XV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

LIBRO DE PONENCIAS

LIMA, 11, 12 Y 13 DE SETIEMBRE DE 2025

USMP
Facultad de Derecho

Tribunal Constitucional

APDC
ASOCIACIÓN PERUANA
DE DERECHO CONSTITUCIONAL

CEC
Centro de Estudios Constitucionales

XV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

LIBRO DE PONENCIAS

Lima, 11, 12 y 13 de setiembre de 2025

BIBLIOTECA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

75

UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES
FACULTAD DE DERECHO

XV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

LIBRO DE PONENCIAS

Lima, 11, 12 y 13 de setiembre de 2025

USMP Universidad de San Martín de Porres | Facultad de Derecho

Tribunal Constitucional

Centro de Estudios Constitucionales

APDC
Asociación Peruana de Derecho Constitucional

XV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Libro de ponencias

Lima, 11, 12 y 13 de setiembre de 2025

Coordinadores
Ernesto Álvarez Miranda
Jorge Luis Cáceres Arce

© Universidad de San Martín de Porres
Primera edición: setiembre de 2025

Editado por:
© Universidad de San Martín de Porres
Alameda del Corregidor 1865, La Molina, Lima-Perú.
Central telefónica: 3657000
www.derecho.usmp.edu.pe

Impreso por:
QyP Impresores s.r.l.
Av. Ignacio Merino 1546 - Lince,
Lima-Perú E-mail:
qypimpresores2005@yahoo.com

Tiraje: 250 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso de la universidad.
Los comentarios y opiniones vertidos en este libro son de entera responsabilidad de cada autor.

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Ernesto Álvarez Miranda

Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de San Martín de Porres

Dr. Jorge Luis Cáceres Arce

Presidente de la Asociación Peruana de Derecho
Constitucional

Dr. Jhonny Tupayachi Sotomayor

Director Instituto de Investigación de la Facultad de Derecho
de la Universidad de San Martín de Porres

ASOCIACIÓN PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

JUNTA DIRECTIVA
(Periodo 2025-2028)

Presidente	:	Dr. Jorge Luis Cáceres Arce
Primer Vicepresidente	:	Dr. Gerardo Eto Cruz
Segundo Vicepresidente	:	Dra. Susana Castañeda Otsu
Tesorero	:	Dr. Jhonny Tupayachi Sotomayor
Secretario Académico	:	Dr. Bruno Novoa Campos
Secretario Administrativo	:	Dr. Luis Roel Alva
Primer Vocal	:	Dr. Raúl Chanamé Orbe
Segundo Vocal	:	Dra. Milagros Campos Ramos
Tercer Vocal	:	Dra. Susana Távara Espinoza

PRÓLOGO

Elaborar el prólogo de este libro, que recoge las ponencias escritas por profesores de distintos países, no es una tarea sencilla, tanto por la precisión técnica y académica de los artículos presentados como porque sus autores no siempre comparten los enfoques o conclusiones en sus reflexiones. Sin embargo, una vez más, el Congreso organizado por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (APDC) nos brinda la oportunidad de debatir cuestiones fundamentales para la defensa de los derechos fundamentales y de la democracia.

El Tribunal Constitucional no podía ser ajeno a esta iniciativa, que brinda un espacio para delinear con mayor profundidad el contenido de los preceptos constitucionales. De este modo, nuestro colegiado contribuye a que el Estado de derecho no sea un mero calificativo retórico, sino una realidad tangible, porque se pondrá en evidencia el carácter inescindible de los compromisos sociales con la democracia representativa.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, suscrita por las naciones en el año 1948, es el cimiento de las constituciones occidentales, que permite interpretar y aplicar el derecho a la luz del respeto debido a la dignidad humana y a la igual dignidad. Estos derechos corren el riesgo de trivializarse si no van acompañados de una sólida base humanista que ponga la economía al servicio de la persona y no la persona al servicio de la economía. Asimismo, exige distinguir entre derechos y meras pretensiones, a fin de lograr la convivencia pacífica, que es la razón de ser del derecho: solo así la tolerancia no se confundirá con relativismo, el tener convicciones con intolerancia o el principio de autoridad con autoritarismo. Desde esta perspectiva será posible delinear mejor los límites del poder, sin perder de vista que el poder absoluto, como señalaba Lord Acton en el siglo XIX, "corrompe absolutamente" y destruye los lazos de solidaridad que deben caracterizar a las sociedades democráticas. En el Tribunal Constitucional tenemos presente este compromiso, tanto al resolver las demandas de tutela de derechos fundamentales

como cuando es necesario dirimir los conflictos de competencia entre instituciones del Estado o al pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma.

Me resta decir que las cuestiones debatidas en el Congreso y recogidas en las siguientes páginas aportan diversas perspectivas sobre instituciones como el presidencialismo, las bases de una Constitución democrática, las reformas constitucionales, la división funcional del Estado, la reforma del sistema de justicia, la autonomía de los pueblos indígenas. No podía faltar en este elenco, la referencia a los derechos electorales, la descentralización, los derechos medioambientales, las relaciones entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción supranacional, las implicancias del ius cogens en nuestro ordenamiento y el empleo de la inteligencia artificial.

Es loable el esfuerzo conjunto desplegado por la Facultad de Derecho de la USMP y la APDC para convocar el XV Congreso de Derecho Constitucional y entregar a los participantes la presente obra. El Tribunal Constitucional ha querido sumarse a este esfuerzo para recoger el aporte de la academia y compartir los esfuerzos para fortalecer la institucionalidad democrática.

Solo me resta felicitar al Comité Editorial de esta publicación, que será de gran utilidad para quienes estamos comprometidos con la promoción del estudio del derecho constitucional en nuestros países.

Lima, invierno de 2025

Luz Pacheco Zerga

Presidenta del Tribunal Constitucional

PREFACIO

Como Director General del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, tengo el agrado de presentar esta obra que compendia valiosas ponencias de destacados profesionales, tanto nacionales como extranjeros, especialistas en el campo del derecho constitucional y de los derechos humanos, presentadas en el XV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, realizado los días 11, 12 y 13 de septiembre de 2025, en las instalaciones de la Universidad de San Martín de Porres. Un espacio académico que permite el debate amplio sobre temas actuales y relevantes.

En los últimos años, el Perú ha enfrentado múltiples desafíos políticos y sociales que han afectado su institucionalidad y la democracia, lo que es contraproducente para el fortalecimiento y la consolidación de un auténtico Estado Constitucional. Este contexto ha exigido una profunda reflexión desde el ámbito del derecho constitucional y disciplinas afines, que se ve reflejada en los diversos ensayos presentados que analizan aspectos tales como la forma de gobierno que nos rige, la crisis del presidencialismo de los últimos años, el equilibrio y control de poderes, los principios constitucionales básicos de un Estado democrático, las tensiones institucionales entre las entidades del Estado, la división de funciones estatales en un Estado eficiente, el proceso de descentralización como factor de desarrollo, las intenciones de retiro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o las últimas reformas constitucionales por las que retornaremos a la bicameralidad; trabajos que han sido elaborados con la rigurosidad que caracteriza a sus autores.

