionales
3. Jueces constitucionales



Simplemente se propone agregar desde este punto de vista, los órganos resaltados con negrilla, reiterando, que debe indicarse expresamente que la supremacía de la jurisdicción constitucional, está en cabeza de la Corte Constitucional, lo cual evitará el denominado "choque de trenes", toda vez que, en los asuntos sometidos a esta jurisdicción, las demás entidades o corporaciones, simplemente serían destinatarios de sus decisiones y por lo mismo estarían supeditadas a las mismas. Se considera necesario precisar cada uno de los controles de constitucionalidad para entender la propuesta.

1.1 *Control abstracto de constitucionalidad o Naturaleza Objetiva de la Justicia Constitucional*

Este control de constitucionalidad tiene por objeto verificar que todas las disposiciones de carácter general impersonal y abstracto, respeten

Andrés (Director Científico). *Derecho procesal constitucional. Garantía Jurisdiccional de la Constitución. Bogotá: VC Editores Ltda. Y Legis, 2018, pág. 33-52; Cfr. VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. "Derecho Constitucional Convencionalizado y Justicia Constitucional". En* VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Director Científico). *Derecho procesal constitucional. Bogotá: VC Editores Ltda. y Legis, 2015, pág. 35 y ss.*

la primacía de la Constitución, tal como lo ordena el artículo 4º de la Constitución colombiana de 1991[21].

El planteamiento, en este sentido, está encaminado a la exclusión del control de constitucionalidad por cualquier autoridad diferente a aquellas que hacen parte de la jurisdicción constitucional especializada, ya que la manera de interpretar la Constitución no es la misma que expone en su linaje jurisprudencial la Corte Constitucional, que la sentada por los jueces de lo contencioso administrativo o de la jurisdicción ordinaria.

En efecto, las normas de carácter constitucional presentan un mayor grado de indeterminación que las disposiciones legales, lo cual implica que no puede interpretarse de la misma manera la indeterminación constitucional que la indeterminación legal, lo que exige la creación de criterios propios y diferentes al interpretar la Constitución y precisar su exequibilidad o inexequibilidad[22]. Cuando hablamos de este control, aún no estamos en presencia de un caso particular, ya que el control de este tipo de actos, únicamente debe tramitarse ante el juez constitucional.

1.2 Control de constitucionalidad por vía de excepción

Siguiendo la doctrina italiana acogida por el profesor Héctor Fix-Zamudio, se considera que este control corresponde al implementado por Colombia, el sistema difuso de constitucionalidad. En efecto, cuando un juez, en un caso concreto, decide apartarse de una norma por considerarla inconstitucional, no estamos hablando más que de un "incidente" dentro del proceso, también contemplado como "cuestión prejudicial", ya que otra será la controversia principal[23].

Somos conscientes de que, so pretexto de la implementación de un control concentrado e integral de constitucionalidad, asignado exclusivamente a la jurisdicción constitucional, ningún juez puede vulnerar la Constitución. En efecto,

21 *Cfr*. VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Teoría constitucional del proceso. Derecho procesal constitucional*. Ob. Cit., pág. 78.

22 *Cfr*. FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pág. 22.

23 *Cfr*. FIX ZAMUDIO, Héctor. *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. II Coloquio Iberoamericano de derecho constitucional. Ponencia: "La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad". Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1984, pág. 442. TOBO RODRÍGUEZ, Javier. *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, pág. 159.

cuando un determinando funcionario jurisdiccional observa que una disposición viola dentro de un caso particular la norma de normas, no significa que no pueda hacer nada; esto iría en contra del artículo cuarto superior[24].

Debido a lo anteriormente expuesto, se plantea lo siguiente:

1. Si en un proceso, de oficio o a petición de parte, se plantea la excepción de inconstitucionalidad tal controversia deberá tramitarse como incidente, siguiendo las reglas impersonales de un código general del proceso.
2. El proceso no puede suspenderse por tramitarse el incidente constitucional de la excepción de inconstitucionalidad.
3. El incidente se tramitará ante el juez de conocimiento.
4. Solamente se suspenderá la sentencia, acudiéndose a la figura de la prejudicialidad constitucional.
5. El auto que resuelva el incidente de inconstitucionalidad, será apelable y la segunda instancia la conocerá la jurisdicción constitucional, dependiendo de las competencias que se asignen. Si las partes no apelan y aceptan la decisión del juez de conocimiento, la decisión constitucional quedará en firme, sin que se pueda acudir en ningún otro momento por los mismos hechos ante la jurisdicción constitucional (en acción de tutela por vía de hecho), por hacer tránsito tal decisión a cosa juzgada constitucional y por no haberse agotado todos los mecanismos de defensa judicial.
6. Las competencias que proponemos sobre esta segunda instancia constitucional son:

a. Si se trata de una alta corporación, la segunda instancia será la Corte Constitucional.

b. El tribunal constitucional competente será el del mismo distrito del tribunal que tramita el incidente de inconstitucionalidad.

24 Artículo 4º de la Constitución: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades".

c. Si el incidente de inconstitucionalidad es resuelto por cualquier juez, la segunda instancia será ante la jurisdicción constitucional especializada[25].

El mismo tratamiento debe darse a los procedimientos administrativos o los que ejerzan los organismos de control, toda vez que el debido proceso (y este planteamiento corresponde a la concreción del debido proceso constitucional) se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. En efecto, cualquier excepción de inconstitucionalidad que, valga la precisión, solamente puede aplicarse dentro de un proceso judicial, administrativo, disciplinario o de control, deberá tramitarse como incidente, cuya segunda instancia deberá corresponder a la jurisdicción constitucional, la cual debe ejercer un control concentrado e integral de constitucionalidad[26].

1.3 *Control concreto de constitucionalidad o naturaleza subjetiva de la justicia constitucional.*

Este control de constitucionalidad contrario al abstracto, busca proteger los derechos constitucionales, de conformidad con la competencia asignada por la Constitución, pero en casos concretos, ya que con ese fin se establecieron tales mecanismos procesales.

1.3.1 *De habeas corpus. Consagrada en el artículo 30 de la Constitución Política y reglamentada por la ley 1095 de 2006*[27]*.*

De conformidad con nuestra propuesta, deberá reformarse el artículo 30 de la Constitución, en el sentido de precisar que solamente podría invocarse esta acción ante el juez o tribunal constitucional. Debiendo precisarse en el código procesal constitucional, su competencia y los casos de vacancia judicial, en la cual será competente cualquier juez, así como los promiscuos.

---

25 *Cfr*. VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. "Sistemas y Modelos de Justicia Constitucional en el Derecho Comparado". En MEZZETTI, Luca y VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Coordinadores). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica y Asociación Mundial de Justicia Constitucional, 2017, pág. 45 y ss.

26 *Cfr*. VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Teoría constitucional del proceso. Derecho procesal constitucional*. Ob. Cit., pág. 81.

27 "Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante **cualquier autoridad judicial**, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el habeas corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas".

1.3.2 ***La acción de tutela***. Se regula en el artículo 86 de la Constitución, pero se ha reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, el cual a su vez se ha reglamentado por el Decreto 306 de 1992 y el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, por el Decreto 1382 de 2000, en lo relacionado con las competencias[28].

Igualmente, con la acción anterior deberá reformarse el artículo 86 constitucional, a fin de que se contemple que ella solamente se podrá intentar ante la jurisdicción constitucional, otorgándole al código procesal constitucional su reglamentación sobre la competencia y los eventos de vacancia judicial.

1.3.3 ***Acción de cumplimiento***. Se consagró en la Constitución Política de 1991 en su artículo 87, a su vez reglamentado por la ley 393 de 1997[29].

Nuestro comentario es idéntico al anterior, se debe reformar el citado artículo, a fin de que se indique como autoridad competente a los funcionarios que integran la jurisdicción constitucional. Ahora, debemos pensar en utilizar esta acción, para evitar la inconstitucionalidad por omisión o para controlar los estados permanentes de inconstitucionalidad.

---

28 "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar **ante los jueces**, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".

29 "Toda persona podrá acudir ante **la autoridad judicial** para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo.

En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido".

Sin embargo, deberá crearse la acción de cumplimiento constitucionalidad, con la cual se podría intentar ante la Corte Constitucional, la reglamentación ordenada directamente por la Carta Política o la implementación de aquellos reglamentos que reflejen un adecuado estado de constitucionalidad en casos concretos[30].

1.3.4 ***Acción popular y de grupo***. Incluida constitucionalmente en el artículo 88 y reglamentada por la ley 472 de 1998.

Creemos que estas acciones junto con la de cumplimiento, son las que más merecen ser conocidas por una jurisdicción constitucional, toda vez que la intención del constituyente no se ha reflejado, por tener los jueces que las resuelven un acentuado énfasis civil o administrativo, lo que nos convence en la propuesta que sometemos a la comunidad académica. No se pretende únicamente controlar la mora judicial, sino además pretendemos que estas acciones tengan la óptica constitucional[31].

En la acción popular y de grupo, a diferencia de las anteriormente comentadas, la Constitución no atribuye la competencia a ningún juez; sin embargo, teniendo en cuenta lo expuesto, consideramos pertinente que en el artículo constitucional se incluya que estas acciones corresponderán a la jurisdicción constitucional propuesta. Piénsese en reparaciones por violación a derechos humanos; las sentencias que condenen a indemnizar integralmente a las víctimas, deberán adelantarse ante la jurisdicción constitucional propuesta y mediante la acción de grupo, a fin de que los fallos sean de la misma estirpe que los que profiere la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

30 *Cfr*. VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. "Diálogo entre Poderes, Judicialización de la Política y el Tribunal Constitucional como Legislador Positivo". En VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Director Científico). *Derecho procesal constitucional. Instrumento Facilitador del Diálogo entre Poderes. Bogotá: VC Editores Ltda., ACDPC, AMJC, Universidad La Gran Colombia y Universidad de Córdoba, 2022, pág. 27-51.*

31 "La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos".

1.4 ***Competencia que proponemos***

Debido a lo propuesto, debemos analizar unas nuevas reglas que determinen la competencia en la jurisdicción constitucional concentrada e integral[32].

1.4.1 ***En el control abstracto y excepción de inconstitucionalidad***

1. De la Corte Constitucional. Deben decidir la constitucionalidad así:

1.1 En única instancia:

1.1.1 De los actos legislativos o contentivos de reformas constitucionales.

1.1.2 De las leyes que convocan a referendos o asambleas constituyentes, para reformar la Constitución.

1.1.3 De las leyes.

1.1.4 De los decretos ley.

1.1.5 De las leyes convocatorias a una decisión popular de carácter nacional.

1.2 Es segunda instancia:

1.2.1 En Sala Plena.

1.2.1.1 De las apelaciones contra los decretos reglamentarios de la ley.

1.2.2 En la Sala o Sección de control abstracto.

1.2.2.1 De los procesos asignados al Tribunal Constitucional que versen sobre control abstracto.

1.2.2.2 De los incidentes de excepción constitucional incoados, tramitados y resueltos así:

1.2.2.2.1 Ante cualquier sala o sección de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Consejo Superior de la Judicatura, Tribunal Constitucional.

1.2.2.2.2 Por la Procuraduría General de la Nación en procesos disciplinarios.

1.2.2.2.3 Por la Contraloría General de la República en procesos de responsabilidad fiscal.

1.2.2.2.4 Procesos concretos adelantados ante cualquier superintendencia.

32 *Cfr.* VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Teoría constitucional del proceso. Derecho procesal constitucional*. Ob. Cit., pág. 85.

1.2.2.2.5 En cualquier proceso de jurisdicción coactiva adelantado por una entidad del orden nacional.

1.2.2.2.6 En cualquier proceso que resuelva una situación concreta adelantado en sede gubernativa del orden nacional.

1.2.2.2.7 Procesos adelantados ante la Comisión Nacional de Televisión.

2. De los Tribunales Constitucionales. Deciden la constitucionalidad así[33]:

2.1 En primera instancia:

2.1.1 De los decretos reglamentarios de la ley.

2.1.2 De los actos administrativos generales, impersonales y abstractos de carácter departamental, incluidas las Ordenanzas emanadas de las Asambleas Departamentales, los Decretos expedidos por el gobernador y, en general, por cualquier autoridad departamental del sector central o descentralizado.

2.1.3 De los actos administrativos proferidos en el Distrito Capital por el alcalde mayor, por el Concejo o por entidades distritales de carácter central o descentralizado.

2.1.4 De los actos departamentales o distritales que convoquen al pueblo, a fin de tomar una decisión popular mediante el sufragio, tales como la revocatoria del mandato, un plebiscito o un referendo.

2.2 En segunda instancia:

2.2.1 De la apelación de las decisiones tomadas por el juez constitucional.

2.2.2 De los incidentes de excepción constitucional incoados, tramitados y resueltos, por presentarse ante:

2.2.2.1 Cualquier Consejo Seccional de la Judicatura.

2.2.2.2 Cualquier juez constitucional.

2.2.2.3 La Personería Distrital en procesos disciplinarios.

33 Si se trata del Distrito Judicial de Bogotá o Cundinamarca (si se sigue la estructura operante para la jurisdicción de lo contencioso administrativo), podrá tener la misma estructura de la Corte Constitucional. Los demás podrán implementar la estructura de salas o secciones promiscuas.

2.2.2.4 Cualquier Contraloría departamental o distrital en procesos de responsabilidad fiscal.

2.2.2.5 En cualquier proceso de jurisdicción coactiva adelantado por una entidad del orden departamental.

2.2.2.6 En cualquier proceso que resuelva una situación concreta adelantado en sede gubernativa del orden departamental.

2.2.2.7 De los incidentes de excepción de inconstitucionalidad interpuestos ante cualquier tribunal.

3. Jueces constitucionales o promiscuos[34].

3.1 En primera instancia:

3.1.1 De la constitucionalidad de los actos administrativos de carácter municipal, que no estén atribuidos a los tribunales constitucionales.

3.1.2 De los actos administrativos que convoquen a un plebiscito o referendo municipal.

3.1.3 De los actos administrativos que convoquen al pueblo a tomar una decisión mediante el sufragio, sobre la revocatoria del mandato.

3.2 En Segunda Instancia: los incidentes de excepción constitucional incoados, tramitados y resueltos así:

3.2.1 Ante cualquier juez del circuito o municipal.

3.2.2 En cualquier proceso de jurisdicción coactiva adelantado por una entidad del orden municipal.

3.2.3 En cualquier proceso que resuelva una situación concreta adelantado en sede gubernativa del orden municipal.

3.2.4 Procesos adelantados ante una personería municipal diferente a la de Bogotá.

1.4.2 ***En el control concreto***[35]

1.4.2.1 ***En el habeas corpus***

34 *Cfr.* VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Teoría constitucional del proceso. Derecho procesal constitucional*. Ob. Cit., pág. 89.

35 *Cfr.* VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Teoría constitucional del proceso. Derecho procesal constitucional*. Ob. Cit., pág. 90.

El ciudadano está en libertad de interponerlo ante cualquier juez o tribunal constitucional, siempre que sea competente en el lugar donde se vulnera el derecho fundamental a la libertad. Siempre tendrá segunda instancia, que se tramitará ante el superior jerárquico dentro de la jurisdicción constitucional.

1.4.2.2 ***En la acción de tutela***

1. *Factor territorial que determina la competencia*. Debe conocer el juez con competencia en el lugar donde se amenace o viole el derecho fundamental. En los municipios donde funcionen jueces promiscuos municipales, ellos deberán tramitar la acción de tutela y la segunda instancia la conocerá el juez constitucional, excepto cuando se trata del amparo contra una providencia judicial, evento en el cual, la acción deberá dirigirse directamente ante el juez constitucional.

2. *Factor subjetivo que determina la competencia*. Si la violación del derecho o la amenaza de su violación, provienen de la acción o de la omisión de una autoridad pública del orden municipal o departamental, ya sea del orden central o descentralizado, será competente el juez constitucional o promiscuo municipal. La segunda instancia será del tribunal constitucional.

3. Si la autoridad accionada es el gobernador, alcalde de Bogotá o cualquiera del orden departamental o nacional, del sector central o descentralizado, será el Tribunal Constitucional. La segunda instancia corresponderá a la Corte Constitucional.

4. Si se promueve contra una autoridad judicial seguirá las siguientes reglas:

1.1 Si el accionado es un juez municipal o de circuito, será competente en primera instancia el juez constitucional. La segunda instancia la conocerá el Tribunal Constitucional

1.2 Si el accionado es el Tribunal o uno de sus magistrados, la primera instancia la conocerá el Tribunal constitucional. La Segunda instancia la conocerá una de las salas o secciones de la Corte Constitucional: la destinada a la protección de los derechos fundamentales.

1.3 Cuando el accionado sea una alta corporación, una de sus salas o uno de sus magistrados, el Fiscal General de la Nación conocerá una de las Salas de la Corte Constitucional, en un trámite correspondiente a

una casación constitucional, tal como opera en México con el amparo de casación[36]. La segunda instancia corresponderá a la Sala Plena de la Corte Constitucional.

1.4 Cuando se trate de autoridades administrativas que cumplan funciones jurisdiccionales, se aplicarán las reglas asignadas para las autoridades administrativas.

1.5 *Falta de competencia*. En este evento deberá remitirse el expediente al que se crea competente en un término no superior a tres días.

1.6 *Conflictos de competencia*. Lo resolverá el superior funcional en un término no superior a cinco días.

1.7 El término debe contarse desde que se radica en el despacho correspondiente la acción de tutela[37].

1.4.2.3 ***En la acción de cumplimiento***

1. El juez constitucional debe conocer de las pretensiones relacionadas con el cumplimiento de normas o actos administrativos de carácter municipal. La segunda instancia corresponderá al Tribunal Constitucional.

2. El Tribunal Constitucional conoce en primera instancia de las pretensiones relacionadas con el cumplimiento de disposiciones o actos administrativos de carácter departamental. La segunda instancia corresponderá a una de las salas o secciones de la Corte Constitucional.

3. Una de las salas o secciones de la Corte Constitucional conocerá en primera instancia de las pretensiones encaminadas a obtener el cumplimiento de una norma o acto administrativo de carácter nacional. La segunda instancia será de competencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional.

1.4.2.4 ***En la acción popular***

36 *Cfr*. TOCORA, Luis Fernando. Control constitucional y derechos humanos. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1992, pág. 97 y 99, pág. 108.

37 *Cfr*. PARRA GUZMÁN, Mario Fernando y VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2000, pág. 100.

1. El juez constitucional debe conocer en primera instancia de los hechos que vulneren o amenacen los derechos constitucionales de carácter colectivo o difuso vulnerados por las autoridades del orden municipal demandadas. La segunda instancia la conocerá el Tribunal Constitucional.

2. Si el derecho colectivo o difuso es vulnerado o amenazado por una autoridad demandada del orden departamental, la primera instancia se debe tramitar ante el tribunal constitucional. La segunda instancia ante una de las salas o secciones de la Corte Constitucional.

3. Si se trata de la violación o amenaza de un derecho colectivo o difuso por una autoridad demandada del orden nacional, conocerá una de las salas o secciones de la Corte Constitucional. La Sala Plena de la Corte Constitucional conocerá en segunda instancia, con el cumplimiento de los requisitos de un recurso extraordinario de casación constitucional, previa precisión de unas taxativas.

Si son varias autoridades las demandadas, la acción se incoará ante el juez que sea competente para conocer de una demanda contra la autoridad de más alto nivel.

1.4.2.5 ***En la acción de grupo***

Debe tenerse en cuenta que, si la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede condenar a indemnizar perjuicios, igualmente lo puede hacer el órgano judicial que haga parte de la jurisdicción constitucional.

1. Si la demanda se dirige contra una autoridad municipal, el competente será el juez constitucional y la segunda instancia corresponderá al Tribunal Constitucional.

2. Si se dirige la demanda contra una autoridad del orden departamental, el competente será el Tribunal Constitucional y la segunda instancia debe corresponder a una de las salas o secciones de la Corte Constitucional.

3. Cuando se trata de una demanda contra alguna autoridad del orden nacional, la competencia corresponderá a una de las salas o secciones de la Corte Constitucional y la apelación se tramitará ante la Sala Plena de la Corte Constitucional, con el cumplimiento de los requisitos exigidos.

1.5 ***Estructura que proponemos***[38]

38 *Cfr.* VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Teoría constitucional del proceso. Derecho procesal constitucional. Ob. Cit., pág. 94.*

1.5.1 ***La Corte Constitucional deberá conformarse así:***

En tres secciones, cada una integrada por tres magistrados, quienes conocerán de los asuntos sometidos a su trámite en instancia.

La primera conocerá todo lo relacionado con el control abstracto de constitucionalidad y de la acción de cumplimiento.

La segunda conocerá de la acción constitucional de la libertad (acciones de tutela y de *habeas corpus)*.

La tercera conocerá de las acciones populares y de grupo.

La sala plena integrada por todos los magistrados, conocerá de la segunda instancia de los asuntos decididos por una de las citadas salas o secciones. También conocerá de un recurso extraordinario de casación constitucional. Ahora, para que la Sala Plena pueda decidir sin el riesgo de un empate, deberá en esta segunda instancia o en la casación constitucional integrarla con un conjuez, de tal manera que se garantice la conformación de una sala impar.

1.5.2 ***El Tribunal Constitucional***

También lo deben conformar tres secciones, que conocerían de las mismas competencias de la Corte Constitucional, por lo menos en Bogotá y Cundinamarca.

En los demás tribunales se podrán crear secciones mixtas o promiscuas, dependiendo del volumen de procesos. Esto lo debe reglamentar un código procesal constitucional.

1.5.3 ***El juez constitucional o promiscuo***

Al igual que los órganos superiores, deberán distribuirse equitativamente en las tres secciones, de tal manera que se estructure una competencia funcional. Así mismo, podrán existir jueces constitucionales promiscuos o que conozcan de las competencias asignadas a dos secciones, según las necesidades en la prestación del servicio[39].

39 *Cfr. VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. Ibídem, pág. 81.*

5. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL BASADA EN IA[40]

Una jurisdicción constitucional basada en IA podría tener varios elementos similares al sistema de jurísdicción constitucional. Esto podría incluir leyes, precedentes judiciales, tratados internacionales, informes gubernamentales y otras fuentes de información relacionadas con la interpretación y aplicación de la Constitución.

(ii) Algoritmos de razonamiento jurídico: la IA podría utilizar algoritmos de razonamiento para analizar y aplicar los principios constitucionales en casos específicos. Estos algoritmos podrían basarse en reglas y principios legales establecidos, así como en técnicas de aprendizaje automático para identificar patrones y precedentes relevantes.

(iii) Acceso a la justicia: la jurisdicción constitucional basada en IA podría utilizar sistemas de asistencia legal virtual para brindar a las personas acceso a la justicia. Esto podría implicar chatbots, aplicaciones o interfaces de voz que ayuden a las personas a entender sus derechos constitucionales, presentar demandas o recursos y obtener orientación legal básica. De hecho, desde la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y el grupo de investigación, se viene trabajando en una aplicación gratuita que brinde la asesoría legal necesaria a cualquier persona.

(iv) Procesamiento de casos y toma de decisiones: La IA podría ayudar en el procesamiento eficiente de casos constitucionales, revisando la documentación pertinente, identificando problemas jurídicos clave y revelando resúmenes y análisis automatizados. Además, podría colaborar en la toma de decisiones al proporcionar recomendaciones basadas en precedentes y análisis legales.

(v) Transparencia y explicabilidad: Para garantizar la transparencia y la confianza en el sistema de inteligencia artificial, sería necesario que este fuera capaz de explicar el razonamiento detrás de sus decisiones. Los algoritmos utilizados deben ser transparentes y estar

40 Cuando se trata de construir un sistema basado en IA, lo mínimo que debe hacer el autor es dialogar con ella, lo cual hemos realizado previamente en esta investigación. En efecto, este acápite ha sido elaborado con la ayuda de varios mecanismos de IA, tales como Chat GPT.

sujetos a revisión por parte de expertos y de la comunidad jurídica en general, lo que se conoce como Sistema Jurídicos Expertos (SJE)[41].

(vi) Actualización y aprendizaje continuo: La IA debe ser capaz de actualizarse constantemente a medida que se desarrollen nuevas leyes y se generen nuevos precedentes constitucionales. Además, el sistema podría aprender de las decisiones judiciales y los comentarios de los usuarios para mejorar su desempeño y precisión con el tiempo.

Es importante destacar que esta descripción es hipotética y está sujeta a consideraciones éticas, legales y prácticas. La implementación de una jurisdicción constitucional basada en IA requiere un cuidadoso diseño y una evaluación rigurosa para garantizar su eficacia, imparcialidad y cumplimiento de los principios constitucionales.

En este orden de ideas, es necesario precisar que en 2020 la Corte Constitucional colombiana publicó[42]:

> "Como parte de un proyecto de investigación en el desarrollo de tecnología para la justicia adaptada a la realidad local, nace **PRETORIA**. Este es un sistema que se integra al ecosistema de soluciones digitales que apoyará y optimizará el proceso de selección, análisis y estructuración de las sentencias de tutela para revisión de la Corte Constitucional. Es el resultado de un proceso de liderazgo transformacional, centrado en la transparencia, la independencia y la innovación, que propende por la **seguridad jurídica y la protección de los derechos fundamentales**.
>
> Durante la rueda de prensa se presentó el proceso que existió detrás del desarrollo de **PRETORIA** y las funcionalidades de la herramienta que apoyarán la selección de tutelas. La plataforma cuyo nombre se inspira en el auxiliar de la justicia romana "Pretor", podrá agrupar, analizar y clasificar infomación de más de 2.500 sentencias diarias que recibe la Corte, organizándolas por casos similares y criterios

41 *Cfr. HERNÁNDEZ, Carlos Arturo y PINEDA PRIETO, María Camila. "Sistemas Jurídicos Expertos". En HERNÁNDEZ, Carlos Arturo (Editor Académico). Elementos de Derecho Digital. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2023, pp. 85-105.*

42 Corte Constitucional: PatrorIA: https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?PRETORIA,-un-ejemplo-de-incorporaci%C3%B3n-de-tecnolog%C3%A-Das-de-punta-en-el-sector-justicia-8970 (consultado el 3 de julio de 2023).

priorizados por la Corporación, para que ésta pueda identificar los casos más relevantes en su función de fortalecer el precedente judicial y garantizar en última instancia la justicia material.

Pretoria modernizará y revolucionará el proceso de selección de expedientes a través de tres funciones: **Búsqueda,** que permite ubicar información de interés para la selección de las sentencias. **Categorización** según criterios relevantes para la Corte Constitucional. Y finalmente **Estadísticas,** Pretoria produce líneas de tiempo y gráficos para tener una visión holística e integral sobre la tutela. Los criterios de categorización y la generación de estadísticas estarán disponibles inicialmente para las sentencias de salud.

PRETORIA permitirá disminuir los tiempos de análisis y clasificación de la información con grandes niveles de fiabilidad. Mientras una persona tarda al menos un día para leer 30 expedientes y encontrar el criterio o prioridad definida por el despacho, el sistema puede procesar las sentencias en medio digital en menos de 2 minutos y arrojar las características y criterios claves de las sentencias, lo que facilitará el análisis de la información para aplicar los criterios de selección. En suma, este revolucionario sistema de información digital amplía las capacidades de conocimiento del juez, **sin reemplazarlo**.

Adicionalmente, la Corte Constitucional contará con información de interés, con carácter estadístico sobre problemáticas ciudadanas, evidenciadas en las acciones de tutela, garantizando la justicia material, la protección y promoción de los derechos fundamentales de los ciudadanos, gracias a la visión integral que la herramienta genera.

El magistrado Rojas puntualizó que Pretoria hace parte de un ecosistema de trabajo virtual que está desarrollando la Corte para dar un giro en la forma en la que se tramitan los cerca de **620.242** expedientes de tutela que se reciben anualmente en promedio. Su fase de implementación se facilitará con la remisión electrónica de expedientes, que por decisión de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura comenzará a realizarse a partir del próximo 31 de julio.

Una alianza público-privada por el fortalecimiento de la justicia soportado en tecnología y valores

Pretoria es el resultado de un trabajo de transferencia de conocimiento y desarrollo de una solución innovadora, enmarcado en un liderazgo colaborativo entre el sector justicia, en cabeza de la Corte Constitucional, con la participación del Consejo Superior de la Judicatura, y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial; la academia con la Universidad del Rosario y la Universidad de Buenos Aires, quienes apoyaron un proceso de investigación para la conceptualización de este proyecto; el sector institucional del país con la Cámara de Comercio de Bogotá, Cafam, Colsubsidio y la Corporación Excelencia Justicia; y el sector privado con Bancolombia, Corferias, Corona, Davivienda, Ecopetrol, Enel, Legis, Terpel en su compromiso con la Responsabilidad Social Empresarial[43]".

5.1 Acceso a la justicia apoyado en IA

Se ha considerado en el equipo de trabajo, que esta problemática se soluciona incorporando a la IA como actor fundamental en el acceso a la justicia constitucional, lo cual se desarrollará en una primera etapa y luego implementando una verdadera jurisdicción constitucional basada en una IA.

Se está trabajando en la ACDPC para crear una aplicación gratuita que podrá descargarse en cualquier celular o computador, basada en algoritmos entrenados para que dicha IA realice directamente la petición de tutela simplemente a partir de un video que grave el afectado, una fotografía, un mensaje de voz o el diligenciamiento de un formulario. Elaborada la petición en el formato exigido por el Decreto 2591 de 1991, la aplicación indicará a través de un lenguaje semafórico, donde se cumple a cabalidad con la exigencia legal (color verde), donde deben realizarse ajustes (color amarillo) y cuando no se cumple con la exigencia legal o constitucional (color rojo).

Lo anterior permitirá al usuario (i) tomar la decisión de presentar o no la acción de tutela o si hace los ajustes sugeridos. Esto sin lugar a dudas también beneficiará a la administración de justicia, toda vez que, si

43 Dejamos la cita textual en su integridad, porque la información allí contenida muestra la necesidad y las bondades de contar con una verdadera jurisdicción constitucional basada en inteligencia artificial. *Cfr*. HERNANDÉZ, Carlos Arturo. Ibidem, p. 92-97.

alguien ve que el mensaje semafórico es rojo, le indicará que la acción no tiene posibilidad de éxito y si está en amarillo, le indicará un alto riesgo de errar en la petición, es decir, la IA valorará el riesgo.

Esto llenará el vacío, de falta de asistencia legal que se evidencia en la mayoría de los casos, pero la aplicación dará dos posibilidades adicionales:

(i) Que se remita el proyecto de petición de tutela directamente al accionado o la persona que se señala como aquel que viola o amenaza el derecho fundamental con el mensaje semafórico antes indicado. Si la parte pasiva o demandada ve una aprobación resaltada con color verde, preliminarmente le indicará que, si se radica la acción ante la jurisdicción, la mismo prosperará y terminará perdiendo la acción con las consecuencias legales que ello implica, lo que le sugerirá que es mejor transar el pleito, cumplir con lo solicitado o simplemente, solucionar de mutuo acuerdo las diferencias. Esta opción será gratuita, porque en la mayoría de los casos la parte accionante es la parte débil del conflicto.

(ii) Se creará un simulador de fallo o sentencia, que proyectará la decisión final. Esta opción si podrá tener un costo moderado que permita cubrir su alimentación y entrenamiento, ya que el solo mantenimiento genera gastos. Este se cobra porque en principio es la opción que se le da a la parte dominante en el conflicto de intereses, la cual podrá acogerla o consultarla con su abogado de confianza; opción que también podrá tener la parte accionante, pero como aclaramos, desde el inicio se le indicará semafóricamente si tiene opción de prosperar su reclamación.

Esa combinación de algoritmos que entrenará permanentemente un equipo legal, basada en normas constitucionales, legales y jurisprudencia vinculante, se complementará con el *machine learning*, toda vez que se programarán para que aprendan por sí mismos y con el tiempo realicen estas funciones de manera autónoma.

En todo caso, se seguirá dejando la opción de que se acceda a la justicia constitucional con el apoyo de un abogado o directamente como lo contempla la Constitución; solamente se propone un avance tecnológico que con seguridad será disruptivo en la medida que tengamos la confianza derivada de su eficacia.

Ahora, para crear una aplicación basada en IA capaz de redactar una acción de tutela a partir de un mensaje de texto, video o relato utilizando Machine Learning o aprendizaje automático, puede seguir los siguientes pasos:

1. **Recopilación y preparación de datos**: se necesita recopilar un conjunto de datos que contenga ejemplos de acciones de tutela junto con los mensajes de texto, videos o relatos correspondientes. Estos datos deben ser etiquetados correctamente, es decir, cada acción de tutela debe estar asociada con su mensaje de entrada correspondiente.
2. **Preprocesamiento del texto**: el preprocesamiento del texto es una etapa importante para limpiar y normalizar los datos. Puede realizar tareas como tokenización, eliminación de stopwords (palabras comunes sin significado) y lematización (reducción de palabras a su forma base) para estandarizar el texto.
3. **Extracción de características**: a continuación, se debe extraer características relevantes de los mensajes de texto, videos o relatos. Pueden utilizarse técnicas como la representación de bolsa de palabras (bag-of-words), incrustaciones de palabras (como Word2Vec o GloVe) o redes neuronales convolucionales (CNN) para capturar la información importante.
4. **Diseño y entrenamiento del modelo de Machine Learning**: una vez se selecciona un modelo de Machine Learning adecuado para la tarea, como una red neuronal recurrente (RNN) o un modelo de lenguaje transformer, se define la arquitectura del modelo y se entrena utilizando los datos recopilados y las características extraídas. Durante el entrenamiento, el modelo aprenderá a asociar los mensajes de entrada con las acciones de tutela correspondientes.
5. **Evaluación y ajuste del modelo**: debe evaluarse el rendimiento del modelo utilizando métricas apropiadas, como precisión y recordación. Si el rendimiento no es satisfactorio, puede ajustar los hiperparámetros del modelo, recopilar más datos o realizar técnicas de regularización para mejorar los resultados.
6. **Desarrollo de la aplicación**: cuando se haya podido alterar y evaluar tu modelo, se puede desarrollar la aplicación en la plataforma que se elija. Esto implica la implementación de la interfaz de usuario

y la integración del modelo de Machine Learning para recibir los mensajes de texto, videos o relatos de los usuarios, pasarlos a través del modelo y generar la acción de tutela correspondiente.

7. **Pruebas y mejora continua**: deben realizarse pruebas exhaustivas de la aplicación para asegurar que funciona correctamente y genera resultados precisos. Deben recopilarse los comentarios de los usuarios y realizarse las mejoras iterativas para optimizar el rendimiento y la experiencia del usuario.

Debe tenerse presente que el desarrollo de una aplicación basada en IA requiere conocimientos avanzados de Machine Learning y programación. Es importante considerar también los aspectos éticos y legales relacionados con el uso de la IA en el ámbito jurídico.

1.1 implementación de una jurisdicción constitucional basada en IA

La simulación de los fallos o sentencias de tutela, permitirá a la IA irse entrenando para que posteriormente los estados puedan adquirir esta tecnología que significará una economía indiscutible en la administración de justicia, pero, sobre todo, obtener mejores decisiones en la justicia constitucional[44].

La IA que se propone, se seguirá basando en la normatividad vigente, es decir, los fallos se seguirán profiriendo en la primera instancia en el término de 10 días y será de la siguiente manera:

1.1.1 Primera instancia basada en IA

Solicitud de tutela: será la presentación de la petición, la cual como se indicó anteriormente, la remitirá la aplicación la cual encriptará directamente en la plataforma de IA que se implemente. A partir del día siguiente empieza a contar el término de 10 días hábiles para resolver de fondo.

Admisión: la jurisdicción constitucional basada en IA determinará si se avoca o no el asunto (es posible que existan casos donde no se pueda avocar el conocimiento, porque como se advirtió, en ningún caso se elimina la posibilidad de acceder a esta justicia con el apoyo de abogado o directamente, ya que así lo permite la Constitución). Debe ocurrir el día uno, dentro del término de 10 días.

44 *Cfr.* Op. Cit., p. 93 y 94: ver las experiencias de Prometea y PretorIA.

Si se avoca el conocimiento, la IA tomará las siguientes decisiones: (i) determina que se avoca el conocimiento, es decir, que se ha iniciado formalmente el proceso constitucional; (ii) determinará que pruebas tendrá en cuenta y la manera de recaudarlas; (iii) si se toma una decisión provisional; y (iv) la manera cómo ha de notificarse el auto admisorio.

Notificación del auto admisorio: la propia IA lo hará por el mecanismo más eficaz que figure en las bases de datos, aplicando la Big Data y la tecnología 5G (se considera esté vigente al momento de la implementación del proyecto). El mecanismo más eficaz puede ser el correo electrónico, WhatsApp, correo físico o la tecnología más aplicable al caso. Debe ocurrir el día dos.

Derecho de defensa: en esta etapa la parte pasiva puede hacer uso de su derecho o defenderse o contradecir las pruebas que se alleguen en su contra. Ocurrirá entre los días tres, cuatro y cinco.

Decreto de pruebas solicitadas por el accionado o las que de oficio se consideren pertinentes: si se requiere practicar pruebas adicionales a las documentales que obran en el proceso, la IA las decretará. Pasará entre los días seis al nueve.

Fallo o sentencia: la IA dictará la decisión definitiva de primera instancia, máximo el día décimo, contado a partir del día siguiente al de la solicitud de tutela.

Notificación del fallo: la IA lo hará al día siguiente a aquel en el cual se profirió el fallo y debe ser mediante el mecanismo más eficaz, tal como se indicó anteriormente.

Impugnación del fallo: la parte desfavorecida con la decisión, podrá dentro del término de tres días impugnar dicha decisión, con lo cual se abre una etapa con la cual se puede argumentar en contra de la decisión tomada por la IA en primera instancia, de tal suerte que se existe algún error, se pueda poner de presente e iniciar una nueva argumentación y/o discusión que se podrá corregir en el fallo de segunda instancia, que también podrá ser proferido por la IA.

1.1.2 Segunda instancia basada en IA

Admisión de la impugnación: el juez de segunda instancia basado en IA avocará el conocimiento de dicha instancia y cuando se requiera, decretará pruebas adicionales. En esta etapa las partes podrán pronunciarse sobre el recurso dentro de los tres días siguientes.

Fallo de segunda instancia: una vez practicadas las pruebas si ello fuese necesario, el juez debe proferir la decisión de segunda instancia, máximo en el

término de 20 días contados a partir del día siguiente al del vencimiento del término para impugnar el fallo de primera instancia.

1.1.3 Eventual revisión por la Corte Constitucional basada en inteligencia humana

Envío del expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión: todos los fallos de tutela deben remitirse a la Corte Constitucional, pero esta solo deberá revisar los siguientes casos, lo cual lo podrá definir la IA basada en PetrorIA y/o Prometea[45]*: (i) cuando el asunto no tenga precedente constitucional vinculante emanado de la Corte Constitucional; (ii) cuando existiendo precedente constitucional vinculante proferido por la Corte Constitucional, el mismo no se cumple por la IA; y, (iii) cuando existiendo precedente constitucional vinculante que proviene de la Corte Constitucional y el mismo se cumple por la IA, pero debe cambiarse por ser contrario a la Constitución.*

1. Pregunta de investigación e innovación

Para demostrar la hipótesis establecida en la primera fase, debe averiguarse cómo se debe programar la combinación de algoritmos para que la IA pueda organizar una petición de tutela acorde a las reglas legales establecidas y a los hechos reales, con base en los cuales se pueda proyectar un fallo.

Ahora, para la segunda fase debe establecerse cómo se debe programar la combinación de algoritmos para que la IA pueda tramitar el proceso constitucional de tutela a partir de la petición y concluyendo con una sentencia de fondo acorde a la Constitución, la ley y la jurisprudencia y determinando en qué casos el fallo se debe revisar por la Corte Constitucional.

2. Objetivo General de Investigación e Innovación

Para la primera fase el objetivo general debe ser el siguiente: desarrollar la combinación de algoritmos para que la IA pueda organizar una petición de tutela de conformidad con los hechos del caso real, acorde con las reglas legales establecidas y con base en ello, se pueda proyectar un fallo definitivo.

Objetivo general para la segunda fase: programar una combinación algorítmica para que la IA pueda tramitar el proceso constitucional de tutela

45 Ob Cit., p. 93 y 94.

a partir de la petición, concluyendo con una sentencia de fondo acorde a la Constitución, la ley y la jurisprudencia y determinando en qué casos el fallo se debe revisar por la Corte Constitucional.

3. Objetivos específicos de la Investigación e Innovación

Con estos objetivos pretendemos establecer, que preguntas debemos resolver para concretar el presente proyecto de innovación.

1. Establecer los derechos fundamentales que pueden ser objeto de tutela y como programarlos algorítmicamente.
2. Precisar el procedimiento establecido para tramitar una acción de tutela desde la petición hasta el fallo definitivo.
3. Determinar la jurisprudencia constitucional vinculante relacionada con los derechos fundamentales.
4. Desarrollar los algoritmos necesarios para poder presentar una petición de tutela, su traslado a la contraparte, su radicación ante la jurisdicción, procedimiento por las distintas etapas procesales hasta el fallo definitivo.
5. Crear una aplicación jurídica que sugiera a través de la IA las distintas variables que pueda tener una petición de tutela.
6. Diseñar a partir de la IA las indicaciones a través del *Machine Learning* o aprendizaje automático, las condiciones necesarias para que la aplicación aprenda de manera autónoma a realizar acciones sin necesidad de ser programados.