Otro bloque importante de contribuciones, están orientadas al análisis de los derechos humanos, cuyo respeto garantiza el bienestar y la justicia en nuestras sociedades, así como a los sistemas de justicia implementados para su protección, tanto a nivel interno como supranacional. Factores que son de obligatorio estudio en congresos como el descrito.

Estos aportes analizan prolijamente diversas problemáticas y plantean interesantes puntos de vista y propuestas de solución. En ese sentido, se teoriza sobre los

derechos fundamentales en general, el aprendizaje vivencial como práctica jurisdiccional para asegurar la calidad educativa, la libertad de expresión y el derecho a la honra de los funcionarios públicos, el derecho al uso del propio idioma, el régimen de excepción y el límite a los derechos, el derecho a la pensión y la garantía del acceso al cese por límite de edad, la protección laboral, el derecho ambiental, la libertad de empresa y el impacto de la tecnología y la inteligencia artificial en los derechos humanos. En cuanto a su cautela a través de los mecanismos procesales se observan, asimismo, trabajos que se pronuncian sobre la inmediación judicial, la existencia del principio de "fallo más favorable", las propuestas de reforma para la elección de magistrados, la autonomía del juez constitucional, las sentencias estructurales en materia social y hasta la utilización de la IA para resolver los procesos constitucionales como el habeas corpus.

Cierran las ponencias con interesantes estudios del ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho penal internacional y del derecho comparado, analizándose las figuras del Ius cogens y los crímenes de lesa humanidad, la reciente reforma constitucional del sistema de justicia en México y hasta un llamativo estudio sobre el recurso de amparo en África.

Como podrá apreciar el lector, los tópicos abordados en esta ocasión ofrecen una perspectiva diversa sobre temas relevantes para la disciplina del derecho constitucional y de los derechos humanos. Cobran gran importancia en el debate actual, representan una contribución valiosa para el mundo académico y constituyen una herramienta útil para todos aquellos interesados en conocer temas jurídicos relevantes y de actualidad. Esperamos que la revisen y disfruten de su lectura.

César Ochoa Cardich

Director General del Centro de Estudios Constitucionales

Tribunal Constitucional del Perú

INTRODUCCIÓN

En quienes habita la vocación tanto del estudiante como del profesor arde una misma llama: la inquietud de aprender y de enseñar, de recibir y de entregar, de interrogar la realidad y, al mismo tiempo, proponerle respuestas. Esa doble condición de búsqueda y transmisión es, quizá, la esencia misma de la vida universitaria y del quehacer democrático.

Es un honor para el espíritu ser convocado a presentar una obra destinada a celebrar y enriquecer el pensamiento constitucional en el marco de un congreso académico y de las tres décadas notablemente cumplidas por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. La tarea que se me ha confiado constituye un honor personal, así como una oportunidad privilegiada para reconocer el esfuerzo colectivo de quienes, desde la reflexión y el debate, buscan iluminar los caminos de nuestro Estado constitucional de derecho. Recibo esta encomienda con gratitud, sabiendo que todo intento de introducir un libro como el que hoy se ofrece es apenas un preámbulo frente a la riqueza de voces y perspectivas que el lector hallará en sus páginas.

Corresponde en primer lugar que destaque con especial aprecio a las instituciones que han hecho posible esta corporación académica. La Universidad de San Martín de Porres, con una historia que testimonia su vocación de apertura al pensamiento crítico y su compromiso con la formación de juristas, vuelve a tender un puente entre tradición y futuro, convirtiéndose en escenario fértil para el cultivo del derecho. Junto a ella, la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, cuya trayectoria ha sabido custodiar la reflexión académica y la defensa permanente de la Constitución Política en el devenir de nuestra República, nos recuerda que la vida constitucional no es un concepto abstracto, sino un compromiso vital con las libertades y la justicia.

El lector advertirá que los temas abordados en este volumen responden a preocupaciones tan urgentes como trascendentes. La reflexión sobre la reforma política y la democracia representativa recorre las páginas como un llamado a repensar el

modo en que el pueblo se vincula con sus instituciones, en medio de tensiones y demandas de renovación que desafían a los sistemas tradicionales de representación. De inmediato surge la discusión sobre los órganos constitucionales autónomos, cuyas funciones y diseños suscitan interrogantes en torno a la independencia, la legitimidad y la necesidad de fortalecerlos o reformarlos para responder con eficacia a las exigencias de nuestro tiempo.

Encontramos notables aportes reservados a los regímenes y sistemas políticos contemporáneos y a la soberana y férrea institución que garantiza convivir en libertad: la democracia; a las herramientas motoras que la hacen sostenible en el tiempo; y a los controles, los pesos y contrapesos y los principios rectores en que se sostiene todo gobierno plural, legítimo y honesto. Se encuentran registrados los conocimientos certeros de Ernesto Álvarez Miranda, decano de la Facultad de Derecho anfitriona y ex titular del órgano de control de la constitucionalidad, quien diserta "El presidencialismo frenado peruano. Un debate pendiente sobre el equilibrio de poderes".

Aparece el notorio investigador de las ciencias jurídicas, Gerardo Eto Cruz. El exmagistrado del Tribunal Constitucional y actual vicepresidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional expone "Los grandes principios básicos de una Constitución democrática". Acompañan en estos asuntos sesudos el académico de prestigio Aníbal Quiroga León, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad César Vallejo con el tema "El paradigma del redimensionamiento de la Constitución: desafíos democráticos y tensiones institucionales en la presente década", y el calificado Carlos Hakansson Nieto, embajador peruano ante la República de Costa Rica, quien hace "Una profunda revisión de las reformas constitucionales". Manuel Bermúdez Tapia, profesor en la histórica San Marcos, anota contenidos referidos a las funciones estatales en un Estado eficiente. Cerramos el capítulo con el suscrito, con la "Forma de gobierno peruana - crisis histórica", indicador no agotado desde inicios de la República.

A estas cuestiones se une el debate sobre la jurisdicción constitucional y supranacional, que en el escenario contemporáneo nos sitúa frente a la paradoja de contar con instancias garantes de derechos fundamentales que, al mismo tiempo, corren el riesgo de extralimitar sus competencias, desdibujando el equilibrio entre justicia y democracia. Asimismo, se abordan los retos que plantean las tecnologías de la información y de la inteligencia artificial, que irrumpen con fuerza en la agenda, obligándonos a examinar hasta qué punto la innovación puede convivir

con la dignidad, la intimidad y la libertad, y cuáles son los límites constitucionales que deben resguardar los derechos frente a los nuevos escenarios digitales.

Doña Luz Imelda Pacheco Zerga, presidenta del Tribunal Constitucional, se ocupa de un destacable ensayo "La perenne novedad de los Derechos Fundamentales". El decano del ateneo jurídico de América, José F. Palomino Manchego, se encarga del "Aprendizaje vivencial como práctica jurisdiccional". El maestro argentino Jorge Alejandro Amaya anota con sensatez pedagógica sobre "La libertad de expresión y el derecho a la honra de los funcionarios públicos: tensiones y reflexiones derivadas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos".