Una jurisdicción constitucional basada en IA sería un sistema en el que las decisiones judiciales y la interpretación de la Constitución se basarían en el uso de algoritmos y técnicas de IA. Aunque es un concepto innovador y futurista, todavía hay muchos desafíos y consideraciones éticas que deben abordarse antes de implementar un sistema de este tipo. Aquí hay algunos aspectos a tener en cuenta:

Recopilación y procesamiento de datos: La IA se basa en el análisis de grandes cantidades de datos. En el caso de una jurisdicción constitucional, esto implicaría recopilar y procesar todas las decisiones judiciales anteriores, así como otros datos relevantes, como jurisprudencia, leyes y tratados internacionales. Estos datos se utilizarán para entrenar los

algoritmos de inteligencia artificial y generar patrones y predicciones sobre cómo se resolverán los casos futuros.

Neutralidad y transparencia algorítmica: Es fundamental garantizar que los algoritmos utilizados en la jurisdicción constitucional sean neutrales, imparciales y estén libres de sesgos. Los algoritmos deben diseñarse y probarse cuidadosamente para evitar cualquier tipo de discriminación o injusticia. Además, se requiere transparencia algorítmica, es decir, que los ciudadanos pueden comprender cómo funciona el sistema y cómo se toman las decisiones.

Participación humana y control judicial: Aunque la IA podría ayudar en la toma de decisiones, es importante destacar que los seres humanos deben tener un papel central en el proceso. Los jueces y expertos legales serán responsables de supervisar y controlar el funcionamiento de la inteligencia artificial, así como de garantizar que se cumplan los principios constitucionales y los derechos fundamentales.

Adaptabilidad y flexibilidad: La interpretación constitucional a menudo implica una evaluación contextual y flexible de los derechos y principios. La IA puede tener dificultades para comprender y aplicar conceptos abstractos o situaciones excepcionales. Por lo tanto, sería necesario diseñar un sistema que permita la adaptabilidad y la incorporación de nuevas interpretaciones a medida que evolucione el pensamiento jurídico y social.

Responsabilidad y rendición de cuentas: En un sistema basado en IA, es importante establecer mecanismos claros de responsabilidad y rendición de cuentas. Esto incluiría la posibilidad de revisar y apelar las decisiones tomadas por los algoritmos, así como garantizar que cualquier error o sesgo pueda ser identificado y corregido.

En conclusión, una jurisdicción constitucional basada en IA podría ofrecer beneficios potenciales, como una mayor eficiencia en la toma de decisiones y una mayor consistencia en la aplicación de la ley. Sin embargo, también plantea desafíos importantes en términos de ética, derechos fundamentales y el papel de los seres humanos en el sistema judicial. Por lo tanto, es crucial un debate amplio y cuidadoso antes de considerar su implementación a gran escala.

Bogotá, julio de 2023

EL PRECEDENTE VINCULANTE EN MATERIA CONSTITUCIONAL Y SU TRATAMIENTO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

*Luis R. Sáenz Dávalos**

I). CONSIDERACIONES GENERALES

La introducción del precedente vinculante como técnica jurisprudencial pasible de utilizarse en el ámbito estrictamente constitucional ha dado lugar a innumerables estudios en nuestro medio[1]. Su

* Asesor de Despacho en el Tribunal Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Academia de la Magistratura. Miembro Ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

1 Carpio Marcos, Edgar & Grández Castro, Pedro P. (Coordinadores).- *El Precedente Constitucional (2005-2006) Sentencias, Sumillas e Índices; Palestra Editores; Primera Edición; Lima 2007; Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy.- "El precedente constitucional: sus alcances y ventajas, los riesgos de no respetarlo o de usarse en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana"; Estudios Constitucionales; Universidad de Talca; N° 1; Año 4; 2006; Velezmoro Pinto, Fernando.- Precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional; Editora Jurídica Grijley; Lima 2007; Castillo Córdova, Luis.- La jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional; Universidad de Piura; Repositorio Institucional Pirhua; Perú 2008; Quiroga León, Aníbal & Chiabra Valera, María Cristina.- El Derecho Procesal Constitucional y los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional; APECC; Lima 2009; Castañeda Otsu, Susana (Directora).- Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional; Editora Jurídica Grijley; Lima 2010; Peña Gonzales, Oscar (Coordinador).- Los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional; APECC; Primera Edición; Lima 2012; Tupayachi Sotomayor, Jhonny (Compilador).- El Precedente*

recepción primigenia por conducto del Código Procesal Constitucional del año 2004 y su más reciente ratificación en el marco de lo establecido en el Nuevo Código Procesal Constitucional del año 2021, ha permitido espacios de análisis bastante detallados tanto desde la perspectiva teórica de lo que representa, como desde la práctica que se le ha ofrecido a nivel jurisprudencial.

Sin embargo y a pesar de los innumerables esfuerzos de aproximación que existen en torno del mismo, siguen siendo recurrentes los debates sobre diversos tópicos que dicho instituto plantea, apreciándose en las más de las veces más de una postura y no pocas interrogantes. Ello de alguna manera justifica retomar las reflexiones[2], tanto más en el marco de algunos cambios o variantes introducidas por la más reciente normativa procesal constitucional.

Como veremos a continuación, hay cosas en las que se observan ciertos avances, pero otras tantas en las que ni la legislación ni tampoco la jurisprudencia otorgan respuestas del todo satisfactorias. En este contexto y en la medida que el precedente continúa en un proceso de constante depuración o continuo perfeccionamiento, se explican las líneas que siguen y que, como veremos a continuación, ratifican varias de las cosas que sostuvimos en el pasado y otras tantas que se nos antojan como inevitablemente necesarias vista la importancia del citado instrumento jurisprudencial.

Constitucional Vinculante en el Perú (Análisis y Doctrina Comparada); Adrus Editores; 2° Edición; Lima 2014; Dyer Cruzado, Edward.- El precedente constitucional. Análisis cultural del Derecho; Ara Editores; Lima 2015; Especial: La fuerza vinculante del precedente constitucional; Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional; Tomo 97; Lima, Enero del 2016; Págs. 15-54; Morales Saravia, Francisco.- Los precedentes vinculantes y su aplicación por el TC; Gaceta Jurídica; Lima 2017; Ruíz Riquero, José Humberto.- La teoría del precedente vinculante y la argumentación interpretativa constitucional de la jurisprudencia; Editorial Grijley; Lima 2021; García Belaunde, Domingo.- "Los orígenes del precedente constitucional en el Perú"; Revista Peruana de Derecho Constitucional (Constitución y Naturaleza); N° 13; Centro de Estudios Constitucionales; Tribunal Constitucional; Lima 2021.

2 En esta perspectiva, la presente ponencia constituye una actualización del trabajo que en su día publicamos en el contexto del Código Procesal Constitucional del año 2004. Cfr. Sáenz Dávalos, Luis R.- "El camino del precedente constitucional vinculante"; *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional;* N° 83; Lima 2014; Págs. 25 y ss.

II). SIGNIFICADO Y CARACTERÍSTICAS DEL PRECEDENTE VINCULANTE

El precedente, como es bien sabido, es una creación típica del *common law* donde el protagonismo lo tiene la jurisprudencia y en donde, por consiguiente, se hace propicio el reconocimiento y consolidación de técnicas orientadas a fortalecerla.

Naturalmente y aun cuando pueda hablarse de un precedente originario, propio de aquellos países donde se le ha venido desarrollando de una manera constante o consolidada, ello no significa que dicha figura no pueda ser adaptada a otro tipo de modelos jurídicos. Es lo que ocurre con el Perú, que a pesar de pertenecer a una familia jurídica distinta (*civil law*) hemos optado por importarlo en la lógica de utilizarlo para propósitos en provecho de la Justicia, en particular, la de carácter constitucional.

En ese proceso de adaptación, ciertamente, es posible apreciar aspectos positivos, pero también aspectos de suyo polémicos, que conviene dejar anotados, así sea brevemente. Puede que nuestro ordenamiento jurídico haya hecho bien en recoger el precedente como instrumento, pero puede que en el proceso de desarrollo que le ha otorgado, no siempre haya tenido todas a su favor. Se hace necesario bajo tales circunstancias, adentrarnos en una descripción del precedente en la manera como lo hemos venido concibiendo. Solo así es que podremos extraer conclusiones más o menos certeras sobre la utilidad de dicho instituto.

En términos generales podríamos definir al precedente como una regla o conjunto de reglas de derecho jurisprudencialmente creadas por un órgano especial. Estas reglas no solo asumen un determinado grado de obligatoriedad (efecto vinculante) sino que su reconocimiento nace a la luz de un caso concreto que es el que normalmente les otorga soporte, no solo en atención a sus particularidades sino y por sobre todo, en atención a su trascendencia.

De esta breve aproximación conceptual es posible inferir algunas características o rasgos distintivos del precedente vinculante.

a). Lo elabora un órgano jurisdiccional especial

El precedente es una técnica, que al igual como ocurre con la legislación, deriva de una típica función creadora. Esta última, sin embargo, se encuen-

tra vinculada no al órgano tradicionalmente revestido de competencias legislativas (Congreso, Asamblea legislativa, etc.), sino a un órgano jurisdiccional especialmente dotado para cumplir con dicho cometido.

Aunque como luego se verá, se puede discutir acerca del órgano jurisdiccional, que va a estar revestido de la capacidad creadora, se acepta de alguna forma que este último tendría que tener una posición privilegiada o jerarquizada dentro de la estructura de la judicatura o en su caso, dentro del esquema orgánico institucional. Podría tratarse de una Corte Suprema, de un Tribunal especializado, etc. Solo de esta manera y en atención al especial estatus del órgano creador, es que los mandatos establecidos podrían ser obligatorios o, lo que es lo mismo, tener efectos vinculantes.

b). Tiene un grado determinado de obligatoriedad

Que el precedente tiene carácter obligatorio o vinculante, no admite discusión alguna. Lo que se debate en todo caso es el grado o nivel de vinculatoriedad que le rodea.

Delimitar el grado de obligatoriedad o vinculación de los precedentes es sin embargo un aspecto que aunque depende de la concepción de precedente que se maneje al interior de cada ordenamiento jurídico, debe ser tomado con particular cautela.

En efecto, aunque nadie puede poner en tela de juicio que el precedente está hecho para ser cumplido, la manera cómo opera dicho cumplimiento, debe encontrarse en relación directa con el diseño de los órganos jurisdiccionales existentes en un Estado y con la propia legitimidad para merituar su pertinencia o no en la solución de los casos.

Lo dicho significa entonces que el precedente no se ha concebido para desnaturalizar los modelos institucionales sino para adaptarse a los mismos. De este modo y sea que el diseño orgánico apunte hacia una relación homogénea (que ubica a los órganos en el mismo nivel) o se desarrolle en el contexto de una relación jerarquizada (que los distingue según su importancia) el precedente deberá ajustarse a cada modelo según sus características.

El precedente, por otra parte, tampoco puede ser entendido como una técnica de connotaciones absolutas donde los niveles de raciocinio de quien tenga a su cargo el proceso de su aplicación se agoten en el

mandato por lo que este mismo representa. Este, en otros términos, no ha sido configurado como un mecanismo opuesto a la sensatez o el sentido común en la manera como es utilizado. En este escenario y aunque nadie puede estar de acuerdo en debilitar lo que representa el precedente, debe distinguirse entre su desacato y su no aplicación. Como se verá en algún momento, mientras el primer concepto se traduce en un abierto quebrantamiento a la autoridad del precedente, un desconocimiento grotesco de su carácter vinculante (que genera inevitables consecuencias tanto jurídicas como disciplinarias) el segundo concepto, al contrario de ello, grafica una opción plenamente legítima que habilita evaluar la pertinencia del precedente a la luz del caso del que se conoce. Por lo mismo, antes que un quebrantamiento, busca su cumplimiento racional, condicionado a la distinción entre contextos y situaciones a la luz de cada controversia (lo que excluye, inevitablemente cualquier eventual cuestionamiento).

c). El precedente mantiene relación directa con su caso fuente a los efectos de su aplicación

Rasgo que debe quedar perfectamente claro es el relativo al nexo entre el precedente que se crea y el caso que le sirve de soporte. Una lógica sensata apunta a considerar que dicho nexo resulta de la mayor importancia y tiene dos maneras de traducirse, en una primera se tiene en cuenta las características del caso, en una segunda, su trascendencia.

De acuerdo con lo primero, las opciones de aplicación de las reglas creadas se circunscriben a la presencia de supuestos de hecho iguales o parecidos (de las mismas características) a aquel que dio lugar al llamado precedente.

En otras palabras, no es cualquier supuesto o controversia a donde va a ser aplicado el precedente, sino únicamente a aquellos en los que existe identidad o analogía entre el caso que sirve de fuente y la regla creada al efecto. Es precisamente por esta razón que, a diferencia del vínculo existente entre el legislador ordinario y la norma creada (vital en un inicio, pero débil con el tiempo)[3], el vínculo entre el caso y el precedente creado, es de naturaleza permanente, esto es, opuesto a lo episódico o circunstancial.

3 La norma ordinaria, como se sabe, nace con un mensaje claramente identificado con la voluntad de su creador. No obstante y en el contexto de los cambios y variables de la realidad social, dicha norma puede ir variando de sentido, de tal forma y a

Por otra parte y en relación con lo segundo, tampoco ni mucho menos puede aceptarse como legítimo, que sea cualquier caso el que da lugar al nacimiento del precedente. Siendo dicha técnica algo verdaderamente excepcional, solo puede responder a la necesidad de zanjar o dispensar soluciones respecto de controversias de gran magnitud, como dirían algunos, auténticos *leading case*[4].

Desde luego y aunque otra cosa pueda verificarse en la práctica, un precedente no puede ser creado por un capricho meramente circunstancial, por un afán de figuración o por una desmedida (y a veces equivocada) concepción de la responsabilidad creadora, sino que debe responder a una manifiesta necesidad planteada por un caso. Este último entonces, debe ser auténticamente relevante. De esta forma lo dotamos de solidez, pero por sobre todo, de legitimidad.

III). ÁMBITOS DE APLICACIÓN DEL PRECEDENTE

Aunque cada ordenamiento jurídico que reconoce la técnica del precedente le otorga aplicación en los ámbitos que considera pertinentes, en el caso peruano dicho modelo ha venido operando en tres escenarios diferentes: El administrativo, el judicial y el constitucional, dando lugar a que se pueda hablar, respectivamente, de un Precedente Administrativo Vinculante, de un Precedente Judicial Vinculante y de un Precedente Constitucional Vinculante. Cada uno de ellos, con sus propios matices o peculiaridades.

a). En el caso del ámbito administrativo tenemos una praxis que viene siendo puesta de manifiesto desde hace buen tiempo atrás y que toma como referente inmediato lo dispuesto en el Artículo VI del Título Preliminar de la Ley Nº 27444 o Ley de Procedimiento Administrativo General. Dicha norma establece:

veces con tal intensidad, que puede revertir contra la voluntad de su propio creador. No ocurre lo mismo con el precedente y el caso que le dio origen, donde el vínculo, lejos de provisional es a perpetuidad sin que en ninguna circunstancia se aprecie ruptura o alejamiento. Esto por supuesto y como en algún momento se indicará, tendrá inevitables consecuencias en la manera como se aplica el precedente.

4 Cfr. García Belaunde, Domingo.- ¿Existe el "leading case" en el derecho peruano? en *Legal Express;* N° 13; Lima, Enero del 2002.

Artículo VI.- Precedentes administrativos

1). Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.

2). Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados.

3). En todo caso, la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes.

Conviene precisar que aunque la norma en referencia tiene alcances generales, la práctica del precedente administrativo ha tenido desarrollos individualizados en el contexto de normas especiales. De este modo y en atención a los organismos o instituciones donde se ha venido aplicando, encontramos regulaciones específicas sobre el precedente en el caso del Tribunal Fiscal y la SUNAT (Artículo 154º del Código Tributario), el OSINERGMIN (Artículo 24.1 de la Resolución de Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 044-2018-OS/SD que aprueba el Reglamento de los órganos resolutivos de OSINENERGMIN), el INDECOPI (Artículo 43º del Decreto Legislativo Nº 807 o Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI), la SUNASS (Artículo 17, inciso b del Decreto Supremo Nº 145-2019-PCM que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento-SUNASS) o la SUNARP (Artículos 31º y 32º de la Resolución de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos Nº 065-2016-SUNARP-SN que aprueba el Reglamento del Tribunal Registral), entre otros.

Detalle especial a tomar en consideración es que a pesar de la variedad de normas que se pronuncian sobre esta técnica en particular y el desarrollo que la práctica le ha otorgado, no se aprecia un interés doctrinal muy frecuente en esta materia que digamos. Aunque conocemos interesantes compilaciones sobre diversas clases de precedentes administrativos, los estudios específicos sobre el precedente administrativo en cuanto tal

siguen siendo bastante escasos en nuestro medio, no obstante algunas aproximaciones descriptivas, de suyo bastante destacables[5].

b). Lo que se conoce como precedente judicial vinculante ha tenido un desarrollo interesante aunque no exento de algunas discusiones en torno a sus alcances. Tal vez por ello ha merecido algunos cambios en el orden de su reconocimiento normativo.

Puede decirse que la clarinada inicial sobre el tema la encontramos en lo dispuesto en el Artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo tenor establece:

Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial.

Artículo 22.- Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como prece-dente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución,

5 Cfr. Guzmán Napuri Christian.- *La Administración Pública y el Procedimiento Administrativo General; Página Blanca Editores; 1° Edición; Lima 2004; Págs. 151 y ss.; Morón Urbina, Juan Carlos.- Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General; Gaceta Jurídica; Novena Edición, Lima 2011; Págs. 104-109; Tirado Barrera, José.- "El precedente administrativo y el cambio de criterio interpretativo en la Ley N° 27444, del Procedimiento Administrativo General" en AA.VV; Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo; Palestra Editores; Lima 2010; Págs. 133 y ss.; Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy.- "Notas sobre la configuración, uso y alcances de los precedentes por la administración y el INDECOPI en el Perú"; Precedentes y Normativa del INDECOPI en propiedad intelectual; Serie Compendios Normativos; N° 01; Ministerio de Justicia; INDECOPI; Lima 2014; Págs. 23 y ss.; Cairampoma Arroyo, Alberto.- "La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano"; Derecho. Revista de la Facultad de Derecho; N° 73; Pontificia Universidad Católica del Perú; Lima 2014; Págs. 483 y ss.*

lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

Referencia mucho más directa sobre el citado instituto jurisprudencial la encontramos en lo dispuesto por el Artículo 301º-A, inciso 1) del Código de Procedimientos Penales, incorporado por conducto del Artículo 2º del Decreto Legislativo Nº 959, norma cuyo texto reconoce:

Artículo 301-A.- Precedente Obligatorio

1). Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. En ambos casos la sentencia debe publicarse en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial.

Por otra parte y a manera de radicalizar un modelo de precedente mucho más preciso, aunque este último, aplicable en el escenario de la justicia civil, el Artículo 400º del Código Procesal Civil, modificado por el Artículo 1º de la Ley Nº 29364, ha establecido:

Artículo 400º.- Precedente Judicial

La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el

Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

Aunque no son las citadas las únicas normas referidas al tema, puede apreciarse que en el ámbito judicial no ha estado muy clara, por lo menos en un inicio, la diferencia entre la denominada doctrina vinculante y el precedente judicial vinculante, discusión que sin embargo y de a pocos, parece haberse ido superando si nos atenemos a la evolución de las nomenclaturas que se han venido utilizando en el orden estrictamente legislativo. La mayor parte de estudiosos que se ha dedicado al tema[6] corrobora este aserto.

c). El reconocimiento jurídico del precedente constitucional vinculante es, sin embargo y de todas las variables existentes, la de mayor desarrollo o expansión.

Aunque algunos estudiosos hayan creído encontrar tanto en el Artículo 9º de la Ley de Habeas Corpus y Amparo Nº 23506[7] como en el Artículo 8º de la respectiva Ley ampliatoria Nº 25398[8] (ambas normas, hoy derogadas)[9] la consagración de algunas de las características del precedente

6 Cfr. Al respecto: Castillo Alva, Jose Luis & Castillo Córdova, Luis.- *El precedente judicial y el precedente constitucional; Ara Editores; 1° Edición; Lima 2008.- Reátegui Chávez, James.- El precedente judicial en materia penal; Editorial Reforma S.AC.; Lima 2010.- Peña Gonzales, Oscar (Coordinador).- Los Precedentes Vinculantes de la Corte Suprema; APECC; 2° Edición; Lima 2011; Angeludis Tomassini, Cristian.- El establecimiento del precedente judicial vinculante como manifestación de la idoneidad en el cargo de juez supremo; Tesis de Maestría; Pontificia Universidad Católica del Perú; Escuela de Graduados; Lima 2014.*

7 De acuerdo con dicho precepto normativo *"Las resoluciones de Habeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicaran las razones de hecho y de derecho en que sustentan la nueva resolución".*

8 A su turno dicha norma establecía *"La Facultad que tienen los jueces de apartarse de la Jurisprudencia obligatoria al fallar en nuevos casos en materia de acciones de garantía que establece el artículo 9 de la Ley, los obliga necesaria e inexcusablemente a fundamentar las razones de hecho y de derecho que sustentan su pronunciamiento, bajo responsabilidad".*

9 Esta posición es nítidamente asumida por el profesor Domingo García Belaunde. Al respecto su trabajo "Los orígenes del precedente constitucional en el Perú"; *Revista Peruana de Derecho Constitucional; N° 13; Centro de Estudios Constitucionales; Tribunal Constitucional; Lima 2021; Págs. 235-236. Un comentario al alcance que en su día tuvieron dichas normas lo encontramos en el valioso texto de Borea Odria, Alberto.- Evolución de las Garantías Constitucionales; Editorial Fe de Erratas; 2° Edición Actualizada; Lima 2000; Págs. 123 y ss.*

constitucional, lo cierto es que dicha técnica jurisprudencial, en cuanto a sus principales contornos, recién aparece expresamente incorporada en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del año 2004 y es ratificada con algunas variantes, en el Artículo VI del Título Preliminar del mucho más reciente Nuevo Código Procesal Constitucional del año 2021.

Mientras que la primera de las citadas normas estableció en su día que:

Artículo VII.- Precedente.

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

La segunda y más reciente de las mencionadas ha establecido que:

Artículo VI.- Precedente Vinculante

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Para crear, modificar, apartarse o dejar sin efecto un precedente vinculante se requiere la reunión del Pleno del Tribunal Constitucional y el voto conforme de cinco magistrados.

En los procesos de acción popular, la sala competente de la Corte Suprema de la República también puede crear, modificar o derogar precedentes vinculantes con el voto conforme de cuatro jueces supremos. La sentencia que lo establece formula la regla jurídica en la que consiste el precedente, expresa el extremo de su efecto normativo y, en el caso de su apartamiento, los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta.

Como veremos inmediatamente, ninguna de ambas normas deja duda alguna en torno del tipo de instituto que ha sido incorporado. Tampoco y como es de advertir, confunde el precedente constitucional con la llamada doctrina o jurisprudencia constitucional, categoría a la que, por el contrario, se le proporciona un tratamiento jurídico independiente[10].

IV). EL PRECEDENTE VINCULANTE EN EL MODELO ESTABLECIDO POR EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

A diferencia del régimen jurídico dispensado en la regulación procesal anterior que solo contemplaba los precedentes constitucionales a cargo del Tribunal Constitucional, el Nuevo Código Procesal Constitucional ha querido involucrar a los precedentes que en materia constitucional pueda emitir el Poder Judicial, lo que en principio es perfectamente pertinente[11], pero sin embargo creemos que el tratamiento que se ha dado pudo haber sido mejor regulado o mucho más delimitado a fin de evitar ciertas interrogantes y no pocos equívocos que la nueva norma puede plantear[12].

En efecto, el artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional que actualmente regula la técnica del precedente constitucional, permite extraer diversas reflexiones, tanto en relación con el precedente del Tribunal Constitucional como en referencia al que en su momento pueda establecer el Poder Judicial. Conviene a renglón seguido prestarles especial atención.

---

10 Nos hemos ocupado *inextenso* del tema en Sáenz Dávalos, Luis R.- "La Doctrina Jurisprudencial Vinculante y su tratamiento por el Tribunal Constitucional" en Crispín Sánchez, Arturo.- *Precedentes y Doctrina Jurisprudencial Vinculante del Tribunal Constitucional; Gaceta Jurídica; Lima 2022; Págs. 213 y ss.*

11 En el análisis que en su momento realizáramos para lo que fue el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del 2004, nos pronunciamos expresamente y en concordancia con anteriores trabajos nuestros, a favor de reconocer sobre el Poder Judicial la facultad de generar precedentes judiciales en materia constitucional. Cfr. Sáenz Dávalos, Luis. R.- "Articulo VII. Precedente" en Salas Vásquez, Pedro.- *Código Procesal Constitucional Comentado; Tomo I; Gaceta Jurídica; Lima 2015; Págs. 77-78.*

12 Cfr. Sáenz Dávalos, Luis R.- "Los cambios del esquema procesal constitucional en lo relativo al Título Preliminar y a las disposiciones generales aplicables a los procesos de tutela de derechos"; *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional; N° 163; Lima, Julio del 2021; Págs. 28 y ss.*

a). Los precedentes vinculantes en materia constitucional los puede generar tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial. Un esfuerzo de acercamiento aunque no de absoluta igualación.

Independientemente que el nuevo Código haya regulado el precedente vinculante tanto para el Tribunal Constitucional como para el Poder Judicial y desde dicha perspectiva se propenda hacia un evidente acercamiento, es de advertirse que ambos precedentes no son en estricto exactamente iguales. En tal sentido, podría distinguirse, entre el precedente constitucional vinculante como técnica jurídica propia del primero y el precedente judicial vinculante en materia constitucional como herramienta correspondiente al segundo, diferencia terminológica que aunque es básicamente doctrinaria no creemos tampoco que sea artificiosa, sino que respondería a la necesidad de distinguir adecuadamente las variantes de precedente constitucional.

Mientras que en el precedente del Tribunal Constitucional, el nivel de vinculatoriedad es en principio totalmente intenso y abarcaría a la totalidad de poderes públicos (e incluso a sujetos privados) como hasta la fecha ha venido sucediendo, en el caso del precedente judicial, los ámbitos de vinculatoriedad serían relativamente más restringidos dado que, con independencia de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[13], un fallo o decisión en materia de acción popular que es de donde estos últimos finalmente derivarían, resultaría de alcance general a tenor de lo dispuesto en el artículo 81 del Nuevo Código Procesal Constitucional, sin embargo, no por ello, obligatorios para el Tribunal Constitucional.

Conviene recordar que en el modelo de justicia constitucional por el que se inclina nuestro ordenamiento jurídico, muy a pesar de que sean dos los órganos encargados de administrar justicia constitucional de manera dual o paralela[14], es al Tribunal Constitucional a quien se le confiere la condición de Supremo Interprete de la Constitución, lo que no sólo es

13 Dicha norma, como se conoce, establece un modelo de precedente que sólo es vinculante para los órganos integrantes de la estructura del Poder Judicial. Incluso el artículo 433, incisos 3 y 4 del Código Procesal Penal actualmente vigente y el artículo 400 del Código Procesal Civil, más allá de algunos detalles opinables, permiten deducir que la existencia de los llamados precedentes judiciales solo vinculan en estricto a los órganos del Poder Judicial.

14 Cfr. García Belaunde, Domingo.- *Derecho Procesal Constitucional; Editorial Themis S.A.; Bogotá (Colombia) 2001; Págs. 129 y ss.*

coherente con lo dispuesto por el artículo 1 de su Ley Orgánica N° 28301, sino con lo expresamente establecido por el artículo 201 de la Constitución Política del Estado[15].

En la lógica de que es el Tribunal Constitucional sobre quien se reconoce la responsabilidad de defender de manera última y definitiva lo que representa la Constitución y dicha tarea requiere como paso previo el definir cuál es el alcance o significado de cada uno de sus contenidos, la competencia de crear precedentes constitucionales, que en buena cuenta terminan expresando lo que representa la voluntad constitucional, calzaría perfectamente con el estatus jurídico que el ordenamiento le ha conferido.

No está pues en discusión que el Tribunal Constitucional pueda crear precedentes con carácter constitucional y así ha venido sucediendo desde el modelo adoptado por el Código Procesal Constitucional del 2004 que, ahora y en perspectiva más amplia, reitera el Nuevo Código del 2021. Pero conviene definir inmediatamente el tipo de vínculos que tendrían estos precedentes en relación con aquellos otros que en materia constitucional pueda crear el Poder Judicial.

Lo primero que hay que decir al respecto y en reiteración de lo que fue señalado en el apartado anterior, es que la decisión legislativa de haber dotado al Poder Judicial de la capacidad de generar precedentes en materia constitucional es plenamente legítima y va de la mano con su condición de órgano que también se involucra con la tarea de defender a la Constitución.

Como lo sostuvimos en algún otro momento, nada podía impedir que el Poder Judicial contando con organismos especializados en materia constitucional y en concreto con salas específicas a nivel de su Corte Suprema pueda, con habilitación legislativa, asumir la responsabilidad de generar precedentes vinculantes en este ámbito al igual como ha venido ocurriendo con los precedentes de otras especialidades (los penales y los civiles por ejemplo). El esquema dual o paralelo de justicia constitucional al que antes hemos hecho referencia así lo permite.

15 Esta claro más allá de inútiles polémicas sobre si ambos conceptos significan lo mismo, que el ser órgano de control de la Constitución (o de la constitucionalidad si se quiere) presupone la capacidad de interpretarla de manera última y definitiva.

Sin embargo, algo en lo que el legislador no ha reparado es en el hecho de que habilitar dicha facultad creadora, si bien plausible, requiere asumir el diseño de un precedente que hasta la fecha resulta totalmente extraño para el Poder Judicial. Y no es excesivo decirlo, según veremos.

La idea de que puedan emitirse precedentes judiciales en materia constitucional utilizando la competencia que en materia exclusiva retiene el Poder Judicial para conocer, tramitar y resolver del proceso de acción popular es correcta. Pero hay un detalle desconocido que en cierta forma ya hemos adelantado anteriormente. Los efectos de la sentencias en este tipo de procesos vinculan a todos los poderes públicos tal y cual lo señala y ahora queremos reiterarlo, el artículo 81 del Nuevo Código Procesal Constitucional[16].

Este panorama marcará un ámbito en estricto inexplorado para el Poder Judicial, pues hasta ahora tanto el artículo 22 de su Ley Orgánica como los códigos procesales aplicables para otras especialidades (la civil o la penal por ejemplo) venían asumiendo que el carácter vinculante de los precedentes judiciales solo se encontraba direccionado para los órganos integrantes de la propia judicatura ordinaria. La irrupción en el escenario de un precedente judicial en materia constitucional romperá definitivamente con este esquema otorgándole a los precedentes emitidos en esta especialidad una connotación mucho mayor o más expansiva, pues no otro es el poder conferido por mandato del Nuevo Código Procesal Constitucional para las sentencias a emitirse en vía de acción popular. En otras palabras, nos encontraríamos con que los precedentes judiciales en materia constitucional gozarían de una fortaleza que por paradoja no la tendrían otro tipo de precedentes judiciales estructurados para el resto de especialidades.

Ahora bien, el hecho de que el ámbito de fortaleza de los precedentes judiciales de carácter constitucional sea mucho mayor que el correspondiente a otras materias tampoco significa ni debe interpretarse, como que haya quedado desvirtuado el estatus de supremo intérprete de la Constitución que posee el Tribunal Constitucional. Simplemente implica y en nuestro criterio sugiere, delimitar con propiedad los márgenes de acción tanto de los precedentes del Tribunal como de los precedentes del Poder Judicial.

16 Esta misma perspectiva también la tenía el artículo 82 del Código Procesal Constitucional del 2004.

Ya en una anterior oportunidad habíamos intentado bosquejar este espectro[17]. En lo pertinente, y en tanto el legislador ha guardado un llamativo silencio, consideramos necesario reiterarlo, aunque esta vez dentro del marco de opciones que nos proporciona el Nuevo Código Procesal Constitucional.

En tal sentido y desde una perspectiva general, que evidentemente podría aceptar excepciones pertinentes a analizar en su debida oportunidad, la generación de precedentes judiciales vinculantes por parte del Poder Judicial, se encontraría sujeta a diversos supuestos:

a) El precedente judicial solo podría pronunciarse sobre materia constitucional no desarrollada directamente por un precedente constitucional vinculante emanado del Tribunal Constitucional;

b) El precedente judicial, tampoco podría pronunciarse sobre materia constitucional que haya recibido desarrollo directo por parte de doctrina o jurisprudencia vinculante emanada del Tribunal Constitucional;

c) El precedente judicial sería vinculante para los jueces y tribunales integrantes de la estructura orgánica del Poder Judicial y para el resto de poderes públicos pero no lo sería en cambio para el propio Tribunal Constitucional;

d) El precedente judicial podría ser cuestionado vía procesos constitucionales de tutela *(hábeas corpus o amparo)* siempre que se alegue vulneración de derechos supuesto en el cual sería controlado en su constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional;

Como puede apreciarse, las limitaciones a las que se encontraría sujeto un eventual precedente judicial en materia constitucional, estarían justificadas en atención tanto a los caracteres del precedente constitucional vinculante, como a la posición privilegiada del Tribunal Constitucional en su condición de Supremo Intérprete de la Constitución. Queda claro, en todo caso, que criterios como los antes descritos regirían en tanto el orden interno y los precedentes existentes al respecto no se encuentren en entredicho con el sistema supranacional (normativa o jurisprudencialmente),

17 Cfr. Sáenz Dávalos, Luis.- "Artículo VII. Precedente" en Salas Vásquez, Pedro.- *Código Procesal Constitucional Comentado; Tomo I; Pág. 78.*

extremo este último que de presentarse, obligaría a ver las cosas desde una óptica diferente[18].

b). El precedente vinculante siempre debe ser objetivo o expreso

El Nuevo Código Procesal Constitucional (al igual como en su día lo hizo el Código del 2004) establece que las sentencias del Tribunal Constitucional resultan constitutivas de precedente cuando así lo precisa la propia sentencia, criterio que en buena cuenta resulta expandible también al Poder Judicial conforme se infiere del último párrafo del dispositivo comentado. En tales circunstancias queda claro, que el precedente vinculante necesariamente debe tener un reconocimiento objetivo o lo que es lo mismo, expreso.

En este contexto es por demás evidente que una eventual incorporación implícita del precedente que fuerce o imponga una búsqueda interpretativa, resultaría a todas luces discutible, pues es la propia fuente normativa la que impone explicitud sin admitir excepción alguna. O el precedente existe como tal, porque el órgano que lo establece así lo señala textualmente o simplemente se da por no creado.

Ahora bien, aun cuando es la regla de la objetividad la que impone la pauta en torno a la existencia del precedente, es bueno contrastar la práctica que se le ha dado a dicho criterio, por lo menos en el caso del Tribunal Constitucional que es de quien se tiene hasta la fecha registro jurisprudencial.

A este respecto es interesante verificar que muy a pesar de lo señalado por la citada norma, que cuenta con el antecedente de la previsión contenida en el Código del 2004, no siempre se ha evidenciado una plena observancia de sus alcances. Y es que por sorprendente que parezca nuestra jurisprudencia registra casos de precedentes que no nacieron a la manera como lo señala hoy el Nuevo Código Procesal Constitucional o como lo hizo incluso su predecesor.

18 En un reciente ensayo nos hemos pronunciamiento brevemente sobre ello. Cfr. Sáenz Dávalos, Luis.- "El marco de relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial (Algunas ideas para fortalecer el modelo dual de Justicia Constitucional)"; en Landa Arroyo, César & Grández Castro, Pedro (Directores).- *La construcción de la democracia y la garantía de los derechos. 25 Años del Tribunal Constitucional; Palestra Editores SAC, Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Lima 2021; Págs. 223 y ss.*

Notorio ejemplo de lo descrito lo constituye la regla establecida en el Expediente N° 03179-2004-AA/TC (Caso: Apolonia Ccollcca Ponce) de acuerdo con la cual, la procedencia de procesos de amparo contra resoluciones judiciales no solo se encuentra habilitada para tutelar los derechos fundamentales de naturaleza estrictamente procesal (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva) sino toda clase de derechos fundamentales, opción interpretativa que en buena cuenta, dejó de lado un largo derrotero jurisprudencial de prácticamente veinticinco años[19].

Para nadie es un secreto que hoy en día esta línea de raciocinio es seguida por el Tribunal Constitucional en todos los supuestos de amparos promovidos contra resoluciones judiciales. Lo que pocos saben, sin embargo, es que la misma no es simplemente un criterio jurisprudencial (constitutivo en el mejor de los casos de doctrina jurisprudencial vinculante), sino que es un auténtico precedente avalado de dicha manera por haber sido recogido por un indiscutible precedente constitucional como el establecido por conducto de la Sentencia recaída en el Expediente N° 04853-2004-PA/TC (Caso: Dirección Regional de Pesquería de la Libertad).

Así las cosas, no deja de sorprender que a pesar de la previsión establecida, no siempre el Colegiado haya sido tan escrupuloso a la hora de crear sus precedentes. Sin embargo, también es de repararse que en años mucho más recientes el Tribunal ha sido mucho más ortodoxo a la hora de crear o establecer un precedente.

Ahora bien, en relación con las innovaciones que trae consigo el nuevo Código Procesal Constitucional es de advertir que como complemento del carácter objetivo aquí referido, la actual previsión busca enfatizar una exigencia que es muy importante y que reposa en la necesidad de que en adelante y en cada oportunidad que se diseñe un precedente, se exprese la regla jurídica que de alguna manera lo materializa o configura.

La idea sobre este particular no deja de ser acertada pues rompe con una práctica que lamentablemente y debido a nuestra inexperiencia en la materia se vino dando en el pasado y que conducía equivocadamente a entender como precedente cualquier criterio o desarrollo abstracto producido en el ámbito doctrinario y no así lo que representa o constituye un verdadero precedente, como en su día y entre otros casos, ocurrió con el

19 Derrotero en su día impuesto por la antigua Ley N° 23506 y su ampliatoria, la Ley N° 25398.

pintoresco precedente recaído en el Expediente N° 2877-2005-PHC/TC (Caso: Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez). En lo sucesivo pues y como ya se ha mencionado, necesariamente el precedente debe traducirse en una regla o conjunto de reglas, sean estas de carácter sustantivo, sean estas de contenido procesal.

Por último y en tanto una idea semejante a la expuesta se recoge para el precedente judicial vinculante en materia constitucional, ello contribuirá a rediseñar el esquema de este último ayudando a superar las deficiencias que valgas las verdades siempre tuvo el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que conducían a que no se tuviese muy clara la distinción entre lo que era simple doctrina vinculante y auténticos e inobjetables precedentes judiciales[20].

c). El precedente vinculante siempre debe precisar sus efectos normativos

Máxima de particular relevancia es aquella que impone delimitar los efectos normativos de cada precedente vinculante. Por la misma debe entenderse principalmente (aunque no exclusivamente) la obligatoriedad de precisar el momento desde el cual las reglas constitutivas de precedente van a ser obligatorias.

A este respecto y si observamos la redacción asumida por el artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código, tanto para el precedente del Tribunal Constitucional como para el precedente del Poder Judicial, pareciera que cuando se crea un precedente existiera plena discrecionalidad a los efectos de determinar el momento desde el cual este rige.

Discrepamos, sin embargo, de esta manera de interpretar las cosas. La obligación que se tiene, para delimitar el momento en que el precedente resulta operativo, se ha hecho para otorgar certezas o seguridades en torno de la incidencia de las reglas creadas jurisprudencialmente, mas no supone o lleva por implícito libertad absoluta por parte del órgano que lo instituye para establecer precedentes en todas las direcciones temporales que se le

20 No hay que olvidar que la Ley Orgánica del Poder Judicial en el dispositivo en mención utiliza los términos de "principios jurisprudenciales" y "criterios" que en la práctica y más allá de lo que posteriormente señale dicha norma no son muy precisos respecto de lo que debe representar un autentica regla o conjunto de reglas (precedente).

ocurra. Se trata en realidad y es necesario advertirlo, de una libertad de acción empero sujeta a ciertos estándares jurídicos.

Quiere esto decir que aunque es perfectamente legítimo no solo establecer precedentes que rijan hacia adelante, sino también precedentes que rijan hacia atrás o desde el momento en que el órgano creador así lo determine, las cosas deben manejarse de forma totalmente distinta según la naturaleza temporal de cada regla creada, siendo inevitablemente más restringida la opción de imponer precedentes en forma retroactiva.

En efecto, al igual como sucede con las normas ordinarias, que son obligatorias desde su puesta en vigencia y cuya eventual retroactividad puede ser aceptada excepcionalmente a condición expresa de que favorezca (como ocurre en materia penal y tributaria), con igual razón creemos que lo mismo acontece respecto del precedente vinculante. Ambas (tanto la ley como el precedente) son reglas obligatorias con independencia de su origen.

Ocurre sin embargo que en nuestro medio y si nos atenemos sobre todo a la práctica del Tribunal Constitucional (en el caso del Poder Judicial recién veremos en adelante lo que suceda), hemos podido apreciar hasta dos corrientes de opinión totalmente contrapuestas sobre este tema.

Para un cierto sector, el precedente es una regla que puede aplicarse hacia adelante o hacia atrás, sin que opere ningún referente de limitación. De este modo, pueden establecerse precedentes con efecto retroactivo, sea que estos favorezcan, sea que estos perjudiquen.

Otro sector de opinión, entiende que aunque la aplicación retroactiva del precedente es perfectamente posible, ella solo se hace legítima, en tanto no perjudique. Dicho en otros términos, el precedente retroactivo solo sería para favorecer, nunca para perjudicar.

Desde nuestro punto de vista y como anteriormente lo hemos dejado establecido, el precedente con aplicación hacia atrás no puede ser aceptado como opción ilimitada, pues de serlo, se incurriría en un mecanismo generador de inseguridad, particularmente grave en aquellos supuestos de precedentes con incidencia o contenido procesal. En este contexto, se vería trastocado cuando no desnaturalizado el derecho fundamental al debido proceso en una de sus más importantes manifestaciones como lo es sin duda el procedimiento preestablecido por la ley.

Precisamente porque mencionamos este importante atributo y su eventual desconocimiento bajo hipótesis como las descritas conviene traer a colación una reflexión que aunque suele hacerse respecto de las normas jurídicas ordinarias, puede ser perfectamente pertinente respecto de lo que acontece con los precedentes constitucionales.

En efecto, durante bastante tiempo algunos distinguidos juristas han venido sosteniendo como tesis presuntamente pacífica que las normas procesales pueden ser modificadas en cualquier momento y que dicha modificación genera efectos inmediatos. No ha sido extraño en este contexto, la existencia de normas como las contenidas en la Disposición Final Segunda del Código Procesal Civil, la Disposición Final Segunda del Código Procesal Constitucional del 2004 o incluso también, la Disposición Final Primera del Nuevo Código Procesal Constitucional del 2021.

Lo que en pocas palabras nos han querido postular normas como las antes referidas es que el cambio normativo es perfectamente legítimo en el ámbito procesal, traduciéndose este último en el hecho de que lo que venía regulándose de una determinada manera, puede luego, serlo de otra, sin que se aprecie irregularidad alguna en dicho proceder.

A nuestro entender, normas como las señaladas y apreciaciones como las aquí descritas incurren en un evidente error de concepción, pues consciente o inconscientemente desconocen que de acuerdo con la Constitución, existe un derecho fundamental al procedimiento preestablecido por la ley, derecho que se traduce en una exigencia de respeto a las reglas procesales esenciales con las que todo proceso es iniciado y que son garantía para el justiciable que participa en el mismo.

Aunque, naturalmente, nadie está diciendo que un cambio procesal no pueda darse y que incluso dicho cambio pueda suponer la sustitución de unas reglas por otras, ello no supone aceptar que por sustituirse un régimen procesal por otro, se vaya a perjudicar las garantías esenciales con las que cuenta todo justiciable al formar parte de un proceso. Bien puede suceder que muchos de los cambios acaecidos en el orden procesal resulten meramente cosméticos y otros hasta eventualmente beneficiosos, sin embargo el problema surge cuando los mismos, lejos de beneficiar terminan por el contrario, perjudicando. Si esto último llegase a suceder, no tenemos la menor duda del resquebrajo que ello supondría sobre uno

de los valores más importantes sobre el que cimenta el Derecho y que no es otro que la propia seguridad jurídica.

Para quien está acostumbrado a concebir el proceso como un conjunto de trámites sin otro referente que la simple formalidad objetiva, puede que la variación no sea otra cosa que una simple rutina sin mayor incidencia. Sin embargo, para quien concibe el proceso como un camino de acceso a la Justicia, dotado empero de reglas igual de justas (Justicia no solo como resultado, sino como camino para llegar al resultado), un eventual cambio, puede ser demasiado decisivo (y hasta a veces realmente gravoso) como para pasar por desapercibido.

La razón del procedimiento preestablecido por la ley estriba precisamente en eso. En el hecho de garantizar que los elementos procesales de suyo esenciales con los que se inicia un proceso (cualquiera que sea su naturaleza) no se vean trastocados o desnaturalizados durante el decurso del mismo[21]. De ocurrir esto último, dicho cambio por más ropaje que aparente, no será otra cosa que simple arbitrariedad, por donde quiera que se mire.

Ahora bien, cierto es que a una argumentación como la descrita se le podría anteponer un contra argumento. Habrá quienes puedan decir que el cambio procesal no tiene porque ser tan grave si nos atenemos a las clásicas excepciones a la regla de la aplicación inmediata y que, como es bien sabido, se traducen en la no aplicación de la norma nueva cuando afecte: a) las reglas de competencia, b) los medios impugnatorios interpuestos, c) los actos procesales con principio de ejecución y d) los plazos que hubieren empezado. Creemos, sin embargo, que dicha apreciación no pasaría de un simple esfuerzo, a todas luces insuficiente, por evitar la evidente colisión con principios fundamentales. Y es que ninguna de las mencionadas excepciones contempla o involucra la posibilidad de que el cambio normativo, disminuya ostensiblemente los derechos de las partes o imponga cargas no previstas inicialmente. En ambos casos (que no

21 Existe abundante y reiterada jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional tendiente a definir lo que constituye el derecho al procedimiento preestablecido por la ley. Cfr. Entre otras: Expediente N° 2928-2020-PHC/TC (Caso: Víctor Raúl Martinez Candela); Expediente N° 1593-2003-PHC/TC (Caso: Dionicio Llajaruna Sare); Expediente N° 2906-2011-PA/TC (Caso: José Vicente Orellana Camacho y otra); Expediente N° 3317-2012-AA/TC (Caso: Empresa Pesquera José Antonio S.A.C.).

tendrían tampoco porque ser los únicos) es evidente que la transformación del esquema procesal, lejos de beneficiar, tornaría gravosa o perjudicial la situación de las partes según la condición en la que se encuentren.

Precisamente porque tales situaciones se han presentado en la práctica no han sido pocas las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional, se ha decantado por fórmulas en las que lejos de observarse disposiciones como las descritas, se ha optado por su no aplicación bajo la lógica de la observancia que impone la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso (Cfr. Entre otras la sentencia recaída en el Expediente N° 3771-2004-HC/TC. Caso: Miguel Cornelio Sánchez Calderón). Y razón no ha faltado, pues una de las máximas de todo proceso que se juzgue debido es por donde se le mire, el procedimiento preestablecido por la ley[22].

Si la lógica descrita opera con la ley y su eventual incidencia en el tiempo y en las situaciones jurídicas existentes, conviene replantearse la misma reflexión, por directa referencia a lo que representan los precedentes vinculantes.

Al respecto y de conformidad con lo que hemos venido adelantando, no creemos de ninguna manera que pueda ser de recibo la generación de precedentes vinculantes con efecto retroactivo cuando estos supongan la disminución de derechos fundamentales. Una concepción de este tipo convertiría la técnica del precedente, más que en un mecanismo de solución de controversias similares, en un instrumento de perversión del ordenamiento constitucional irónicamente sustentado en la autoridad del propio órgano creador del precedente.

Curiosamente sin embargo y pese a que este raciocinio pareciera no ofrecer complicaciones y más aún si el Tribunal Constitucional lo ha utilizado en innumerables ocasiones por directa referencia a los cambios jurídicos operados por conducto de la ley, sorprende de sobremanera que lo haya ignorado en una buena cantidad de ocasiones cuando de los precedentes vinculantes se trata.

22 Cfr. Sáenz Dávalos, Luis.- "La aplicación en el tiempo del Código Procesal Constitucional. Algunas notas sobre un problema de interpretación recientemente planteado" en Castañeda Otsu, Susana; Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy; Carpio Marcos, Edgar y Sáenz Dávalos Luis R.- *Introducción a los Procesos Constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional; Jurista Editores; Lima 2005; págs. 283 y ss.; Carpio Marcos, Edgar.- "¿Aplicación inmediata del Código Procesal Constitucional?"; Actualidad Jurídica; Tomo 136; Gaceta Jurídica; Lima, marzo del 2005; págs. 152 y ss.*

En efecto, precedentes como los recaídos en los Expedientes N° 01417-2005-PA/TC (Caso: Manuel Anicama Hernández), N° 00206-2005-PA/TC (Caso: César Baylón Flores), N° 00168-2005-PC/TC (Caso: Maximiliano Villanueva Valverde) o incluso y mucho más cercanamente N° 5057-2013-PA/TC (Caso: Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco) han sido muestras de evidente aplicación inmediata alterando reglas de juego preestablecidas sin reparar en el inevitable perjuicio que con su efecto han generado.

No estamos diciendo, por cierto, que estos precedentes hayan resultado cuestionables desde la perspectiva de su contenido mismo, respetable desde todo punto de vista y en algunos casos (por lo menos en dos de ellos), hasta necesarios. En lo que estamos reparando es en la forma en que han sido aplicados. Pretender que los procesos que se venían tramitando bajo unos determinados criterios jurisprudenciales de pronto lo sean bajo parámetros distintos, sin tomar en cuenta el perjuicio a generarse sobre sus destinatarios, dista radicalmente de la finalidad de certeza innata a todo precedente. Es lo que en su día y a modo de ejemplo sucedió con los amparos previsionales tramitados bajo criterios de tutela extensiva y que tras la creación del precedente recaído en el Expediente N° 01417-2005-PA/TC (Caso: Manuel Anicama Hernández) y su aplicación inmediata fueron desestimados de plano, sin interesar los años de litigio que tuvieron que padecer los litigantes hasta su llegada al Tribunal Constitucional y por sobre todo, la situación especialmente sensible en la que los mismos, en atención a su edad y condición económica, se encontraban.

Lo contradictorio del caso es que así como el Colegiado ha tenido este tipo de pronunciamientos, en los que no ha reparado en lo arbitrario que puede resultar la aplicación retroactiva del precedente, en otros supuestos, ha sucedido exactamente lo contrario. Prueba de ello lo ha sido, en su momento, la aplicación del precedente recaído en el Expediente N° 4650-2007-PA/TC (Caso: Cooperativa de Ahorro y Crédito de Sub-Oficiales de la Policía Nacional del Perú "Santa Rosa de Lima LTDA") que estableció como requisito de procedibilidad en los contra amparos laborales, la regla de reposición previa del trabajador beneficiado con una sentencia constitucional así como la eventual sanción económica en los casos de desestimatoria de la demanda[23]. Que sepamos, el Tribunal Constitucional

23 Este precedente, por cierto, ha sido retocado algunos años después, de acuerdo con lo establecido en el Expediente N° 1278-2018-PA/TC (Caso: Textiles Camones S.A.).

no aplicó de inmediato estas reglas a los procesos de contra amparo que se encontraban en trámite al momento en que nació dicho precedente, sino que distinguió con prudencia que su aplicación, en tanto implica nuevas cargas (y por tanto restricciones), se aplica para los amparos contra amparos que recién se iniciaron con su puesta en vigencia (Cfr. por ejemplo, las ejecutorias recaídas en los Expedientes. N° 03940-2010-PA/TC –Caso: Gobierno Regional del Callao– y N° 03941-2010-PA/TC –Caso: Gobierno Regional del Callao–).

En suma y aun cuando una sana lógica impone que la aplicación retroactiva del precedente, no debería ser de recibo en los casos que suponga un perjuicio, preocupa que el Tribunal Constitucional, no tenga hasta la fecha una idea muy clara de lo que representa este problema y que, al revés de ello, lo maneje con una discrecionalidad, harto discutible.

Convendría esperar, ahora que se han instituido los precedentes judiciales en materia constitucional, si el Poder Judicial, una vez que haga uso de los mismos, proporciona clarinadas sobre esta interesante, aunque hasta ahora poco comprendida, problemática.

Tal vez una buena pauta al respecto lo deba constituir la regla que con acertado criterio estableció en su momento el inciso 2) del Artículo VI del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27,444 que, con relación a los precedentes administrativos, reconoció que aunque estos puedan *modificarse "La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuese más favorable a los administrados"*.

d). El precedente vinculante puede ser cambiado o dejado sin efecto por el Tribunal Constitucional o por el Poder Judicial, según el ámbito propio de las competencias de cada órgano y siempre que se motive adecuadamente la decisión

En la medida en que el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial son los generadores indiscutibles del precedente en materia constitucional, resulta evidente que solo pueden ser los mismos los únicos legitimados para decidir por su cambio o su eventual desaparición[24].

24 Sobre el cambio o apartamiento del precedente y los contextos que lo justificarían puede verse: Ramírez Sánchez, Félix.- "La técnica del precedente constitucional vinculante y las formas de apartamiento" en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional;* N° 97; Lima, Enero del 2016; Págs. 43-46.

Conviene al respecto recordar que la concepción de precedente que manejamos en el Perú, es la de una regla invulnerable que no admite que órganos distintos a los que la crearon, puedan discutir sobre sus alcances. Esta, en otras palabras, se ha hecho para ser cumplida sin que sea posible su desacato. En todo caso, la llamada inaplicación del precedente (que es muy distinta al desacato) no significa una inobservancia del precedente, sino más bien su observancia estricta sobre la base de su correcta interpretación, distinguiendo con sensatez dónde se aplica y dónde no.

Ahora bien, el hecho de que el precedente en materia constitucional, sea vinculante en los términos en que anteriormente se ha señalado, no supone que dicha característica opere de manera radical para el Tribunal Constitucional o en su caso para el Poder Judicial dentro de cada uno de sus respectivos ámbitos. Aunque cada uno de estos órganos se encuentran vinculados por lo que en su momento establecieron y evidentemente deben observar sus propios precedentes para sí mientras no decidan expresamente lo contrario, es pertinente reparar en la fórmula por la que ha optado el Nuevo Código Procesal Constitucional y que en buena medida ya había sido auspiciada en el Código Procesal Constitucional del 2004. Según esta última la decisión de un eventual apartamiento, modificación o supresión del precedente, tanto en el caso del Tribunal Constitucional como en el caso del Poder Judicial respecto de lo que ellos mismos establecieron, no significa que pueda ejercerse de la forma en que a cualquiera de ambos órganos se le ocurra, sino que se encuentra decididamente condicionada al principio de motivación resolutoria. Quiere esto decir que cualquier cambio de precedente solo será posible en la medida en que el Tribunal Constitucional o en su caso el Poder Judicial justifiquen las razones de su decisión.

En el escenario descrito, capital importancia reviste entonces el conocer a qué tipo de motivación nos estamos refiriendo cuando hablamos de la capacidad de innovación de un precedente.

Al respecto, creemos no equivocarnos en señalar que cuando se establece como requisito de un eventual cambio de precedente, el factor motivación, no es porque simplemente se le esté imponiendo al órgano creador, la idea de una formal argumentación basada en su propia *auctoritas* o en la posición institucional que ocupa en el esquema constitucional (Supremo interprete de la Constitución en el caso del Tribunal, máxima instancia judicial en el caso del Poder Judicial). En realidad, se trata de algo

mucho más importante que una simple exigencia formal. Si las razones que llevaron a crear al precedente fueron especialmente relevantes en atención al caso que se conocía, igual de relevantes, según entendemos, tendrían que ser las razones que conduzcan a su eventual retoque o sustitución.

Motivación definitivamente sí, pero ciertamente no cualquier motivación. Para que el cambio o apartamiento sea una opción no reprochable en términos jurídicos, tendría que ser una tipo cualificado, en otras palabras, una donde impere una alta dosis de calidad argumental traducida en un elenco bastante selecto de razones poderosas a la par que persuasivas que conduzcan a demostrar el porqué de la inutilidad o desfase del precedente que se pretende sustituir.

Siendo este el mensaje central con el que asumimos los alcances de un eventual cambio en los precedentes, convendría contrastar nuevamente, la experiencia con la que se cuenta en la materia. En este contexto y habida cuenta que aún no se conoce como pueda desenvolverse en su momento el Poder Judicial, es básicamente la experiencia del Tribunal Constitucional la que nuevamente conviene traer a colación.

Sobre este último extremo creemos no equivocarnos en señalar que por lo menos y si nos atenemos a los contadísimos casos en los que se ha producido cambio de precedente en nuestro medio, no necesariamente hemos podido observar, una escrupulosa e irreprochable técnica al momento de justificar la decisión. Al hecho de que un pleno de magistrados, le haya querido enmendar la plana a otro grupo de magistrados, se han terminado añadiendo razones de lo más opinables.

Uno de los más comentados casos de cambio de precedente que se dio en nuestro medio operó a raíz de la sentencia recaída en el Expediente N° 03908-2007-PA/TC (Caso: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional. Provías Nacional), la misma que a su turno dejó sin efecto uno de los dos precedentes en su día establecidos mediante la ejecutoria recaída en el Expediente N° 04853-2004-PA/TC (Caso: Dirección Regional de Pesquería de la Libertad). Esta última sentencia, como se recuerda, había incorporado como precedentes, no solo a las reglas que sustentan el modelo procesal conocido como amparo contra amparo, sino que a su vez, había previsto un recurso de agravio constitucional mediante el cual se permitía la defensa del precedente constitucional vinculante en

los supuestos de desconocimiento o transgresión del mismo por conducto de sentencias constitucionales estimatorias expedidas por el Poder Judicial.

Para ser consecuentes con la verdad, la ejecutoria recaída en el Expediente N° 04853-2004-PA/TC siempre tuvo defensores y detractores, no tanto por el lado del amparo contra amparo, donde al margen de algunas discrepancias académicas, se observó un cierto mayor consenso alrededor de su necesidad, sino por el lado del recurso de agravio constitucional y la utilización que en su momento se le pretendió otorgar. Sobre este último extremo se detectó desde un inicio una fuerte polémica, pues a juicio de diversos doctrinarios, no parecía una fórmula tan escrupulosamente consecuente con el texto constitucional, si nos atenemos a lo previsto por el artículo 202, inciso 2) de la norma fundamental cuyo texto habla de resoluciones denegatorias y no de estimatorias tal y cual lo pretendía el citado precedente. Nosotros mismos, en aquella época, abogamos por una técnica de defensa del precedente por conducto del amparo contra amparo antes que por vía del recurso de agravio constitucional[25]. Pensamos entonces (al igual que ahora) que no nos equivocábamos en este específico aspecto.

El hecho, sin embargo, es que pese a encontrarnos persuadidos en la posición descrita, difícilmente nos atreveríamos a suscribir la sentencia recaída en el Expediente N° 03908-2007-PA/TC, no porque no haya sido legítimo cambiar el precedente, sino básicamente por el tipo de argumentación utilizada y que, como se recuerda, se concretizó en dos razones muy específicas a) el precedente que estableció un recurso de agravio constitucional como fórmula destinada para su defensa procesal fue fruto de una imposición doctrinal asumida por los Magistrados Constitucionales que lo generaron, y b) el precedente constitucional no fue creado de manera acorde con los requisitos que tiene establecidos nuestra jurisprudencia, careciendo por consiguiente de todo valor.

Decir que un precedente ha sido fruto de una imposición doctrinaria, proveniente de un grupo de magistrados, no parece muy elegante que digamos y antes bien, constituye más una descalificación académica

25 Cfr. Sáenz Dávalos, Luis.- "Los nuevos derroteros del amparo contra amparo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Cambios y perspectivas a la luz de una reciente ejecutoria)" en Sáenz Dávalos, Luis (Coordinador).- *El Amparo contra Amparo y el Recurso de Agravio a favor del Precedente; Cuadernos de análisis y crítica a loa jurisprudencia constitucional 3; Palestra Editores S.A.C.; Lima 2007; Págs. 77 y ss.*

o personal que un verdadero e indiscutible alegato en pro de un cambio que se entienda como necesario.

Entendemos que si el Tribunal Constitucional integrado por un determinado grupo de magistrados, disiente de la posición asumida por quienes fueron sus predecesores, no tiene nada de extraño ni menos discutible que opte por darle un giro diferente a algunas de sus perspectivas jurisprudenciales. Pero para hacerlo no necesita minimizar académicamente a nadie. Es suficiente con exponer las razones por las que el precedente que se pretende cambiar resulta cuestionable y a su turno, argumentar en pro de las nuevas reglas que se pretenden crear. La descalificación académica, en otras palabras, no es ningún argumento ni mucho menos razón cualificada para este tipo de decisiones, pues nadie tiene la varita mágica como para decidir que tal o cual posición en Derecho, es la única posible. Con la lógica manejada por el Tribunal, vía la sentencia comentada, también podría ser descalificado por magistrados distintos, so pretexto de una nueva composición del Colegiado.

La segunda razón que se nos proporciona en la ejecutoria comentada, es todavía mucho más polémica. Según la misma, el precedente que establece el recurso de agravio contra estimatorias, no se encontraba dentro de ninguno de los supuestos que legitiman la generación de un precedente y que, según afirma, se concretizan en a) la existencia de interpretaciones contradictorias, b) la comprobación de interpretaciones erróneas (equivocadas) en torno de alguna norma, c) la existencia de vacíos legislativos, d) la presencia de interpretaciones alternas sobre una misma norma, e) la necesidad de cambiar un precedente vinculante[26].

Si efectivamente fuese cierto que para generar un precedente como el cuestionado recurso de agravio respecto de estimatorias, hubiese que encontrarse en cualquiera de las hipótesis mencionadas, con la misma lógica tendría que haberse dejado sin efecto el otro precedente creado por la sentencia recaída en el Expediente N° 04853-2004-PA/TC, esto es, el que reguló las reglas del amparo contra amparo. Lo que es más

26 Es curioso que el Tribunal invoque como supuestos para generar un precedente solo a cinco hipótesis, sin percatarse que conforme a la sentencia en la que pretende respaldarse (Exp. Nº 3741-2004-PA/TC, Caso: Ramón Salazar Yarlenque) también se menciona como típico escenario generador de un precedente, a la existencia de conductas inconstitucionales que, a pesar de reclamarse de manera individual, vengan generando efectos sobre un numero amplio o indeterminado de personas.

sorprendente aún, se tendría que dejar sin efecto, la casi totalidad de precedentes constitucionales creados por el Tribunal Constitucional que, si somos consecuentes con la verdad, tampoco nacieron precisamente porque se encontraran dentro del repertorio de alternativas a las que se refiere su jurisprudencia[27].

La motivación utilizada es pues en este caso, incoherente, y refleja a las claras, la voluntad de un Tribunal que se esfuerza por encontrar pretextos para cambiar la jurisprudencia, sin percatarse demasiado de su propia solidez argumental.

No estamos diciendo por cierto y vale la pena aclararlo, que no haya podido el Colegiado cambiar sus precedentes allí donde resulte inevitablemente necesario. Simplemente hacemos hincapié en que de procederse de dicha forma, debería haberse apelado a una motivación especialmente cualificada. Dicho objetivo, sin embargo, y a la luz de casos como el que aquí se ha descrito, evidentemente no fue alcanzado.

Habrá de esperarse en el futuro que el Tribunal Constitucional corrija esta deficiente práctica y sobre todo habrá de esperarse que el Poder Judicial no la tome como ejemplo a seguir ahora que cuenta con la facultad de crear precedentes vinculantes en materia constitucional.

Un aspecto adicional que asimismo conviene anotar y que en cierta medida ya lo hemos anticipado anteriormente radica en precisar que aunque en el modelo del Código Procesal Constitucional son dos los órganos con capacidad para crear precedentes con incidencia constitucional y por ende, con facultades para proceder a su eventual apartamiento, ello no significa que el Poder Judicial por lo menos como regla pueda apartarse de los precedentes del Tribunal Constitucional.

Ya hemos señalado y ahora lo volvemos a reiterar que mientras el precedente del Tribunal Constitucional vincula de manera absoluta a todos los poderes públicos, incluido el Poder Judicial, el precedente del Poder Judicial no puede vincular al Tribunal Constitucional debido a la condición que ostenta este último como Supremo Intérprete de la Constitución. En tales circunstancias, el Poder Judicial deberá seguir a través de sus

27 Un detalle curioso es que esta misma argumentación, ya de por si defectuosa, fue utilizada años después, para dejar sin efecto el precedente recaído en Expediente N° 3741-2004-PA/TC (Caso: Ramón Hernando Salazar Yarlenque) a través del Expediente N° 4293-2012-PA/TC (Caso: Consorcio Requena).

precedentes lo que el Tribunal Constitucional pueda establecer a través de los suyos, salvo y como ya lo hemos mencionado que nos encontremos con supuestos de suyo excepcionalísimos en los que la postura del Tribunal colisione abiertamente con lo establecido por la Constitución, con los tratados internacionales o con la jurisprudencia internacional expedida conforme a ellos[28].

e). El procedimiento de aprobación de los precedentes del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial se ajusta a las características de los colegiados que los conforman

En tanto el Nuevo Código Procesal Constitucional ha regulado en paralelo la forma como se aprueban, modifican o suprimen los precedentes que pueda emitir el Tribunal Constitucional y lo propio en relación con los precedentes que corresponden al Poder Judicial, es pertinente hacer una breve o elemental referencia del tema.

En este extremo, lo primero que habría que descartar es la errónea o distorsionada versión sostenida por algunos sectores en el sentido de que el legislador habría privilegiado al Poder Judicial en desmedro del Tribunal Constitucional, por exigir un mínimo de cuatro votos en el primer caso y de cinco en el segundo. Quienes alegan tal aseveración parecen no haber reparado que mientras las salas supremas del Poder Judicial (incluidas las constitucionales) están conformadas por cinco Jueces Supremos, el pleno del Tribunal Constitucional esta constituido por un total de siete Magistrados.

El equivalente o porcentaje en cada caso si de conformación colegiada se trata equivale en rigor a una mayoría supercalificada en el caso del Poder Judicial (80 %) y solo calificada en el caso del Tribunal Constitucional (71.42 %). Por otra parte y tal vez sea lo más importante, mientras que el precedente judicial posee un ámbito vinculatorio bastante extenso, no es absoluto, como en su momento ha sido explicado, mientras que el precedente del Tribunal Constitucional ostenta un ámbito de obligatoriedad que abarca sin disputa a la totalidad de poderes públicos (incluido el Poder Judicial) además de los propios sujetos privados.

28 Ibidem cit. 18.

No hay pues un tratamiento que pueda juzgarse irrazonable, sino exigencias numéricas legítimamente establecidas en atención a la naturaleza y peculiaridades de la institución que se pretende establecer.

V). SUPUESTOS PARA GENERAR UN PRECEDENTE VINCULANTE EN MATERIA CONSTITUCIONAL

Aunque varios de los aspectos vinculados al precedente vinculante en materia constitucional han sido directamente analizados por el Nuevo Código tal y cual ha sido puesto de manifiesto, existen algunos otros en los que por el contrario, se ha guardado absoluto silencio. Ello ha sido especialmente evidente en el caso de los supuestos que permitirían generar un precedente. El Código vigente, al igual que su predecesor del 2004, simplemente no dice nada.

En este contexto y siendo vital el conocer en función a que razones se podría echar mano de una técnica como la que aquí estudiamos, nuestra jurisprudencia, ante el silencio normativo, ha optado por irlos estableciendo enunciativamente.

Cabe al respecto puntualizar que si bien, no siempre existió uniformidad en atención a cuántos y cuáles serían esos criterios[29], la jurisprudencia se ha decantado hasta la fecha por un total de seis. A su explicación, nos dedicamos inmediatamente.

a). Contradicciones jurisprudenciales

Situación que aconsejaría la creación de un precedente constitucional, se produciría si tras revisar los desarrollos jurisprudenciales establecidos

29 En efecto, en un inicio y mediante la Sentencia recaída en el Exp. Nº 024-2003-AI/TC (Caso: Municipalidad Distrital de Lurín) se establecieron un total de cinco supuestos para establecer un precedente. Posteriormente y mediante la Sentencia emitida en el Exp. Nº 3741-2004-AA/TC (Caso: Ramón Salazar Yarlenque) se optó por mencionar sólo cuatro supuestos (curiosamente se omitió mencionar dos de los supuestos ya reconocidos, mencionándose en cambio uno nuevo). Sin embargo y a través de la ejecutoria recaída en el Exp. Nº 3908-2007-PA/TC (Caso: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional) se valido nuevamente a los cinco supuestos mencionados en la sentencia primigenia a los efectos de generar un precedente constitucional vinculante. La conclusión, es que si efectuamos una lectura conjunta de estas tres ejecutorias, como de otras mucho más recientes, ratificaremos que son seis (y no cinco, ni cuatro) los referentes de hecho que permiten establecer un precedente constitucional vinculante.

por el Supremo Intérprete de la Constitución o en su caso, por las Salas de la Corte Suprema, se constata la existencia de posiciones virtualmente contrapuestas sobre determinados temas.

En efecto, a diferencia del Poder Judicial, donde la eventual existencia de jurisprudencia contradictoria, se explica muchas veces, en la particular estructura descentralizada que asumen sus cortes superiores (organizadas en diversos distritos judiciales), en el caso del Tribunal Constitucional, la situación es todavía mucho más grave, pues se trata de un solo órgano de Justicia, donde se presume, no deberían darse contradicciones en las líneas jurisprudenciales.

Aceptar que un determinado grupo de casos pueden ser resueltos de manera distinta, no obstante la manifiesta identidad en los mismos o en los problemas que aquellos plantean, supondría en puridad la quiebra o desconocimiento de diversos valores jurídicos (la igualdad, la seguridad jurídica o la propia predictibilidad de los fallos). La técnica del precedente intenta precisamente evitar dicho estado de cosas fomentando, vía reglas construidas ex profeso, que las causas en esencia similares respondan o se canalicen en una misma línea o vertiente jurisprudencial.

En la medida en que el Nuevo Código atribuye la generación de precedentes tanto al Tribunal Constitucional como al Poder Judicial, sería este supuesto uno de los más recurrentes a la hora de optar por el uso de tan importante herramienta.

b). Interpretaciones erróneas de una norma

Otro de los escenarios donde a menudo suele aconsejarse la generación de un precedente constitucional, se presenta en aquellos supuestos en los que una norma constitucional, o integrante del bloque de constitucionalidad, venga siendo objeto de interpretaciones judiciales erróneas, es decir, de interpretaciones equivocadas o que no respondan al espíritu o la letra de la Constitución como norma suprema del Estado.

Evidentemente la hipótesis es aquí muy clara. Si una norma admite más de una opción interpretativa y el Tribunal constata que algunas de tales opciones interpretativas desnaturaliza el mensaje subyacente contenido en la misma, se hace necesario delimitar sus alcances y, por consiguiente, proscribir todas aquellas variantes de interpretación que no se compadezcan con el referido mensaje.

En tales circunstancias, la manera como habrá de prevalecer la interpretación adecuada de la norma, frente a otras susceptibles de descartarse será vía precedente. Este último, será quien imponga la única forma en que dicha norma podrá ser interpretada, excluyendo a la par cualquier otra lectura de la misma.

c). Vacíos legislativos

Definitivamente uno de los contextos más recurrentes donde se hace pertinente la generación de un precedente constitucional, se presenta en todos aquellos escenarios donde la Constitución o algún sector del ordenamiento refleja insuficiencias o inconsistencias producto de vacíos o defectos en su propia configuración.

Como es bien sabido, no todo puede ser previsto por el legislador, sea porque éste no imagino el enfoque frente a una determinada situación, sea porque consciente o deliberadamente renunció a una determinada forma de regulación. En uno u otro supuesto, la consecuencia resulta inevitable cuando las situaciones se presentan y el derecho positivo no otorga respuestas. El silencio bajo tales circunstancias se transforma en fuente de injusticia o expresión de manifiesta arbitrariedad.

A veces ocurre algo distinto. El legislador sí quiso encarar una determinada situación, pero lo hizo con tal desgano o desinterés, que el resultado final, lejos de coadyuvar a un adecuado enfoque del tema o materia normativizada, termina complicando las cosas, sea por deficiencia de lo regulado, sea por excesos en la regulación. La injusticia, nuevamente aparece como aspiración desprovista de tutela por conducto de la ley.

Precisamente para evitar que las fisuras del propio ordenamiento al igual que las responsabilidades no asumidas por el legislador, continúen generando perjuicios, el precedente aparecerá como herramienta de obligada recurrencia. Lo que este último prevea, cumplirá un rol integrador difícilmente cuestionable, pues si el legislador no asume sus responsabilidades o estas resultan deficitarias en su ejercicio, la jurisprudencia con toda legitimidad resultará un sustituto eficaz.

d). Interpretaciones alternas de una norma

No muy frecuente esta cuarta hipótesis, resulta sin embargo, de lo más interesante.

En rigor se presenta cuando una norma jurídica admite varias opciones interpretativas, sin embargo, del cotejo de cada una de las mismas, se comprueba que todas ellas, al margen de sus particularidades y características, terminan siendo compatibles con la Constitución.

A diferencia de los casos vinculados a interpretaciones erróneas donde una misma norma es interpretada de manera inconstitucional, obligando a que a través de un precedente se imponga la interpretación considerada correcta, en el caso de las interpretaciones alternas la figura es diferente. No se trata de asumir como inconstitucionales las interpretaciones existentes para una norma, ya que por principio resultan todas ellas compatibles con la Constitución, se trata de privilegiar aquella interpretación que de mejor manera consolide los valores constitucionales o haga más operativo el mensaje constitucional.

El precedente bajo tales circunstancias no será pues una regla de invalidación interpretativa, sino de plena optimización en favor de un determinado tipo de interpretación, en este caso, de la más identificada o consecuente con el esquema constitucional.

e). Conductas inconstitucionales con efectos generales

Otra de las hipótesis que se ha considerado como propicia en la generación de precedentes vinculantes se presenta en aquellos casos en los que se aprecia que una conducta individualmente considerada como inconstitucional, termina afectando a un número bastante amplio de personas.

La situación descrita, suele presentarse cuando tras conocerse de un proceso de tutela de derechos (habeas corpus, amparo, habeas data, cumplimiento) normalmente de interés sólo para quienes lo promueven, se constata, sin embargo, que la conducta inconstitucional (sea un acto, una omisión o una amenaza) incide, no sólo sobre la esfera de intereses de quien promovió la respectiva demanda, sino sobre la de un universo bastante amplio de personas, quienes paralelamente y por su parte, vienen formulando reclamos similares ya sea ante el Tribunal Constitucional, ante el Poder Judicial o ante la propia sede administrativa.

Naturalmente bien podría suceder que el Supremo Colegiado, consciente de que tiene muchos expedientes sobre el mismo tópico, opte por resolver todos ellos de modo separado, no obstante la similitud de las respuestas dispensadas. Sin embargo, la experiencia jurisprudencial enseña

que si las cosas resultan del modo descrito, no tienen sentido emitir un número indeterminado de sentencias gemelas o francamente repetitivas. Sería preferible y así lo ha demostrado la práctica, optar por la generación de un precedente constitucional, previa declaración de un estado de cosas inconstitucionales. El precedente de esta forma será la respuesta única para los casos que puedan ser conocidos.

f). Necesidad de cambio de precedente

Ya hemos indicado en otro momento que es perfectamente legítimo el cambio de precedente constitucional, siempre que dicho cambio se encuentre adecuadamente fundamentado por parte del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la mejor manera de revestir de trascendencia a la decisión de cambio, entendemos que debe ser respaldada por la asunción de un nuevo precedente, el mismo que indicará cuales serán los derroteros o las reglas diseñadas en adelante. Naturalmente esto no significa que todos los precedentes que quedan sin efecto, terminen con otro precedente, pero sí una buena manera de generar certezas en el giro de la propia jurisprudencia.

No debe olvidarse por lo demás que el cambio puede suponer o que el precedente que existía queda totalmente sin efecto o que el precedente que venía rigiendo de una manera, ahora va a regir de otra. En uno u otro caso, pero sobre todo en el primero, es conveniente que el Tribunal precise como es que en adelante serán las cosas. De lo contario, los problemas jurídicos en torno de aquellas situaciones que el precedente derogado establecía, aparecerán como una constante inevitable.

VI). LA POSICIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO

Uno de los temas sobre los que siempre se ha discutido pero poco se ha esclarecido, es el relativo a la posición que ocupa el precedente constitucional dentro del sistema de fuentes del Derecho. A esta falta de esclarecimiento también ha contribuido la ausencia de un adecuado enfoque normativo, pues en un hecho que ni el Nuevo Código Procesal Constitucional ni tampoco su predecesor quisieron abordarlo de forma precisa.

Algunos distinguidos colegas le otorgan un carácter cuasiconstitucional en el entendido de que aquellos representarían una concretización de la voluntad constitucional expresada en el parecer del órgano jurisdiccional

que opta por crearlo (sea este último el Tribunal Constitucional, sea en cambio el Poder Judicial). Otros, por el contrario, prefieren ubicar la posición del precedente constitucional en el mismo nivel que el de una simple ley, con lo cual y de modo implícito estarían aceptando la posibilidad de su modificación o incluso derogación, por conducto de esta última.

Desde nuestro punto de vista, la primera postura nos parece interesante pero no por ello necesariamente correcta pues la lógica de los precedentes constitucionales no es por lo menos en principio la de innovar la Constitución, a menos que evidentemente nos encontremos ante un supuesto de franca e inobjetable mutación por vía interpretativa[30], lo que si bien tampoco es ilegítimo (hay muchas cortes constitucionales que así lo demuestran), de alguna manera rebasaría el rol de lo que representa un precedente que, como antes se ha señalado, sólo es el de aparecer como regla o conjunto de reglas para resolver cierto tipo de casos o controversias con determinadas características.

Pero tampoco nos persuade en lo absoluto la tesis de que los precedentes estén solo al nivel de la ley pues de ser así, la teoría de que los precedentes constitucionales vinculan a todos los poderes públicos quedaría virtualmente pulverizada. Bastaría un simple mandato del legislador para que la sentencia que lo instituye quede absolutamente desairada cuando no evidentemente ridiculizada.

Definitivamente hay algo en el precedente constitucional que lo posiciona muy por encima de la ley y es la de servir de parámetro para resolver diversos casos ante la manifiesta o clamorosa insuficiencia o incluso injusticia evidenciada por el legislador ordinario, siempre que dicho parámetro se encuentre sustentado en el propio mensaje constitucional.

De esta forma, tampoco estamos por quienes deslegitiman al precedente constitucional pues este último en buena medida relativiza lo que pueda hacer el Congreso y en general cualquier poder público por lo menos como regla. Consecuencia de ello, su posición siempre estará por

30 Un supuesto de este tipo lo tendríamos configurado en el marco de lo resuelto en la antigua ejecutoria recaída en el Exp. N° 3361-2004-PA/TC (Caso: Jaime Amado Alvarez Guillen) que, como se recuerda, abogó por la no aplicación de la prohibición contenida en texto original que tenía el artículo 154 inciso 2) de la Constitución Política del Estado y que prohibía el reingreso de los magistrados no ratificados por el antiguo Consejo Nacional de la Magistratura (actualmente Junta Nacional de Justicia).

encima de la ley[31] aunque al mismo tiempo —y salvo excepciones— por debajo de la Constitución.

En el contexto descrito debe quedar totalmente esclarecido que a pesar de que los precedentes constitucionales tengan un indudable valor eso no significa ni debe entenderse como que los mismos puedan apuntar hacia cualquier cosa en cuanto a lo que por su contenido puedan llegar a establecer. Aquellos necesariamente deben ser respetuosos de la propia Constitución, de los tratados internacionales de Derechos humanos o de la jurisprudencia internacional establecida conforme a estos últimos. De darse un supuesto contrario, no sólo el órgano jurisdiccional que no participo en su creación, sino el propio Congreso, bien podrían optar por una postura distinta, en la lógica de fortalecer la coherencia con la que se maneja el propio sistema constitucional y su elemental esquema de razonamiento.

Entendemos que una hipótesis como la descrita es la que ha ocurrido en fecha relativamente reciente tras la dación del Nuevo Código Procesal Constitucional del 2021, cuyo Artículo 24 representa una clara reacción contra el conocido y tan debatido precedente vinculante recaído en el Exp. N° 0987-2014-PA/TC (Caso: Lilia Vásquez Romero) y que, como todos sabemos, estuvo precedido de una fuerte polémica sobre su presunta inconstitucionalidad al establecer una serie de restricciones en el acceso al Tribunal Constitucional mediante la creación de la llamada "Sentencia Interlocutoria Denegatoria"[32].

En resumen, la fortaleza o posicionamiento del precedente esta pues fuera de todo cuestionamiento e incluso y como luego se verá la necesidad de protegerlo frente a un eventual desconocimiento o desacato, más su legitimidad reposará en utilizarse de manera decididamente compatible con la Constitución, pues es esta en el fondo la norma suprema del Estado y la que por una razón u otra establece los cauces de actuación de cada poder público.

31 En sentido similar García Belaunde, Domingo & Eto Cruz, Gerardo.- "Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Perú" en Eto Cruz, Gerardo (Coordinador); *La Sentencia Constitucional en el Perú; Centro de Estudios Constitucionales; Tribunal Constitucional; Lima 2010; Págs. 77-78.*

32 Cfr. Sáenz Dávalos, Luis R. & Roel Alva, Luis.- "El Tribunal Constitucional Peruano durante los años 2014 y 2015: Balance jurisprudencial"; en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional;* N° 20; Madrid 2016; Págs. 602-605.

VII). LA DEFENSA PROCESAL DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE. DEL RECURSO DE AGRAVIO A FAVOR DEL PRECEDENTE AL AMPARO CONTRA AMPARO

Que el precedente constitucional vinculante debe ser adecuadamente tutelado en caso de desconocimiento, no cabe la menor duda, la discusión en todo caso se centra en saber cómo es que debe proceder dicha eventual tutela.