Ramiro Bustamante Zegarra, juez titular de la Corte Suprema, en compañía del joven profesor de la Universidad Católica de Santa María, don Diego Angulo Osorio, nos alcanzan el estudio: "Hacia una inmediación judicial 4.0". El apreciado docente Miguel Vilcapoma Ignacio, de Huancayo, se reserva la propuesta de la reforma a la elección de los magistrados de la respetable Corte Constitucional peruana. El aplaudible jurista hispano Carlos Ruiz Miguel se preocupó de entregarnos un singular e innovador análisis cargado de profundos componentes alineados al "Recurso de Amparo en África". Los relevantes docentes universitarios Luis Roel Alva y Carlos de la Torre Grados redactan y dedican profundas líneas a las desatenciones presidenciales de la jefa de Estado peruana.

Tenemos la literatura jurídica del procurador en Asuntos Constitucionales del Poder Judicial y directivo de nuestro gremio constitucional, Jhonny Tupayachi Sotomayor, quien desarrolla "Autonomía del juez constitucional y del Poder Judicial frente a la indebida configuración y naturaleza del amparo político en el Perú". Con acierto se incorporó la reflexión dirigida hacia los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, que no solo plantean dificultades en torno a su exigibilidad y garantía, sino también se presentan como promesa de una democracia más inclusiva y sostenible, capaz de responder a los anhelos colectivos de igualdad y bienestar.

Raúl Chanamé Orbe e Isaac Vásquez Villanueva nos ofrecen su estudio sobre "El constitucionalismo digital". Esta investigación examina cómo la revolución tecnológica transforma las bases clásicas del derecho constitucional. Los autores proponen la necesidad de repensar el pacto social, diseñar una Carta Magna digital y reconocer nuevos derechos que respondan a los entornos virtuales contemporáneos. Asimismo, analizan la situación del Perú, con especial atención a la Carta Peruana de Derechos Digitales (2022).

En "La constitucionalización de la lucha contra la corrupción en el Perú" no solo se aborda un tema de innegable urgencia nacional, sino que también refleja la impronta intelectual y profesional de sus autores. En este artículo, la voz de Ernesto Blume Fortini, con la autoridad que le confiere haber presidido el Tribunal Constitucional y la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, además de su larga trayectoria en la enseñanza universitaria, se une a la mirada lúcida y comprometida de Lelia Lazo Cornejo, funcionaria pública y docente de la casa santamariana que conecta la teoría con la realidad social. Este diálogo entre la experiencia institucional y la práctica académica convierte al trabajo en una propuesta sólida y visionaria, que no se limita a describir el problema de la corrupción, sino que lo eleva al plano constitucional, dándole el lugar de un verdadero desafío estructural para el país. Así, el artículo no solo informa y reflexiona, sino que inspira, pues demuestra que la lucha contra la corrupción requiere tanto de ideas rigurosas como de trayectorias que las respalden con coherencia y compromiso.

Contamos con el texto de relevancia "Las transformaciones constitucionales no regulares: El uso de competencias sui generis", que constituye una muestra brillante de la capacidad analítica y crítica de su autor, Víctor García Toma, cuya trayectoria lo coloca entre las voces más autorizadas en el derecho constitucional peruano y latinoamericano. Haber ejercido la Presidencia del Tribunal Constitucional, la conducción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, así como la presidencia de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, le permite abordar este indicador con una perspectiva única: la del jurista que no solo ha reflexionado sobre la Constitución desde la academia, sino que la ha vivido en la práctica de las más altas responsabilidades del Estado. El resultado es un texto que ilumina con profundidad y originalidad un asunto tan complejo como son las competencias *sui generis* y sus efectos en las transformaciones constitucionales, revelando la vigencia del pensamiento de un maestro que conjuga rigor teórico, experiencia institucional y una visión comprometida con la defensa del orden democrático.

Rafael Rodríguez Campos, profesor universitario, desarrolla "La Reforma Constitucional de la Justicia en México la historia de los acordeones". Miguel Estela La Puente, joven investigador, escribe "Populismo y Reforma del Sistema de Justicia: casos de México y Perú". Cristian Guzmán Napuri, académico de trayectoria, confecciona con ingenio "The winner takes (it) all. El ganador se (lo) lleva todo". Ángel Delgado Silva, conocedor de la materia descentralista, varias veces regidor por Lima y profesor apreciable, explica los tres momentos constitucionales para la descentralización política del Perú (1979-1993-2002). Bruno Novoa Campos,

secretario académico eficiente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y profesor universitario, divulga los aspectos relevantes y precisiones necesarias sobre los crímenes de lesa humanidad. William Oblitas Villalobos, connotado constitucionalista, ilustra el *ius cogens*, su sentido dogmático y su relación con las cortes internacionales.

Oscar Pazo Pineda, asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional, reflexiona sobre la interacción entre los tribunales locales e internacionales a propósito de la Ley N.º 32153. Eduardo Meza Flores, profesor respetable en la Universidad Católica de Santa María y fiscal superior, ausculta "La denuncia del Perú a la Convención Americana y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: factores para su justificación en los proyectos legislativos". Juan Alberto Castañeda Méndez, profesor en Derecho Constitucional, ofrece un análisis riguroso sobre el régimen de excepción y el límite a los derechos desde una lectura interamericana. Nadia Iriarte Pamo, funcionaria elocuente del Tribunal Constitucional, argumenta respecto de los "Pueblos indígenas y el derecho al uso del propio idioma en la justicia constitucional peruana". Napoleón Cabrejo Ormachea, directivo del Jurado Nacional de Elecciones, pone bajo lupa la "Privacidad y transparencia como límites constitucionales al uso jurídico de la IA".

Tula Benites Vásquez, profesora trujillana polemiza sobre tecnologías disruptivas, derechos electorales y democracia. José Reynaldo López Viera, profesor de pregrado, analiza el impacto de la tecnología y la inteligencia artificial en los derechos fundamentales. María Candelaria Quispe Ponce, funcionaria en el Centro de Estudios Constitucionales, explica las sentencias estructurales en la tutela de los derechos sociales: mecanismos de supervisión y retos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.

Guillermo Sevilla Gálvez, asesor en el Tribunal Constitucional responde a una pregunta de vanguardia: "¿Existe la posibilidad de que los jueces robots puedan restituir el derecho a la libertad personal, el cual es tutelado por el habeas corpus?"

Karen Zapata y Fernando Berrios, jóvenes investigadores tacneños, cavilan sobre la protección laboral y la garantía de acceso al cese de límite de edad de 70 años hasta el 31 de diciembre, a favor de los magistrados de la carrera judicial (Ley N.º 32199). Víctor Hugo Montoya, docente en educación superior, nos interpela a pensar en los desafíos de la arquitectura constitucional de las pensiones en el Perú. Maghiori Castro Cuba Velasco, profesor cuzqueño, con vocación protectora del medio en el que vivimos, escribe: "El derecho ambiental como pilar de los derechos

económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en el Perú y América Latina. Problemas y posibilidades de su constitucionalización y exigibilidad". Carlos Fonseca Sarmiento, profesor universitario, marca la pauta sobre "Los límites a la libertad de empresa en la Constitución peruana". Joaquín Cáceres Rosado, profesor en la Universidad de San Martín de Porres y en la Católica de Santa María e investigador formado en los claustros hispanos de Navarra y Complutense de Madrid, diserta con autoridad y excelencia sobre desafíos constitucionales al control del poder político.