Hace algunos años y en el contexto de la sentencia recaída en el Expediente Nº 4853-2004-PA/TC (Caso: Dirección General de Pesquería de la Libertad) el Tribunal Constitucional optó por crear, vía precedente, una modalidad de especial de protección consistente en habilitar el recurso de agravio constitucional para dicho propósito con el añadido "especial" de que dicho medio impugnatorio procedía, específicamente, respecto de sentencias constitucionales estimatorias.

Esta toma de posición defendida en su día por algunos juristas, fue sin embargo y como se ha señalado anteriormente, duramente criticada por un grueso sector de la doctrina que la entendió como abiertamente inconstitucional en la lógica de que desnaturalizaba el modelo de acceso al Tribunal Constitucional que, como es bien sabido, sólo permite el uso del consabido medio impugnatorio respecto de sentencias o resoluciones de carácter desestimatorio.

En lo personal y como en algún momento lo sostuvimos, creemos que dicha fórmula resultaba harto perniciosa pues colocaba al juez o instancia judicial a la que se acusaba de supuesta vulneración de los precedentes, en la dura tarea de tener que demostrar ante el Tribunal Constitucional que la citada transgresión, no había sucedido en realidad.

Nadie está diciendo por cierto, que el Tribunal no pueda conocer eventualmente o algún momento de casos en los que sus precedentes hayan sido desacatados, pero eso de que lo haga en instancia única y directa, con magistrados directamente acusados de tamaña irregularidad y sin la posibilidad de mayor debate probatorio, si nos parece un exceso, pues la práctica ha demostrado que cuando el Tribunal ha tenido que asumir dicho rol no ha sido muy objetivo (o francamente acertado) que digamos.

Aún está fresca en la memoria la recordada ejecutoria recaída en el Expediente 006-2006-PC/TC (Caso: Poder Ejecutivo Vs. Poder Judicial) y

que fue resultado de una controversia en la que precisamente se cuestionaba la existencia de una innumerable cantidad de sentencias constitucionales emitidas por el Poder Judicial fundamentalmente por considerarlas violatorias del precedente constitucional vinculante recaído en el Exp. Nº 4227-2005-PA/TC (Caso: Royal Gaming S.A.C.). La demandante por entonces, peticionaba la nulidad de todas estas sentencias y lo hacía ni más ni menos que por vía de proceso competencial[33].

El problema no es que no hayan existido sentencias con la citada característica (antiprecedente) y respecto de las cuales algo evidentemente tenía que hacerse, el problema es que el Tribunal Constitucional, en este caso, utilizó una vía procesal absolutamente impertinente para dicho propósito. Lo que es más grave aún, dispuso la nulidad de una innumerable cantidad de sentencias constitucionales, sin reparar que muchas de aquellas ejecutorias cuya nulidad decretaba, eran de fecha totalmente anterior al antes citado precedente.

Por simple y elemental raciocinio común, parece difícil de aceptar que se acuse a un juez o a una Sala del Poder Judicial de transgresores de un precedente cuando tal precedente no había sido aún establecido o aquel simplemente no existía.

Pero el Tribunal no reparó en este hecho tan elemental. A su juicio, todas las sentencias constitucionales que se cuestionaban eran inconstitucionales, todas resultaban antiprecedente y por consiguiente, todas ellas debían desaparecer del mundo jurídico. Y todo esto lo hizo, por cierto, sin tener a la mano ningún expediente constitucional, esto es, sin tener a su disposición ninguno de los autos de donde derivaban dichas sentencias (probablemente porque se trataba de un proceso competencial). Sólo así se explica, el que se haya nulificado sentencias al margen de la fecha en que fueron emitidas.

Desde nuestra perspectiva y a la luz de casos como el que aquí se describe, es bastante polémico que el Tribunal Constitucional termine siendo instancia única cuando de la defensa de los precedentes se trata. Creemos que es vital garantizar en mínimo debate y sobre todo un adecuado

33 Cfr. García Belaunde, Domingo (Coordinador).- "¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial"; *Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional*; N° 4; Palestra Editores; Lima 2008; Págs. 7 y ss.

derecho de defensa respecto de las personas (normalmente Magistrados) a los que se acusa de desacato del precedente.

En tales circunstancias y acorde con lo que siempre sostuvimos, nos parece que la mejor manera de cumplir con tales objetivos, sin desmerecer en lo absoluto y antes bien garantizar la tutela del precedente, es por conducto de otro mecanismo, y este último no es otro que la vía del amparo contra amparo.

Ya hemos mencionado que esta opción es la que finalmente asumiría el Tribunal Constitucional tras la Sentencia recaída en el Exp. Nº 3908-2007-PA/TC. No coincidimos con los fundamentos consignados en dicha ejecutoria, pero entendemos que esa y no otra era la vía más adecuada.

En las circunstancias descritas, ello significa, que quien actualmente se sienta perjudicado por el desacato o inobservancia de un precedente constitucional durante el curso o tramitación de un proceso constitucional, tendrá expedita la vía del amparo contra amparo[34]. Aquel será el camino procesal a seguir y también la garantía, de que quienes sean emplazados con tal imputación, puedan defenderse a través de una vía que les permita alegar lo que a su derecho convenga.

Si finalmente y en última instancia conoce de dicho reclamo el Tribunal Constitucional, no será bajo la lógica de que no hubo contradictorio, sino bajo las garantías de que frente a una imputación grave, existirá un proceso debido.

VIII). APRECIACIONES CONCLUSIVAS

El reconocimiento que nuestro sistema jurídico ha realizado del precedente vinculante como técnica de fortalecimiento jurisprudencial, ha encontrado en el ámbito constitucional su principal espacio de desarrollo. Y sin duda ha sido importante su aporte en el enfoque dispensado a determinado tipo de casos.

34 Cabría preguntarse lo que sucede si el eventual desacato a un precedente del Tribunal Constitucional, se produce a instancias de lo decidido no por un juez constitucional durante el curso o tramitación de un proceso constitucional, sino por un juez ordinario durante la secuela o desarrollo de un proceso ordinario (civil, penal, laboral, contencioso administrativo, etc.). Creemos que en tales circunstancias la vía adecuada, sería (siempre y cuando se alegue vulneración correlativa a derechos fundamentales) la del amparo contra resoluciones judiciales.

Lo señalado no significa sin embargo que dicho instituto haya adoptado un modelo que pueda considerarse perfecto en todos sus aspectos. El desconocimiento de algunas de las peculiaridades que le son propias por naturaleza y que corresponden al modelo jurídico de donde proviene, han generado algunos yerros en la manera como se le ha utilizado. En este contexto, no ha sido de sorprender que el voluntarismo y entusiasmo excesivo, principalmente por parte del Tribunal Constitucional, haya hecho del precedente una herramienta necesaria para ciertas controversias, pero también errática para otras. Aun así, han sido muchos más sus beneficios que los eventuales inconvenientes y eso habla bien de su relevancia y de la necesidad de continuar perfeccionándolo.

En cualquier caso, el precedente constitucional sigue imponiendo retos que el legislador debe intentar prever. El Nuevo Código Procesal Constitucional, ha acertado en dotar al Poder Judicial de similar herramienta, en la lógica de fortalecer nuestro modelo de justicia dual o paralelo, pero ello también plantea importantes interrogantes que solo el tiempo y la práctica se encargaran de responder.

El camino a seguir es entonces interesante, pero aún faltan muchos tramos por recorrer. Esperemos que la jurisprudencia ya no solo del Tribunal Constitucional sino ahora también del Poder Judicial, se encuentren a la altura de las circunstancias.

IMPEDIMENTO DE REVISAR LAS SENTENCIAS QUE HOMOLOGAN LOS ACUERDOS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

*Guillermo Martín Sevilla Gálvez**

Introducción

El inciso 7 del artículo 468 del Nuevo Código Procesal Penal (2004), prevé que solo pueden interponer recurso de apelación contra la sentencia anticipada el actor civil y el tercero civilmente responsable solo respecto al extremo de la legalidad del acuerdo y a la reparación civil, pero no pueden cuestionar la condena. Ello significa que no están facultados para impugnar la pena el imputado-condenado ni el representante del Ministerio Público, lo cual a mi modesto entender contraviene lo previsto por el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú (1993), que eleva a grado constitucional el derecho fundamental de naturaleza procesal a la pluralidad de la instancia, y por tanto le impide al superior jerárquico, al juzgado emisor y homologador de la citada sentencia, que pueda revisarla y con esto corregir errores e injusticias.

El presente trabajo tiene por objeto proponer la modificación del mencionado artículo correspondiente a la norma procesal penal, para que no sólo los jueces se encuentren obligados a aplicarlo pese a resultar

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la misma casa de estudios y asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú.

inconstitucional y restringir el mencionado derecho fundamental procesal, sino también para que se habilite al condenado para que pueda cuestionar la sentencia anticipada cuando advierta, por ejemplo, que no sólo no se respetaron los términos del acuerdo que sirvió de sustento a la emisión de la sentencia que será objeto de homologación por parte del juzgado penal, sino también cuando se advierta que resulte ser errada, viciada, injusta y arbitraria, a efectos de que esto pueda ser corregido por la instancia superior, con lo cual se restituye el ejercicio del derecho fundamental procesal a la doble instancia o instancia plural.

Asimismo, destacaré que la citada modificación resulta una solución más idónea, célere y que se pueda producir intra proceso penal, que la interposición de demandas de revisión en la vía penal ordinaria o la instauración de las demandas de amparo y de habeas corpus.

También comentaré sobre la inseguridad de que los jueces/juezas penales que conocen el proceso penal puedan inaplicar el citado dispositivo vía control difuso de la constitucionalidad, debido a su poca práctica y formación.

¿En qué consiste la terminación anticipada del proceso penal?

Corresponde a una de las formas especiales de negociación del proceso penal establecida en el Nuevo Código Procesal Penal (2004), cuya finalidad no es otra que terminar el proceso penal sin que sea necesario que se transite por las etapas posteriores del referido proceso como resulta ser el juicio oral y otras, que se realizarán mediante el acuerdo previo que celebrarán el imputado/imputada a través de su defensa con el representante del Ministerio Público respecto a la pena, la reparación y las consecuencias accesorias.

El referido acuerdo, que se basa en el principio de oportunidad, deberá ser revisado por el juzgado, quien luego de verificar que se ajusta a la legalidad y que no se ha excedido los términos del acuerdo, podrá homologarlo.

La terminación anticipada contiene un doble beneficio: del lado del imputado implica una rebaja de la pena (en un sexto) y en el monto de la reparación civil, y del lado del Estado, el acortamiento del proceso con el consiguiente ahorro de recursos humanos y logísticos, lo cual importa para la descarga procesal (problema que aún persiste en nuestro sistema

de justicia); los recursos serán destinados a otros procesos penales que no serán pasibles de alguna de las formas especiales de conclusión del proceso.

Al respecto, debo citar lo siguiente:

> La terminación anticipada, conocida también como admisión de culpabilidad del procesado, como expresión del principio de oportunidad, permite que a iniciativa del imputado o del Fiscal, se lleva a cabo una audiencia especial y privada, a la cual asistirán el imputado, su abogado defensor, el Fiscal y el Juez, con la finalidad de encontrar un acuerdo entre estas partes respecto de la pena, reparación civil y demás consecuencias accesorias. La presencia de los demás sujetos procesales es facultativa (Cáceres e Iparraguirre, 2021, p. 1176).[1]

La terminación anticipada del proceso penal resulta ser una medida alterna al juicio oral, que, por acortar el proceso, resulta una vía rápida que se sustenta en el acuerdo negociado a que arriba la fiscalía con el procesado/procesada sobre la condena, la reparación civil y otros aspectos (Salinas, 2011)[2].

También debo anotar lo siguiente:

> (…) la terminación anticipada; por un lado, posee como punto neurálgico la negociación, pues el fiscal y el imputado llegan a un acuerdo; y, por otro lado, simplifica el proceso penal, constituyéndose en una alternativa al proceso común que lleva aparejada la aceptación de responsabilidad por parte del imputado frente a los hechos de los que se le acusa, acordando respecto de las circunstancias del hecho punible, la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias (Córdova, 2019, p. 103)[3].

La terminación anticipada implica que en mérito al acuerdo que sostenga el inculpado con la Fiscalía, el primero de los nombrados renuncia no sólo a defenderse al interior del procesado penal sino también que

1 Cáceres J. Roberto E. e Iparraguirre N., Ronald D. Código Procesal Penal, Comentado, Concordado, Jurisprudencia e Índice Actualizado, Jurista Editores, pág. 1176.

2 Salinas Mendoza, Diego, Terminación Anticipada del Nuevo Proceso Penal Peruano Estructura y Función, Palestra Editores, 2011, pág. 23.

3 Córdova Rosales, Rudy Angélica, La Terminación Anticipada, Una mirada al proceso de terminación anticipada con pluralidad de imputados, Instituto Pacífico, Lima 2019, pág. 102.

aceptará y reconocerá ser responsable del delito y de los cargos imputados, lo cual también supone arribar a un acuerdo que implique la imposición de la pena rebajada y de la reparación civil, a cambio de lo cual será beneficiado con la rebaja de la pena y del monto de la reparación civil. Es decir, que el inculpado en virtud del beneficio premial de la disminución de la pena y de la reparación civil, renunciará a ofrecer pruebas que demuestren su inocencia o que determine la atenuación de la pena.

> El Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 en el noveno considerando afirma que si el imputado y el fiscal llegan a un acuerdo, que implica aceptación de la responsabilidad y la precisión de las consecuencias jurídico-penales y civiles, le corresponde al juez ejercer controles respecto a la legalidad del acuerdo y de la razonabilidad de la pena (Arbulú, 2017, p. 348). [4]

Problemas que podría conllevar la posibilidad de no cuestionar la sentencia de terminación anticipada

La terminación anticipada resulta en una excelente forma de negociación premial sustentada en el consenso y beneficio para ambas partes, que conlleva a la descongestión de la carga procesal. Sin embargo, como toda figura procesal no está exenta de errores y quizás también arbitrariedades al momento de su aplicación, pues puede suceder que la sentencia dictada sobre la base del acuerdo de terminación anticipada, producto de un consenso entre procesado y Fiscalía, no respete o exceda los puntos materia del referido acuerdo, y en perjuicio del primero se le imponga una condena o una reparación civil mayor a la acordada.

Puede suceder también que la sentencia anticipada contenga errores, vicios, o resulte injusta o arbitraria.

Asimismo, debo señalar que el juzgador al momento de revisar y homologar la sentencia no realice un adecuado control de la legalidad, pues cabe recordar que el juez como todo ser humano no está exento de equivocarse o de cometer errores, así como de cometer injusticias o arbitrariedades al momento de tomar alguna decisión.

4 Arbulú Martínez, Víctor Jimmy, El Proceso Penal en la Práctica, Manual del abogado litigante, Lima 2017, Gaceta Jurídica, pág. 348.

En un anterior trabajo señalé cuáles eran los problemas que se presentaban por la prohibición legal de que el condenado/condenada impugne la terminación anticipada:

> "…la mencionada prohibición resulta inconstitucional porque prohíbe al condenado apelar la mencionada sentencia, con lo cual se le impide poder cuestionarla pese a que contenga vicios, errores, arbitrariedades o injusticias, tales como, por ejemplo, el juez no le haya explicado al inculpado sobre los alcances y consecuencias del acuerdo de terminación anticipada o de los efectos de la sentencia que la homologue, o que lo haya hecho de forma inadecuada, incompleta o defectuosa; también puede suceder que el juez no haya controlado la legalidad del acuerdo y este devenga en ilegal; o cuando imponga una condena superior a la pactada en el acuerdo; o que existan vicios en la voluntad del imputado, como por ejemplo, que padezca de alguna discapacidad y ausencia de entendimiento, lo cual no le ha permitido conocer sobre los efectos de la terminación anticipada… o que no haya contado con una idónea defensa tanto de su abogado de libre elección o del defensor público que le haya sido asignado, quienes por ejemplo no le explicaron sobre las implicancias y los efectos del acuerdo y de la sentencia anticipada; y con ello cohonestar las actuaciones del Ministerio Público y/o del Poder Judicial…" (Sevilla, 2022, p. 140)[5].

Tales situaciones podrían acontecer si el órgano jurisdiccional penal se ve forzado a aplicar el dispositivo procesal penal en cuestión.

Sobre el particular debo reproducir el extremo en cuestión del inciso 7 del artículo 468 del nuevo Código Procesal Penal (2004):

> **"… Artículo 468 Normas de aplicación.-** Los procesos podrán terminar anticipadamente, observando las siguientes reglas: (…)
>
> **7.** La sentencia aprobatoria del acuerdo puede ser apelada por los demás sujetos procesales. Los demás sujetos procesales, según su ámbito de intervención procesal, pueden cuestionar la legalidad del acuerdo y, en su caso, el monto de la reparación civil. En este último

5 Sevilla, Revista Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional, Gaceta Jurídica, tomo 175, julio 2022.

caso, la Sala Penal Superior puede incrementar la reparación civil dentro de los límites de la pretensión del actor civil…"

La norma es clara en el sentido de que solo pueden impugnar la sentencia de terminación anticipada al actor civil y el tercero civilmente responsables respecto al extremo de la reparación civil que les afectaría y del cual tendrían verdadero interés. Pero no pueden cuestionar el extremo condenatorio porque la norma no los habilita.

También la norma le imposibilita tanto al condenado/condenada y al Ministerio Público apelar la sentencia anticipada. Vale decir, les prohíbe cuestionar la sentencia anticipada vía apelación.

En otras palabras, por la prohibición o impedimento legal establecido en el inciso 7 del artículo 428 del Nuevo Código Procesal Penal (2004), el condenado no puede cuestionar a través de la impugnación la sentencia anticipada, lo cual a mi modesto entender no sólo le restringe su derecho fundamental de naturaleza procesal a la pluralidad de la instancia o a la instancia plural previsto por el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú (1993), sino que sólo le quedaría cumplir la condena.

Posibilidad de activar otros mecanismos para contravertir la sentencia de terminación anticipada

En nuestro ordenamiento procesal penal existe la denominada demanda de revisión de sentencia penal que tenga la condición de firme. Sin embargo, esta acción solo se encuentra limitada a casos en que después de haberse emitido (incluso luego de varios años de su expedición), surjan pruebas nuevas que no fueron ofrecidas, admitidas, actuadas ni valoradas que demostrarían que la persona condenada resulte ser inocente o exenta de responsabilidad.

En el referido supuesto, cabe la posibilidad de que se declare la nulidad de la sentencia condenatoria y que se inicie y se tramite un nuevo procesal penal para que se investigue, juzgue y procese al verdadero responsable de la comisión del delito. Por tanto, no puede ser instaurado para cuestionar la sentencia condenatoria cuando concurran otras situaciones como las antes descritas; es decir, para impugnar sentencias erróneas, injustas, viciadas o arbitrarias.

Asimismo, en el sistema constitucional peruano existen los procesos constitucionales de la libertad establecidos en la Constitución Política (1993) y en el Nuevo Código Procesal Constitucional (2021) aprobado en virtud de la Ley 31307.

Al respecto, debo anotar que el proceso de amparo "ha sido diseñado en los ordenamientos constitucionales como un mecanismo de naturaleza residual, extraordinaria y sumaria. Revisa, desde la perspectiva de la justicia constitucional, diversos tipos de afectaciones; más entre ellas, una llama de modo especial nuestra atención, pues el amparo contra resolución judicial precisamente busca romper un principio natural y consustancial respecto a una decisión firme: la cosa juzgada" (Figueroa, 2017, p. 236) [6] . El mencionado proceso constitucional puede ser instaurado contra resoluciones judiciales, entre estas las sentencias penales; vale decir, que se puede instaurar el amparo contra resoluciones judiciales penales cuando se advierta vulneración de derechos fundamentales de naturaleza sustantiva o procesal.

En relación a lo anterior diré que como mecanismo residual puede ser invocado cuando se advierta la vulneración del derecho fundamental procesal a la instancia plural como acontece con la aplicación obligatoria por parte de la judicatura penal ordinaria del inciso 7 del artículo 468 del Nuevo Código Procesal Penal (2004). En tal sentido, de estimarse la demanda constitucional, se podría restituir el derecho a la instancia plural, pero no se declararía la nulidad de la sentencia penal condenatoria; y, en consecuencia, se podría habilitar a la judicatura penal ordinaria para que la instancia superior a la que emitió la citada sentencia pueda revisarla y revocarla, confirmarla o declarar nula.

También se puede interponer la demanda de habeas corpus como otro mecanismo residual, pero que, a diferencia del amparo, requiere verificar, además de la vulneración del derecho a la pluralidad de la instancia, la afectación del derecho a la libertad personal; es decir, que el derecho fundamental a la instancia plural resulte ser conexo al derecho a

6 Figueroa Gutarra, Edwin, Amparo, Poder Judicial y Tribunal Constitucional. Notas actuales sobre un proceso trascendente, artículo publicado en la obra colectiva El Amparo en la Actualidad, Posibilidades y Límites, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima, 2017, pág. 236.

la libertad personal del condenado, que a mi modesto parecer resulta ser la parte más débil del proceso penal.

No obstante, la instauración de alguno de los dos procesos constitucionales que podría resultar una solución adecuada que garantice el derecho a la instancia plural, y cuya tramitación se produciría tanto en la judicatura constitucional del Poder Judicial como del Tribunal Constitucional (que los conocerá en última y definitiva instancia cuando se interponga los recursos de agravio constitucional contra la sentencia de vista o de segundo grado que declare infundada o improcedente la demanda constitucional, según nuestro sistema compartido de justicia constitucional), supondría no sólo la prolongación de la actividad litigiosa por parte del condenado, sino también el dispendio de su parte de recursos económicos para solventar el proceso constitucional, además de la continuación del sufrimiento o aflicción ante la indefinición de su situación jurídica. Esta fórmula parecía idónea para la restitución del ejercicio del derecho a la instancia plural; sin embargo, no resulta ser célere y ni siquiera oportuna.

Para García (2015) se puede interponer el proceso de habeas corpus cuando cualquier persona vulnere o amenace el derecho a la libertad personal o a los derechos conexos.

Debo precisar que de la revisión de las sentencias y resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional, hasta el momento de escribir el presente trabajo no se advierte pronunciamiento alguno que ordene la inaplicación del cuestionado dispositivo procesal penal, ni la restitución del derecho a la instancia plural por la aplicación del citado dispositivo.

Otras de las soluciones que se me ocurre es la inaplicación del inciso 7 del artículo 468 del Nuevo Código Procesal Penal (2004), por parte de los jueces penales que conocen de algún proceso penal, mediante el control difuso de la constitucionalidad lo cual constituye el control difuso de la constitucionalidad que tiene sustento constitucional en el artículo 138 de la Constitución Política (1993), a fin de que se le permita al condenado apelar la sentencia anticipada en ejercicio de su derecho a la pluralidad de la instancia. Sin embargo, esta solución tampoco parece segura puesto que a los jueces/juezas su formación positivista (lo digo con mucho respeto y aprecio) los obligaría a aplicar el citado dispositivo pese a que resulte atentatorio al derecho a la instancia plural y por tanto de aplicación inconstitucional, o por el temor de ser sometidos al control interno por no haber

aplicado una norma a la que estarían obligados según mandato legal. No obstante ello, podrían inaplicar, para lo cual deberán motivar su decisión, lo cual, como repito, no resulta una solución segura ni predictiva.

De todo lo anterior, se extrae como conclusión que la única solución para que el condenado/condenada con la sentencia anticipada pueda cuestionarla vía impugnación sea la modificación del inciso 7 del artículo 468 del Nuevo Código Procesal Penal (2004), conforme lo propongo en el presente trabajo. Esta solución me parece más adecuada porque supone que la restitución del ejercicio del derecho fundamental procesal penal se produzca *intra* proceso; es decir, al interior del propio proceso penal, que no implique la instauración de otro posterior y extraordinario proceso penal o constitucional. Además, no resultaría necesario la inaplicación del dispositivo en mención por parte de la judicatura penal ordinaria.

No obstante, el citado derecho, los jueces no suelen inaplicar al momento de conocer una controversia penal, una norma infraconstitucional pese a advertirse que contravenga alguna norma establecida en la Constitución y que con su aplicación lesione algún derecho fundamental que precisamente este previsto en la referida norma constitucional. De ahí que reitero que la inaplicación del mencionado dispositivo no es una fórmula segura.

Solución al problema

Conforme lo he propuesto en la tesis para sustentar mi grado de magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, se deberá modificar el inciso 7 del artículo 468 del Nuevo Código Procesal Penal (2004), en los siguientes términos:

> "…Artículo 468 Normas de aplicación. - Los procesos podrán terminar anticipadamente, observando las siguientes reglas:
>
> "…**7.** La sentencia que apruebe u homologue el acuerdo de terminación anticipada puede ser apelada por todos los sujetos procesales. El fiscal y el imputado estarán facultados para apelarla respecto a la condena, a la reparación civil, a las consecuencias accesorias y a la

legalidad del acuerdo. La Sala Penal Superior puede declarar la nulidad de la sentencia anticipada, revocarla o confirmarla…" [7]

Como se puede apreciar, propuse en la referida tesis y ratifico en el presente trabajo que se debe realizar la modificación del dispositivo procesal penal en cuestión que permita al condenado impugnar la sentencia condenatoria de terminación anticipada, pese a que sea una de las partes que celebró el acuerdo de terminación anticipada. En estos casos, podrá cuestionar vía impugnación los extremos de la sentencia referidos a condena, a la reparación civil, a las consecuencias accesorias y a la legalidad del acuerdo; y con ello se habilite su revisión por parte del superior jerárquico al que la aprobó y emitió.

Debo precisar que la modificación legislativa de la norma resulta ser tarea del legislador.

Por ejemplo, algo similar sucedió con la condena del absuelto cuando se condenaba en segunda instancia a aquella persona que fue absuelta por la primera instancia: Es decir, si por ejemplo el juzgado penal absolvía a un imputado/imputada y el Ministerio Público apelaba la citada sentencia, la Sala Superior demandada condenaba; y esta decisión no podía ser impugnada ni siquiera a través del recurso excepcional de casación según lo establecido por el Nuevo Código Procesal Penal (2004).

Al respecto, ya el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el 00461-2022-PHC/TC[8] se pronunció sobre que la imposibilidad de impugnar la sentencia condenatoria resultaba inconstitucional por restringir del derecho fundamental a la pluralidad de instancia. En la citada sentencia se consideró que el Congreso de la República mediante la Ley 31592, ya había modificado el Nuevo Código Procesal Penal (2004) en relación a la condena del absuelto, para que se garantice y se permita que el condenado ejerza su derecho a la pluralidad de instancia a través de la interposición del recurso de apelación.

7 Sevilla, G, (2023), Vulneración del derecho a la pluralidad de instancias por el impedimento legal de la revisión de sentencias que homologan acuerdos de terminación anticipada (Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos/ https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/19619/Sevilla_gg.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

8 Tribunal Constitucional del Perú (2023). Sentencia recaída en el expediente 00462-2022-PHC/TC. José Alberto Monge Balta contra el Poder Judicial. 21 de marzo.

En mérito a la modificación legislativa, el artículo 419 del Nuevo Código Procesal Penal (2004), en los siguientes términos:

> **"…Artículo 419 Facultades de la Sala Penal Superior.- (…)**
>
> 1. El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último caso, tratándose de sentencias absolutorias podrá dictar sentencia condenatoria, fallo que podrá ser revisado en apelación por la Sala Penal de la Corte Suprema…"

En tal sentido, la modificación legislativa del inciso 7 del artículo 468 del Nuevo Código Procesal Penal (2004), que propongo, también permitirá garantizar al condenado/condenada con la sentencia anticipada que pueda cuestionarla vía interposición del recurso de apelación.

Conclusiones

La terminación anticipada del proceso penal es una de las formas especiales de negociación del proceso penal establecida en el Nuevo Código Procesal Penal (2004), cuya finalidad es terminar el proceso penal sin que sea necesario que se transite por las etapas posteriores del referido proceso, como resulta ser el juicio oral y otras, que se realizarán mediante el acuerdo previo que celebrará el imputado/imputada a través de su defensa con el representante del Ministerio Público respecto a la pena, la reparación y las consecuencias accesorias.

El referido acuerdo, que se basa en el principio de oportunidad, deberá ser revisado por el juzgado, quien luego de verificar que se ajusta a la legalidad y que no se ha excedido los términos del acuerdo, podrá homologarlo.

La terminación anticipada contiene un doble beneficio: del lado del imputado implica una rebaja de la pena (en un sexto) y el monto de la reparación civil, y del lado del Estado, el acortamiento del proceso con el consiguiente ahorro de recursos humanos y logísticos, lo cual importa para la descarga procesal (problema que aún persiste en nuestro sistema de justicia), cuyos recursos serán destinados a otros procesos penales que no serán pasibles de alguna de las formas especiales de conclusión del proceso.

Sin embargo, pese a lo beneficioso que significa la aplicación de la terminación anticipada, esta institución podría tener problemas tales como que la sentencia dictada sobre la base del acuerdo de terminación anticipada producto de un consenso entre procesado y Fiscalía, no respete o exceda los puntos materia del referido acuerdo, y en perjuicio del primero se le imponga una condena o una reparación civil mayor a la acordada, o que pueda contener errores, vicios, o resulte injusta o arbitraria, o pueda suceder que el juzgador al momento de revisar y homologar la sentencia no realice un adecuado control de la legalidad, pues cabe recordar que el juez como todo ser humano no está exento de equivocarse o de cometer errores, así como de cometer injusticias o arbitrariedades al momento de tomar alguna decisión.

No obstante lo anterior, ante la prohibición o impedimento legal establecido en el inciso 7 del artículo 428 del Nuevo Código Procesal Penal (2004), el condenado no puede cuestionar a través de la impugnación, la sentencia anticipada, lo cual no sólo se le restringe su derecho fundamental de naturaleza procesal a la pluralidad de la instancia o a la instancia plural previsto por el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú (1993), sino que sólo le quedaría cumplir la condena.

Las demandas de revisión, de amparo y el habeas corpus, así como la inaplicación del citado dispositivo, no resultarían ser la solución adecuada, célere, oportuna ni económica, por lo que propongo la modificación legislativa por parte del legislador del dispositivo en el extremo señalado en el presente trabajo, que permita garantizar al condenado/condenada con la sentencia anticipada que pueda cuestionarla vía interposición del recurso de apelación al interior del propio proceso penal en el cual fue sentenciado.

Guillermo Martín Sevilla Gálvez

BALANCE DEL PROCESO DE CUMPLIMIENTO A TREINTA AÑOS DE SU CREACIÓN POR LA CONSTITUCIÓN DE 1993

*Alfredo Orlando Curaca Kong**

I. Introducción:

El sistema de justicia constitucional ideado por el constituyente de la Constitución de 1993, que está próxima a cumplir 30 años en vigor-hecho que la hace la tercera Constitución más duradera de nuestra historia-, tuvo una evidente influencia de su predecesora, la Carta del 79, o, si se quiere observar desde otra perspectiva, la regulación de la jurisdicción constitucional de la primera partió de lo ya preceptuado en la segunda con algunos ajustes e innovaciones importantes. Se mantuvo así un órgano especializado encargado de conocer la inconstitucionalidad de las leyes y garantizar el respeto de los derechos fundamentales, que pasó a llamarse Tribunal Constitucional en lugar de Tribunal de Garantías Constitucionales; se mantuvo el proceso de inconstitucionalidad como el proceso encargado de cautelar que las leyes y normas con rango de ley

* Abogado por la Universidad de Lima, con estudios de Maestría en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Nacional Lomas de Zamora de Argentina, en Derechos Humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú y en Derechos Humanos y Justicia Transicional por la Universidad del Rosario de Colombia. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Director de Publicaciones y Documentación del Centro de Estudios Constitucionales. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

respeten el texto constitucional por antonomasia; se mantuvo también el proceso de amparo como proceso que da cobertura a la mayoría de los derechos fundamentales del ser humano; asimismo, se mantuvieron el proceso de *habeas corpus* y de acción popular, que ya existían con anterioridad a la Constitución de 1979. Pero, por otra parte, se crearon con la actual Constitución tres procesos adicionales: i) el proceso de habeas data, para proteger en la vía constitucional los derechos de acceso a la información pública y de autodeterminación informativa; ii) el proceso competencial, para custodiar el cuadro de asignación de competencias y atribuciones otorgadas por el constituyente a los poderes del Estado, órganos constitucionales autónomos, gobiernos regionales y gobiernos municipales; y iii) el proceso de cumplimiento al que prestamos atención en esta oportunidad, que procede para el cumplimiento de mandatos contenidos en normas legales o actos administrativos firmes.

Este último es el proceso que más críticas recibió por parte de la doctrina nacional. Apareció sin debate y, casi desde el inicio, se escucharon voces que apuntaban a su innecesaria regulación y/o a su equivocada consagración como un proceso constitucional. Y es que si generalmente se entiende que los procesos constitucionales protegen: i) el "valor persona humana" o ii) el "valor primacía normativa de la Constitución", la pregunta que caía de madura era ¿cuál de estos valores es el protegido por el cumplimiento?

Largo camino ha recorrido este proceso, el que en la actualidad, podría decirse, ya está "asentado" en el diseño de nuestra justicia constitucional; trayecto en el que podemos advertir varias etapas hasta llegar a la etapa actual. Tal es el propósito de la presente ponencia, vale decir el de presentar la evolución percibida en el proceso de cumplimiento, para la cual nos basaremos en trabajos anteriores sobre la materia (Curaca Kong, 2021) y en investigaciones relacionadas con el mismo (Sáenz et al, 2021), cual insumos en los que nos apoyamos para elaborar este producto. Finalmente, a la par de este primer propósito, a través de un repaso de las sentencias de cumplimiento, trataremos de determinar si este proceso ha servido o no como un instrumento protector de derechos fundamentales.

Hechas estas iniciales precisiones, proseguimos.

II. El proceso de cumplimiento. Sus antecedentes

II.1 Breve repaso sobre sus antecedentes en el mundo

Coincidimos con Sar (2012) en que el caso más famoso y estudiado del constitucionalismo moderno fue un proceso de cumplimiento (p. 18). Y esto es cierto, pues el caso Marbury vs. Madison, votado el 24 de febrero de 1803 y conocido por ser el primero que reconoció la primacía normativa de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico -aunque ello no sea del todo correcto-[1], resolvió un Writ of Mandamus contemplado en la Judiciary Act de 1789; herramienta procesal que, sin lugar a dudas, constituye un antecedente remoto pero a la vez directo del proceso de cumplimiento contemplado en nuestra vigente Carta Constitucional.

En este litigio, planteado ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, cabeza del Poder Judicial norteamericano, William Marbury, banquero y gran terrateniente de Maryland, que en las postrimerías del gobierno del presidente John Adams (1797-1801) fuera nombrado juez junto a 41 personas más, como Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe y William Harper, y cuyos nombramientos, si bien se ratificaron por el Senado de los Estados Unidos nunca fueron notificados, solicitó que mediante una orden judicial se dispusiera la entrega de las credencia-les que les fueran denegadas ya por el nuevo secretario de Estado del presidente Thomas Jefferson, James Madison, a la postre cuarto presidente de los Estados Unidos (Beltrán & García, 2006, p. 95). Sin embargo, el Tribunal Supremo, presidido por el famoso Chief Justice John Marshall, a pesar de determinar que a los demandantes, conocidos como los "jueces de medianoche" por su designación entre gallos y medianoche, les asistía el derecho legal de ejercer el cargo, decidió

1 El caso *Marbury Vs. Madison* no fue el primero en el que se reconoció la supremacía constitucional en los Estados Unidos. Como afirma Alberto Bianchi, siguiendo al maestro Segundo Linares Quintana, quien recopiló casos anteriores a *Marbury* en su famoso "Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional", estas causas reconocieron el principio previamente: "*Commonwealth Vs. Caton*", resuelta en 1782 por el Tribunal de Apelaciones de Virginia; "*Rutgers Vs. Waddington*", resuelta en 1784 por el Tribunal Superior de Nueva York; "*Trevett Vs. Weedon*", resuelta en 1786 por la Corte Suprema de Rhode Island; y "*Bayard Vs. Singleton*", resuelta en 1787 por el Tribunal Supremo de North Carolina. Véase: Bianchi, A. (2008). *Historia Constitucional de los Estados Unidos*. Tomo I. Cathedra Jurídica, pp. 155 y 156. Véase también: Linares Quintana, S. (1953). *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional*. Volumen 2. Alfa, p. 258.

verificar principalmente su competencia para conocer el asunto a través de la vía del *Writ of Mandamus*.

La utilización de los writ, como el mandamus, tiene una raigambre de muchos siglos en la tradición jurídica inglesa, que heredó el sistema de los Estados Unidos una vez independizado este país, como se advierte. Si se traza una línea histórica observaremos que, en un principio, el mandamus era una prerrogativa real cuyo rastro se pierde en el tiempo. Mediante este privilegio, el monarca inglés, como el "autócrata autoritario" de la estructura administrativa, emitía mandatos o *mandamus* a sus súbditos, ordenándoles que cumplan con el deber público que se les pedía, muchas veces durante el transcurso del día (Beltrán & García, 2006, p. 95). Este deber podía ser impuesto por la Constitución (*Suprema Lex*), un estatuto o, en general, por el *Common Law* (Goel, p. 1). Con el paso del tiempo las órdenes las comenzaron a dictar los propios tribunales de justicia a nombre del soberano.

Para Blackstone (1768), jurista británico del siglo XVIII que hizo un notable esfuerzo al compendiar las instituciones jurídicas del *Common Law en su famoso libro "Comentarios sobre las leyes de Inglaterra",* un *Writ of Mandamus* es, en general, una orden emitida en nombre del rey y dirigida a cualquier persona, corporación o tribunal inferior de la judicatura, dentro de los dominios del rey, exigiéndoles que hagan algo en particular allí especificado, que corresponda a su oficio y deber, y que el Tribunal del Rey (*Court of King's Bench)* haya determinado previamente, o al menos suponga, que esté en consonancia con el Derecho y la Justicia (p. 110).

En el Derecho inglés es un auto de alta prerrogativa, de una naturaleza más extensivamente reparadora y puede emitirse en algunos casos donde la parte agraviada tiene derecho a que se haga cualquier cosa y no tiene otros medios específicos para imponer su actuación (Blackstone, p. 111). Como apunta el antes referido autor, se utiliza para una infinidad de otros propósitos, que es imposible recitar minuciosamente (p. 111). Sin embargo, es claro que en el *mandamus* subyace un deber público incumplido y una obligación de la persona encargada de desempeñarlo. No por nada *mandamus* es una palabra latina que significa orden, disposición, instrucción o, más propiamente, mandato.

No solo los Estados Unidos de Norteamérica heredó la figura, sino aquellos otros países que fueron colonia del Imperio Británico, como la India, cuya Constitución de 1949, considerada la más extensa del mundo y que tardó casi tres

años en elaborarse, contempla el *mandamus* en sus artículos 32[2] y 226[3], que le otorgan poder al Tribunal Supremo y al Tribunal Superior para emitir órdenes judiciales en caso de violación de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano por parte del Estado. Así, a pesar que con esta Constitución la India rompía con el colonialismo inglés y nacía como una República, mantuvo este recurso ya asentado desde 1773 por virtud de la "Patente de Cartas" que creó la Corte Suprema de Calcuta.[4]

La figura del *Writ of Mandamus* también la utilizan otros países con sistema jurídico anglosajón y que pertenecen a la Commonwealth como Australia, país que regula el *Writ of Mandamus* en la sección 75, acápite (v), de su Constitución, que le otorga a la *High Court* jurisdicción original en todos los asuntos en los que se solicite una orden judicial de Mandamus o una prohibición o una orden judicial contra un funcionario de la mancomunidad. En Canadá, por otro lado, el *Writ of Mandamus* está regulado en la *Federal Courts Act* cuyo artículo 18.1.a señala que el Tribunal Federal tiene jurisdicción original exclusiva para emitir una orden judicial, una orden de *certiorari*, una orden de prohibición, una orden de *mandamus* o una orden de *quo warranto*, u

2 El artículo 32 de la Constitución de la India confiere a los ciudadanos hindúes una serie de remedios constitucionales para defender sus derechos. El numeral 2 contempla al *mandamus* como uno de estos remedios. Este artículo señala expresamente "The Supreme Court shall have power to issue directions or orders or writs, including writs in the nature of habeas corpus, mandamus, prohibition, quo warranto and certiorari, whichever may be appropriate, for the enforcement of any of the rights conferred by this Part". Fuente: https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI_1.pdf. Consulta: 02/04/2021.

3 El artículo 226 de la Constitución Hindú regula el poder de los Tribunales Superiores para emitir ciertos autos, entre ellos el *Writ of Mandamus,* y señala que no obstante lo dispuesto en el artículo 32 todo Tribunal Superior tiene poder, en todo territorio en el que ejerce jurisdicción, para emitir contra cualquier persona o autoridad, órdenes judiciales (*writs*), incluidas las de habeas corpus, mandamus, prohibition, quo warranto y certiorari: "*Notwithstanding anything in article, every High Court shall have power, throughout the territories in relation to which it exercises jurisdiction, to igtssue to any person or authority, including in appropriate cases, any Government, within those territories directions, orders or writs, including writs in the nature of habeas corpus, mandamus, prohibition, quo warranto and certiorari, or any of them, for the enforcement of any of the rights conferred by Part III and for any other purpose.*" Este artículo ha sufrido varias enmiendas como puede verse en https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI_1.pdf.