El libro al que hoy los introduzco encarna un diálogo entre reforma y permanencia, entre tradición e innovación. No cierra preguntas, sino que abre horizontes. Es un punto de encuentro entre el derecho y la vida, entre la teoría y la práctica, entre el deber ser constitucional y las urgencias del presente. Que el lector encuentre en estas páginas no solo doctrina, sino también inspiración para seguir repensando el destino de nuestra comunidad política.

Agradecemos al rector de la Universidad de San Martín de Porres, don José Antonio Chang Álvarez, por su respaldo en la organización del XV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, que alberga a los más caracterizados y pon-derados profesores de Derecho Constitucional de la República y de Iberoamérica. Así también, nuestro agradecimiento al Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y al Tribunal Constitucional, respetables instituciones auspiciadoras del certamen en homenaje a los 30 años de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, cuyo rector fundador es el meritorio maestro de Iberoamérica, don Domingo García Belaunde.

Del mismo modo, a los académicos, juristas y magistrados, gracias por compartir su tiempo y espacio intelectual en la celebración por estos primeros treinta años de una señora institución de registro histórico y talla jurídica.

Arequipa, setiembre de 2025

Jorge Luis Cáceres Arce
Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional
Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional
Rector de la Universidad Católica de Santa María

PRESENTACIÓN

La Universidad de San Martín de Porres y su Facultad de Derecho reafirman su compromiso con el país en la difusión y el fortalecimiento de la cultura jurídica. Muestra de ello es la labor académica constante con nuestros alumnos y, hoy, con la sociedad académica y política, mediante la organización del XV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, en coordinación con la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Mediante esta iniciativa, se renueva la tradición de convocar al debate universitario a los mejores profesores en la especialidad constitucional, tanto nacionales como internacionales, para reflexionar sobre temas de coyuntura política y académica, siempre dentro del marco constitucional.

La promoción de espacios de debate académico en torno a cuestiones estructurales de la Constitución y del Estado, así como de la política, no puede ser ajena a la vida universitaria, la cual pertenece a una sociedad con problemas y desacuerdos, pero también con fines comunes. Así, la política es, por naturaleza, a la vez polémica y conciliadora; al ser una actividad orientada a representar los diversos intereses y tendencia de sociedades heterogéneas, es lógico que refleje los conflictos entre dichas necesidades, pues el triunfo de una supone el fracaso de otra. Tales condiciones nos recuerdan la dificultad del gobierno de una sociedad y, más aún, de la estructuración de un Estado funcional, donde el principal conflicto siempre es el poder, fenómeno que hoy adquiere diversas aristas y constituye parte del debate académico.

El Estado de derecho no se configura únicamente por la vigencia y cumplimiento de un sistema jurídico. Su esencia reposa en la noción inglesa del *rule of law*, según la cual un conjunto de reglas jurídicas, surgidas de la ideología liberal del siglo XVII, limita de manera efectiva al poder. Para lograrlo, es necesario que dichas reglas estén enraizadas en la sociedad; el sentido común de cada ciudadano debe considerar ineludible su cumplimiento, comprometiendo así la conducta de la élite política, que siempre requiere el apoyo de los electores. Esto nos lleva a

redimensionar la Constitución peruana frente al panorama político y social actual, analizando no solo las instituciones desde su perspectiva histórica o filosófica, sino también su aplicación práctica en situaciones concretas.

La consolidación del Estado de derecho requiere de una estructura institucional que coadyuve al cumplimiento de sus fines. En tal sentido, la delimitación funcional de los organismos constitucionales resulta necesaria en el texto constitucional. Este aspecto cobra vital importancia frente a los constantes conflictos competenciales entre órganos autónomos, que han llevado al Tribunal Constitucional a desempeñar un rol protagónico. Esta situación será objeto de análisis en el XV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, donde contaremos con la participación de seis expresidentes del colegiado constitucional (TC), quienes reflexionarán sobre la necesidad de fortalecer nuestras instituciones y de abrirnos a discutir posibles reformas constitucionales.

El Perú constituye un verdadero laboratorio de Ciencia Política y un taller excepcional de Derecho Constitucional. Desde 1977, cuando se convocó a la Asamblea Constituyente como instrumento para diseñar una Constitución y consolidar un Estado en formación, nuestra realidad ha estado sujeta a múltiples experimentos. Hoy resulta necesario discutir nuevamente las relaciones entre el Poder Ejecutivo, el Legislativo y los demás organismos constitucionales; el sistema bicameral; la judicialización de la política; el populismo en democracia y en el gobierno; la regulación de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; así como el rol de la justicia. Todos estos son temas propios de la consolidación de un Estado y de una sociedad madura, reflexionados desde la dogmática constitucional y política, generando un proceso constante y evolutivo de debate.

Es innegable la evolución del constitucionalismo, lo cual se advierte en el constante proceso cultural mediante el cual los ciudadanos recurren al derecho para limitar el poder, buscando enmarcar la actividad de quienes pugnan por acceder o mantenerse en los espacios de decisión dentro de principios y normas jurídicas. Así se construye la Constitución, que también merece ser debatida y eventualmente reformulada, no de manera cotidiana, pero sí en foros académicos y políticos especializados como el que nuestra casa de estudios propone. En ellos se puede evaluar la efectividad del modelo económico, las propuestas de reforma política, la búsqueda de justicia y la equidad en los derechos sociales, todos temas de gran relevancia para nuestra comunidad.

Asimismo, debemos reconocer el avance de la ciencia y la tecnología, así como el impacto de las TIC y la inteligencia artificial, que facilitan el acceso a la información, la libertad de expresión y la participación ciudadana. Sin embargo, estos avances requieren también de un debate filosófico y político, y eventualmente de regulación, en la medida en que puedan poner en riesgo derechos fundamentales o afectar bienes como la salud, la educación o el trabajo. La libertad de pensamiento y la pluralidad que brinda el ámbito universitario constituyen el mejor escenario para construir reflexiones profundas que permitan armonizar institucionalidad y modernidad.

En la misma línea, el diálogo entre cortes, en el afán de identificar puntos comunes para una mayor protección de los derechos fundamentales sin alterar la soberanía ni la realidad de los pueblos, se ha convertido en un tema de gran actualidad. No se trata de desmerecer los aportes de las jurisdicciones nacional e internacional, sino de enriquecer la interpretación jurídica y mejorar los mecanismos de protección de la dignidad humana en un contexto multinivel, sin importar las fronteras nacionales. Este debate debe estar alejado de ideologías o posturas que releguen al ser humano como fin supremo del Estado y de la sociedad.