4 http://www.legalservicesindia.com/article/592/ Analysis-Of-Writ-Of-Mandamus.html

otorgar una reparación declarativa, contra cualquier junta, comisión u otro tribunal federal.[5]

II.2 El cumplimiento en Sudamérica

El constitucionalismo latinoamericano nos tiene acostumbrados a importar herramientas de otros sistemas jurídicos, concretamente del *Common Law*. La recepción de estos "instrumentos angloamericanos" como los llamaba el maestro Héctor Fix-Zamudio (1982), es de larga data. En el Perú, por ejemplo, adoptamos el Habeas Corpus desde finales del siglo XIX (1897), aunque ya se había propuesto implantarlo en los albores de nuestra República, como apunta Soria (1996).

Ahora bien, en Argentina, país que ha tenido mucha influencia de este sistema, los llamados mandamientos o acciones de ejecución son de antaño. En la provincia de Entre Ríos, por ejemplo, esta figura está contemplada desde 1933 en el artículo 58 de la Constitución Provincial. Según Murcia (2013) la tradición judicial y doctrinaria de Entre Ríos estima que son amparos especiales, pero este autor considera que el mandamiento de ejecución es un "proceso administrativo constitucionalizado" porque la pretensión no se funda directamente "…en derechos fundamentales, ni en valores y principios constitucionales." (p. 3).

Similares dispositivos al de la Constitución de Entre Ríos podemos encontrarlos en la Constitución de la Provincia del Chaco de 1957 (artículo 25), en la Constitución de la Provincia de Formosa de 1957 (artículo 33), en la Constitución de la Provincia de La Rioja de 1986 (artículo 28), en la Constitución de la Provincia de San Juan de 1986 (artículo 41), en la Constitución de la Provincia de Río Negro de 1988 (artículo 44), en la Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego (artículo 48), en la Constitución Provincial de Chubut de 1994 (artículo 58), y en la Constitución de la Provincia de Santa Cruz de 1998 (artículo 18), todo lo cual demuestra que el vetusto *Writ of Mandamus* ha tenido un importante calado en este país federal.

Sobre Venezuela, y sin aventurarnos a sostener que hubo influencia de la figura anglosajona en el país llanero, debe señalarse que desde 1976 la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en su artículo 42 dotaba de competencia

5 https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/F-7/section-18.html?wbdisable=true

a la suprema corte para "*Conocer la abstención o negativa de los funcionarios nacionales (o de 'las autoridades estatales o municipales', en su caso), a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas" (Brewer. 1987)*.[6] Como señala Brewer:

"*Esta norma, que consagra el recurso contra las conductas omisivas de la Administración, tiene su fundamento, por una parte, en el incumplimiento por parte de la Administración de una obligación legal concreta de decidir o de cumplir determinados actos, y por la otra, en el derecho de un sujeto de derecho a que la Administración cumpla los actos a que está obligada." (p. 265)*

Se trataba así de una respuesta frente a la inercia de la Administración materializada en un derecho del administrado.

6 Esta figura se asemeja más a la acción de condena u obligacional (*verpflichtungsklage*) contemplada en el artículo 42 la Ley de Jurisdicción Alemana del 21 de enero de 1960, que también revisa la inercia de la Administración. Compartimos la siguiente cita que es muy ilustrativa: "En la Ley Alemana de la Justicia Administrativa hay dos clases de acciones de prestación que garantizan una tutela judicial del *status positivus* de los particulares: la *acción de condena* (*Verpflichtungsklage*, art. 42), cuando la acción tiene por objeto condenar a la Administración a dictar un acto administrativo, y la *acción general de prestación* (*allgemeine Leistungsklage*, mencionada en el art. 43, apart. 2), para todas las demás demandas referentes a un comportamiento de la Administración Pública (…) La acción de condena comprende dos vertientes: la acción contra la denegación de un acto positivo (…) o la acción contra la inactividad de la autoridad administrativa (…). Si la denegación u omisión del acto administrativo es ilícita y ello ha lesionado los derechos del demandante, el tribunal declara la obligación de la autoridad administrativa a dictar un acto administrativo siguiendo el criterio del tribunal…" Sommerman, Karl-Peter. El papel de la Ley Alemana de la Justicia Administrativa para la realización del Estado de Derecho. p. 12. En: http://aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/kas-18233-1522-4-30.pdf. Otro trabajo es el de Karl Ule, que señala al respecto: "Una forma especial de la acción de prestación la constituye la acción obligacional *(Verpflichtungsklage)*, con la cual se pretende la condena de una autoridad administrativa a la ejecución de un acto administrativo omitido o interrumpido. Posee especial importancia en los campos de la Administración, en los cuales el individuo precisa de una autorización o una concesión especial para emprender una actividad determinada, como, por ejemplo, una profesión o un oficio. Su ámbito de aplicación está constituido sobre todo por el campo de las prestaciones administrativas, tales como, por ejemplo, el Seguro social. Dada la actual y estricta sujeción a las leyes de esta Administración de prestaciones, que sólo deja campo libre para las decisiones discrecionales de las autoridades administrativas en casos de excepción, la acción obligacional ha desplazado aquí casi por completo a la acción pauliana." Ule, Karl. (1964). La ley de 21 de enero de 1960, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania. Documentación Administrativa, (73), enero, p. 3. En: https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/2256

Añade Brewer que "*Cuando dicha negativa o abstención constituya una violación de un derecho constitucional, porque por ejemplo, ello impida el ejercicio del mismo, el recurso contencioso administrativo contra la carencia administrativa es la vía de amparo contra la misma." (p. 653).*[7] Curiosa conversión que sufría el contencioso administrativo en una suerte de amparo por omisión en el que se perseguía que la Administración adopte determinados actos o, si ello no era suficiente para amparar el derecho, que el juez restablezca por sí mismo la situación jurídica violada. Por tanto, no se limitaba declarar la ilegalidad de la inacción de la Administración, sino que habilitaba a los jueces contenciosos administrativos, quienes mutaban en verdaderos jueces constitucionales, a disponer la realización de actos tendientes a satisfacer el derecho fundamental vulnerado (pp. 653-654).

Siguiendo con Latinoamérica, el artículo 5 la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, documento que acogió una serie de instrumentos anglosajones, reconoció los derechos fundamentales de nacionales y extranjeros en el artículo 5 y en su numeral LXXI reguló el "*Mandado de Injunçao"* en los términos siguientes:

"Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad

7 Brewer (1987) liga el incumplimiento de una obligación de la Administración Pública con la vulneración de derechos constitucionales de forma muy ilustrativa en el siguiente párrafo: "Este recurso tiene especial importancia en materia de derechos constitucionales pues es muy frecuente que por la intervención y regulación del legislador sobre los mismos, su goce y ejercicio se encuentre sometido a permisos, licencias o autorizaciones. Por ejemplo, el ejercicio de las actividades lucrativas industriales y comerciales sólo es posible si se tiene la Patente Municipal de Industria y Comercio (licencia), prevista en las Ordenanzas Municipales; el derecho a salir del país sólo es posible si se tiene un pasaporte expedido por el Ministerio de Relaciones Interiores; el derecho a enseñar sólo es posible si se obtiene el Registro del Plantel en el Ministerio de Educación; el derecho de asociarse en partidos políticos sólo es efectivo si el partido se registra en el Consejo Supremo Electoral; el ejercicio del derecho de propiedad mediante la construcción de inmuebles (uso), sólo es posible si se obtiene un permiso de construcción por las autoridades municipales; y el goce de la propiedad construida sólo es posible si se obtiene una cédula de habitabilidad por la misma autoridad municipal; el disfrute de la propiedad inmobiliaria, mediante la percepción de alquileres sólo es posible si se obtiene una regulación de los mismos por la Dirección de Inquilinato del Ministerio de Fomento o las autoridades municipales, etc. La lista es interminable, pues materialmente casi todos los derechos individuales y todos los derechos económicos, sociales y políticos están sometidos a alguna intervención previa de la autoridad administrativa." p. 653.

del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos:

(…)

LXXI Se concederá ´mandado de Injunçao' siempre que por falta de norma reguladora, se torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía; (…)"

Como se advierte, esta herramienta procede para cautelar el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía cuando se carezca de norma reglamentaria que permita o faculte a eso. Para Carpio (2012), este proceso dista mucho de ser análogo al que parecería ser su antecedente más próximo en el Derecho anglosajón, el *Writ of Injuntion*, pues mientras este constituye un proceso cuyo objeto consiste en imponer medidas prohibitivas de no hacer "algo" que se considera lesivo a un derecho o un interés subjetivo, el Mandado de Injunçao brasileño, por el contrario, procede cuando la ausencia de desarrollo legislativo de ciertas normas constitucio-nales impide que determinados derechos subjetivos de naturaleza constitucional puedan ser ejercitados (s/n, blog). La misma crítica ha sido dispendiada por el jurista brasileño Othon Sidou.[8]

En Colombia, que es otro de los países que acogió también el *Writ of Mandamus*, las intervenciones de los asambleístas de la Carta del 91 denotaban una genuina preocupación provocada por el incumplimiento de la ley y los actos

8 "El instituto de ejecución constitucional, el mandamiento de ejecución, no reconoce antecedentes legislativos ni doctrinarios en el derecho brasileño, entendiendo por antecedente doctrinario la tentativa de sancionarlo como ley. Fue estructurado, y obtuvo inmediatamente adeptos, en el seno de la Comisión de Juristas creada por el Poder Ejecutivo, cuyo anteproyecto de Constitución no fue oficializado. Tal como el caso el Habeas Data, se creó en Brasil un instituto jurídico, cuyo nombre fue tomado en préstamo, o traducido, de similar extranjero, error que se agrava cuando ese similar persigue un objetivo diferente. En primer lugar, la semejanza: la palabra injuncao, del latín iniunction –onis, s.f. del verbo injungo…- ere, significa imposición o acción de imponer. Hasta aquí no hay inconvenientes, puesto que todos los mandamientos e interdictos son impositivos. Ahora, la diferencia: el Arit. Of. injuction, en todas las regiones del mundo, inclusive en la India (Constitución de 1949, art. 246), es de aplicación prohibitiva, opuesta al destino dado a nuestro interdicto". Sidou, O. (1992). *Las Nuevas Figuras del Derecho Procesal Constitucional Brasileño: Mandamiento de Ejecución y Habeas Corpus*, p. 1011.

administrativos en su país. Sobre este particular, en la exposición de motivos presentada por el constituyente Álvaro Gómez Hurtado se señaló:

"…resulta inadmisible que las autoridades públicas, enfrente de los deberes que les impongan la Constitución y la ley con el afán de atender el interés general, puedan asumir actitudes pasivas e inertes, e incurran en conductas omisivas que, a la postre, constituyen inobservancia de sus deberes. Con tal comportamiento se defraudan -con muy graves consecuencias- las expectativas de los asociados que esperanzadamente guardan el obrar de sus autoridades." (Rey Cantor, 1996, p. 66).

Luego de un interesante debate, la acción de cumplimiento fue regulada en el artículo 87 de la Constitución colombiana vigente, que quedó con la siguiente redacción:

"Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido."

II.3 Los antecedentes y la creación del proceso de cumplimiento en el Perú

Se debe precisar, en primer lugar, que adentrarnos en el territorio del cumplimiento nos obliga a conocer primero un proceso hermanado con él, que no es otro que el contencioso administrativo, que tiene muchas décadas en nuestro país y que también controla, en una de sus modalidades, la inacción de la Administración Pública. Al respecto, y por razones de espacio, nos remitimos a un trabajo anterior (Curaca Kong, 2021, pp. 379-386) en el que detallamos la evolución del contencioso administrativo en el Perú.

Ya centrándonos en las denominadas "acciones de garantía" (ahora procesos constitucionales), debe señalarse, en segundo lugar, que con posterioridad a la entrada en vigencia de la precitada Constitución de 1979, mediante Resolución Suprema 059-81-JUS, del 1 de setiembre de 1981, fue nombrada una comisión especial integrada por los doctores Domingo García Belaunde (presidente), Alberto Borea Odría, José León Barandiarán Hart, Pedro Arnillas Gamio y Jorge Velarde Santa María, encargada de elaborar un anteproyecto que regule las "acciones" de *habeas corpus* y amparo previstas en dicha Constitución. Esta comisión, luego de varias sesiones de trabajo realizadas en el despacho del Ministro de Justicia, presentó el anteproyecto respectivo con fecha 3 de diciembre de 1981 junto a una exposición de motivos; anteproyecto que, con

algunos ajustes, luego sería la Ley 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, derogada en el 2004 por el anterior Código Procesal Constitucional.

En cuanto a la procedencia de estas "acciones de garantía" frente a omisiones, la Ley 23056 tuvo dos artículos específicos: el artículo 2 que expresamente señalaba: "Las acciones de garantía proceden en los casos en que se violen o amenacen los derechos constitucionales por acción, o por omisión, de actos de cumplimiento obligatorio"; y el artículo 4 que añadía: "Si se ejerce la acción a causa de la violación de un derecho constitucional por omisión de un acto debido, el fallo ordenará el cumplimiento incondicional e inmediato de dicho acto." Estos dispositivos fueron complementados por el artículo 28 de la también derogada Ley 25398, "Ley que complementa las disposiciones de la Ley Nº 23506 en materia de Hábeas Corpus y de Amparo", de fecha 6 de febrero de 1992.

Nótese que en los ochentas ya encontrábamos una preocupación por solucionar las vulneraciones de derechos fundamentales que se produjeran por omisiones de "actos de cumplimiento obligatorio" o de "acto debido", como señalaron los dispositivos antes señalados. Es decir, frente a mandatos cuyo incumplimiento acarreaba la afectación arbitraria de derechos fundamentales. Para dilucidar en dónde debían encontrarse esos mandatos (si en actos administrativos o normas legales, por ejemplo) resulta pertinente remitirnos a la misma exposición de motivos del anteproyecto de la precitada Ley de Habeas Corpus y Amparo, en la que se señaló literalmente lo siguiente:

"El artículo 2° está referido a 'actos de cumplimiento obligatorio' que dan origen a las acciones de garantía. El cumplimiento obligatorio así consignado en el anteproyecto está referido a una obligación que tiene sustento legal. (…) El artículo 4° introduce la obligatoriedad de los jueces de ordenar el cumplimiento en caso de omisión; se utiliza para este caso la expresión 'acto debido', entendido como algo que es de cumplimiento legal" (Borea, 1996, p. 608).

Como se advierte, la intención fue reparar agresiones iusfundamentales por omisiones de mandatos que estaban contenidos en leyes o, haciendo una interpretación extensiva, en toda norma con rango de ley. Es claro entonces que esta figura (concretamente la del amparo), que nos recuerda un poco al amparo por omisión venezolano, es un antecedente del proceso de cumplimiento en el Perú, lo

que no significa que sea el origen de este[9]. Sin embargo hay cierta similitud. Es más, cuando se creó el cumplimiento autores como Danós (1994) hacían la comparación entre el cumplimiento y el amparo por omisión, dado su parecido. Este autor determinó que una diferencia sustancial entre uno y otro proceso radicaba en que a través del cumplimiento, también se podían proteger derechos legales, no solo constitucionales (p. 206).

En cuanto al uso del amparo por omisión varios autores coinciden en que no fue de mucha utilización (Danós, p. 199), Borea nos manifiesta que los emplazados, con distintos argumentos, volvían a abrir el debate sobre la modalidad en que debía cumplirse lo ordenado por los magistrados (p. 75); Huapaya nos habla finalmente de la renuencia de los jueces a condenar a la Administración al cumplimiento de sus deberes incumplidos, muchas veces escudándose en el pretexto tantas veces manido de que "en sede de amparo que carece de estación probatoria, no se pueden discutir cuestiones relacionadas con prueba alguna." (p. 180).

Con todo, en cuanto a la ya creación del cumplimiento en nuestra actual Carta, si se revisa el debate suscitado en la elaboración de esta observaremos que, en materia de jurisdicción constitucional, los constituyentes estaban más interesados en determinar si el futuro Tribunal Constitucional, que reemplazaría al desactivado Tribunal de Garantías Constitucionales, se convertiría en una sala más de la Corte Suprema de Justicia de la República o un ente constitucional autónomo; si el *habeas data* debería existir autónomamente o ser subsumido dentro del amparo; o si era necesario crear un proceso competencial para resolver los conflictos de competencias o atribuciones entre entidades públicas, entre otros tópicos. Los constituyentes no centraron su atención en la "acción de cumplimiento", que, como ya adelantamos, fue finalmente aceptada sin debate alguno.

El profesor Abad (2002) narra de dónde provino la propuesta de creación:

"*El debate sobre la regulación de las garantías se efectuó sobre la base de la propuesta formulada por la agrupación oficialista 'Nueva Mayoría - Cambio 90' (Proyecto N° 70/93-CCD), que contemplaba las mismas garantías contenidas en la Carta de 1979 y agregaba las denominadas acciones de hábeas data y de cumplimiento.*

9 El doctor Domingo García Belaúnde hace una lúcida distinción entre "antecedente" y "origen" en "El amparo colonial peruano", trabajo que puede verse en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2206/12.pdf

Asimismo, eliminaba al Tribunal Constitucional otorgándole sus atribuciones a la Sala Constitucional de la Corte Suprema." (p. 17).

Ahora bien, si bien la mayoría de autores coinciden en que este instituto lo acogimos de la Constitución de Colombia de 1991 -incluso la redacción es casi la misma-, nos parece ilustrativa la siguiente cita del libro del doctor Borea "Evolución de las garantías constitucionales" (1996) que muestra la conexión:

"*Carlos Torres y Torres Lara en su obra La nueva Constitución del Perú explica lo que han entendido por acción de cumplimiento: '…su importancia puede ser resumida según una breve conversación que sostuvimos con el constitucionalista colombiano, Dr. Luis Carlos Sáchica, quien me dijo: 'cambiaría toda una Constitución por este mecanismo. ¿Por qué? Porque tenemos muchas leyes, pero el problema es que no se cumplen'. En efecto, en el Perú alguien dijo, 'tenemos 25,000 leyes pero falta una que diga que las 25,000 se cumplan', porque el problema es que hay infinidad de normas pero incumplimiento permanente. La creación de este nuevo instituto es más importante que cualquier otra norma de la Constitución, porque permitirá que cuando obtengamos una resolución o exista una disposición que debe cumplirse y que generalmente en nuestro país no se cumple, tengamos un procedimiento ágil, de exigencia, de cumplimiento de la norma, bajo responsabilidad* (sic)" (p. 504).

Lo que se quería entonces, como en Colombia, era contar una herramienta procesal ágil para el cumplimiento de las normas. En el Perú, a diferencia de este país hermano, la incluimos como una "garantía constitucional" en el Título V ("*Art. 200 Son garantías constitucionales (…) 6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley*"), es decir como un proceso constitucional, y de este particular hecho devino en gran parte el problema: la renuencia a considerarlo un proceso de naturaleza constitucional.

III. Etapas del proceso de cumplimiento en el Perú

A partir de su creación, podemos advertir algunas etapas en la evolución del proceso de cumplimiento.

III.1 Etapa de falta de claridad normativa sobre su tramitación, de severas críticas sobre su naturaleza constitucional y de entenderlo solo como un "proceso constitucionalizado" por parte del propio Tribunal Constitucional (1994-2004).

La primera norma legal que reglamentó el cumplimiento fue la Ley 26301, denominada "Aprueban ley referida a la aplicación de la acción constitucional de Hábeas Data", publicada el 3 de mayo de 1994, actualmente derogada, que en su artículo 4° dispuso:

"Las disposiciones contenidas en los artículos anteriores serán también de aplicación a la tramitación de la Garantía Constitucional de la Acción de Cumplimiento de que trata el Inciso 6o. del Artículo 200o. de la Constitución Política del Estado, en tanto no se expida la correspondiente Ley de desarrollo de la materia. En tal caso, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 11o. de la Ley 23506, cuando fuera del caso."

Tales disposiciones eran las Leyes 23506, 25011, 25315, 25398 y el Decreto Ley 25433, que regulaban diversos aspectos de los procesos constitucionales de amparo y habeas corpus. Hubo en esta primera época, a nuestro juicio, una regulación deficitaria y confusa respecto del cumplimiento, que no se adecuó al objeto específico y a las necesidades propias de este proceso. A esto le debemos sumar que el Tribunal Constitucional creado en la Constitución de 1993, no se instaló sino hasta mediados del año 1996, en el que tras largas negociaciones entre bancadas políticas al interior del Congreso de la República fueron elegidos Manuel Aguirre Roca, Ricardo Rey Terry, Delia Revoredo Marsano de Mur, Ricardo Nugent López Chávez, Francisco Acosta Sánchez y José García Marcelo como jueces que integraron el primer colegiado del flamante Tribunal Constitucional. Un año después fueron indebidamente destituidos los tres primeros.

Además de una falta de claridad sobre su tramitación, en esta primera etapa advertimos también severos cuestionamientos de la doctrina nacional en relación a la creación de este proceso. Danos, uno de los primeros doctrinarios que se interesó por esta figura, señaló en 1994, es decir, apenas creada, que:

"La dificultad en precisar los derechos protegidos por esta acción se deriva de que se trata en verdad de un mecanismo procesal referido esencialmente al control jurisdiccional (objetivo) de la administración, que en lugar de estar consignado en el capítulo de las garantías destinadas a la protección de los derechos constitucionales, bien pudo ser considerado como una modalidad especial de la acción contencioso-administrativa." (p. 206)

Y añadió que:

"…la incorporación de la acción de cumplimiento tiene la virtud de otorgar protección, a través de un mecanismo expeditivo y que puede llegar en última instancia al Tribunal Constitucional, a una serie de derechos de origen legal que de ordinario no encontrarían tutela a través de una garantía constitucional" (p. 206).

Según esta postura, el cumplimiento resulta ser, entonces, un proceso ejecutivo revestido de las bondades de un proceso constitucional, pero su naturaleza no es la de ser un proceso constitucional; posición que comparten varios doctrinarios como Abad:

"Consideramos que no resultaba necesario incorporar a la acción de cumplimiento como una institución autónoma, es decir, como un nuevo proceso constitucional. En este caso, el amparo -cuando se afecta por omisión derechos fundamentales- o el proceso contencioso administrativo -cuando no se trata de derechos fundamentales- pudieron encargarse de tales cometidos." (2002, p. 17).

Carpio:

"Un problema relacionado con la naturaleza del proceso de cumplimiento tiene que ver con las consecuencias que se desprenden del hecho de haber sido introducidos a nivel constitucional: ¿Se trata, en verdad, de un proceso constitucional? Aún cuando un sector importante de la doctrina latinoamericana haya expresado una respuesta afirmativa, pensamos que es, aún en aquellos países que lo tienen de manera autónoma, un proceso administrativo, esto es, un proceso incorporado en la Constitución, pero no constitucional, en la medida que la materia que en su seno se resolverá está regida por el derecho administrativo. Y es que lo que caracteriza a un proceso como constitucional es la presencia conjunta de los siguientes elementos: a) Su configuración o creación a nivel constitucional, y no simplemente mediante una ley; b) Existencia autónoma, esto es, con entidad propia, y no sólo como un elemento accesorio que forme parte de un proceso distinto, como puede ser el caso de los 'incidentes constitucionales'; y, c) Su objeto, esto es, un proceso destinado a resolver controversias en materia constitucional, y no de otra clase. En ese sentido, aún cuando de los tres elementos, la Acción de Cumplimiento cumpla con los dos primeros, la carencia del tercero parece ser de tal envergadura que basta, por sí sola, para enrarecer su condición de proceso constitucional. Y es que si la controversia en este proceso se deriva esencialmente de la inactividad, omisión o renuencia a no cumplir con los mandatos establecidos en una ley o en un acto administrativo, entonces puede decirse, sin temor a equivocarse, que se trata de un proceso destinado a controlar la ilegalidad por omisión de la Administración

Pública. No hay, pues, controversia que gire sobre 'materia constitucional', ya que su objeto no se plantea como consecuencia de la aplicación o vigencia de una norma constitucional, sino de la ley o el acto administrativo." (s/n, blog) (posición reiterada en Sáenz et al, 2021, p. 139).

García Belaunde:

"Finalmente, la Acción de Cumplimiento ha sido muy cuestionada, ya que en realidad no sirve específicamente para la protección de derechos humanos, sino tan sólo para exigir el cumplimiento de una ley o un acto administrativo, que, en principio, podrían estar vinculados con los derechos humanos, pero más probablemente con cualquier otra rama del Derecho. Por tanto, es cuestionable que esta Acción de Cumplimiento, tomada literalmente de la Constitución colombiana de 1991, pero con alcances distintos, sea realmente un instrumento protector de derechos humanos, por lo que habrá que observar su desarrollo jurisprudencial, a fin de tener una visión más exacta de su utilidad." (2001, pp. 38).

"La Acción de Cumplimiento está destinada, como dijimos, a pedir el cumplimiento de un acto administrativo o de una ley, en la medida que tal incumplimiento cause perjuicio. En rigor, no es un instrumento de defensa de los derechos humanos (como ya lo adelantamos), pues un acto administrativo puede cubrir cualquier materia, y una ley tiene ámbitos más extensos. Ante este abanico tan grande de posibilidades, es indispensable que la futura legislación limite este instrumento procesal, ya que para ello existen los correspondientes procedimientos en la vía ordinaria. Nuestra impresión es que la introducción de este instrumento, con rango de acción de garantía, es un exceso del constituyente, que lo introdujo por novelería o desconocimiento de lo que se trataba." (2001, pp. 119-120).

Y Huapaya desde el Derecho Administrativo:

"Adoptamos entonces la tesis que entiende que el proceso de cumplimiento no es en estricto un proceso constitucional puesto que no protege ningún derecho fundamental, sino que, por el contrario, está diseñado como un proceso destinado a la protección de derechos legales (cumplimiento de obligaciones establecidas en normas legales y en actos administrativos firmes). No tiene entonces un carácter de 'proceso constitucional' que en la doctrina es entendido como una garantía procesal destinada a tutelar la sustancia o esencia de los derechos fundamentales reconocidos en un texto constitucional." (2006, p. 181).

Más aún, en esta etapa inicial, el propio Constitucional, órgano encargado de conocer el proceso en tercera y definitiva instancia, no consideró en esta etapa

al proceso de cumplimiento como un proceso constitucional sino como un proceso "constitucionalizado", frase que se le atribuye a Domingo García Belaunde. Así en la STC 0191-2003-AC/TC sostuvo lo siguiente:

"La acción de cumplimiento es un 'proceso constitucionalizado' que, prima facie, no tiene por objeto la protección de un derecho o principio constitucional, sino la de derechos legales y de orden administrativo, mediante el control de la inacción administrativa. Se trata, por tanto, de un 'proceso constitucionalizado', como, a su vez, lo es el contencioso-administrativo, y no en estricto de un 'proceso constitucional', toda vez que en su seno no se resuelven controversias que versen sobre materia constitucional, aun cuando éste haya sido creado directamente por la Constitución (artículo 200°, inciso 6)." (fundamento jurídico 2).

Esto varió en la segunda etapa.

III.2 Etapa de claridad normativa sobre su tramitación, de reconocer que existe un derecho fundamental no enumerado protegido por el cumplimiento y, en consecuencia, de entenderlo ya como un "proceso constitucional" por parte del propio Tribunal Constitucional (2004-2021).

Como hemos notado, en un principio no era clara la normativa procesal regulatoria del proceso de cumplimiento. Todo cambió con la aprobación del antiguo Código Procesal Constitucional, pero ya en 2004, mediante Ley 28237 publicada ese año, que en su Título V contempló al proceso de cumplimiento y reguló claramente su objeto (art. 66), la legitimidad activa y la representación (art. 67), la legitimidad pasiva (art. 68), el requisito especial de la demanda (art. 69), las causales de improcedencia (art. 70), el desistimiento de la pretensión (art. 71), el contenido de la sentencia fundada (art. 72), la ejecución de la sentencia (art. 73) y las normas supletorias aplicables (art. 74). En cuanto a su objeto, el artículo estableció que procedía este proceso para que un funcionario o autoridad pública renuente: 1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento. Para que operara tenía (y tiene) que haber así un mandato contenido en una norma legal o en un acto administrativo y una autoridad (persona jurídica de Derecho Público) o un funcionario (persona natural, servidor público) obligados por el mismo pero que son renuentes a cumplirlo.

Por otro lado, en el año 2005 el Tribunal Constitucional emitió el precedente Maximiliano Villanueva Valverde, contenido en la STC 168-2005-PC/TC, que reconoció como derecho fundamental innominado protegido por el proceso de cumplimiento al derecho a "*…asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos.*". Ahora bien, en los hechos este precedente estableció causales de improcedencia adicionales, de modo que el litigante tuvo más problemas para obtener tutela judicial a través de este proceso, lo que aumentó las improcedencias, situación que en su oportunidad fue advertida por el ex magistrado del Tribunal Constitucional y ex director general del Centro de Estudios Constitucionales, el constitucionalista Gerardo Eto Cruz. Concretamente, el precedente Villanueva Valverde estableció que el mandato (ya conocido ahora como mandamus, lo que reflejaría la influencia anglosajona) debe ser un mandato vigente, cierto, claro, no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares, ser de ineludible cumplimiento, ser incondicional y, tratándose del cumplimiento de actos administrativos, reconocer un derecho incues-tionable del reclamante y permitir individualizar al beneficiario. La exigencia de estos requisitos hizo que en el plano fáctico se desestimaran muchísimas demandas.

El mencionado doctor Eto señaló al respecto:

"…en los siete años (hasta el momento de su trabajo) que lleva de vigente el aludido precedente vinculante, dicha garantía constitucional ha sufrido una considerable merma en el porcentaje de causas en las que el Tribunal Constitucional ha entrado a evaluar el fondo del asunto (5,99%), en cuya comparación el universo de causas que han sido declaradas improcedentes resulta notoriamente elevado (87,83%). No menos elocuente es el dato de que esta última cifra sea también bastante superior al universo de procesos constitucionales de la libertad cuyo destino ha sido la improcedencia (57,01%)." (p. 311).

Al parecer, con estas nuevas causales, los jueces se encontraron persuadidos a rechazar las demandas de cumplimiento, lo que congestionó al Tribunal Constitucional, órgano encargado de conocer el proceso en instancia de cierre, que, cabe también señalarlo, bajó el porcentaje de pretensiones fundadas. Antes de la aplicación del precedente vinculante 0168-2005-PC/TC (Periodo 03/10/1996-02/10/2005) el porcentaje de demandas de cumplimiento amparadas totalmente era de 18,84 % y el de demandas amparadas en parte de 2,92 %, después de tal

precedente (Periodo 03/10/2005-2012), las fundadas en todos los extremos cayeron a 5,26 % y las fundadas en parte a 0,73%.[10].

Esto, a nuestro juicio, ha provocado una reacción del legislador ordinario del nuevo Código Procesal Constitucional.

III.3 Etapa de una nueva regulación procesal constitucional, en la que se pretende disminuir las improcedencias (2021- a la fecha).

El legislador, según se desprende de la nueva regulación procesal constitucional, ha pretendido corregir el problema descrito en el punto anterior, que podría catalogarse como de "exceso de improcedencias", pues, a nivel normativo, resulta ahora más difícil rechazar la demanda, ya que además de eliminarse el rechazo in limine en el nuevo Código Procsal Constitucional se han establecido también reglas específicas a las que el juez constitucional debe ceñirse al tramitar este proceso.

El artículo 66 del nuevo Código Procesal Constitucional constituye una novedad. Este regula las reglas aplicables para resolver la demanda y contradice en parte lo regulado en el artículo precedente[11]. De acuerdo al dictamen "…lo que se establecen son pautas que deberá llevar a cabo el juez, dependiendo del supuesto que se aplique, para evaluar la demanda…" (Congreso, 2021). Las pautas, entendemos, muestran, a modo de reglas, el camino que deben recorrer los jueces frente a determinados supuestos. Los supuestos contemplados en el artículo son cuatro: i) cuando el mandato es genérico o poco claro; ii) cuando el mandato esté sujeto a controversia o a interpretaciones dispares; iii) cuando, para determinar la obligatoriedad o incuestionabilidad del mandato contenido en una norma legal o acto administrativo firme, resulte necesario entrar al fondo del asunto; y iv) cuando el mandato, no obstante ser imperativo, sea contrario a la ley o a la Constitución.

10 Fuente: Oficina de Presupuesto y Planificación del Tribunal Constitucional. (Eto Cruz, p. 312).

11 El artículo 65 señala que "*No es objeto del proceso de cumplimiento el acto administrativo que contenga el reconocimiento o pago de devengados ni de obligaciones que deben determinarse en órgano jurisdiccional especializado o estación probatoria distinta a los juzgados especializados en lo constitucional.*" Es decir, que si el mandato debe determinarse o este es discutible se rechazará la demanda. Sin embargo, el artículo 66 establece reglas que debe seguir el juez constitucional frente, por ejemplo, a mandatos poco claros o genéricos.

Anteriormente, en función a las reglas establecidas en el precitado precedente Maximiliano Villanueva Valverde, debían declararse improcedentes las demandas de cumplimiento si es que el mandato era genérico o poco claro o si estaba sujeto a controversia o a interpretaciones dispares, por ejemplo. Por ello, consideramos que, aunque existan aspectos criticables, configura un avance que ello deje ser así con el nuevo código, el que, dejando sin efecto esas reglas, ahora obliga a resolver el fondo del asunto en estos casos de acuerdo a las nuevas pautas que ha fijado.

Revisemos brevemente las novedades:

Supuesto N° 01 Cuando el mandato sea genérico o poco claro

En este caso, el nuevo código impone al juez constitucional que, previa interpretación de la norma legal o del acto administrativo firme, entre a resolver el fondo del asunto, con la observancia de ciertas reglas. En primer lugar, para la interpretación de la norma legal, el juez i) debe utilizar los métodos clásicos de interpretación jurídica (literal, evolutivo, sistemático y lógico o conceptual), y ii) el resultado de esa interpretación debe respetar lo que establecen las leyes de la materia y la propia Constitución (interpretación conforme a ley y, sobre todo, a la Constitución). Dicho de otra forma, partiendo de la premisa de que el mandato contenido en la norma legal es defectuoso por ser genérico o poco claro, los magistrados deben superar ese escollo tratando de determinar cuál es el estricto sentido del mandato; precisando así lo genérico o aclarando lo poco claro en beneficio del justiciable.

En segundo término, si se trata de mandatos genéricos o poco claros contenidos en actos administrativos firmes, la interpretación del acto administrativo que realice el juez constitucional debe respetar: i) los principios generales del Derecho Administrativo, contenidos en su mayoría en la Ley del Procedimiento Administrativo General; ii) la jurisprudencia atinente de los órganos administrativos correspondientes; y iii) la jurisprudencia respectiva del Tribunal Constitucional. De este modo, se le indica un diferente camino para que resuelva sobre el fondo del asunto, que lo obliga a analizar el fondo de la cuestión sin rechazar la demanda por improcedente. Ello no significa que todas las demandas de cumplimiento serán fundadas sino que implica que el litigante obtendrá una revisión más profunda de su causa y, en todo caso, se le darán las razones que explican por qué su pretensión es infundada, salvo que jurisprudencialmente esto sea cambiado.

Supuesto N° 02 Cuando el mandato esté sujeto a controversia compleja o a interpretaciones dispares

Señala el nuevo Código Procesal Constitucional que cuando el mandato esté sujeto a controversia compleja o a interpretaciones dispares, el juez, previo esclarecimiento de la controversia, entra a resolver el fondo del asunto. Para resolver el fondo observará las siguientes reglas: i) Debe aplicar una mínima actividad interpretativa para superar la controversia, atendiendo a los métodos clásicos de interpretación jurídica, y aplicando los criterios de especialidad, cronológico y jerárquico; y ii) de ser necesario, aplica una mínima actividad probatoria que, sin comprometer la finalidad urgente y perentoria del proceso de cumplimiento, permita confirmar la veracidad del mandato. Así, frente a mandatos sujetos a controversia compleja o que presentan interpretaciones disímiles, el legislador ha impuesto la obligación de que el juez constitucional, usando los métodos clásicos de interpretación, los criterios de especialidad, cronológico y jerárquico o, de ser el caso, aplicando una mínima actividad probatoria para confirmar la veracidad del mandato (solicitando información por ejemplo), emita un pronunciamiento de fondo y no solo se limite a declarar improcedente la demanda en estos supuestos.

Supuesto N° 03 Cuando se necesite determinar la obligatoriedad o incuestionabilidad del mandato

De acuerdo al nuevo Código, si para determinar la obligatoriedad o incuestionabilidad del mandato contenido en una norma legal o acto administrativo firme es necesario entrar al fondo del asunto, el juez debe hacerlo, por lo que, en tal supuesto, debe admitir a trámite la demanda. Luego de ello deberá asimismo esclarecer la controversia.

Supuesto N° 04 Mandatos contrarios a ley o a la Constitución

Finalmente, el Código estipula que cuando el mandato, no obstante ser imperativo, sea contrario a la ley o a la Constitución, el juez debe así declararlo, y en consecuencia, desestimar la demanda. Se trata de la concreción del ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas que se aplica en todo tipo de procesos judiciales, inclusive los constitucionales. Es evidente que si el mandato es inconstitucional este, aunque sea claro, no se puede cumplir. La fuerza de la Constitución es más fuerte que la de un mandato legal o administrativo que la contradiga. En la STC 9754-2005-PC/TC el Tribunal Constitucional aplicó el control difuso en un proceso de cumplimiento. La ley materia de cumplimiento fue la Ley 28472, que disponía ascensos inmediatos a un grupo de oficiales, inclusive al rango de general, pero la Constitución señala en su artículo 172 que los ascensos a generales y almirantes los otorga el presidente de la República, no así el Congreso de la República a través de una ley, como había ocurrido. Por ello, la

sentencia señaló que a quien le correspondía ascender a general le era inaplicable la precitada Ley 28472. La nueva normativa regula ahora esta situación.

Ahora bien, al margen de puntuales cuestionamientos que se le pueda hacer a la regulación contenida en el Nuevo Código Procesal Constitucional, en líneas generales creemos que, de cara al futuro, la nueva normativa relativa al proceso de cumplimiento resultó ser positiva por ser garantista, pues limita los rechazos por improcedencia obligando a los jueces a analizar el asunto y emitir una sentencia de fondo, incluso en los casos en los que el mandato sea genérico, poco claro, esté sujeto a controversia compleja o a interpretaciones dispares, o cuando se necesite determinar su obligatoriedad o incuestionabilidad; lo que, en los hechos, desarticula la mayoría de las causales de improcedencia (puestas como requisitos del "*mandamus*") establecidas en el precedente Maximiliano Villanueva Valverde, aunque, cabe señalarlo, este formalmente no ha sido dejado sin efecto y, según se aprecia de la más reciente jurisprudencia, viene aplicándose en algunos casos. Toca entonces estar expectantes ante un desarrollo jurisprudencial sobre esta materia. Esta última etapa, creemos, aún no se ha cerrado y viene desarrollándose.

IV. Reflexiones conclusivas: el valor del cumplimiento para el Estado Constitucional peruano:

Un Estado Constitucional que se precie de serlo debe cautelar el riguroso respeto de los derechos fundamentales de la persona humana, que es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Debe proteger de igual modo el orden constitucional plasmado en la Carta Fundamental de la República, que expresa en su articulado la voluntad del pueblo, indiscutible titular primigenio del poder. El carácter de una Constitución se aprecia también por los mecanismos que contemple para proteger sus valores, principios y demás postulados. Es así como los procesos constitucionales se erigen como instrumentos procesales valiosísimos que procuran el respeto de los valores constitucionales.

Desde que surgió, mucho se ha debatido acerca de la naturaleza del proceso de cumplimiento, de su capacidad para resguardar esos valores, y muchos no han quedado conformes con que el supremo intérprete de la Constitución haya sostenido que con este se protege el derecho fundamental implícito a la eficacia de las normas legales y los actos administrativos. Y es que parece forzada esta aseveración, sobre todo si este no es

un derecho reconocido y afianzado en otras latitudes, por lo menos no del que se tenga conocimiento, salvo en la experiencia venezolana ya antes referida, aunque no con la característica de ser un derecho constitucional sino uno de orden legal.

Ahora bien, este debate puede ser interminable. Hay, ciertamente, voces autorizadas con respetables fundamentos de uno y otro lado, por lo que cabe preguntamos si debemos continuar con la discusión. Sobre el particular, más allá de verificar su naturaleza, creemos sinceramente que lo relevante es constatar si el proceso de cumplimiento se ha consolidado en nuestro país, pero, más importante aún, verificar cuánto bien ha hecho al labrado de nuestro Estado Constitucional en todos estos años, desde que fue creado en la Constitución del 93.

En relación a lo primero, no cabe duda que este es un proceso afianzado, cuya regulación y jurisprudencia bordea ya los 30 años. Hay que valorar además que este proceso se creó por voluntad del legislador, el que dispuso contemplarlo como una "garantía constitucional"; que el guardián y supremo intérprete de la Constitución ha reconocido su naturaleza de proceso constitucional; y que, recientemente, el legislador ordinario, al regular un nuevo código y partiendo de la premisa de considerarlo un proceso constitucional, lo ha dotado de nuevas herramientas en procura de la defensa de los intereses de los justiciables.