En suma, son numerosos los temas que se reflexionarán y debatirán en tres extensos y dinámicos días (11, 12 y 13 de septiembre). El presente libro, que recoge las ponencias de los profesores participantes, no solo constituye una lectura obligatoria para quienes deseen estar al tanto del debate académico, sino que también es una fuente de nuevas discusiones, producto de la diversidad de sus autores y de los contextos de interpretación o aplicación. Nuestro rol como universidad es, sin duda, propiciar y brindar espacios para que dichas discusiones se orienten hacia un propósito principal: el mayor bien de la sociedad.

Quedan cordialmente invitados a leer las siguientes páginas.

Lima, 2025

Dr. Ernesto Álvarez Miranda
Decano de la Facultad de Derecho de la
Universidad de San Martín de Porres

ÍNDICE GENERAL

Prólogo 5
Introducción 7
Presentación 11

PONENCIAS

Jorge Luis CÁCERES ARCE: La forma de gobierno peruana: crisis histórica 27

Ernesto ÁLVAREZ MIRANDA: El presidencialismo frenado peruano
Un debate pendiente sobre el equilibrio de poderes 69

Gerardo ETO CRUZ: Los grandes principios básicos de una constitución democrática 87

Víctor GARCÍA TOMA: Las transformaciones constitucionales no regulares
El uso de competencias *sui generis* 105

Ernesto BLUME FORTINI / Lelia LAZO CORNEJO: La constitucionalización de la lucha contra la corrupción en el Perú 127

Aníbal QUIROGA LEÓN: El paradigma del redimensionamiento de la Constitución
Desafíos democráticos y tensiones institucionales en la presente década 161

Carlos HAKANSSON NIETO: Una revisión a las reformas constitucionales 179

Manuel BERMÚDEZ TAPIA: La división de funciones estatales en un Estado eficiente 203

Luz PACHECO ZERGA: La perenne novedad de los derechos fundamentales 211

Jhonny TUPAYACHI SOTOMAYOR: Autonomía del juez constitucional y del poder judicial frente a la indebida configuración y naturaleza del amparo político en el Perú 225

Raúl CHANAMÉ ORBE / Isaac VÁSQUEZ VILLANUEVA: El constitucionalismo digital 247

José F. PALOMINO MANCHEGO: El aprendizaje vivencial como práctica jurisdiccional
A propósito del aseguramiento de la calidad educativa en Perú 253

Jorge ALEJANDRO AMAYA: Libertad de expresión y derecho a la honra de los funcionarios públicos
Tensiones y reflexiones derivadas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos 261

Ramiro Antonio BUSTAMANTE ZEGARRA / Diego Fernando Ángel ANGULO OSORIO: Hacia una inmediación judicial 4.0 281

Miguel P. VILCAPOMA IGNACIO: Propuesta de reforma a la elección de magistrados del Tribunal Constitucional 297

Luis Andrés ROEL ALVA / Carlos Rodrigo DE LA TORRE GRADOS: El abandono de funciones
El caso de Dina Boluarte y sus implicancias constitucionales 317

Carlos RUIZ MIGUEL: El recurso de amparo en África 343

Rafael RODRÍGUEZ CAMPOS: La reforma constitucional de la justicia en México
La historia de los acordeones 371

Miguel Alejandro ESTELA LA PUENTE: Populismo y reforma del Sistema de Justicia
Los casos de México y del Perú 385

Christian GUZMÁN NAPURÍ: *The Winner Takes (IT) All*
El ganador se (lo) lleva todo 395

Ángel DELGADO SILVA: Tres momentos constitucionales para la descentralización política del Perú (1979-1993-2002) 407

Bruno NOVOA CAMPOS: Crímenes de lesa humanidad
Aspectos relevantes y precisiones necesarias 447

Oscar Andrés PAZO PINEDA: ¿Existe el principio de "fallo más favorable"?
Reflexiones sobre la interacción entre los tribunales locales e internacionales a propósito de la Ley N.º 32153 459

William Jesús OBLITAS VILLALOBOS: El *ius cogens*, su sentido dogmático y su relación con las cortes internacionales 477

Juan Alberto CASTAÑEDA MÉNDEZ: El régimen de excepción y el límite a los derechos
Una lectura interamericana 497

Eduardo Jesús MEZA FLORES: Denuncia del Perú a la Convención Americana y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Factores para su justificación en los proyectos legislativos 521

Nadia Paola IRIARTE PAMO: Pueblos indígenas y el derecho al uso del propio idioma en la justicia constitucional peruana 547

Napoleón CABREJO ORMACHEA: Privacidad y transparencia como límites constitucionales al uso jurídico de la IA 557

Tula BENITES VÁSQUEZ: Tecnologías disruptivas, derechos electorales y democracia 571

José Reynaldo LÓPEZ VIERA: La tecnología y la inteligencia artificial
Análisis de su impacto en los derechos fundamentales 585

María Candelaria QUISPE PONCE: Las sentencias estructurales en la tutela de los derechos sociales
Mecanismos de supervisión y retos en la jurisprudencia del TC 617

Guillermo Martín SEVILLA GÁLVEZ: ¿Existe la posibilidad de que los jueces robots puedan restituir el derecho a la libertad personal en los procesos de hábeas corpus? 631

Karen Jeanette ZAPATA RAMÍREZ / Fernando BERRIOS GUTARRA: La protección laboral y la garantía de acceso al cese de límite de edad de 70 años hasta el 31 de diciembre a favor de los magistrados de la carrera judicial (Ley N.º 32199) 641

Victorhugo MONTOYA CHÁVEZ: Desafíos de la arquitectura constitucional de las pensiones en el Perú 655

Gerardo ZEGARRA FLÓREZ: La descentralización como factor del desarrollo humano en el Perú 679

Maghiori CASTRO CUBA VELASCO: El derecho ambiental como pilar de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en el Perú y América Latina
Problemas y posibilidades de su constitucionalización y exigibilidad 703

Carlos Alberto FONSECA SARMIENTO: Los límites a la libertad de empresa en la Constitución peruana 723

Joaquín I. CÁCERES ROSADO: Desafíos constitucionales al control del poder político
Un análisis de tres posibles causas 741

PONENCIAS

LA FORMA DE GOBIERNO PERUANA: CRISIS HISTÓRICA

Jorge Luis CÁCERES ARCE*

SUMARIO: Preliminares. **1.** Las constituciones del primer centenario democrático (1823-1867). **2.** Las constituciones políticas del Estado peruano del segundo centenario (1920-1993). **3.** Las reformas constitucionales cualitativas del 2024. **4.** Entre la inestabilidad y la urna: el Derecho Constitucional a prueba en la ruta al 2026. 4.1. La (Ex) Presidencia en el Banquillo: Del Juicio al Pasado a la Fragilidad del Presente. 4.2. Caso: Alejandro Toledo Manrique. 4.3. Caso: Ollanta Humala Tasso. 4.4. Caso: Martín Vizcarra Cornejo. 4.5. Caso: Pedro Castillo Terrones 4.6. Caso: Dina Boluarte Zegarra. **5.** La República Subterránea: Minería, Violencia y Poder fuera del Control Constitucional. **6.** China vs. Estados Unidos.

PRELIMINARES

La fórmula de Gobierno peruano, se ha edificado con el transcurrir del tránsito republicano, en periodos de transición, en épocas de convulsión, en etapas de convalidación, en tiempos donde las libertades se restringieron, en otros momentos donde la democracia se garantizó y en recientes acontecimientos que la institucionalidad está secuestrada por la inestabilidad política, social y cultural y el desgobierno de los poderes estaduales, huérfanos de moral pública.

Los instrumentos, herramientas, elementos, caracteres y mecanismos de control de los sistemas clásicos: El parlamentario y el presidencial, han venido a ser incorporados gradualmente al constitucionalismo nacional, vía los textos del primer y segundo centenario de la Nación, que no encuentran los estándares de

* Doctor en Derecho, Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Rector de la Universidad Católica de Santa María – Arequipa. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Agente de Estado Peruano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Integrante del Consejo Consultivo de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República (2024-2025). Se desempeñó como Decano del Colegio de Abogados de Arequipa, Consejero de la Academia de la Magistratura y Regidor Provincial.

madurez política, que se merece una República bicentenaria dotada de identidad milenaria y de una raza mestiza con dignidad.

1. LAS CONSTITUCIONES DEL PRIMER CENTENARIO DEMOCRÁTICO (1823-1867)

La forma de Gobierno tradicional peruana encuentra su autoría en el primer texto constitucional de la República el de 1823, que en su numeral 27 y siguientes normó "El Gobierno es popular y representativo se ejerce a través de tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judiciario"[1].

El primer Código Político peruano no recogió la propuesta monárquica establecida en la Carta de Cádiz, ya que la Ley Gaditana de corte liberal reconocía a España como una Nación libre e independiente de cualquier yugo Europeo y más aún institucionalizó al país ibérico, distante a toda enajenación de su patrimonio en manos de una persona o familia.

La Constitución vitalicia de Bolívar, que fue sometida a consulta ciudadana el 1ro de junio de 1826 y que palpitó por escasos 49 días, estableció que el Gobierno peruano se sometía a dos indicadores: Popular y representativo. El poder estatal supremo recogió la tesis política de la división de Poderes en cuatro estamentos: Electoral, legislativo, ejecutivo y judiciario. Esta ley fundamental fue formalmente derogada en junio de 1827; si hay que destacar la peculiaridad de este texto, reposó en sus pretensiones perpetuas, cesaristas, napoleónicas; caro e innoble producto bolivariano como lo apunto con severo acierto el notable *Honoris Causa* de la casa santamariana Carlos Ramos Núñez.

El texto histórico de 1828, nos alcanzó la fórmula de Gobierno que en su esencia prevalece "Gobierno Popular, representativo y consolidado en la Unidad"[2] delegó el ejercicio de soberanía en tres poderes: Legislativo, ejecutivo y judicial. El numeral primero de la Carta de 1828 sentó las bases de peruanidad, en el sentido "Que la Nación no puede admitir unión o federación con otros Estados en menoscabo de su independencia"[3]

1 Cáceres Arce, Jorge Luis. *La Constitución de Cádiz y el Constitucionalismo Peruano*. Ed. ADRUS, Arequipa. 2007.

2 Cáceres, Jorge. ob. cit., p. 157.

3 Chanamé Orbe, Raúl. *Constitución Peruana Comentada*. Instituto Pacífico. Lima. 2024.

Posterior al texto madre de 1828 que fue promulgada por José de la Mar, y a menos de 7 años de vida republicana, el país ya había contado con tres leyes magnas; la liberal de 1823, la bolivariana y cesarista de 1826 y la histórica y fundamental de 1828; y luego de estos textos se dicta la Constitución de 1834 (Segunda edición mejorada y actualizada de la Carta de 1828 e inspirada por el ideólogo, y clérigo mistiano don: Francisco Javier de Luna Pizarro y Pacheco).

En Primavera de 1833, se reunió la Convención Nacional para modificar el texto de 1828 y así cumplir con la idea plasmada por el eminente constitucionalista Francisco Javier de Luna Pizarro; en el sentido de evitar mayor inestabilidad institucional, se hacía necesario someter a un proceso de evaluación y revisión al Código Político de 1828.

En los primeros diez años de existencia constitucional, la comunidad jurídica y política peruana centró sus debates en tres temas a decir del profesor Raúl Chanamé: La forma de Gobierno, las relaciones entre los poderes clásicos sometidos al Poder Constituyente y la necesaria descentralización a través del Poder Municipal y las Juntas Departamentales.

La Carta de 1834 la impuso Luis José Orbegoso y en ella se reiteró lo preceptuado en la ley mentora de la República de 1828, es decir la forma de Gobierno fue la popular, la representativa, basada en la consolidación de una Nación unitaria y estructurada, el Estado en los niveles del poder constituido heredado del sistema británico.

La Constitución de Huancayo de 1839 liderada por el General cuzqueño Agustín Gamarra Messía no fue ajena a los conflictos geopolíticos de entonces en la subregión andina, y que mantuvo al país en zozobra. La Confederación Peruana-Boliviana fue la razón de la desazón, este proyecto lo lideró el Mariscal Andrés de Santa-Cruz y con él participaron los liberales más ilustrados que pretendieron poner freno a las propuestas expansionistas de aquellos países que no tenían definidas sus fronteras físicas nacionales.

Producto de la convulsión política generada por los conflictos regionales expansionistas, se convocó al Congreso Constituyente que se instaló en Huancayo en 15 de Agosto de 1839 y cuyo primer acto político quedó reflejado en la ratificación de Presidente Provisional General Agustín Gamarra. Esta Carta suprema asumió una postura centralista, que condujo a la desaparición de la institución municipal y la reemplazó con las intendencias, vieja instancia colonial.

La forma de Gobierno quedó diseñada como la del texto de 1834, es decir: Representativa, popular y unitaria.

La Carta de Huancayo suprimió la figura de la Vice-Presidencia, qué incorporó la ley fundamental de 1828 y delineó la propuesta centralista en manos del poder vertical nada democrático, suprimiendo a las Juntas Departamentales. El texto desnaturalizó a uno de los pilares de la confederación, que fue impulsar la descentralización y sus demandas basadas en propuestas fiscales de gasto público equitativo. Incorporó al Consejo de Estado, lejana institución recogida de las prácticas políticas europeas. El Presidente de este colegiado sucedió constitucionalmente al Jefe de Estado, ante la declaratoria de Vacancia. (Ante la muerte del Presidente Gamarra, accedió Manuel Menéndez del Consejo de Estado).