En cuanto a lo segundo, nos referiremos primero al Tribunal Constitucional, órgano que ha señalado en la STC 2576-2008-PC/TC que

"…el proceso de cumplimiento, como todos los procesos constitucionales, ostenta una doble naturaleza, es decir, tiene una naturaleza objetiva, en tanto mecanismo de protección de principios y valores que informan todo el ordenamiento jurídico, y una naturaleza subjetiva, en tanto es un medio de tutela para la afectación de derechos fundamentales. En consecuencia, el proceso de cumplimiento no solamente debe procurar que se logre la eficacia del ordenamiento jurídico, asegurando que tanto las normas legales como los actos administrativos surtan plenos efectos, sino, además, la tutela de aquellos derechos fundamentales vinculados a aquella norma legal o acto administrativo cuyo cumplimiento se pretende."

Así las cosas, ¿a lo largo de todos estos años este proceso ha cumplido con su rol protector de valores y principios que informan al ordenamiento jurídico, así como con su rol tutelar de los derechos fundamentales vinculados a las normas

legales y actos administrativos materia de cumplimiento? Creemos que en muchos casos sí.

Como bien afirma Jorge León (2009),

"…se puede afirmar que un valor constitucional del Estado constitucional democrático es el cumplimiento de las leyes y de los actos administrativos. En un Estado como el nuestro, en el cual el incumplimiento de las leyes, los actos administrativos e, incluso, de las resoluciones judiciales, es un lugar bastante frecuente, su cumplimiento -bajo una perspectiva estrecha anclada en las esferas de la legalidad y del Derecho administrativo- trasciende la mera cuestión de legalidad para llegar a ser una cuestión constitucional de primer orden." (p 194).

Y es que resulta fundamental que en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho se cumplan las leyes y actos administrativos que sean armónicos con la Constitución. Ello coadyuva al perfeccionamiento del engranaje constitucional y a la convivencia pacífica y democrática. No es plausible, sino todo lo contrario, censurable, que el incumplimiento de los mandatos armónico-constitucionales sea moneda corriente en un país. El tránsito de un Estado Monárquico a un Estado Constitucional ha hecho que sea posible que el viejo *Writ of Mandamus*, con el que originalmente se buscaba el cumplimiento de la voluntad del rey soberano, se convierta en un proceso de cumplimiento que materializa ahora la voluntad del pueblo soberano, pues con este, en el plano fáctico, se concretizan y se tornan reales los valores constitucionales.

Ahora bien, como instrumento de tutela de derechos fundamentales, debemos manifestar que el cumplimiento también ha logrado su cometido. Desde la primera sentencia, la STC 00091-1996-AC/TC, se resolvió un caso relacionado con la protección del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y saludable para el desarrollo de la vida, previsto en el artículo 2, inciso 22, de la Constitución Política del Perú. Empero, más aún, en la investigación que tuvimos la oportunidad de hacer al interior de la Dirección de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, que aparece publicada en el colectivo "El proceso de cumplimiento en la actualidad. Posibilidades y Límites" (Sáenz et al, 2021), se realizó un repaso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con la finalidad de determinar si este proceso se ha constituido como un instrumento protector de la persona humana y los resultados son muy interesantes, pues se comprueba

que el cumplimiento ha servido todos estos años para proteger una serie de derechos fundamentales de la persona. Ha tenido, como una suerte de amparo especializado, autónomo y con características propias, una eficacia directa en la protección de la persona humana al materializarse los mandatos, cumpliendo con su naturaleza subjetiva.

En tal investigación podemos advertir que, además de cautelar el derecho innominado a la eficacia de las normas legales y los actos administrativos, que es el que siempre protege, desde 1996 al año 2020 (fecha de corte) este proceso resguardó en 595 ocasiones el derecho fundamental a la remuneración o aspectos relacionados con el mismo; en 141 ocasiones el derecho fundamental a la pensión; en 71 ocasiones el derecho al trabajo; en 46 veces los beneficios sociales del trabajador; 10 veces el debido proceso; 6 veces el derecho a la igualdad; así como otros derechos de los más variados como el derecho al bienestar, a gozar de un ambiente equilibrado para el desarrollo de la vida, a la salud, a la motivación escrita de las resoluciones, al descanso pre y post natal de la madre, entre otros. En este período de tiempo amparó un total de 834 demandas, protegiendo así a los justiciables frente a la inoperancia de la Administración Pública, lo que, evidentemente, ha sido saludable para el Estado Constitucional peruano, que propugna siempre y de forma incondicional por el respeto de los derechos de la persona humana (Saénz et al, 2021).

El cumplimiento se ha instituido entonces como un proceso clave de preservación y consolidación del Estado Constitucional. Tiene un rol protagónico en relación con la defensa de los valores constitucionales y los derechos fundamentales vinculados a los mandatos objeto de cumplimiento, como ha quedado demostrado. Tiene, por tanto, un indudable valor para el Estado Constitucional, es un valor que protege valores, por lo que, como herramienta clave que es, debe ser mantenido y cuidado de cara al futuro.

BIBLIOGRAFÍA

Sar Suárez, Omar. (2018). *Aspectos sustantivos y procesales de la acción de cumplimiento*. En: Gaceta Constitucional, Tomo 56, agosto.

Bianchi, Alfredo. (2008). *Historia Constitucional de los Estados Unidos*. Cathedra Jurídica.

Linares Quintana, S. (1953). *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional*. Alfa.

Beltrán De Felipe, Miguel & González García, Julio. (2006). *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Goel, Shivan. (s/f). *The Writ of Mandamus*. En: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/WOM.pdf

Blackstone, William. "*Commentaries on the Laws of England*". Oxford. Clarendon Press. Volumen 3. 1768, p. 110.

Sánchez González, S. (s/f). *La Constitución India*. LX. Fuente: https://www.cerasa.es/media/areces/files/book-attachment-4850.pdf

Fix-Zamudio, Héctor. (1982). *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. Civitas.

Soria Luján, Daniel. (1996). *El proyecto de ley de protección a la libertad personal (1849)*. Fuentes para una historia constitucional del Perú, Volumen 3, Número 3, pp. 379-381. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3368/3217

Cooper H.H.A. (1970). *Apuntes críticos sobre el habeas corpus en el Perú*. Derecho PUCP, N° 28.

Murcia, Diego. (2013). Las acciones de ejecución y de prohibición en Entre Ríos. *Institutas: Revista De Derecho Procesal, 1(1)*. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/1996-6956-1-PB.pdf

Brewer Carías, Allan. (1987). *Estado de Derecho y control judicial. Justicia constitucional, contencioso administrativa y derecho de amparo*. Instituto Nacional de Administración Pública.

Sommerman, Karl-Peter. (2009). El papel de la Ley Alemana de la Justicia Administrativa para la realización del Estado de Derecho. En Aberastury, Pedro. *Ley de la Justicia Administrativa Alemana: Análisis comparado y traducción*. Abeledo Perrot. http://aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/kas-18233-1522-4-30.pdf

Ule, Karl. (1964). La ley de 21 de enero de 1960, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania. Documentación

Administrativa, **N° 73**, Enero. 1964. https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/2256

Sidou, Othon. (1991). Las Nuevas Figuras del Derecho Procesal Constitucional Brasileño: Mandamiento de Ejecución y Habeas Corpus. Boletín Mexicano De Derecho Comparado, 1(70).

Silva De Assis, F**ábio** José & Ribas Vieira, José. (2017). A 0Lei 13.300/16 que regula o Mandado de Injunção: opção ativista ou dialógica?" Universidade Nove de Julho. *Prisma Jurídico*, vol. 16, núm. 2, pp. 315-340, 2017. En: https://www.redalyc.org/jatsRepo/934/93454289004/html/index.html

Rey Cantor, Ernesto (1996). La acción de cumplimiento en la Constitución Colombiana de 1991. *Derecho y Sociedad*, N° 11.

Olano García, Hernán Alejandro. La nueva acción de cumplimiento en Perú y su comparación con la Colombiana. International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, (5), junio.

Velásquez Turbay, Camilo. (2001). *Derecho constitucional*. Universidad Externado de Colombia.

Blume Fortini, Ernesto. (2009). *El proceso de inconstitucionalidad en el Perú*. Adrus.

Jiménez Vivas, Javier. (2020). El proceso contencioso-administrativo peruano: breve historia, presente y perspectivas futuras. *Revista Oficial del Poder Judicial*.

Brewer Carías, Allan. (2020). La configuración del contencioso administrativo como un sistema de justicia administrativa en el derecho comparado latinoamericano. *Derecho y Sociedad,* (54). file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LaConfiguracionDelContenciosoAdministrativoComoUnS-7792312.pdf

Salas Ferro, Percy. (2012-2013). Las pretensiones en el proceso contencioso administrativo. *Revista Oficial del Poder Judicial*, año 6 -7. N°s 8 y 9. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6058bb8047544a64bf21ff6da8fa37d8/12.+Salas+Ferro.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6058bb8047544a64bf21ff6da8fa37d8

Huapaya, Ramón. (2019). *El proceso contencioso administrativo*. Fondo editorial PUCP.

García Belaunde, Domingo. Los orígenes del habeas corpus. *Derecho PUCP*, (31). file:///C:/Users/Usuario/Downloads/12717-Texto%20del%20art%C3%ADculo-50555-1-10-20150524%20(4).pdf

Curaca Kong, Alfredo Orlando. (2021). Pasado, presente y futuro del Habeas Corpus. El control convencional de las prisiones preventivas. En AAVV. La constitucionalización de la prisión preventiva. Tribunales constitucionales contra tribunales penales. Ideas Solución Editorial, pp. 373-390.

Sáenz Dávalos, Luis & Curaca Kong, Alfredo. (2021). *El proceso de cumplimiento en la actualidad. Posibilidades y límites*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

Cooper H.H.A. (1971). Habeas corpus in Peru: Myth and Reality. *Cleveland Law State Review.* Vol. 20.

Danós Ordóñez, Jorge. (1994). El Amparo por omisión y la Acción de Cumplimiento en la Constitución peruana de 1993. En *Lecturas constitucionales andinas*, Núm. 3.

Landa Arroyo, César. La Acción de Cumplimiento en el Proyecto de Constitución del Perú de 1993. *Revista del Foro.* Año LXXXI, N° 01.

Congreso Constituyente. (1993). Diario de Debates de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, Tomo III.

García Merino, Fabiola. (2014). *Naturaleza procesal del proceso constitucional de cumplimiento*. Lumen, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, (10).

Sagasti Hochhausler, Francisco & Bérmudez Valdivia, Violeta. Oficio N° 404-2021-PR, de fecha 2 de julio de 2021, en el que constan las observaciones del Poder Ejecutivo al proyecto de ley que aprueba el nuevo Código Procesal Constitucional. 2021, p. 12

Danós Ordóñez, Jorge. (1994). El Amparo por omisión y la Acción de Cumplimiento en la Constitución peruana de 1993. En: *Lecturas constitucionales andinas*, (3).

Abad Yupanqui, Samuel. (2002). La Jurisdicción constitucional en el Perú. Las reformas constitucionales pendientes. Academia de la Magistratura.

Apuntes sobre la reforma constitucional. *Revista Institucional*, (06), junio. http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/103

Carpio Marcos, Edgar. (2012). La acción de cumplimiento en el Derecho comparado. En: http://derechogeneral.blogspot.com/2012/03/la-accion-de-cumplimiento-en-el-derecho.html

Carpio Marcos, Edgar. (2003). La acción de cumplimiento, ¿un proceso constitucional? En: Ferrer Mac Gregor, Eduardo & Vega Hernández, Rodolfo (coord.). *Justicia Constitucional local*. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política. Querétaro.

García Belaunde, Domingo. (2001). *El Derecho Procesal Constitucional*. Temis.

Huapaya Tapia, Ramón. (2006). Las nuevas relaciones entre el proceso constitucional de cumplimiento y el proceso contencioso-administrativo: la Sentencia recaída en el Expediente N° 0168-2005-PC/TC, caso Maximiliano Villanueva Valverde. *Revista de Derecho Administrativo. PUCP*, (02).

León, Jorge. (2009). El proceso constitucional de cumplimiento y su incidencia positiva en la protección del Estado democrático de Derecho. PUCP. *Foro Jurídico*, (09).

Castillo Córdova, Luis. (2005). El proceso de cumplimiento: a propósito de un desafortunado criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional. *Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica*, (145), dic., pp. 129-136

LA DEMOCRACIA EN EL PERÚ, CASO DISOLUCIÓN INCONSTITUCIONAL DEL CONGRESO A LA LUZ DE LA SENTENCIA 0004-2022-PCC/TC

*César Alejandro Del Carpio Ugarte**

I.- INTRODUCCIÓN

PRESIDENCIALISMO ATENUADO

De acuerdo a lo que nos plantea el profesor Domingo García Belaunde, considera que la forma de Gobierno del Perú se asemeja al modelo presidencialista, por las razones que nos señala en "El presidencialismo atenuado y su funcionamiento", en tanto el momento en que se dio la independencia de la Nación los únicos modelos o formas de gobierno que se identificaban en el mundo occidental eran el presidencialismo, con la reciente declaración de independencia de los Estados Unidos de Norteamerica y las monarquías europeas, asumiendo entonces la forma del presidencialismo (García Belaunde, 2006), y fruto del desarrollo social

* César Alejandro Del Carpio Ugarte, profesor de la Universidad Católica de Santa María (Perú) en los niveles de pre y postgrado, abogado, maestro en Gestión Pública y maestro en Derecho Constitucional, doctorando en Derecho. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Servidor público y docente universitario, Código ORCID: https://orcid.org/0009-0003-2484-9471, correo electrónico: cdelcarpiou@ucsm.edu.pe

y político se da un proceso de parlamentarización del presidencialismo, proceso que concluye con la Carta de 1933 y que incluye figuras como el refrendo ministerial, la censura, la interpelación la cuestión de confianza, el Gabinete, el presidente del Consejo de Ministros, entre otras, todas con el objetivo de fijar límites al poder del presidente de la República.

En suma, contamos con un sistema mayoritariamente presidencial, donde se han desarrollado mecanismos para limitar el poder del presidente de la República, sin embargo, este último cuenta con un elemento que legitima sus actos y origina que no pueda ser depuesto del cargo por razones políticas -como sucede en el parlamentarismo- sino que depende de la elección popular directa e inclusive con la figura de la doble vuelta o ballotage si no se alcanza la mayoría requerida.

Situémonos en el sistema parlamentario, donde el jefe de Gobierno es elegido por el Congreso, entonces este podrá ser depuesto por hacer efectiva su responsabilidad política mediante la censura, y este cuenta con una herramienta como es la confianza u otra como la disolución de las Cámaras, haciendo mérito a la tesis de pesos y contrapesos en el ejercicio del poder.

RELEVANCIA DE LA FORMA DE GOBIERNO

Es importante para el objeto del presente aporte determinar los pilares fundamentales sobre los que la República peruana encuentra sus cimientos. Y más relevante aún, determinar que estas características amalgamadas entre sí dan como resultado una forma de gobierno única.

Por mencionar un caso, si tan solo una de estas características estructurales fuera distinta, el resultado sería que estaríamos frente a una forma de gobierno diametralmente distinta, por ejemplo si fuéramos un gobierno donde se ejerza la democracia directa, como en distintas naciones escandinavas, la participación ciudadana no requeriría de la representación en órganos colegiados, pues serían los ciudadanos quienes en una asamblea tomarían la decisiones de gobierno; o por otro lado, encontramos que si fuéramos una República Federal, la autonomía de los departamentos sería diametralmente distinta, encontraríamos probablemente una Constitución por cada departamento o región con una forma de gobierno distinta entre sí, evidentemente encontraríamos una forma de gobierno donde algunas facultades del Poder Ejecutivo le habrían sido

cedidas al Gobierno Federal, es decir, aquel que agrupa a la federación completa. O por otro lado encontramos que, de no ser una República, podríamos adoptar otra forma de gobierno, como es una Monarquía, como por ejemplo en el Reino de España, donde su Constitución establece que España es un Estado Monárquico, donde el rey ejerce funciones de Jefe de Estado, representa al Estado y personifica la Nación, empero, las funciones de Gobierno las ejerce un jefe de Gobierno que es el presidente de Gobierno del Reino de España.

En los distintos estados, encontramos que la adopción de las formas de gobierno son el resultado de un proceso histórico, en el cual se establecieron principios que muchas veces responden a una lucha social, un conflicto interno o como en nuestro caso a un proceso de independización, resultado del cambio de paradigma entre ser la colonia de una Monarquía a ser un Estado independiente.

En suma, es mediante esta comparación que establecemos las diferencias que puede implicar una forma de Gobierno de otra, teniendo en cuenta que los pilares de un Estado se cimentan en los principios que lo rigen, por lo que las leyes y demás instrumentos legales deberán adecuarse a lo que la Constitución dispone. Recordando que la Constitución es fruto de acuerdos y consensos de los legisladores constituyentes, los mismos que en atención del principio de representatividad ejercen su función constituyente en representación del pueblo.

II.- ANÁLISIS

CASO DISOLUCIÓN DE CONGRESO DE LA REPÚBLICA PERUANA 2019

El primer presidente del Consejo de Ministros de la administración del presidente Pedro Pablo Kuczynski fue Fernando Zavala Lombardi, quien asumió el cargo el 28 de julio del 2016 y planteó ante el pleno del Congreso de la República cuestión de confianza sobre las principales medidas que requerirá su gestión.

El domingo 18 de diciembre del 2016 asume como ministra de educación Marilú Martens (La Republica, 2016) luego de que el Congreso haya censurado al saliente ministro Jaime Saavedra. Es durante su gestión que la bancada del "Frente Amplio por la Justicia, Vida y Libertad"

plantea una interpelación contra la ministra de Educación con un pliego de 40 preguntas (PERÚ 21, 2017), posteriormente la bancada de Fuerza Popular acuerda presentar una moción de censura en contra de la titular del Ministerio de Educación.

PRIMERA CUESTIÓN DE CONFIANZA "DENEGADA"

Ante la inminente amenaza de la interposición de la moción de censura, el Poder Ejecutivo responde dicha moción de censura con el planteamiento de una "cuestión de confianza" a nombre del Gabinete de Ministros presentada por el presidente del Consejo de Ministros, resultando todo ello en la denegatoria de la cuestión de confianza con 77 votos en contra, 22 a favor y 16 abstenciones en una sesión que se llevó a cabo el 14 de septiembre del 2017 (Diario Gestión, 2017).

RENUNCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Un aspecto que vale la pena mencionar entre la primera y segunda cuestión de confianza solicitada, es la renuncia del entonces presidente Pedro Pablo Kuczynski ante una inminente vacancia presidencial por una presunta incapacidad moral, luego de hacerse públicos los videos y audios en los cuales presuntamente se ofrecían favores políticos a cambio de abstenerse de votar en la primera solicitud de vacancia. Por lo que el 21 de marzo del 2019 el presidente Kuczynski renuncia a la Presidencia y el Congreso acepta su renuncia, juramentando al cargo el vicepresidente Martín Vizcarra, conformando su Gabinete y nombrando presidente del Consejo de Ministros a uno de los promotores de la segunda vacancia, el congresista César Villanueva Arévalo (CNN, 2019).

SEGUNDA CUESTIÓN DE CONFIANZA "DENEGADA"

Luego de la renuncia a la Presidencia del Consejo de Ministros del premier de entonces César Villanueva, es designado y juramenta al cargo Salvador del Solar Labarthe el lunes 11 de marzo del 2019 (RPP Noticias, 2019).

Desde otro poder del Estado esta vez, el Parlamento decide renovar a los magistrados del Tribunal Constitucional, en tanto el mandato de seis de los siete magistrados de dicho Tribunal, estaban por vencer el 3 de junio del 2019.

Ante la exhortación que realizó el presidente del Tribunal Constitucional de aquel momento, Dr. Ernesto Blume Fortini, al Parlamento, quien mediante misiva cursada en noviembre del 2018 (El Comercio, 2019) informa sobre el próximo vencimiento del periodo para el cual fueron elegidos seis de los 7 magistrados posteriormente a la misiva del presidente del Tribunal Constitucional el Congreso aprueba la conformación de la Comisión Especial para la elección del nombramiento de magistrados, en sesión del pleno de fecha 22 de noviembre del 2018 (Diario Correo, 2019).

La Junta de Portavoces del Congreso se reúne el 19 de noviembre del 2018, y acuerda la creación de la comisión especial y que dicha elección se realizara de acuerdo con el numeral 2 del artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, 2019), es decir por invitación.

Dicha comisión emite un pronunciamiento y remite al pleno del Congreso el 18 de septiembre del 2019 un informe con los posibles candidatos al Tribunal Constitucional, el pleno acordó la elección para el 30 de septiembre del 2019.

El 30 de septiembre del 2019 el presidente del Consejo de Ministros, en una alborotada cesión, ingresa abruptamente al hemiciclo, hace uso de la palabra y plantea cuestión de confianza señalando: "en nombre del Consejo Ministros hago cuestión de confianza en este mismo momento, para que el Parlamento decida si otorga la confianza y considera por lo tanto que hay que hacer uso de transparencia; o para que nos la niegue si considera que va a seguir con este procedimiento" (La República, 2020).

DISOLUCIÓN

Por horas de la tarde el presidente de la República se dirige a la Nación indicando que en aplicación del art. 134 de la Constitución del Estado ha decidido "disolver constitucionalmente el Congreso". El diario oficial "El Peruano" publica una edición extraordinaria el 30 de septiembre del 2019, publicando el D.S. N° 0165-2019-PCM, decreto supremo que disuelve el Congreso de la República y convoca a elecciones para un nuevo Congreso, y Resolución Ministerial N° 0147-2019-PCM y Resolución Ministerial N° 148-2019-PCM, aceptando la renuncia del presidente del Consejo de Ministros y nombrando nuevo Presidente del Consejo de Ministros respectivamente. Asumiendo como nuevo premier Vicente Zeballos Salinas.

REFLEXIONES SOBRE LA DISOLUCIÓN

Como ya hemos señalado al analizar la sentencia 006-2019-CC/TC, consideramos que, en aras del principio de separación de poderes, los deberes y obligaciones de cada órgano deben ser acatados por todos los poderes del Estado, siendo que hay determinadas facultades que se delegan en un determinado poder, por su naturaleza deliberativa y representativa.

De acuerdo a la sentencia 0050-2004-PI/TC, el presidente de la República se encuentra impedido de observar una ley de reforma constitucional, por lo que es importante hacer referencia si el presidente puede plantear una cuestión de confianza sobre un aspecto exclusivo y excluyente de otro poder del Estado, más aún cuando la cuestión de confianza versa sobre una reforma constitucional, aplicando el principio general del derecho, a igual razón igual derecho.

De acuerdo a lo señalado por el profesor García Belaunde, las causales para la disolución del Parlamento serán aquellas cuando el Parlamento perjudique la labor del Ejecutivo, tal cual fue concebido dentro de la forma de Gobierno peruana, por lo que el cómputo para la disolución del Congreso se deberá hacer cuando sea censurado un Gabinete y no cuando se le niegue la confianza al Ejecutivo, no produciendo los mismos efectos cuando la confianza es otorgada o no, o cuando la confianza es solicitada o rechazada.

REFLEXIONES "CASO SOBRE LA DISOLUCIÓN DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA" 0006-2019-CC/TC

La cuestión de confianza y la censura tienen orígenes distintos, mientras la censura nace con el objetivo de poner límites a la Monarquía, debemos recordar que recaía en la Corona la Jefatura de Estado y de Gobierno, por lo que la responsabilidad política se hacía a través de la censura a los ministros; La confianza surge como una herramienta mediante la cual el Gobierno solicita al Parlamento se apruebe un proyecto de ley que es necesario para gobernar adecuadamente.

Claramente son instrumentos de control político distintos, con orígenes distintos y herramientas que se utilizan por distintos actores, vale decir son instituciones jurídicas gatilladas por dos poderes distintos. Evidentemente los efectos producidos son de distinta naturaleza, en tanto el rechazo a la cuestión de confianza conlleva a la renuncia del

Gabinete, pues es el Parlamento quien los eligió y es el Parlamento quien los retira, la misma lógica debe ser usada en la moción de censura, pues el Parlamento los eligió y será el Parlamento quien los retira del cargo. Esta lógica no configura para la forma presidencialista, donde quien elige al jefe de Gobierno no es el Parlamento, sino es el pueblo a través de elección popular. Hacemos un paréntesis en el caso *sui generis* que sucede en el Perú, donde luego del rechazo de la cuestión de confianza se faculta al Jefe de Gobierno a disolver el Parlamento, siendo la disolución en los sistemas parlamentarios una herramienta para limitar la facultad de destituir al Jefe de Gobierno, pero en el Perú el jefe de Gobierno nunca podrá ser depuesto por el Parlamento haciendo efectiva su responsabilidad política, pues no cuenta con esta. Como máxima expresión de control político el Congreso peruano solo podrá censurar al presidente del Consejo de Ministros, quien evidentemente no ejerce la Jefatura de Gobierno y de Estado.

TIPOS DE CONFIANZA

En los fundamentos 65 y 72 de la sentencia 006-2018-PI/TC y en el fundamento 97 de la sentencia 0006-2019-CC/TC, encontramos que el tribunal ha "creado" la cuestión de confianza voluntaria y obligatoria; será obligatoria cuando verse sobre la cuestión de confianza que plantea el titular de la PCM antes de los treinta días de asumir el cargo, y será voluntaria cuando el presidente del Consejo de Ministros o un ministro solo presente ante al Congreso una cuestión de confianza ante una determinada situación.

Al respecto debemos señalar que no compartimos la interpretación que se ha realizado, en tanto la cuestión de confianza, a la luz de su aplicación, orígenes y objetivos, es un instrumento para medir el respaldo con el que cuenta el jefe de Gobierno -en nuestro caso el ministro o el Gabinete.

La denominada confianza voluntaria es en realidad el resultado de adaptar instituciones de formas de gobierno distintas a la nuestra e intentar contener sus elementos, pues la investidura con la que un Gabinete -en un sistema parlamentario- es pues la cuestión de confianza que solicita el titular de la PCM al asumir el cargo, salvo que en el sistema parlamentario la sola elección otorga una confianza del Parlamento al Gabinete, no al revés, como se da en nuestro hibrido sistema, donde la confianza va en sentido contrario, el Gabinete la solicita al Congreso, siendo que en estricto no nos encontramos frente a una "cuestión de confianza" propiamente

dicha, pues se confunde la investidura con el "otorgamiento" de confianza al Ejecutivo.

Y por otro lado encontramos la cuestión de confianza voluntaria, la que, sí reúne los elementos propios de la misma, tal como se ha adoptado en otras naciones.

ACERCA DEL DEBATE CONSTITUYENTE DE 1993

Con el objetivo de tener una visión completa del tema sobre la censura, hemos revisado el Diario de Debate del Congreso Constituyente Democrático de 1993, los que se encuentran en su integridad publicados en el portal Web del Congreso de la República en VI tomos.

Al respecto señalaremos los aspectos relevantes en el debate, las posturas de los constituyentes, señalar aquello que pueda ser enriquecedor para nuestra investigación y unas breves conclusiones sobre ello.

Los encargados de la elaboración de la Constitución fue el Congreso Constituyente Democrático -instalado y elegido gracias a la presión internacional-, y este a su vez nombró a la comisión de Constitución, integrada y presidida por Carlos Torres y Torres Lara, vicepresidente Enrique Chirinos Soto, secretario Samuel Matsuda Nishimura, relator Marta Chávez, José Barba Caballero, Róger Cáceres Velásquez, César Fernández Arce, Carlos Ferrero Costa, Lourdes Flores Nano, Víctor Joy Way Rojas, Fernando Olivera Vega, Henry Pease García y Pedro Vílchez Malpica.

Encontramos el mayor debate al respecto sobre la forma de hacer efectiva la responsabilidad del Consejo de Ministros o de un ministro en específico, mediante la revisión del capítulo que versa sobre "De las relaciones con el Poder Legislativo", en este artículo encontramos la discusión sobre la interpelación, la censura, la disolución del Parlamento, la exposición de la política general de Gobierno, y la cuestión de confianza.

Al efecto de los aspectos relevantes para nuestra investigación, señalamos algunas de las participaciones en el debate, el mismo que se dio en dos partes, la primera sobre los distintos artículos del capítulo, y en segundo lugar, aquello relacionado a la disolución. Al respecto se nombró una subcomisión, integrada por Víctor Joy Way, Enrique Chirinos Soto y Henry Pease García, los mismos que aproximaron dos proyectos del

artículo que versa sobre la disolución, uno por el doctor Chirinos y otro por el doctor Pease.

En el debate se señala por el doctor Pease que la institución de la disolución debe ser luego de haberse censurado a 5 ministros por separado o a 2 Consejos de Ministros; encontramos esta afirmación en dos partes del debate.

Por otro lado, el doctor Chirinos Soto señala que a pesar de que a nuestro sistema se le califica como presidencialista, se han introducido distintos elementos del parlamentarismo, por lo que considera que "al menos en la letra" tenemos un sistema mixto. Un aporte significativo creemos que es el aporte brindado por la comisión en favor de fortalecer la figura del presidente del Consejo, a lo que el doctor Chirinos manifiesta:

> Señor presidente, me parece que hemos avanzado bastante en fortalecer al presidente del Consejo. Puede ser ministro sin cartera; es, después del presidente de la República, portavoz de la política general; coordina las funciones de los demás ministros; refrenda los decretos legislativos, los decretos de urgencia y las iniciativas del Poder Ejecutivo. (Congreso Constituyente Democratico, 1993, pág. 1333).

Es interés de la Comisión -y del pleno, debido al texto que fue aprobado finalmente- fortalecer la figura del presidente del Consejo de Ministros. También fue interés de la comisión establecer la figura de la censura y la interpelación, sin embargo, allí hay un debate en torno a: 1) la cantidad de firmas requeridas para la presentación de la interpelación y sobre la votación requerida para admitir la interpelación, y 2) sobre el tema que nos concierne, la censura, se debatió la fecha en la que debía ser discutida luego de la admisión, encontrado posturas contrarias, pues mientras unos pedían que la censura se debía votar inmediatamente admitida, otros planteaban que esta debía ser votada luego de su admisión dando un tiempo para que los ánimos se apacigüen; el debate concluyó en poner plazos mínimos que deben transcurrir hasta su votación y plazos máximos hasta que se haya debatido.

Algunos aspectos curiosos fueron 1) la propuesta de poder censurar al Gabinete una vez que este exponga su política general de gobierno a propuesta del doctor Chirinos, 2) el señalamiento que "si no hay confianza hay censura" por el constituyente Róger Cáceres, 3) el señalamiento de "si no hay confianza hay desconfianza".

En suma, la comisión mantuvo la censura y la interpelación ministerial como instrumentos de control político también contenidos en la Carta de 1979, asimismo debatió la disolución del Parlamento por la causal de la censura, aunque no queda del todo claro si la causal de disolución es la censura de dos consejos de ministros o el rechazo de la cuestión de confianza de dos consejos, en tanto en varias partes del debate se usan los términos sin hacer diferencia entre la una y la otra, o aparentemente -como lo denominó Enrique Chirinos Soto- es solo un aspecto de redacción (Congreso Constituyente Democratico, 1993, pág. 1370). Evidentemente hay una confusión clara respecto a la tratativa del "rechazo de cuestión de confianza" y la "desconfianza", en tanto son el resultado de dos distintos instrumentos de control político.

REFLEXIONES A LA LUZ DEL EXPEDIENTE 0004-2022-PCC/TC

Es manifiesta la postura de diversos académicos en torno a la disolución inconstitucional del Congreso peruano en el año 2019. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha corregido y precisado que la disolución del Congreso, dispuesta mediante Decreto Supremo N° 0165-2019-PCM, no se ajusta a los cánones constitucionales, en tanto la polémica figura de la "denegatoria fáctica" no está concebida dentro del ordenamiento jurídico, y no se encuentra dentro de los estándares del régimen de gobierno.

Frente a esta situación el supremo intérprete de la Constitución prevé que la facultad de interpretar el sentido de la denegatoria es exclusiva y excluyente del Congreso, quien debe ponderar y valorar los alcances de la confianza, de forma previa a su debate en el pleno, y determinar si es que se encuentra dentro de los supuestos constitucionales para ser planteada.

Fue materia del fallo declarar la nulidad del acuerdo de Consejo de Ministros de fecha 24 de noviembre del 2022, en cuanto establece que el rechazo de plano de la cuestión de confianza supone el rehusamiento.

III.- CONCLUSIONES

El Gobierno del expresidente Pedro Castillo Terrones puso en evidencia el enfrentamiento que puede existir entre el titular del Ejecutivo y un Congreso que resulte esquivo. Situación que con mucha facilidad puede elevarse a enconos constitucionales y derivar en mecanismos constitucionales referidos a la disolución del Congreso o la vacancia presidencial.

Frente a esta situación, el Supremo intérprete de la Constitución prevé que las materias sobre las que pude plantearse cuestión de confianza serán solo aquellas constitucionalmente previstas, sin invadir los fueros y competencias exclusivas y excluyentes del Congreso, evitando excesos por parte del Poder Ejecutivo y de esa forma evitar disoluciones inconstitucionales de un poder del Estado.

En suma, el Tribunal Constitucional ha interpretado la existencia de una cuestión de confianza facultativa cuando el titular de la PCM o un ministro la solicita al Congreso, y obligatoria a la que se refiere el artículo 130 de la Constitución, sobre el pedido que deberá realizar el titular de la PCM dentro de los 30 días de asumir el cargo. Sin embargo, como hemos detallado en el presente trabajo, no compartimos dicha disposición en tanto resulta del híbrido de adaptar instituciones de sistemas distintos y excluyentes entre sí.

El Tribunal Constitucional señala que la cuestión de confianza debe interpretarse a la luz del principio de balance de poderes, en tanto es un contrapeso del mecanismo de la censura ministerial de acuerdo con el fundamento 104 de la sentencia 006- 2019-CC/TC.

Asimismo es el mismo Tribunal Constitucional quien señala que no es concebible el planteamiento de una cuestión de confianza frente a cualquier iniciativa legislativa, en tanto esto supone una alteración al orden constitucional y sería una grave "alteración" al equilibrio de poderes, de acuerdo con el fundamento 195 de la sentencia 006-2019-CC/TC.

IV.- REFERENCIAS

Borea Odría, A. (2016). *Manual de la Constitución, para qué sirve y cómo defenderte.* Lima: El Búho.

Cáceres Arce, J. L. (2007). *La constitución de Cádiz y el Constitucionalismo peruano.* Arequipa: ADRUS.

CNN. (23 de 03 de 2019). *CNN en Español*. Obtenido de https://cnnespanol.cnn.com/2018/03/23/congreso-de-peru-acepta-la-renuncia-de-pedro-pablo-kuczynski/

Contreras, C., & Cueto, M. (2018). *Historia del Perú Comtemporaneo.* Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

El Comercio. (10 de 05 de 2019). Obtenido de https://elcomercio.pe/politica/mandato-seis-magistrados-tc-vencer-congreso-busca-reemplazos-noticia-ecpm-634006-noticia/?ref=ecr

Fernández Segado, F. (Año 7). La cuestión de confianza: marco jurídico-constitucional y praxis. *Revista Española de derecho Constitucional*.

García Belaunde, D. (1991). *Dialnet.unirioja.es*. Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27119.pdf

García Belaunde, D. (2006). *El presidencialismo atenuado y su funcionamiento*. Obtenido de Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2748/9.pdf

García Belaunde, D. (2008). Evolución y Características del Presidencialismo Peruano. *Pensamiento Constitucional*.

García Belaunde, D. (04 de 2018). *Pensamientos de Derecho Constitucional*. Obtenido de https://edwinfigueroag.wordpress.com/2018/07/18/mas-sobre-la-cuestion-de-confianza-domingo-garcia-belaunde/

García Toma, V., Caceres Arce, J., Tupayachi Sotomayor, J., Peralta Franzis, S., & Murillo Celdan, M. (2011). *Regímenes Políticos.* Arequipa: Adrus.

Rubio Correa, M. (2012). *Para conocer la Constitución de 1993.* Lima: Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú.

Sagües, N. P. (2008). Evolución Institucional Argentina: Sistema de Gobierno, Poder Judicial, Derechos Fundamentales. *Estudios Constitucionales*, 143-171.

Tribunal Constitucional - Universidad Católica de Santa María. (2018). *Las Constituciones del Perú.* Arequipa: Antares.

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ: UN ANÁLISIS A LA LUZ DE DOS CASOS SIMILARES RESUELTOS DE MANERA DIFERENTE POR EL PODER JUDICIAL Y EL TRIBUNAL DE TRANSPARENCIA

*Andrés Alonso Zúñiga Najarro**

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En gran cantidad de sentencias de Hábeas Data emitidas por el Poder Judicial se denotan criterios aplicados por los jueces para resolver casos referidos a solicitudes de acceso a la información pública presentadas por los administrados ante diversas entidades del sector público. Es en el desarrollo de dichos pronunciamientos judiciales, que los jueces abordan aspectos concernientes al contenido del derecho de acceso a la información pública.

Pero en el Perú, el Poder Judicial no es la única institución a través de la cual se puede solicitar la tutela de dicho derecho.

En efecto, mediante Decreto Legislativo N° 1353 de fecha 7 de enero de 2017 se creó el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información

* Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Servidor público y asesor legal en diversas instituciones.

Pública (en adelante "Tribunal de Transparencia"); el mismo que dio inicio al ejercicio de sus funciones el 20 de diciembre del año 2018[1].

De conformidad con el numeral 1 del artículo 7 del precitado decreto legislativo, el Tribunal de Transparencia tiene -entre otras- la función de resolver los recursos de apelación contra las decisiones de las entidades comprendidas en el artículo I del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General[2], en materia de transparencia y acceso a la información pública. Se trata de un órgano resolutivo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que se constituye en la última instancia administrativa en materia de transparencia y derecho al acceso a la información pública a nivel nacional[3].

En consecuencia, los vocales del Tribunal de Transparencia también aportan importantes criterios relacionados al contenido del Derecho de Acceso a la Información Pública.

Ahora bien, el presente artículo se deriva de una reciente investigación del suscrito, en cuyo desarrollo se analizaron diversos casos de solicitudes de acceso a la información pública, los cuales fueron resueltos en última instancia por el Poder Judicial o el Tribunal de Transparencia.

Precisamente, una circunstancia que llamó la atención del autor fue detectar un mismo tipo de pedido presentado por dos administrados ante ambas instituciones indistintamente; pero que terminó siendo resuelto con criterios opuestos.

A continuación se presentan algunos apuntes de orden teórico y práctico sobre dicha situación particular.

---

1 El Tribunal de Transparencia se creó en el marco del *Decreto Legislativo N° 1353 - Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la Regulación de Gestión de Intereses*. Actualmente, cuenta con 2 salas conformadas por 3 vocales cada una. En mérito a lo establecido por el artículo 6 del referido *Decreto Legislativo N° 1353*, el Tribunal de Transparencia es competente para conocer las controversias que se susciten en materia de transparencia y derecho al acceso a la información pública a nivel nacional.

2 Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General; aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS de fecha 25 de enero de 2019.

3 Numeral 2 del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1353.

II. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El Derecho de Acceso a la Información forma parte de un complejo tejido de derechos y dimensiones que reposan dentro del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, el mismo que a su vez se encuentra regulado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "CADH").

Al respecto, es menester recordar que, al haber reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte IDH"), nuestro país no sólo se debe a la obligación del cumplimiento de sus sentencias, sino que también debe internalizar y aplicar los criterios interpretativos aportados a través de su función consultiva. En esa misma línea, la profesora Marcela Ortiz Torricos ha sustentado la obligación convencional que tienen los Estados de cumplir con el fallo y la decisión interamericana que adquiere la calidad de "cosa juzgada" (*res judicata*); pero también la obligación que tienen dichos Estados respecto de la cosa interpretada (*res interpretata*), para aplicar los criterios interpretativos de la Corte IDH (Ortiz, 2017).

Resulta igualmente necesario destacar los aportes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CIDH"). Al respecto, Eduardo J. R. Llugdar explica que la CIDH se encuentra en la capacidad de elaborar estándares y recomendaciones a los países, a través de sus Relatorías Especiales y Temáticas e Informes Generales (Llugdar, 2016). En esa perspectiva, se tiene que, por ejemplo, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[4] trabajó en la elaboración de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, la misma que fue aprobada en octubre del año 2000 y que se constituye en un documento fundamental para la interpretación del artículo 13 de la CADH (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. CIDH, 2000).

Ahora bien, habiendo destacado estos aspectos previos, corresponde mencionar que, con relación al derecho a la libertad de pensamiento y

4 La *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* fue creada en octubre del año 1997.

expresión, tanto la Corte IDH como la CIDH han desarrollado criterios de interpretación claros y concretos que ponen de manifiesto la vigencia del derecho de acceso a la información en su esencia, e incorporan importantes lineamientos a considerar al momento de ejercer su tutela.

En primer término, la Corte IDH ha manifestado en reiterada jurisprudencia que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión posee una dimensión individual y una dimensión social, de las cuales se desprenden una serie de derechos que también se protegen (Claude Reyes y otro Vs. Chile, 2006).

En ese mismo sentido, en la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, la Corte IDH se manifestó sobre el particular por vez primera, indicando lo siguiente:

> (…) el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. (Opinión Consultiva OC-5/85, 1985, p. 9).