La Constitución liberal de 1856 recibió marcada influencia de la denominada ola liberal francesa producto de la revolución de 1848 y la Carta Gala del mismo año. Las propuestas liberales descansaron en el ejercicio efectivo de libertades públicas y privadas y derechos puestos en práctica a través del cariz sufragista. Los derechos constitucionales que trascendieron fue el de: "No ser expatriado, el de la libertad de prensa y de trabajo, el acceso a la instrucción primaria, el derecho de petición y la propiedad intelectual"[4]

La Carta de 1856 cuya mentoría corresponde a Ramón Castilla Marquesado, tomó como banderas las posturas antimilitarista y laicas. En relación a éstas últimas el precepto legisló "La Nación prefiere la religión católica, apostólica, romana. El Estado lo protege por todos los medios conforme al espíritu del evangelio y no permite el ejercicio público de otro alguna"[5]

En lo vinculado a la forma de Gobierno, la definió en base a una estructura de índole democrática y representativa y con un diseño de orden unitario; frente a este planteamiento normativo constitucional las propuestas federalistas quedaron descartadas y archivadas. No podemos dejar de mencionar que el movimiento constitucional de la época, estuvo antecedido de una guerra civil, que como epílogo generó la cimentación definitiva de la abolición de la esclavitud como principio de alto contenido axiológico y la no tolerancia del abusivo tributo indígena.

La primera Constitución impulsada por el Mariscal de la civilidad Ramón Castilla aportó al constitucionalismo peruano una serie de insumos como la reducción

4 Cáceres, Jorge. ob. cit., p. 173.

5 Cáceres, Jorge, ob. cit., p. 161.

del mandato constitucional a 4 años, la división del Parlamento en el Senado y la Cámara de Diputados, nace el Gabinete es decir el Consejo de Ministros y la Presidencia del mismo, y con ello queda abolido el viejo Consejo de Estado heredado de la Constitución de Cádiz de 1812, incorporó el sufragio directo para los varones peruanos y no para las mujeres, con la condición excluyente de índole cultural, es decir; saber leer y escribir. Se ejerció democráticamente el derecho político de la elección del Presidente de la República.

Los representantes ante el Congreso provenían de la decisión del poder constituido y cada provincia contaba con un representante titular y un suplente, hoy llamado accesitario. Lo peculiar de la elección parlamentaria radicó que el candidato tenía que contar con una serie de requisitos de orden patrimonial (poseer con una renta de 500 pesos) o el de ejercer la función pedagógica (Condición cultural, status profesional).

Con este texto político se incorporó la figura de la inmunidad parlamentaria y con ella se inauguró un largo y penoso sendero protector de los abusos del poder de los parlamentarios, escudados en la inmunidad; confundida moral e irracionalmente con la impunidad.

En esta ley magna se fortalecen a las Juntas Departamentales y al régimen interior de la República que estableció la división territorial en departamentos y provincias litorales y éstas en distritos.

Las Juntas funcionaban en la capital de cada departamento y sus atribuciones eran consultivas, deliberativas y jurisdiccionales.

La Constitución Política de 1860, es la norma suprema de mayor vigencia constitucional (59 años y 6 meses) y salvo con la interrupción temporal de la Constitución de 1867 de efímera vida republicana (Agosto de 1867 a Enero de 1868).

Esta norma constitucional sistematizada rigió de 1860 a 1920, y con ella se fortaleció la forma de Gobierno tradicional peruano que fue plasmado en la Carta de 1856; incorporando el término de Gobierno republicano, en alusión a la era o etapa de un país con soberanía institucional y con profunda identidad cultural y política.

Este segundo documento de contenido valorativo, que lo promulgó don Ramón Castilla Marquesado, incluyó reformas trascendentales sobre las garantías individuales, entre los que destacó la prohibición de esclavos y se innovó el carácter indefinido de los cargos judiciales.

Bajo la vigencia del texto en análisis, se dictó la ley de descentralización fiscal, que creó el llamado impuesto a las tierras, que con sus fondos recaudados permitieron obras de envergadura en las provincias alejadas y se instauró los presupuestos departamentales, cuya aplicación permitía una descentralización eficaz y eficiente de los pueblos de la serranía y de la costa, marginados por el centralismo limeño. Lamentablemente, estos proyectos pilotos descentralistas fueron derogados durante el Gobierno de Augusto Leguía y sus dos reelecciones (1924-1927) y sus largos once años de convivencia política.

La Constitución de 1867 en su artículo 43 precisó lo siguiente: "Gobierno Republicano, democrático, representativo, fundado en la unidad"[6]; reiteró lo preceptuado en la Carta de 1860.

La norma constitucional mencionada no se materializó y posterior al 6 de enero de 1868, se restituyó la vigencia de la Constitución de 1860 llamada por el maestro Jorge Basadre "Transaccional", por su efecto conciliador que buscaba satisfacer exigencias conservadoras, empero filtró aportes de los liberales, con la finalidad de generar estabilidad en el país.

Con estos acontecimientos políticos se cerró la época llamada por el maestro Jorge Basadre "República Aristocrática" (1895-1919).

2. LAS CONSTITUCIONES POLÍTICAS DEL ESTADO PERUANO DEL SEGUNDO CENTENARIO (1920-1993)

Los antecedentes de la llamada Constitución de la "Patria Nueva" de 1920 (Denominación del movimiento político, que le permitió arribar a Palacio, al candidato Augusto Leguía y Salcedo por segunda oportunidad), los encontramos en la comisión nombrada por el caudillo civilista don Nicolás de Piérola (octubre de 1895) con el sano propósito patriótico de reformar la Carta de 1860, quienes integraron la comisión fueron viejos amigos y allegados políticos del régimen entre los que destacaron: Juan José Calle, Carlos Polar y don Alejandro Arenas.

Recordemos que el maestro sanmarquino Juan José Calle, fue autor de un brillante proyecto constitucional relacionado a una sesuda propuesta descentralista fundada en las fuentes federales. Esta tesis federativa encontró resonancia en

6 Cáceres. Jorge. ob. cit., p. 157.

Iquitos, proclamando el "Estado Federal de Loreto"[7] gesta encabezada por el oficial pierolista Ricardo Seminario, que no encontró mayor respaldo social permanente y sostenible en el tiempo.

No podemos dejar de resaltar algunas lecciones de la historia referidas a las elecciones de 1919 que protagonizaron Augusto Belisario Leguía y Salcedo que contó con el apoyo político de los denominados sectores contestatarios al sistema y el candidato del civilismo Antero Aspillaga. Antes de asumir el mando Augusto Leguía por segunda vez, se produjeron conspiraciones palaciegas y ante ello Leguía se anticipó a lo que se denominó "Un golpe de Estado que desconocieran su elección"[8] y con el respaldo del Ejercito, se instaló en Palacio de Gobierno el 4 de julio de 1919 (24 días antes de lo normado), antes de asumir formalmente la presidencia el 28 de julio, la historia registra este hecho como "Un golpe de Estado del Presidente Electo."[9]

El Presidente legal empero de facto Augusto Leguía, anunció una serie de medidas y reformas, las cuales serían plebiscitadas entre las que destacaron; la renovación del Poder Legislativo y la elección de los representantes nacionales por circunscripciones departamentales y provinciales. El mandato Presidencial y Congresal quedaría establecido en 5 años.

Se incorporó en éstos debates, la necesidad de contar con una carrera judicial, donde se fijen las condiciones éticas y profesionales para los ascensos y a su vez se plasmó la propuesta de la no suspensión de las garantías individuales; ésta tesis legítima fue irrumpida y violada por el propio Gobierno de Leguía (1919-1930). El recurso de hábeas corpus adquirió rango constitucional, producto de ley de octubre de 1897 (Gobierno de Piérola).