La Corte IDH ha remarcado que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de *buscar, recibir* y difundir informaciones e ideas de toda índole. (Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, 2004, p. 65) (Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, 2004, p. 58) (Caso López Álvarez Vs. Honduras, 2006, p. 57).

En esa línea, en la sentencia del caso Caso Claude Reyes y otro Vs. Chile, la Corte IDH expresó que, al estipular expresamente los derechos a "buscar" y a "recibir" "informaciones", el artículo 13 de la CADH protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. En pocas palabras, la Corte IDH estableció -con buen criterio- que dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir información y la obligación positiva del Estado de suministrarla. (Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, 2006, p. 43).

Asimismo, sobre el acceso a información en poder del Estado, el cuarto principio de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión elaborado por la CIDH establece que el acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho (Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, 2000).

Según la CIDH, "(…) se entiende que las personas tienen derecho de requerir documentación e información registrada en archivos públicos o procesada por el Estado, es decir información considerada de una fuente pública o documentación oficial del Estado". (Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios, 2000).

III. EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE HÁBEAS DATA Y EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL PERÚ

Con relación al origen y evolución del Hábeas Data, la doctora Milushka Carrasco ha señalado como su primer antecedente histórico/normativo el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948[5], proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Carrasco, 2020).

El Hábeas Data es un proceso constitucional de tutela urgente (López, 2013), cuya finalidad es la de proteger los derechos que se encuentran contenidos en los incisos 5 y 6 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado Peruano de 1993[6]; siendo estos el derecho al acceso a la información

5 En el tenor del artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se establece que "[t]oda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos".

6 El tenor de los incisos 5 y 6 del artículo 2 de nuestra Constitución Política, es el siguiente:

Artículo 2.- *Toda persona tiene derecho:*

(…)

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

pública, y el derecho a la autodeterminación informativa (Congreso Constituyente Democrático del Perú, 1993).

Con relación a la incorporación de dichos derechos en nuestra Constitución, el profesor Luis Sáenz Dávalos ha expresado lo siguiente:

> Con el nacimiento de la Constitución Peruana de 1993, aparecieron varios derechos nuevos, algunos de los cuales no sólo no habían sido reconocidos en la Constitución precedente de 1979, sino en general, carecían de todo tipo de antecedente por lo menos en lo que respecta a nuestro constitucionalismo histórico o tradicional.
>
> Entre esos nuevos derechos, dos de ellos nos merecen especial atención, no sólo por la indudable importancia que poseen, sino porque el propio constituyente optó por conferirles una protección especializada, al habilitar el proceso constitucional de hábeas data para dicho objetivo. Estamos hablando en concreto del derecho de acceso a la información pública y del derecho a la autodeterminación informativa. (Sáenz, 2020, p. 187)

Ahora bien, el Proceso Constitucional de Hábeas Data se encuentra previsto en el artículo 200, inciso 3 de la Constitución[7]. Es menester mencionar que este proceso constitucional fue incorporado a través de la

---

Toda persona tiene derecho al secreto bancario y la reserva tributaria. Su levantamiento puede efectuarse a pedido:

1. Del juez.

2. Del Fiscal de la Nación.

3. De una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

4. Del Contralor General de la República respecto de funcionarios y servidores públicos que administren o manejen fondos del Estado o de organismos sostenidos por este, en los tres niveles de gobierno, en el marco de una acción de control.

5. Del Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones para los fines específicos de la inteligencia financiera.

El levantamiento de estos derechos fundamentales se efectúa de acuerdo a ley, que incluye decisión motivada y bajo responsabilidad de su titular.

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

7 El mismo que establece textualmente:

***Artículo 200.-** Son garantías constitucionales:*

(…)

Constitución Política de 1993, siendo que en la Constitución de 1979 los precitados derechos se protegían en el ámbito del proceso de amparo.

Con relación a las posturas favorables para la existencia del Hábeas Data como un proceso autónomo, la profesora Carrasco cita las razones expuestas por el profesor Luis Castillo Córdova, cuando señala que la principal diferencia entre el proceso de amparo y el Hábeas Data es el tipo de acto agresor, siendo que en el caso del Hábeas Data los actos lesivos provienen de un ámbito especialísimo de cosas: la técnica informática (computarizada o no); ergo, considerando que las agresiones hacia este derecho poseen una naturaleza que las singulariza, queda justificada la autonomía del Hábeas Data (Castillo, 2006, p. 1087).

Dicho todo esto, abordaremos también algunos alcances con relación al Derecho de Acceso a la Información Pública regulado en el numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política.

El profesor Edwin Figueroa señala que la condición de una determinada información como pública debe generar, como efecto, un libre acceso de los ciudadanos a dicha información, sin mayor exigencia que el costo que suponga el pedido (Figueroa, 2017).

A diferencia de otros ordenamientos nacionales en los que se incorpora la protección de este derecho a nivel legal, en nuestro ordenamiento se constituye en un derecho de configuración constitucional. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014).

Una cuestión importante relacionada a este derecho, es aquella en mérito a la cual se le reconoce como una manifestación del principio de transparencia.

En efecto, citando lo manifestado por el propio Tribunal Constitucional, se asume que el derecho de acceso a la información pública es una consecuencia necesaria del Principio de Transparencia en tanto este también es inherente a un Estado Democrático y Social de Derecho. Allí radica la importancia de que la Administración Pública entregue la información

3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución.

(…)

requerida sin necesidad de que se manifiesten los motivos que dan mérito a dicha solicitud.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado en los fundamentos 5 y 6 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 04865-2013-PHD/TC lo siguiente:

> 5. La protección del derecho fundamental de acceso a la información pública no solo es de interés para el titular del derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general. Por ello, los pedidos de información pública no deben entenderse vinculados únicamente al interés de cada persona requirente, sino valorados además como manifestación del principio de transparencia en la actividad pública. Este principio de transparencia es, de modo enunciativo, garantía de no arbitrariedad, de actuación lícita y eficiente por parte del Estado, y sirve como mecanismo idóneo de control en manos de los ciudadanos. (STC N° 04865-2013-PHD/TC, 2014).

En esa misma línea, el profesor Luis Sáenz destaca la necesidad de garantizar los diversos niveles de participación ciudadana, como una de las maneras de fortalecer el Estado Democrático de Derecho, siendo el derecho de acceso a la información pública una expresión de la delegación del poder del pueblo sin renunciar a específicos ámbitos de interacción permanente (Sáenz, 2020, p. 188-189).

Sin embargo, el acceso a la información pública también puede ser limitado. En efecto, tal como se contempla en la ley de desarrollo constitucional[8] referida al derecho de acceso a la información pública, queda excluida de este derecho aquella información que se considere secreta, reservada y confidencial.

IV. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y EL TRIBUNAL DE TRANSPARENCIA

El procedimiento administrativo de acceso a la información pública se encuentra regulado por los siguientes instrumentos legales:

- La Ley N° 27806 - Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública;

8 Artículos 15, 16 y 17 Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley N° 27806.

- El Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806 aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2019-JUS y
- El Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública aprobado mediante Decreto Supremo N° 072-2003-PCM.

De conformidad con las recientes modificaciones normativas, actualmente también es aplicable la normativa aprobada con relación a la creación del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la misma que se detalla a continuación:

- Decreto Legislativo N° 1353; decreto legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la regulación de la gestión de intereses; y
- DECRETO SUPREMO Nº 019-2017-JUS; mediante el cual aprueban el Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1353, decreto legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la regulación de la gestión de intereses.

Ahora bien, el instrumento normativo idóneo para la aplicación del Procedimiento de Acceso a la Información Pública es el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, instrumento continente de todas las modificaciones incorporadas hasta la actualidad.

La Ley N° 27806 tiene por finalidad promover la transparencia de los actos del Estado y regular el derecho fundamental del acceso a la información consagrado en el numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, tal como se establece en el artículo 1 (Alcance de la Ley) del TUO de la Ley N° 27806.

Tal como hemos referido anteriormente, si bien es cierto que todo órgano del Estado se encuentra obligado a proveer la información que se le solicite, existen supuestos en los que excepcionalmente se puede negar el acceso a la información; siendo aquellos casos de información secreta, reservada y confidencial; supuestos desarrollados en los artículos 15°, 16° y 17° del TUO de la Ley N° 27806 respectivamente.

Finalmente, para los fines del presente trabajo, cabe destacar un aspecto regulado en el Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la

Información Pública aprobado mediante Decreto Supremo N° 072-2003-PCM. En el artículo 2 de dicho dispositivo normativo se establece lo siguiente:

> Artículo 2.- Ámbito de aplicación
>
> El presente Reglamento será de aplicación a las Entidades de la Administración Pública señaladas en el artículo 2 de la Ley. Asimismo, en lo que respecta al procedimiento de acceso a la información, será de aplicación a las empresas del Estado.
>
> La facultad de los congresistas de la República de solicitar información a las entidades públicas se rige por el artículo 96 de la Constitución Política del Perú y el Reglamento del Congreso, por lo que no resulta aplicable en este caso el inciso 5) del artículo 2 de la Constitución.
>
> Las solicitudes de información entre entidades públicas se rigen por el deber de colaboración entre entidades regulada en la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
>
> Este dispositivo no regula aquellos procedimientos para la obtención de copias de documentos que la Ley haya previsto como parte de las funciones de las Entidades y que se encuentren contenidos en su Texto Único de Procedimientos Administrativos.
>
> El derecho de las partes de acceder a la información contenida en expedientes administrativos se ejerce de acuerdo a lo establecido en el Artículo 160 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, sin perjuicio de la vía procesal que el solicitante de la información decida utilizar para su exigencia en sede jurisdiccional.
>
> (subrayado propio)

Tal como se aprecia en el texto subrayado, dentro de los alcances de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su reglamento, se señala una excepción relacionada a aquellos procedimientos para la obtención de copias de documentos, que cumplan con 2 presupuestos:

a) Que la Ley haya previsto el procedimiento para la obtención de copias simples como parte de las funciones de la Entidad; y

b) Que dicho procedimiento se encuentre contenido en su Texto Único de Procedimientos Administrativos (en adelante "TUPA").

Así las cosas, aún cuando el derecho de acceso a la información pública goza de una protección cuyo desarrollo se desprende de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Constitución Política del Estado Peruano y su propia ley de desarrollo constitucional (Ley 27806), es importante establecer primero si el alcance de dicha protección no se extingue por haberse configurado esta excepción, lo que en rigor tendría que generar la improcedencia de la causa, como resultado del pronunciamiento por parte de la entidad competente.

V. EL CASO RESUELTO POR EL PODER JUDICIAL

El caso que tomaremos como referencia para el presente análisis, perteneciente al ámbito del Poder Judicial, es aquel que corresponde al Expediente Judicial N° 00348-2018-0-0401-JR-DC-01, proceso de Hábeas Data tramitado por el Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

La parte demandante interpuso una acción de Hábeas Data, a efecto que se ordene a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (en adelante "SUNARP") que le proporcione copia simple de una Partida Registral al costo de S/. 0.10 por hoja; y no al valor que se establece en su TUPA (S/. 6.00 por hoja).

En sede administrativa, la parte recurrente se dirigió al responsable de Acceso a la Información Pública de la Oficina Registral de Arequipa, invocando el ejercicio de su derecho de acceso a la información pública. Frente a ello, la entidad respondió que, para poder acceder a la información solicitada, debía presentar el Formulario de Solicitud de Publicidad Registral y Documentos como indica su TUPA, previo pago de los derechos correspondientes allí establecidos.

Ya en sede judicial, el Juzgado Constitucional emitió su sentencia señalando que la partida registral cuya copia solicitaba el demandante, es un documento generado por la SUNARP que corresponde a información pública que sí se encuentra comprendida dentro de los alcances de la Ley de Transparencia, siendo que no se configura la excepción estipulada en el artículo 2 del Reglamento de la Ley de Transparencia. En consecuencia, el Juzgado encontró mérito para que el pedido sea amparado dentro de su competencia, y motivó su sentencia haciendo referencia a la configuración convencional del derecho, citando para ello el artículo 13 de la CADH,

así como los pronunciamientos de la Corte IDH. De la misma manera, hizo referencia a la configuración constitucional del derecho, citando la Constitución Política del Estado Peruano, así como el Código Procesal Constitucional. En la misma línea, recalcó la dimensión colectiva del derecho de acceso a la información pública a partir de lo establecido en el Exp. N° 1797-2002-HD/TC.

El Juzgado sustentó que la Ley de creación de SUNARP- Ley 26366 no había previsto como función de dicha entidad la expedición de copias simples de partidas registrales; de modo que, la consignación de dicho rubro en el TUPA de SUNARP es una concreción del principio de publicidad que rige para toda entidad del Estado. En consecuencia, el Juzgado señaló que el procedimiento de expedición de copia simple de partida registral no se subsume dentro del supuesto previsto en el artículo 2° del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Así las cosas, la decisión del Juzgado de primera instancia fue declarar fundada la demanda.

Posteriormente, la parte demandada interpuso un recurso de apelación, y el expediente fue elevado a la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; la misma que emitió su respectiva Sentencia de Vista[9].

Ante la Sala, la parte demandada apeló señalando que resultaba arbitrario e ilegal lo resuelto por el Juzgado Constitucional, pues el artículo 2° del Reglamento de la Ley de Transparencia establece que dicha norma no regula los procedimientos para la obtención de copias que la Ley ha previsto como parte de las funciones de las entidades y contenidos en un TUPA, como ocurre en el caso de SUNARP. Argumentó también que la expedición de las copias simples de la partida registral no se asemeja a una copia que se brinda en el mercado, pues SUNARP se ha visto en la necesidad de implementar un soporte informático específico y ha efectuado diversos gastos para ello. Por otro lado, la parte apelante señaló que los derechos que cobra SUNARP tienen la naturaleza de tasas, siendo el Poder Ejecutivo quien expidió el Decreto Supremo N° 17-2003-JUS que aprobó las tasas registrales, posteriormente a través del Decreto Supremo

9 Sentencia de Vista N° 642-2021 emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

N° 008-2004-JUS se aprobó el TUPA que establece exigencias legales a los administrados con el fin de satisfacer o ejercer sus derechos e intereses.

Sin embargo, a través de la respectiva Sentencia de Vista, los jueces de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa confirmaron la decisión de primera instancia.

VI. EL CASO RESUELTO POR EL TRIBUNAL DE TRANSPARENCIA

El otro caso materia de análisis para el presente trabajo es aquel que corresponde al Expediente de Apelación N° 839-2019-JUS/TTAIP de fecha 7 de octubre de 2019, tramitado por el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública; el mismo que versa sobre un pedido de acceso a información registral, a través de copias simples de una ficha registral y un acta de constitución con sus actuados.

La solicitud de acceso a la información inicialmente fue presentada ante la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP).

La parte recurrente interpuso recurso de apelación, al considerar denegada su solicitud.

En consecuencia, con fecha 17 de octubre de 2019, el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública emitió la Resolución N° 10202452019, en cuyo contenido se pronunció declarando IMPROCEDENTE el recurso de apelación, basándose en el hecho de que el requerimiento formulado por el recurrente no correspondía a una solicitud de acceso a la información pública, sino que tenía un procedimiento específico contemplado por la entidad en su TUPA, lo que se subsume dentro del artículo 2 del Reglamento de la Ley de Transparencia.

El Tribunal de Transparencia motivó su resolución señalando que el artículo 2 del Reglamento de la Ley de Transparencia dispone que dicho dispositivo no regula aquellos procedimientos para la obtención de copias de documentos que la Ley haya previsto como parte de las funciones de las entidades y que se encuentren contenidos en su Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA).

El Tribunal de Transparencia agregó que existen entidades de la administración pública que tienen como funciones propias e inherentes a su finalidad institucional el otorgamiento de copias simples, certificadas o literales de diversos documentos solicitados por los administrados,

como ocurre, entre otras entidades, con las partidas, fichas y asientos registrales por parte de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, la expedición de copias de documentos registrales archivados del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, los reportes de movimientos migratorios expedidos por la Superintendencia Nacional de Migraciones; trámites que se encuentran expresamente regulados en sus respectivos TUPA y que usualmente requieren el pago de derechos o tasas por los servicios prestados, estableciéndose requisitos y plazos de atención específicos, siendo evidente que la entrega de las respectivas copias simples o certificadas no se regulan bajo los alcances de la Ley de Transparencia.

VII. COMENTARIOS Y APUNTES CONCLUSIVOS

Como vimos en el primer caso correspondiente al ámbito del Poder Judicial, la solicitud de acceso a la información de una partida registral a través de la emisión de copias simples a costo de mercado, fue amparada en el marco del derecho de acceso a la información pública.

Esta circunstancia llama la atención, pues tanto el Juzgado Constitucional como la Sala Civil han abrigado la posición de que es fundada la solicitud de acceso a la información en tanto asumen que el procedimiento de expedición de copia simple de una partida registral no se subsume dentro del supuesto previsto en el Artículo 2° del Decreto Supremo 072-2003-PCM (Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública), el mismo que establece que aquel dispositivo no regula los procedimientos para la obtención de copias que la Ley ha previsto como parte de las funciones de las entidades y contenidos en un TUPA.

Dicha posisión revela que los jueces de la Corte Superior de Justicia de Arequipa con competencia para conocer las causas relacionadas al proceso de Hábeas Data, comparten una posición proclive a reconocer un mayor alcance del derecho de acceso a la información pública (postura garantista).

Por otro lado está el pedido de acceso a información registral, a través del cual específicamente se solicitan copias simples de una ficha registral y actuados. A contrario sensu, en este caso el Tribunal de Transparencia determinó que dicha solicitud correspondía a un procedimiento propio de

SUNARP, contemplado en artículo 127 del Texto Único Ordenado de su Reglamento General, por lo que en virtud del cuarto párrafo del artículo 2 del Reglamento de la Ley de Transparencia, el Tribunal de Transparencia estableció que tal solicitud no formaba parte del ámbito de aplicación de la ley que regula el derecho de acceso a la información pública.

Este criterio difiere por completo del criterio aplicado por los jueces del Poder Judicial, quienes a pesar de haber valorado el mismo argumento esgrimido por parte de SUNARP (en su calidad de entidad demandada), determinaron que lo requerido sí se encuadraba en el ámbito de aplicación del derecho de acceso a la información pública.

De todo esto se puede concluir que, a pesar de que ambas instituciones (Poder Judicial y Tribunal de Transparencia) actualmente tienen competencia para administrar justicia concerniente al derecho de acceso a la información pública a través de sus respectivas vías de trámite, también pueden diferir en sus criterios y pronunciamientos basados en la lectura que tienen de casos de naturaleza similar.

Esta situación -sin duda- podría dar mérito a un debate académico, para cuyos efectos sería interesante confrontar las posiciones de ambas instituciones y conocer además los criterios que aplican para este tipo de pedidos, así como los criterios aplicados para otros casos en los que también puedan detectarse posturas disímiles; sin perjuicio de las evidentes coincidencias que también existen al momento de resolver otro tipo de casos similares.

Podemos concluir, además, que dicha circunstancia se corresponde con la plena vigencia de la autonomía de los tribunales, en tanto el ejercicio de ambas instituciones dentro de su competencia se produce sin que se haya enervado dicha autonomía.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Carrasco, M. (2020). Orígenes y Evolución del Proceso de Habeas Data. *EL HABEAS DATA EN LA ACTUALIDAD Posibilidades y límites. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú*(3), 173-186. Obtenido de https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2020/12/El-Habeas-Data-en-la-actualidad-1-1.pdf

Castillo, L. (2006). Proceso de habeas data. (G. Jurídica, Ed.) *AA.VV. La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*, 1087.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2000, 20 de octubre). *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*. Washington. Obtenido de http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=26&lID=2

Congreso Constituyente Democrático del Perú de 1993. (1993). *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993*. Lima.

Congreso de la República del Perú. (2004). *Código Procesal Constitucional - Ley N° 28237*. Lima: Diario Oficial el Peruano.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1985). *"Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985" - "LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DE PERIODISTAS (ARTS. 13 Y 29 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS), SOLICITADA POR EL GOBIERNO DE COSTA RICA"*. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). *Sentencia del caso Herrera Ulloa vs Costa Rica*. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004, 31 de agosto). *Sentencia del caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006, 01 de febrero). *Sentencia del caso López Álvarez Vs. Honduras*. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006, 19 de setiembre). *Sentencia del caso Claude Reyes y otro Vs. Chile*. San José. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf

Figueroa, E. (2017). HABEAS DATA Y DEBER ESPECIAL DE PROTECCIÓN. *ACTUALIDAD JURÍDICA*(284), 163-168.

Gutiérrez, I. (2013). Textos únicos ordenados (TUO). *CUADERNOS PARLAMENTARIOS Revista especializada del Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios*.

Llugdar, E. J. (2016). *La Doctrina de la Corte Interamericana de DDHH y las Resoluciones de la Comisión Interamericanas de DDHH como fuentes y formas de Protección de los Derechos Fundamentales.* Argentina. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35244.pdf

López, J. (25 de Febrero de 2013). *Observatorio Iberoamericano de Protección de Datos*. Obtenido de https://oiprodat.com/2013/02/25/habeas-data-y-alcances-generales-peru/

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2014). *Guía práctica sobre la transparencia y el acceso a la información pública* (Primera ed.). Lima: Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico. Obtenido de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1534121/MINJUS-DGDOJ-GUIA-DE-TRANSPARENCIA.pdf?v=1609954516

Ortiz, M. (2017). El derecho a la libertad de expresión e información en Perú, Bolivia y Colombia desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*(23), 533-554. Obtenido de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20181108_03.pdf

Pulido, N., Arce, J. C., & Silva, A. (2013). El derecho a la información en Colombia: una aproximación al estado de la información desde el derecho y los archivos. *Revistas Científicas de Ciencia Unisalle, 1*(19), 161-190. Obtenido de https://ciencia.lasalle.edu.co/cgi/viewcontent.cgi?article=1156&context=eq

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. CIDH. (2000). *Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios*. Obtenido de http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&lID=2

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. CIDH. (2000). *Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios*. Obtenido de http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&lID=2

Rodríguez, R. (2017). El Derecho de Acceso a la Información Pública como un Derecho Humano Fundamental. *Revista de Derecho, 38*(1), 25-36.

Sáenz, L. (Noviembre de 2020). EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL PROCESO CONSTITUCIONAL DE HÁBEAS DATA Reflexiones sobre los derechos cuya tutela se le encomienda. (C. d. Perú, Ed.) *EL HÁBEAS DATA EN LA ACTUALIDAD Posibilidades y Límites.*

(3), 187-205. Obtenido de https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2020/12/El-Habeas-Data-en-la-actualidad-1-1.pdf

Tribunal Constitucional. (2014, 14 de julio). *Sentencia recaída en el Expediente N° 04865-2013-PHD/TC*. Lima. Obtenido de https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04865-2013-HD.html

Urviola, Ó. (28 de mayo de 2021). *Foro Cambio o Reforma de la CPP 93*. Obtenido de Líderes Regionales para el Desarrollo del Perú (Facebook): https://www.facebook.com/LideresRegionalesParaElDesarrolloDelPeru/videos/1141043233051278

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: ANÁLISIS Y REFLEXIONES

*Nadia Paola Iriarte Pamo**

1. Introducción

La temática del Derecho Constitucional y su relación con el Derecho Internacional nos plantea diversas cuestiones de especial relevancia y complejidad, siendo una de ellas: el control de convencionalidad, tema sobre el cual se centra nuestra ponencia.

Esta figura de reciente desarrollo en la dogmática de los derechos humanos, se aborda a la luz de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana, Corte, Corte IDH); y del marco normativo internacional y nacional vigentes.

En ese sentido, se presenta los orígenes, aproximaciones conceptuales, el fundamento y la configuración del control de convencionalidad. Además, se analiza esta herramienta en el sistema jurídico peruano, y se expone la principal jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú (en adelante Tribunal Constitucional, Tribunal) sobre la materia. Finalmente, se comparte algunas reflexiones acerca del control de convencionalidad.

* Abogada por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Magíster 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.

2. El control de convencionalidad: orígenes

En el año 2003, Sergio García Ramírez -ex juez de la Corte Interamericana- menciona por primera vez la expresión "control de convencionalidad". Así, en su voto concurrente razonado a la sentencia del caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, advierte que no es posible dejar las actuaciones de los órganos del Estado fuera del "control de convencionalidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional" (Corte IDH, 2003, párrafo 27). García Ramírez se refiere, nuevamente, al control de convencionalidad en votos posteriores que emite, por ejemplo, en el caso Tibi vs. Ecuador.

La Corte Interamericana, en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, utiliza por vez primera el término "control de convencionalidad". Señala que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana, Convención, CA). La Corte puntualiza que en el ejercicio de dicha labor se debe tener en cuenta el tratado y la interpretación que del mismo ha hecho la Corte (Corte IDH, 2006, párrafo 124).

A partir del caso Almonacid Arellano, la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre el control de convencionalidad en diversos casos contenciosos y opiniones consultivas. Mencionamos, entre otros, los siguientes casos: Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006), Radilla Pacheco vs. México (2009), Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010), Gelman vs. Uruguay (2011), Atala Riffo y niñas vs. Chile (2012), Liakat Ali Alibux vs. Suriname (2014), Herzog y otros vs. Brasil (2018), Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala, Urrutia Laubreaux vs. Chile (2020), Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina (2020), Caso Nina vs. Perú (2020). En cuanto a las opiniones consultivas, la principal es la OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

Al respecto, precisamos que la citada jurisprudencia ha generado valiosos estándares interamericanos, los mismos que inciden en el sistema jurídico peruano, pues diversos tribunales nacionales -como el Tribunal Constitucional- han considerado en sus sentencias dicha jurisprudencia.

3. **El control de convencionalidad: aproximaciones conceptuales**

La Corte Interamericana concibe al control de convencionalidad como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte (Corte IDH, 2013, párrafo 65).

Apreciamos que la Corte -en esta definición- evidencia para qué sirve el control de convencionalidad. Igualmente, observamos que dentro del parámetro de convencionalidad incluye no solo a la Convención Americana, sino también a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Parámetro que será ampliado por jurisprudencia posterior.

En palabras de Claudio Nash (2013), el control de convencionalidad constituye una herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales con la Convención Americana y su jurisprudencia.

Definitivamente, la tutela de los derechos humanos debe ser la guía en el accionar de los Estados y éstos deben tomar todas las medidas necesarias para asegurar el respeto, la protección y la promoción de estos derechos. El control de convencionalidad se erige como una herramienta valiosa para materializar las obligaciones asumidas por los Estados. Resaltamos que Claudio Nash no solo comprende dentro del material controlado a normas, sino también a prácticas nacionales.

Por su parte, Néstor Pedro Sagüés (2010) afirma que la doctrina del "control de convencionalidad", bien instrumentada, es una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos, y edificar un *ius commune* en tal materia, en el área interamericana. El citado autor destaca el rol esencial del control de convencionalidad en el orden jurídico internacional.

Sergio García Ramírez (2011) expresa que el control de convencionalidad se inscribe en un sistema (jurídico-político) construido a partir de voluntades soberanas, con sustento en valores y principios compartidos, normas comunes y una instancia supranacional con poder de interpretación vinculante. El ex juez de la Corte Interamericana nos plantea el

marco sobre el que se asienta este control, y muestra los ejes importantes que lo sostienen.

En suma, los citados autores ponen de relieve aspectos fundamentales del control de convencionalidad, y dan cuenta del rol trascendental de esta institución en el derecho internacional de los derechos humanos y en la consolidación de la tutela de estos derechos.

4. Fundamento del control de convencionalidad

Al abordar el estudio del control de convencionalidad, es necesario reflexionar sobre su fundamento. Siguiendo a Claudio Nash (2013) manifestamos que éste se encuentra en normas convencionales y en principios del derecho internacional público.

La lectura conjunta de diversos artículos de la Convención Americana constituyen el soporte del control de convencionalidad, pues de ellos emanan obligaciones de los Estados. En esa línea, mencionamos: el artículo 1.1 CA, referido a la obligación de los Estados partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención; el artículo 2 CA, sobre el deber de adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana; y el artículo 29 CA, concerniente a diversas normas de interpretación de la Convención Americana. Además, se debe considerar aquellas disposiciones referidas al estatus de la Corte Americana, por ejemplo, el artículo 62.3 CA, que estipula que la Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido; y el artículo 67 CA, que preceptúa que el fallo de la Corte Interamericana es definitivo e inapelable.

En relación con los principios del derecho internacional público, identificamos: el principio *pacta sunt servanda*, consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (en adelante Convención de Viena), que estipula que todo tratado en vigor obliga a las partes; el principio de buena fe, por el cual los tratados deben ser cumplidos de buena fe por las partes; y el principio del artículo 27 de la Convención de Viena, que refiere que no pueden invocarse disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

A nuestro parecer, que existan disposiciones convencionales y principios del derecho internacional público que constituyan la base sobre la que se asienta el control de convencionalidad, otorga el respaldo jurídico suficiente para que los Estados cumplan con la obligación de ejercer este control.

5. Configuración del control de convencionalidad

La Corte Interamericana precisa que la Convención no impone un modelo específico para un control de convencionalidad (Corte IDH, 2014, párrafo 125). Reparamos que si bien no se impone un modelo determinado; sin embargo, en la jurisprudencia interamericana identificamos algunas características fundamentales de este control:

a) Aplicación *ex officio.*

El control de convencionalidad debe ejercerse de oficio, es decir, que la autoridad estatal no debe esperar a que la persona interesada solicite la aplicación de dicho control, sino que debe de efectuarlo.

Sobre el particular, advertimos que fue en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú en el que se establece esta característica. En ese sentido, se indica que los órganos del Poder Judicial deben ejercer un control "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana. Igualmente, se detalla que esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto (Corte IDH, 2006, párrafo 128).

b) Carácter inmediato.

Esta característica se vincula a la aplicación *ex oficio* del control de convencionalidad. Supone que toda autoridad pública debe actuar enseguida y ajustar sus decisiones a las normas convencionales y estándares interamericanos. Esto independientemente de las reformas legales que el Estado adoptará sobre la materia.

Cabe precisar que el respeto y garantía de los derechos humanos no puede estar condicionado a que se concreticen cambios en el orden jurídico interno. Por ello es importante que toda autoridad estatal conozca la obligatoriedad del control de convencionalidad y las alternativas para su aplicación (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2015).

c) Debe realizarse dentro del ámbito de las competencias y regulaciones procesales de las respectivas autoridades estatales.

Mediante esta característica se enfatiza en la importancia del Derecho interno en la ejecución del control de convencionalidad. Este control no debe suponer una transgresión de la normativa interna que rige las competencias y actuación de la autoridad pública. Por el contrario, su aplicación debe considerar el marco normativo nacional en materia de competencias y presupuestos procesales vinculados a la autoridad pública que debe ejercerlo (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2015).

Para ilustrar mejor esta particularidad, señalamos que en el sistema jurídico peruano los jueces ejercen el control difuso de constitucionalidad -ello de conformidad a lo establecido en el artículo 138 Constitución-, en esa línea podrán realizar el control difuso de convencionalidad, es decir inaplicar una norma por ser contraria al parámetro de convencionalidad.

d) La ejecución del control de convencionalidad puede implicar la supresión o inaplicación de normas contrarias a la Convención Americana o a la jurisprudencia interamericana (control represivo) o bien su interpretación conforme (control constructivo), dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

e) Al realizar el control de convencionalidad, se debe tomar en cuenta la Convención Americana y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte. Asimismo, se debe considerar la jurisprudencia y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana.

Esta ampliación del parámetro de convencionalidad a las opiniones consultivas, se advierte en la opinión consultiva OC-21/14. En la misma, la Corte Interamericana sostiene que los diversos órganos del Estado deben realizar el control de convencionalidad, considerando también lo que señale la Corte en el ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva (Corte IDH, 2014, párrafo 31).

6. El control de convencionalidad en el sistema jurídico peruano

Para abordar esta temática, es necesario precisar que el Estado peruano firmó la Convención Americana el 27 de julio de 1977. Posteriormente, el 12 de julio de 1978 la ratificó. El 28 de julio de 1978 depositó el instrumento de ratificación de la Convención en la Secretaría General de la OEA. Final-

mente, aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana el 21 de enero de 1981.

En ese sentido, se ha comprometido a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. Igualmente se ha obligado a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

De otro lado, puntualizamos que en el ordenamiento jurídico peruano existen diversas normas que permiten la articulación del control de convencionalidad. Así, la Constitución Política del Perú (en adelante Constitución) en su artículo 55 estipula que "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional". Esto implica que los tratados sobre derechos humanos firmados y ratificados por el Estado Peruano -siendo uno de ellos la Convención Americana- por pertenecer al ordenamiento jurídico son derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado.

En relación con el asunto abordado, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución constituye otra disposición importante, que prescribe que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Perú. En suma, la Convención Americana y los tratados internacionales interamericanos constituyen parámetro interpretativo.

Como bien señala el Tribunal Constitucional, esta disposición constitucional tiene una doble vertiente: a) reparadora, ya que interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte Interamericana, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrean las sentencias condenatorias de la Corte (Tribunal Constitucional, Expediente 02730-2006-PA/TC, 2006, fundamento 13).

En esa línea, el artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional además de considerar en el parámetro interpretativo a los instrumentos internacionales mencionados anteriormente, adiciona a las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales

sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. Sostenemos que el término "decisiones" incluye a las sentencias expedidas por la Corte Interamericana.

Ponemos de relieve que el citado artículo del Nuevo Código Procesal Constitucional dispone que en caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos; es decir, alude al principio *pro homine*.

En suma, el Estado peruano se encuentra obligado a cumplir las disposiciones convencionales y vinculado a las interpretaciones que de las mismas realiza la Corte Interamericana. Por ello, las autoridades estatales (jueces del Poder Judicial, magistrados del Tribunal Constitucional, legisladores, el Ejecutivo, entre otros), en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, deben realizar de oficio el control de convencionalidad.

7. El control de convencionalidad y el Tribunal Constitucional del Perú

El Tribunal Constitucional peruano mediante su jurisprudencia se ha pronunciado sobre el control de convencionalidad, tanto como en los procesos de tutela de derechos como en los procesos orgánicos.

Son diversos los procesos de amparo en los que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el control de convencionalidad. En la sentencia recaída en el Expediente 02730-2006-PA/TC, el Tribunal expresa que todos los poderes públicos tienen el deber de observar obligatoriamente tanto los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, como la interpretación de ellos realizada en todo proceso por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte. Adicionalmente, precisa que la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutiva -que solo alcanza al Estado que es parte en el proceso-, sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi* (Tribunal Constitucional, 2006, fundamentos 12 y 14).

En la sentencia recaída en el Expediente 04617-2012-PA/TC, el Tribunal expone el desarrollo del control de convencionalidad a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Sobre el particular, presenta valiosas consideraciones planteadas por la Corte en el caso Myrna Mack

vs. Guatemala, caso Tibi vs. Ecuador, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, y caso Boyce y otros vs. Barbados. Agregado a ello, sostiene que la magistratura constitucional no solo debe ejercer un control de constitucionalidad, sino que se encuentra en la obligación de ejercer un control de convencionalidad (Tribunal Constitucional, 2014, fundamentos 5-10).

En cuanto a procesos de *habeas corpus*, citamos la sentencia 341/2022 recaída en el Expediente 03248-2019-PHC/TC, en la cual el Tribunal Constitucional dispone que "en aplicación del control de convencionalidad, los jueces de la investigación preparatoria deben realizar la revisión periódica de oficio de la vigencia de los presupuestos que sustentaron en su momento el dictado de una medida de prisión preventiva en contra del imputado" (Tribunal Constitucional, 2022, fundamento 165).

Asimismo, destacamos la sentencia expedida en el Expediente 0156-2012-PHC/TC en la que el Tribunal Constitucional afirma que es competente para controlar las reformas a la Constitución que tienen lugar sin tomar en cuenta las exigencias formales de la propia Carta Magna, incluso las que pueden verificarse porque son contrarias a los compromisos internacionales de protección de los derechos humanos (control de convencionalidad). Además, el Tribunal subraya que la jurisprudencia de la Corte Interamericana demuestra que pueden existir normas constitucionales inconvencionales, es decir, normas constitucionales de los Estados partes de la Convención que pueden contravenir los tratados internacionales sobre derechos humanos (Tribunal Constitucional, 2012, fundamentos 35 y 36).

Por último, respecto a los procesos de inconstitucionalidad, citamos la sentencia recaída en el Expediente 0007-2007-PI/TC. En esta sentencia el Tribunal señala que la norma sometida a control (artículo único de la Ley 28642, modificatoria del artículo 5.8 de la Ley 28237, Código Procesal Constitucional) no debe oponerse a una interpretación de los derechos y libertades de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano -Convención Americana- y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos -Corte Interamericana-. En base a ello, determina que no puede obviarse lo consagrado por la normatividad internacional en el sentido de que toda persona tiene derecho a recurrir a través de un procedimiento ágil e idóneo ante el órgano jurisdiccional para la protección de sus derechos humanos

frente a vulneraciones de cualquier autoridad. También, toma en cuenta estándares interamericanos establecidos en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, caso Tribunal Constitucional vs. Perú, y caso Yatama vs. Nicaragua (Tribunal Constitucional, 2007, fundamentos 17-22).

8. Reflexiones

El control de convencionalidad ha producido diversas reacciones por parte de los tribunales nacionales. En algunos casos no ha habido mayor inconveniente, pero en otros se ha producido un choque de trenes. Incluso se ha declarado inejecutables sentencias de la Corte Interamericana.

A nuestro juicio, entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales debe producirse una relación de cooperación que coadyuve a la protección de los derechos humanos. En este contexto, es necesario entablar un diálogo entre las Cortes. Diálogo que debe incidir en la debida creación y articulación de estándares en materia de protección de los derechos humanos. Sin lugar a dudas, este diálogo tendrá sus particularidades, sus tensiones, pero también sus logros.

En este marco, la institución del control de convencionalidad juega un rol fundamental y decisivo. En palabras de Sergio García Ramírez (2011), que compartimos, el control de convencionalidad ejercido con seriedad, competencia y acierto, favorece y fertiliza el diálogo jurisprudencial interno e internacional. Asimismo, contribuye a erigir, detallar, enriquecer e impulsar la cultura jurídica común.

El control de convencionalidad se encuentra en desarrollo, viene consolidándose con el transcurso del tiempo. De ahí la importancia del compromiso que deben asumir los jueces, los órganos vinculados a la administración de justicia, el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo, la academia para enfrentar los retos que nos plantea este control. Ello en aras de una adecuada protección y efectividad de los derechos humanos.

Referencias Bibliográficas

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Fondo, reparaciones y costas. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párrafo 27. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 124. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 128. Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay. Resolución de 20 de marzo de 2013. Supervisión de cumplimiento de sentencia, párrafo 65. Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Sentencia de 30 de enero de 2014. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 125. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en necesidad de protección internacional, párrafo 31. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf

García Ramírez, S (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 28, pp. 123-159.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2015) *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*, Costa Rica.

Nash Rojas, C (2013). Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX, pp. 489-509.

Sagüés, N. (2010). El "Control de convencionalidad" como instrumento para la elaboración de un *ius comune* interamericano. En E. Ferrer

Mac-Gregor y otros (Coord.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, pp. 449-468. Universidad Nacional Autónoma de México.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 02730-2006-PA/TC, de fecha 21 de julio de 2006, fundamentos 12 y 14. Disponible en: https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02730-2006-AA.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 0007-2007-PI/TC, de fecha 19 de junio de 2007, fundamentos 17-22. Disponible en: https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2007-AI.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 0156-2012-PHC/TC, de fecha 8 de agosto de 2012, fundamentos 35 y 36. Disponible en: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00156-2012-HC.html

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 04617-2012-PA/TC, de fecha 12 de marzo de 2014, fundamentos 5-10. Disponible en: https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04617-2012-AA.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 341/2022 recaída en el Expediente 03248-2019-PHC/TC, de fecha 25 de octubre de 2022, fundamento 165. Disponible en: https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/03248-2019-HC.pdf

AMPARO ELECTORAL Y REFORMA CONSTITUCIONAL: SOBRE LA CONVENIENCIA DE MANTENERLO, REGULARLO O ELIMINARLO

*Enrique Pestana Uribe**

I. NOTA PRELIMINAR

Desde que entró en vigencia la Constitución política de 1993, y posteriormente el Código Procesal Constitucional de 2004, ahora sustituido por el Código de 2021, se ha venido consolidando lo que podríamos denominar "amparo electoral"; vale decir, aquel ámbito del proceso constitucional que de manera específica busca tutelar los derechos políticos vinculados a los procesos electorales y cuya finalidad es evitar su vulneración o, de ser posible, restituirlos cuando han sido afectados por los órganos electorales competentes.

* Abogado especializado en derecho constitucional, procesal constitucional, derecho comparado y derecho internacional público con estudios de post grado en Derecho Internacional Económico y Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Ha sido integrante del consejo consultivo de la Comisión de Constitución del Congreso de la República. Ex magistrado del Poder Judicial, asesor en materia constitucional y docente de la Academia de la Magistratura. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y del Centro de Estudios Histórico Militares del Perú. El autor ha sido jefe del Gabinete de Asesores del Jurado Nacional de Elecciones y es actualmente subgerente de asesoría electoral y gerente (e) de Asesoría Jurídica de la ONPE.

No cabe duda que, desde la gestación del amparo por los mexicanos en la Carta yucateca de 1841, la legendaria figura jurídica ha sido utilizada y aplicada en las más variadas formas por cada país, de acuerdo a sus propias perspectivas y necesidades constitucionales, dotándola de la fuerza y alcances que el constituyente haya considerado pertinente. En nuestro caso en particular, sabido es que hasta antes de la Constitución de 1979 no existía el amparo como tal, siendo así que los derechos que hoy en día son protegidos por esta emblemática figura jurídica estaban bajo el paraguas de un hábeas corpus —por así decirlo— omnicomprensivo, dado que a través de él se podían cautelar todos los derechos y libertades consagrados en la Constitución.

En nuestro país, el amparo no tuvo mayor acogida desde que apareció bajo ese *nomen iuris* en la Constitución de 1979, ni siquiera al entrar en vigencia la primera ley de hábeas corpus y acción de amparo, la ya derogada ley 23506, promulgada en 1982. Podríamos decir que su auge ocurre en 1987 como consecuencia del frustrado intento de estatizar la banca y seguros durante el primer gobierno del ex presidente Alan García Pérez. De pronto, ante los embates del aparato estatal que empezaba a tomar bancos y Financieras recurriendo incluso a la fuerza pública, algunos pocos abogados se percataron que existía una vía procesal que podría frenar lo que venía ocurriendo, interponiéndose una serie de demandas de amparo con sus respectivas medidas cautelares en contra de los efectos de la ley aprobada por el Congreso. Como quiera que las medidas judiciales intentadas dieron resultado inmediato paralizando los procesos de intervención decretados por el gobierno, la figura del amparo se fue popularizando hasta tal punto que prácticamente cualquier litigio o controversia, de la naturaleza que fuese, era objeto de una demanda constitucional de amparo, algo a lo que contribuyó, por cierto, la gran difusión de la que fueron objeto los amparos a través de los medios de comunicación social. Ello obligó a que con el paso de los años se fuese regulando y limitando el acceso al amparo, que había dejado de tener un carácter residual para convertirse en la panacea frente a cualquier reclamo ciudadano. Abogados y litigantes lo preferían por la rapidez con la que se resolvían sus casos, y la fuerza que la resolución judicial tenía para imponerse frente a cualquier otra decisión, sea esta administrativa o incluso jurisdiccional. Así, las posibles sanciones por desacatar una resolución judicial dictada en el marco de un proceso de amparo pasaban por denuncias penales, destitución, inhabilitación, entre

otras consecuencias graves que todos preferían evitar antes que tener que enfrentar.

Si bien en un inicio no se presentaron casos de amparo en materia electoral, excepto algunos pocos que fueron resueltos por el extinto Tribunal de Garantías Constitucionales, fue a partir del año 2003 en que, durante la vigencia de la Constitución de 1993, se prescribe que las resoluciones finales del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral son inimpugnables y contra ellas no procede recurso alguno, generando una respuesta jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional que, interpretando la Constitución, sostuvo que no habían zonas exentas de control constitucional y, por lo tanto, frente a una decisión del máximo órgano de justicia electoral que deviniese en la vulneración de un derecho fundamental, la justicia constitucional estaba habilitada para pronunciarse. Entiéndase que nos estamos refiriendo a resoluciones en materia electoral que afectasen las garantías del debido proceso.

Sin embargo, en los hechos no han sido pocos los problemas que dicha postura del Tribunal Constitucional ha provocado, permitiendo que vía amparo electoral algunos precandidatos o candidatos recurran a jueces constitucionales para enervar las decisiones adoptadas por los Jurados Electorales Especiales o, en su caso, por el propio Jurado Nacional de Elecciones, afectándose el desarrollo de los procesos electorales con el peligro que ello supone, esto en el entendido que, cuando se trata de contiendas electorales, debería de existir un único árbitro, que en nuestro caso sería el Jurado Nacional de Elecciones, y no así muchos jueces constitucionales que diriman las controversias electorales, alterando el decurso de los procesos electorales o incluso los resultados, con las gravísimas consecuencias que esto podría acarrear para el sistema democrático y la estabilidad política del país.

Un aspecto medular en este tema es el referido a la muy especial condición de los jueces electorales, quienes conforme lo establecen la Constitución y la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, aprecian los hechos bajo criterio de conciencia, particularidad sobre la que por cierto no se ha pronunciado la jurisdicción constitucional y que, a nuestro modo de ver, marca una diferencia sustancial entre las facultades y atribuciones de los jueces electorales y sus pares de la jurisdicción ordinaria o especial.

Es por todo ello que, en este modesto trabajo, analizaremos los pro y contras de admitir la existencia del denominado amparo electoral y la posibilidad de prescindir de él, dejando todo en manos de la justicia electoral, la que dicho sea de paso ofrece una doble instancia a través de los Jurados Electorales Especiales y el Jurado Nacional de Elecciones. También se explorará la viabilidad de crear un procedimiento especial y sumamente expeditivo para el amparo electoral que evite la dispersión de decisiones judiciales a veces contradictorias y sin mayor sustento jurídico que se dan en un país donde la mayoría de los jueces constitucionales no están suficientemente especializados en temas electorales.

II. El amparo como proceso tutelar de derechos fundamentales

No cabe duda alguna del trascendental aporte que los insignes juristas mexicanos Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá y Mariano Otero hicieron al mundo del derecho procesal constitucional con la figura del amparo. Se trata, pues, de una institución emblemática que concretiza los derechos fundamentales y permite restituirlos cuando estos se ven amenazados o vulnerados, ya sea por la acción u omisión de autoridades, funcionarios o particulares. En efecto, el proceso constitucional de amparo cumple una función esencialmente tutelar de los derechos constitucionales frente a los abusos de poder siendo su fuerza tal, que prácticamente en gran parte de las legislaciones del mundo se erige como un mecanismo expeditivo y muy eficaz en defensa de los afectados, pudiendo el juez constitucional imponer sus decisiones frente a todos, sin excepción alguna, incluyendo las resoluciones de otros órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales (justicia militar o arbitral)[1].

Desde luego, el amparo mexicano, surgido a partir de la Carta del Estado de Yucatán de 1841 y luego instituido a nivel federal en el Acta de Reformas de 1847, hasta quedar definitivamente consagrado en la Constitución de Querétaro de 1917[2], tiene sus propias características bastante definidas como, por ejemplo, su carácter omnicomprensivo que le permite tutelar a través de esta figura derechos vinculados a la libertad personal,

1 Según lo previsto en el artículo 27 del Nuevo Código Procesal Constitucional, las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de otros órganos jurisdiccionales.

2 Palomino Manchego, José. La primera sentencia de amparo en México. En: Revista Peruana de Derecho Público, Año 4, N° 6, Editorial Grijley, Lima, p, 136.

derechos agrarios, cuestionar resoluciones de la administración pública o la constitucionalidad de las leyes, etc. De tal modo que, a diferencia de otros países, en México no se dispone de procesos como el hábeas corpus, hábeas data, cumplimiento, acción popular, o el de inconstitucionalidad, toda vez que por la vía del amparo se protegen y restituyen todos los derechos que son tutelados mediante dichos procesos.

En efecto, es en razón a las distintas funciones que se le ha dado al denominado juicio de amparo, que los mexicanos disponen del "amparo-libertad", "amparo contra leyes", "amparo-casación", "amparo social agrario" y el "amparo contencioso-administrativo"[3].

La doctrina más autorizada considera al juicio de amparo[4] mexicano como "*una federación de instrumentos procesales, cada uno de los cuales posee una función tutelar específica, que a su vez determina una serie de aspectos peculiares que no pueden comprenderse sino por conducto de su análisis autónomo*"[5]. Ciertamente el amparo fue originalmente creado para proteger o tutelar los derechos fundamentales de los individuos frente a los actos u omisiones de quienes detentan el poder, vale decir, de los funcionarios y autoridades, aun cuando posteriormente, producto de su evolución procesal, este mecanismo de protección también proceda contra actos cometidos por particulares.

Ahora bien, aun cuando en principio el amparo está diseñado para cuestionar cualquier acto o decisión de los funcionarios o autoridades, lo cierto es que en México, siendo la cuna de esa importante institución procesal, no se permite recurrir al amparo para atacar las resoluciones de los tribunales electorales. Así, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido históricamente renuente a dar trámite a juicios de amparo en materia electoral, postura que se mantiene hasta la actualidad. Cabe anotar, además, que la improcedencia del amparo en materia electoral está consagrada expresamente en el artículo 61, numeral IV de la Ley de Amparo de México. Consideramos importante hacer esta enfática referencia a la normativa mexicana en razón a que se trata de la Nación cuna del amparo, teniéndose en cuenta que esta figura procesal

3 Ob. Cit. P, 138-139.

4 Denominación que tiene en el derecho mexicano.

5 Fix Zamudio, Héctor. Ensayos sobre el Derecho de Amparo. Editorial Porrúa, México, 1999, p, 18.

creada en México ha servido de inspiración en prácticamente todos los países de Iberoamérica.

III. Sobre la irrevisabilidad de las resoluciones del JNE

Un aspecto sustancial respecto al carácter irrevisable que tienen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral reside en dos normas recogidas en la Constitución de 1993. Por un lado, tenemos el artículo 142 en el que se establece que "*No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces*". A su vez, el artículo 184° prescribe que "*El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno*".

Una simple lectura de ambas normas constitucionales nos llevaría a inferir inequívocamente que el Constituyente de 1993 quiso dotar al JNE de la suficiente autonomía jurisdiccional para hacer prevalecer sus decisiones a tal punto que éstas en ningún caso podrían ser cuestionadas por la justicia ordinaria[6], ello en referencia al artículo 142 antes glosado, e inclusive tampoco ante la jurisdicción constitucional si es que nos atenemos al texto del artículo 181 al establecer que sus resoluciones "no son revisables"[7]. Sin embargo, tales prescripciones no solo se encuentran establecidas en la Constitución, sino también en la normativa infraconstitucional. En efecto, el artículo 23 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, Ley N° 26486, estipula que "*El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve, oportunamente, con arreglo a la Constitución Política del Perú, las leyes y los principios generales del derecho. En materias electorales, de referéndum o de otras consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva y no son susceptibles de revisión. Contra ellas no procede recurso ni acción de garantía alguna*".

6 Abad Yupanqui, Samuel. El proceso de amparo en materia electoral: un instrumento para la tutela de los derechos fundamentales. https://revistas.onpe.gob.pe/index.php/elecciones/article/view/212/553

7 En el Diario de Debates del Congreso Constituyente Democrático ha quedado plasmada la intención del constituyente de no permitir la revisión judicial de las resoluciones del JNE en materia electoral.

En igual sentido, la Ley Orgánica de Elecciones, Ley N° 26859, establece en su artículo 36 que […]"*Contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, en materia electoral, no procede recurso alguno ni acción de garantía ni acción ante el Tribunal Constitucional*". Como podemos apreciar, en este caso la normativa es mucho más clara y precisa al inhabilitar incluso a la jurisdicción constitucional para que pueda eventualmente revisar las resoluciones del JNE. En suma, tenemos que cuatro normas, de manera precisa, clara e indubitable establecen que las resoluciones o decisiones que adopta el JNE en materia electoral no son susceptibles de impugnación alguna y por lo tanto son definitivas. Ello implica que las resoluciones del JNE cierran inexorablemente la jurisdicción electoral.

Como lo veremos más adelante, posteriormente el Tribunal Constitucional hace una interpretación distinta respecto a los alcances de los artículos 142 y 181 de la Constitución, lo que constituye un ejercicio de auténtica gimnasia jurídica al ir contra aquello que expresamente establece la Norma Suprema del Estado, a la cual –se supone- se encuentra sujeto el propio Tribunal Constitucional. Aquí cabría preguntarse hasta qué punto un Tribunal Constitucional podría valerse de sus atribuciones como "guardián de la Constitución" y supremo intérprete de la misma para ir contra el espíritu y esencia de la *Norma Normarum*. O, en todo caso, cómo es que el órgano jurisdiccional encargado de velar por la intangibilidad de la Constitución decide por sí y ante sí que lo establecido en la Constitución debe leerse bajo otra óptica muy distinta a la que cualquiera de nosotros puede ver de la simple lectura de las referidas normas y de lo que manda el sentido común.

Un aspecto sustancial que jamás se tuvo en cuenta para establecer por vía jurisprudencial que las resoluciones del JNE sí pueden ser objeto de un proceso constitucional de amparo, es que no solo se quiso dotar al JNE de plena autonomía e independencia para resolver en última y definitiva instancia, sino algo más trascendental aún, como lo es que sus miembros resuelven y aprecian los hechos "*con criterio de conciencia*", atributo que por cierto no tiene ningún otro juez ordinario o especial. En efecto, ningún juez, ya sea de la jurisdicción común o constitucional, sea del fuero militar o arbitral, está autorizado para resolver apreciando los hechos con criterio de conciencia, como, en cambio, sí lo están los jueces electorales. Ello implica que, al momento de resolver, los jueces electorales no están sujetos a los mismos parámetros que sus pares de las otras jurisdicciones, por lo

que sus propios criterios no podrían ser materia de cuestionamiento por ningún juez, aun cuando se tratase de un juez constitucional.

Desde luego, nos estamos circunscribiendo única y exclusivamente al ámbito fáctico, es decir a los hechos y a la valoración y apreciación personal que el juez electoral hace de estos. No se trata, por lo tanto, de la aplicación de las normas, pues respecto a ello —qué duda cabe— el juez electoral también está vinculado a la Constitución y la ley, por lo que en ese ámbito su margen discrecional es muy limitado. Pero por el simple hecho de que un juez electoral pueda apreciar los hechos bajo criterio de conciencia, creemos que hace inviable una revisión de sus decisiones en cuanto a ello, pues se trata de una apreciación personalísima que no es susceptible de revisión alguna, toda vez que por razones más que obvias, nadie puede cuestionar lo que otro, en conciencia, haya decidido. Nos preguntamos, entonces, cómo podría un juez constitucional cuestionar la decisión de un juez electoral que, entre otras consideraciones de orden estrictamente jurídico, también ha sido adoptada en base al criterio de conciencia. Por lo mismo, es perfectamente factible revisar las decisiones basadas en la aplicación o interpretación de una norma jurídica, pero jamás podría revisarse "la conciencia" de un juzgador.

Ahora bien, independientemente de nuestra postura anteriormente argumentada, por otra parte no es menos cierto que al permitirse que las resoluciones del JNE en materia electoral puedan ser objeto de demandas constitucionales de amparo, se pone en serio riesgo el propio sistema democrático, pues muy a menudo los precandidatos que no han logrado una inscripción ante los Jurados Electorales Especiales, optan por recurrir a la vía del amparo para intentar revertir en la vía judicial lo decidido por la jurisdicción electoral. Esta delicada situación se ha visto plasmada en sendas medidas cautelares que en algunos casos ordenaban inscribir a candidatos a tan solo pocas horas de los comicios, o incluso que se les declarase ganadores de la contienda electoral, pese a que no habían intervenido en las elecciones y, peor aún, cuando estas ya habían concluido. En efecto, cualquier actor político podría acudir a un juez constitucional para cuestionar las resoluciones de los órganos electorales, alterando potencialmente el proceso electoral y poniendo en peligro el orden establecido si es que, llegado el caso, se pusiese en duda la participación de un candidato impedido de hacerlo, o por el contrario se cuestionase su exclusión basada en causales previamente establecidas en la ley electoral,

pero cuya conducta ha sido apreciada bajo el criterio de conciencia de los jueces electorales.

Lamentablemente, en nuestro país la judicatura que conoce de los procesos constitucionales, salvo contadas excepciones, no domina a cabalidad el manejo de las categorías, criterios, conceptos, la doctrina y la jurisprudencia en materia constitucional. La gran cantidad de amparos concedidos no solo en materia electoral, sino también en defensa de otros derechos fundamentales sin ponderar los bienes jurídicos en juego y sin tener en cuenta que los derechos no son absolutos demuestran lo dicho. Bien sabemos que el dominio del derecho constitucional exige no solo una amplia y constante formación jurídica en materias como la teoría general del derecho, la historia del derecho, el derecho comparado, el derecho internacional público y el derecho convencional, sino también un profundo conocimiento del derecho constitucional y del derecho procesal constitucional, forjado a lo largo de muchos años de estudio. Ello es fundamental para no incurrir en errores al momento de resolver controversias en materia constitucional, pues no es suficiente conocer a profundidad el texto constitucional, igualmente hay que saber interpretarlo a cabalidad y dotarlo de contenido. Para expedir una resolución dentro de un proceso de amparo electoral, el juez no solo tendría que dominar el derecho constitucional sino también el derecho electoral, cosa que en el Perú no es algo frecuente por tratarse de una materia poco difundida entre abogados y magistrados. Debemos recordar, además, que a nivel nacional existen muy pocos juzgados constitucionales, de tal suerte que, en la gran mayoría de los casos, los amparos por temas electorales son resueltos por magistrados de juzgados civiles o mixtos que no cuentan ni con la especialización ni con la suficiente experiencia en materia constitucional y electoral.

Por otra parte, debemos reconocer que es igualmente riesgoso dejar en manos de un único órgano jurisdiccional, conformado por cinco personas que no están exentas de incurrir en errores, la adopción de decisiones electorales que resuelven controversias sobre el ejercicio de los derechos políticos, sobre todo de quienes aspiran a los más altos cargos del país; pero, aun así, creemos que el peligro es muchísimo mayor al permitirse que un elevado y disperso número de jueces que conoce de los procesos de amparo se aboque a causas que por su trascendencia puede acarrear como consecuencia una preocupante inseguridad e inestabilidad política al afectar eventualmente el decurso de un proceso electoral, que por su propia

finalidad y naturaleza debiera estar exento de marchas y contramarchas. En cualquier caso, consideramos que lo más prudente sería establecer que ante una vulneración al debido proceso o a los derechos políticos o de participación política por parte de un órgano jurisdiccional electoral, sólo debería establecerse la responsabilidad funcional, civil y penal de quienes incurrieron en tales actos, debiéndose indemnizar a la víctima, pero sin la más mínima posibilidad de alterar el proceso electoral en ciernes. Es cierto que la reducida jurisprudencia del Tribunal Constitucional ya lo establece así, prohibiendo retrotraer aquellas etapas de un proceso electoral que ya han precluido, pero nada de ello se desprende de la normativa constitucional ni tampoco de la legal ordinaria. Por otra parte, debido a la excesiva lentitud de los procesos constitucionales en nuestro país, prácticamente es inviable que una medida judicial restitutiva se pueda ejecutar antes de precluida alguna de las fases o etapas del proceso electoral correspondiente. De allí que lo más prudente sería no permitir el control constitucional de las decisiones que haya adoptado el más alto tribunal electoral (JNE).

IV. **La jurisprudencia en materia de amparo electoral**

El primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional en materia de amparo electoral se produjo como consecuencia de la demanda interpuesta por Juan Genaro Espino Espino, entonces candidato a la alcaldía de la Municipalidad Distrital de San Juan Bautista, en la provincia y departamento de Ica. Aun cuando el caso llegó a manos del máximo órgano de la justicia constitucional cuando ya se había producido la sustracción de la materia, habida cuenta que el proceso electoral en el que Espino pretendía participar ya se había llevado a cabo, obviamente sin su participación efectiva, el Tribunal reiteró su postura plasmada en una sentencia sobre un caso instaurado contra el Consejo Nacional de la Magistratura (hoy Junta Nacional de Justicia). Así, en el caso Espino Espino se sostiene que "*Este Tribunal, por consiguiente, debe enfatizar, al igual como lo hiciera respecto de las resoluciones emitidas por el Consejo Nacional de la Magistratura en el Exp. N.° 2409-2002-AA/TC (Caso Gonzales Ríos) y la posibilidad de un control jurisdiccional sobre ellas, que no cabe invocar la existencia de campos de invulnerabilidad absoluta al control constitucional, so pretexto de que la Constitución confiere una suerte de protección especial a determinadas resoluciones emitidas por parte de determinados organismos electorales. En efecto, aun cuando de los artículos 142° y 181° de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones,*

y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución. Como es evidente, si la función electoral se ejerce de una forma que resulte intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales o quebrante los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, no sólo resulta legítimo sino plenamente necesario el control constitucional, especialmente cuando éste resulta viable en mecanismos como el amparo"[8].

Como bien podemos apreciar, la lógica del Tribunal Constitucional reside en que la irrevisabilidad de las resoluciones del JNE en materia electoral establecida por la Constitución, está condicionada a que aquellas hayan respetado el debido proceso con plena observancia de los principios y valores plasmados en la Constitución. Se trata, pues, de una curiosa interpretación de las normas constitucionales, ya que, en los hechos, bajo dicho criterio ninguna decisión del máximo tribunal electoral estaría fuera de control constitucional en la medida que los demandantes podrían cuestionar cualquier resolución que supuestamente los afecte. Recordemos que tanto el anterior Código Procesal Constitucional como el actual establecen que dentro del concepto de debido proceso y tutela procesal efectiva se encuentra la garantía de que una resolución se encuentre fundada en derecho, lo que permite cuestionar lo decidido tanto desde el punto de vista formal como material. En cualquier caso, habría entonces que esperar el pronunciamiento de los jueces constitucionales para establecer cuándo es que una resolución del JNE estuvo bien dada y por ende deviene en inatacable, y cuando es que en efecto vulneró el debido proceso. Resulta ilustrativo hacer mención al fundamento 1 de la referida sentencia, en el que se consigna que el accionante no solo solicitaba ser inscrito como candidato, sino también que se le declarase ganador de la contienda e incorpore como alcalde electo del Concejo Distrital de San Juan Bautista, toda vez que su lista había resultado siendo la ganadora de las elecciones, todo ello pese a que el amparista no participó en el acto electoral. Lamentablemente, en los últimos años han sido recurrentes pedidos similares de algunos precandidatos, obteniendo varios de ellos sendas medidas cautelares que, en los hechos, han sido declaradas inejecutables por el Jurado Nacional de Elecciones cuando por la proximidad del proceso electoral o por haberse

8 Cfr. Exp. N° 2366-2003-AA/TC, fj. 4.

producida la elección ya no era factible alterar las listas de candidatos. Es más, en algunos casos fueron los propios Jurados Electorales Especiales quienes declararon inejecutables dichas medidas judiciales, pero, ante la insistencia de los jueces constitucionales que llevaba aparejada los apercibimientos de estilo, finalmente optaron por dar marcha atrás, disponiendo que los órganos electorales cumplan los mandatos, a pesar de la imposibilidad de efectuar cambios de último momento.

En un segundo momento, el Tribunal Constitucional desarrolló su postura al resolver el caso "Lizana Puelles" (Expediente N° 5854-2005-PA/TC) estableciendo que una lectura correcta de los artículos 142 y 181 de la Constitución nos lleva a la conclusión de que las resoluciones finales del Jurado Nacional de Elecciones sí pueden ser objeto de control constitucional y cualquier interpretación distinta deviene en inconstitucional[9]. Para ello el máximo intérprete de la Constitución recurre a los principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, función integradora y fuerza normativa de la Constitución. A criterio del Tribunal, lo establecido en los referidos artículos 142 y 181 de la Constitución en absoluto exime al Jurado Nacional de Elecciones de que sus resoluciones sean sometidas a un control de constitucionalidad vía los procesos de amparo o habeas corpus, ello en armonía con lo previsto en el artículo 200 de la Norma Fundamental. El Tribunal Constitucional establece que no hay zonas exentas de control constitucional y que dicho control no supone avasallar las funciones y atribuciones de los órganos constitucionales autónomos que, bajo el principio de corrección funcional, deben ser respetados por todos, incluido el propio Tribunal[10]. Igualmente, se argumenta que si todas las resoluciones emanadas del Poder Judicial y el Fuero Militar son susceptibles de control constitucional, no habría razón para no hacerlo respecto de las decisiones jurisdiccionales del Jurado Nacional de Elecciones, más aún cuando ello no supone que el Tribunal Constitucional se superponga a los jueces ordinarios, militares o electorales, ya que las sentencias recaídas en los procesos constitucionales se limitan a reponer las cosas al estado anterior a la vulneración de los derechos fundamentales.

Desde luego discrepamos respetuosamente de aquellas posturas que desdeñan una lectura literal de los artículos 142 y 181 de la Constitución

9 STC Caso Lizana Puelles. Fj. 18.

10 Idem, fj. 20 (primer párrafo).

argumentando que debería recurrirse al criterio de *fuerza normativa de la Constitución* para enervar aquello que el constituyente dejó meridianamente esclarecido[11], por lo que, en todo caso, debió más bien recurrirse al criterio *teleológico* mediante el cual se hubiese hallado la intención de la Constitución, cual es dotar a las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones de la firmeza e indemnidad requerida. No olvidemos que mediante un proceso de amparo cualquier juez del país que conociera del mismo podría dejar sin efecto las resoluciones del máximo organismo electoral con todo lo que ello implica.

Ahora bien, es evidente que el Tribunal Constitucional olvidó diferenciar la trascendencia que tiene una decisión judicial con la de una decisión del máximo ente de la justicia electoral. En efecto, si el supremo intérprete de la Constitución decide anular una resolución que ordena una prisión preventiva o que dispone el remate o la expropiación de una propiedad inmueble, o la reposición de un trabajador injustamente despedido, las consecuencias no implicarán ningún inconveniente para nadie sino posiblemente todo lo contrario. En cambio, al dejar sin efecto una resolución que, por ejemplo, excluye a un candidato en una contienda electoral general cuando ya se han producido los comicios o estos son inminentes, esas consecuencias pueden ser nefastas y sumamente peligrosas para el sistema democrático, pudiendo generar una gravísima inestabilidad política si se tratase de una elección presidencial bastante polarizada.

El carácter especialísimo de la jurisdicción electoral y la naturaleza de la función que cumplen los jueces electorales son el fundamento de los artículos 142 y 181 de la Constitución. Obviamente dichas normas no fueron dadas al azar por mero capricho de los constituyentes de 1993; todo lo contrario, es innegable que la voluntad del poder constituyente fue la de mantener la seguridad jurídica en materia de jurisdicción electoral, sin exponerla a revisión de cualquier otro órgano constitucional, incluyendo al Tribunal Constitucional. Hoy en día se esgrime como principal argumento que no pueden haber "privilegios" a favor de ningún órgano o poder constituido y que, por ende, todos, sin excepción alguna, están sometidos al control constitucional de sus actos. Sin embargo, en estricto no se trata de ningún privilegio, sino de la innegable necesidad de preservar

11 Donayre Montesinos, Christian. En defensa del amparo electoral. Editorial Palestra, Lima 2010, p, 84.

la seguridad jurídica, el sistema democrático y el orden social, ya que una decisión firme adoptada por el supremo tribunal electoral que fuese posteriormente revocada por un juez constitucional bien podría desatar el caos, la anarquía y en casos extremos hasta la ruptura del orden constitucional, teniéndose en cuenta las pasiones políticas e ideológicas que desata todo proceso electoral.

Si bien es cierto que en la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha dejado establecido que en ningún caso -vía amparo- se podrá alterar el cronograma electoral, siendo preclusivas cada una de las etapas del proceso electoral, y que tampoco los resultados proclamados por el Jurado Nacional de Elecciones pueden ser cuestionados por los jueces de la jurisdicción ordinaria o constitucional[12], en los hechos se han venido expidiendo sendas medidas cautelares en pleno proceso electoral, pretendiéndose ordenar la inscripción de algunos precandidatos que no fueron inscritos por diversas razones o que habiendo sido inscritos se les excluyó posteriormente del proceso al prosperar, por ejemplo, alguna tacha interpuesta contra su candidatura[13]. Por ello creemos que bajo ningún supuesto debiera proceder el amparo en materia electoral, a no ser que la única vía reparadora ante una eventual vulneración de un derecho fundamental de carácter político fuese la imposición de una sanción funcional-administrativa, civil o penal contra los responsables, vale decir, sin posibilidad alguna de incidir sobre la marcha y los resultados del proceso electoral en ciernes.

V. La experiencia comparada

Además del sistema mexicano, que no admite la posibilidad de interponer un amparo contra actos o decisiones de la jurisdicción electoral, también tenemos el caso de Costa Rica en donde, si bien existe el denominado "recurso de amparo electoral", este únicamente puede interponerse ante el propio Tribunal Supremo de Elecciones (equivalente a nuestro JNE), y

12 Así se dejó establecido en los puntos 2.b y 3 de la parte resolutiva recaída en el caso "Colegio de Abogados del Callao" (Exp. 00007-2007-PI/TC).

13 Durante las elecciones municipales y regionales 2022 se emitieron 69 medidas cautelares y se interpusieron más de 600 procesos de amparo contra las decisiones de los jurados electorales. La gran mayoría de las medidas cautelares ordenaban inscribir listas de candidatos, incluir o excluir candidatos, entre otros actos, pese a la inminencia de la jornada electoral.

procede contra actos de los partidos políticos, nulidad de acuerdos partidarios, actos de la administración electoral, la cancelación de credenciales de funcionarios públicos, entre otros supuestos. En suma, en Costa Rica no se puede cuestionar vía amparo electoral las decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo de Elecciones por expresa disposición de la Constitución Política costarricense, en razón que según se establece en su artículo 103, las resoluciones de dicho tribunal carecen de recurso y que su jurisprudencia es vinculante *erga omnes*, vale decir, obligatoria para todos, salvo para el propio Tribunal que puede variarla[14].

En el caso uruguayo, tenemos que el artículo 322 literal c) de la Constitución del Uruguay prescribe que a la Corte Electoral le corresponde decidir en última instancia sobre todas las apelaciones y reclamos que se produzcan, y ser juez de las elecciones de todos los cargos electivos, de los actos de plebiscito y referéndum. Ahora bien, específicamente respecto al amparo, esta acción de garantía (denominación que tiene en ese país) no cabe frente a las decisiones adoptadas por la Corte Electoral, al encontrarse expresamente excluidas en virtud a la Ley 16011 que establece límites al ejercicio del amparo.

Del mismo modo, conforme al artículo 214 de su Constitución política, en la República Dominicana no se admite posibilidad alguna de cuestionar o atacar las decisiones del Tribunal Superior Electoral mediante el amparo, pues sus resoluciones son irrevisables y se adoptan en última y definitiva instancia.

VI. Sobre el principio de preclusión

El principio de preclusión supone la imposibilidad absoluta de retroceder o dar marcha atrás cada vez que una etapa procesal se ha cumplido o ejecutado, aspecto que desde luego es aplicable a los procesos electorales.

La jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional ya ha venido haciendo referencia a este principio cuando se han resuelto los pocos casos en los que el Alto Tribunal se ha pronunciado respecto a amparos en materia electoral. Así, por ejemplo, en el caso Lizana Puelles el supremo intérprete de la Constitución dejó establecido que […] "*siendo que los*

14 Justicia Electoral en América Latina. Mecanismos de resolución de conflictos: Experiencia comparada. Exposición de Hugo Picado León. JNE, Escuela Electoral y de Gobernabilidad, Lima 2016 p, 145.

procesos electorales ostentan plazos perentorios y preclusivos, y que una de las garantías para la estabilidad democrática es el conocimiento exacto y oportuno del resultado de la voluntad popular manifestada en las urnas (artículo 176º de la Constitución), no es factible que, so pretexto del establecimiento de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, se culmine por negar la seguridad jurídica del proceso electoral, y con ella, la estabilidad y el equilibrio del sistema constitucional en su conjunto (principio de interpretación constitucional de concordancia práctica)"[15]. Es en ese sentido que la referida decisión del Tribunal Constitucional señala que […] "*En atención a la seguridad jurídica que debe rodear todo proceso electoral y a las especiales funciones conferidas a los órganos del sistema electoral en su conjunto (JNE, ONPE, RENIEC - artículos 178º, 182º y 183º de la Constitución-), en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en la que incurra el JNE, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176º de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas. En dichos supuestos el proceso de amparo sólo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo el CPConst."*[16]

Cabe reiterar que dicha postura fue ratificada posteriormente en el caso Colegio de Abogados del Callao[17]. Sin embargo, recientemente, la Ley N° 31764, Ley que incorpora el Título Preliminar a la Ley Orgánica de Elecciones, establece en su artículo XI el principio de preclusión señalando que "*Los procesos electorales, por su estructura, se configuran en fases o etapas, las que no pueden retrotraerse. La tutela respecto de los derechos vulnerados en fases precluidas es indemnizatoria*". Creemos que esta nueva norma refuerza la postura recogida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a los efectos de las decisiones jurisdiccionales que se expiden en el curso de un proceso de amparo contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones. Independientemente de ello, en cierta forma recoge nuestra tesis en el sentido que es sumamente peligroso admitir amparos en pleno proceso electoral, pues ello podría llegar a alterar el cronograma del proceso mismo, con lo cual se pone en grave riesgo la estabilidad del sistema

15 EXP. N. 0 5854-2005-PA/TC, fj, 38.

16 Ibidem, fj, 39.b

17 STC Exp. N° 0007-2007-PC/TC.

democrático, trasladándose, de algún modo, la política a los juzgados y cortes de justicia. Bien sabemos que quien imparte justicia, como cualquier otro ciudadano, no está exento de preferencias o animadversiones políticas que podrían de algún modo influir en las decisiones jurisdiccionales que emita, situación que se torna todavía más peligrosa cuando el control constitucional es ejercido por un disperso y elevado número de jueces en toda la República, a diferencia de lo que ocurre con el Jurado Nacional de Elecciones, que constituye un único órgano especializado en la justicia electoral y se encuentra conformado por tan solo cinco miembros con la jerarquía de los magistrados supremos.

VII. Propuestas y reflexiones finales

Frente a la situación planteada en los acápites precedentes, hay quienes proponen que el proceso de amparo en materia electoral sea interpuesto directamente ante el Tribunal Constitucional[18]. Como quiera que actualmente una demanda de amparo debe ser primero interpuesta ante un juzgado constitucional, y contra lo resuelto por éste la decisión podría ser apelada ante una Sala Constitucional del Poder Judicial, en el caso de que la sentencia fuese desestimatoria de la pretensión, cabe la posibilidad de acudir en última y definitiva instancia ante el Tribunal Constitucional vía recurso de agravio constitucional. Todas estas etapas suelen demorar varios meses y hasta años, pese a que se trata de un proceso constitucional que por su propia naturaleza debiera de contar con una tramitación simple y muy expeditiva. Esta realidad torna en inoperable y carente de sentido el amparo electoral, toda vez que cuando finalmente se adopta una decisión el proceso electoral ya ha concluido. De allí que se plantee un procedimiento especial para el amparo electoral, recurriendo directamente al Tribunal Constitucional. No obstante, aun así creemos que ese mecanismo tampoco representaría una solución, pues es evidente que las causas en materia de amparo suelen ser resueltas por el Tribunal Constitucional en el mejor de los casos diez meses después de que han ingresado a la mesa de partes respectiva, de tal suerte que tampoco sería eficaz para tutelar derechos de carácter político vulnerados por las autoridades electorales, a no ser que

18 Cfr. Roel Alva, Luis. Propuesta de reforma del amparo electoral. En: El Amparo en la Actualidad. Posibilidades y Límites. Serie Doctrina Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Lima, 2017, pag, 582.

en tales circunstancias se establezca un trámite preferente y sumamente expeditivo que otorgue preferencia a tales demandas.

Es por ello que nuestra postura reside en eliminar de raíz toda posibilidad de utilizar el amparo en materia electoral, a no ser que se recurra a él antes del inicio de la ejecución del cronograma electoral, vale decir, en las etapas previas que están más bien relacionadas a la organización del proceso. Por otra parte, creemos que, ante una eventual persistencia del amparo electoral, la decisión sólo debería tener efectos reparadores y no restitutivos del derecho vulnerado, pudiéndose indemnizar a la víctima, sin perjuicio de sancionar severamente a la autoridad electoral que causó la violación del derecho fundamental, tal como ocurre en otras latitudes.

Ahora bien, frente a la postura del Tribunal Constitucional, mantenida invariablemente hasta nuestros días de que sí es posible el amparo contra las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones, sería necesario introducir una reforma de los artículos 142, 181 y 200 inciso 2) de la Constitución, de tal forma que quede meridianamente claro que de ningún modo procede el amparo en materia electoral, lo cual evitaría interpretaciones en contrario por parte del Tribunal Constitucional. En efecto, el artículo 142 debería establecer que "*No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral. El proceso de amparo es improcedente en tales casos*". Por su parte el artículo 181 debería ser reformado con el siguiente texto: "*El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno, incluido el amparo o cualquier otro proceso constitucional.*

Los miembros del Jurado Nacional de Elecciones responden administrativa, civil y penalmente por cualquier afectación que cause agravio en el ejercicio de los derechos políticos. El Estado es civilmente solidario en caso de imponerse una reparación pecuniaria a favor de la víctima, sin perjuicio de repetir contra los responsables".

Finalmente, también sería conveniente modificar el artículo 200 inciso 2) de la Constitución, con el siguiente tenor: "*La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona,*

que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente.

No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular. Tampoco procede, en ningún caso, contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral. Cualquier interpretación o decisión en contrario es nula de pleno derecho".

Desde luego somos conscientes de que nuestra propuesta es la más radical de todas, al plantear una eliminación absoluta del amparo en materia electoral siguiendo el modelo mexicano, costarricense, uruguayo o dominicano. Lo hacemos porque la realidad nos ha demostrado que, en los hechos, un modelo como el actual con procesos de amparo que frecuentemente demoran varios meses o hasta dos años en resolverse, carece de sentido. Por otra parte, también existe evidencia tangible de la constante expedición de medidas cautelares que ponen en serios aprietos a los organismos electorales (JNE y ONPE) y hacen peligrar el decurso de los procesos electorales ad portas de las elecciones con las consecuencias nefastas que ello tiene para el sistema democrático, más aún en un país en el que gran parte de la judicatura no se encuentra suficientemente dotada de los conocimientos en materia de derecho constitucional, derecho procesal constitucional y derecho electoral como para afrontar demandas que requieren un análisis sereno, sesudo, ponderado y con la necesaria previsión de consecuencias ante una decisión errada e improvisada.

Por otra parte, lamentablemente los organismos públicos encargados de capacitar a los jueces y fiscales no han mostrado mayor interés en reforzar los conocimientos en temas electorales de quienes tienen en sus manos la delicada tarea de impartir justicia constitucional, pese a que contamos con una frondosa y compleja legislación en materia electoral. En ese sentido, en tanto no se adopten decisiones que cambien la actual configuración del amparo electoral volviendo al sentido original de lo previsto en los artículos 142 y 181 de la Constitución, es decir al que tenían antes de la forzada y polémica interpretación que les dio el Tribunal Constitucional, urge mejorar el nivel de conocimiento jurídico de los magistrados que tienen competencia en demandas de amparo para evitar caer en las delicadas situaciones que se han presentado durante los últimos procesos electorales.

Finalmente, aunque nos reafirmamos en la conveniencia de eliminar toda posibilidad de plantear demandas de amparo en materia electoral, al

menos durante el decurso de un proceso electoral, una eventual reforma constitucional y de desarrollo legislativo bien pudiera contemplar otras opciones alternativas, como la de establecerse un proceso de amparo especial y de instancia única que se pueda interponer directamente ante el Tribunal Constitucional, pero con la salvedad de que el mismo sea resuelto sin audiencia de las partes y en un plazo perentorio e inaplazable de 5 días hábiles, contados del día siguiente de interpuesta la demanda. La cortedad del plazo que se propone y la prescindencia de la audiencia pública haría que la supuesta vulneración de los derechos políticos tenga, en los hechos, el mismo efecto que una medida cautelar, pero con carácter definitivo, pues contra lo resuelto por el Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno.

No obstante, la determinación del camino a adoptar en cuanto a este tema, dependerá de la decisión del legislador establecer algún mecanismo que regule aquello que hoy en día significa un escollo para el sistema electoral, específicamente para el Jurado Nacional de Elecciones y para la Oficina Nacional del Procesos Electorales al tener que sortear las sorpresivas medidas cautelares que expiden los jueces constitucionales en pleno proceso electoral, sin tener en cuenta el cronograma electoral y las etapas que este contempla para cada elección, desde luego todo esto con la inseguridad jurídica que conlleva y lo peligroso que puede resultar para el orden democrático del país. Jamás debemos olvidar que, frente al interés de los individuos, que puede ser muy legítimo, está el de la sociedad en su conjunto, de modo que en ciertas circunstancias es preferible restringir el acceso a mecanismos de control constitucional de las decisiones adoptadas por los altos tribunales electorales en aras de mantener la seguridad jurídica, la paz social y orden democrático. Después de todo, los estados de excepción también se rigen por las mismas consideraciones, sin que ello signifique avasallar los derechos fundamentales de las personas.

La Comisión Organizadora del XIV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, agradece a nuestros patrocinadores:

SouthernPerú

GrupoMéxico MINERÍA

Cerro Verde

caja arequipa

YURA

Consejeros CORREDORES DE SEGUROS

CAMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE AREQUIPA

ESTUDIO FALCONI & ASOCIADOS

Suárez ABOGADOS + CONSULTORES

Ismodes Abogados

ZEGARRA AGUILAR abogados

El Pueblo ...el Diario

XIV Congreso Nacional de Derecho Constitucional
"A 30 años de vigencia de la Constitución de 1993
y Bicentenario de la Constitución Peruana de 1823"
Tomo II

Se terminó de imprimir la segunda edición
en los Talleres Gráficos de:
Corporación Gráfica JMD S.A.C.
Av. Francisco Lazo 1537 - Lince
Telf.: 633 2669
Lima - Perú

en el mes de diciembre del 2023