Destacamos el otorgamiento de autonomía a las Municipalidades en materia económica y administrativa. A su vez se normó sobre el Consejo de Estado como ente de opinión y asesoramiento, compuesto por siete integrantes y designados por el Consejo de Ministros. Estas reformas fueron sometidas a plebiscito y recibieron el respaldo ciudadano.

Uno de los principales y positivos aportes radicó en incorporar las propuestas del proyecto constitucional de Weimar de 1919 y lo plasmado en la vigente

7 Chanamé. Raúl. ob. cit., p. 72. 64.

8 Chanamé, Raúl. ob. cit., p. 72.

9 Chanamé, Raúl. ob. cit., p. 73.

Constitución mexicana de Querétaro de 1917 sobre los denominados derechos socializantes que encontró su fuente en la doctrina del constitucionalismo social; que conllevó a una mayor humanización de los derechos fundamentales, vinculados al respeto y aplicación de las conquistas sociales en el campo laboral, sindical, universitario, de la salud, de la educación y por ende de la cultura y de la seguridad social. Derechos enumerados, empero no garantizados.

La corriente doctrinaria del constitucionalismo social, fue calando y adquiriendo reconocimiento en los sistemas latinoamericanos, pero no así en el peruano, producto del descredito del Gobierno dictatorial que no respetó su propia Constitución, que prohibía la reelección presidencial inmediata, modificando el texto original de 1920 e introduciendo reformas ilegítimas como la ley 5857 del 4 de octubre de 1927 que le permitió reelegirse inconstitucionalmente a don Augusto Leguía y Salcedo, para un tercer periodo que no lo culminó y quienes lo adularon, se convirtieron en sus encarnizados enemigos.

El leguiísmo no sobrevivió a Leguía, ningún grupo político decente de la época pretendió posicionarse como heredero político de Leguía, tras su trágica caída, no se conformó ni una corriente ideológica, ni agrupación política que se reclamará leguiísta. Su legado, su estilo: Autoritario, clientelista, corrupto, megalómano y aspirante a progresista. Qué exigía a sus escasos seguidores desde la prisión "No están en la obligación de vengarme, por lo menos, sí de reivindicarme" (En: Yo Tirano, Yo Ladrón. Memorias. Augusto B. Leguía, Ediciones Achawata. Lima. 2023).

Augusto Leguía, fue ese estilo político que nos llevó a una mixtura de: autoritarismo, corrupción, clientelismo y que impregnó en sus once años de ejercicio de poder, la voluntad de inyectar progreso con una profunda megalomanía plagada de ser el salvador de la Patria. Recordemos que el Congreso lo declaró "Prócer de la República" mediante la Ley N.º 6279 (6 de noviembre de 1928) norma firmada por su hermano Roberto Leguía, Presidente de la Cámara de Diputados (Quien se desempeñó como Vicepresidente en el Gobierno de Guillermo Billinghurst Angulo); como lo relata con acierto don Luis Gonzales Posada Eyzaguirre en: "1923. El Comienzo. Ed. Metanoia. Lima. 2022".

La Universidad de San Marcos lo incorporó como "Doctor Honoris Causa" y la actual avenida Arequipa en el distrito de Miraflores en la ciudad de Lima que inauguró por el centenario patrio, se le consignó originalmente su nombre; todo para alagar su ego.

Su personalidad política, sus rasgos, caracteres, actos y forma de hacer política, los hemos encontrado en la década de los 90, en Alberto Fujimori (Recomiendo leer el texto de la autoría del maestro Luis Alberto Sánchez "Leguía. El Dictador. Ed. Pachacútec. Lima. 1993").

Leguía es apartado del poder el 25 de agosto de 1930, acepta su derrota política y declina ante una Junta Militar que presidió el General Manuel Ponce, este oficial es apartado y lo sucede el Comandante Luis Sánchez Cerro, quien se levanta en Arequipa en contra del Gobierno de Leguía y pronuncia el elocuente manifiesto redactado por el ilustre jurista José Luis Bustamante y Rivero.

En febrero de 1932, don Augusto Leguía fallece a los 62 años y con no más de 38 kilos, privado de su libertad; acusado por numerosos actos de corrupción cometidos por su entorno presidencial y sometido a un riguroso proceso inquisitorio ante un tribunal político, integrado por sus adversarios y digitado por Sánchez Cerro y Luis Flores (líder del Partido "Unión Revolucionaria UR"). No se respetó el debido proceso y sus sagrados derechos constitucionales (Véase: Yo Tirano, Yo Ladrón. Augusto B. Leguía. Memorias. Ediciones Achawata. Lima. 2023).

El texto de 1920 consignó en su numeral 68, la forma de Gobierno republicano, democrático, representativo, fundado en la unidad de la Nación y del Estado. El precepto constitucional mencionado fue irrumpido, quebrado e incumplido por el Gobierno dictatorial de Leguía, que se encargó de perpetrarse en el poder constituido por once largos años.

La Carta de 1933, "No consignó en forma expresa articulado alguno relacionado a la forma de Gobierno"[10]

El texto del 33, contó con una serie de antecedentes del perfil histórico y político; después de la caída de Leguía y el levantamiento militar en Arequipa a cargo de Luis Sánchez - Cerro (22 de Agosto de 1930).

La Presidencia de la República a partir de agosto de 1930 estuvo en manos de militares, civiles y clérigos. Primero la Junta que presidió el General Manuel María Ponce, posterior al oficial del Ejército, se le encargo interinamente la Presidencia al Obispo mistiano Mariano Holguín.

10 Cáceres, Jorge. ob. cit., p. 158.

El Obispo Holguín, reemplazo al Monseñor Emilio Lissón, que fue retirado del cargo por presiones políticas del Gobierno provisional que lideró el Comandante piurano Sánchez Cerro.

El Clérigo Holguín cumplía las labores de administrador apostólico de la Arquidiócesis de Lima.

Ante las revueltas callejeras y las contiendas entre los bandos militares, el Obispo Holguín, entrega después de horas las insignias de mando al letrado Ricardo Leoncio Elías Arias, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, por mandato de la Asamblea instalada.

El 5 de marzo de 1931 (Léase en: La Crisis Constitucional Republicana, que no debe imitarse, en el Libro de Ponencias del XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Ed. Adrus. Arequipa. 2022. De la autoría de: Jorge Luis Cáceres Arce), el Comandante Gustavo Jiménez Saldías, opositor del Leguiísmo, se presenta en la casa de Pizarro, acompañado de un regimiento militar de la guarnición de Lima y le exige el magistrado Elías que dimita; el correcto y ponderado juez entrega el mando supremo al oficial Jiménez (hombre de confianza del militar Sánchez Cerro) gobernó Jiménez con tropiezos apenas 7 días, hasta el 11 de marzo de 1931.

El oficial Jiménez, no recibió el respaldo del partido "Unión Revolucionaria" que lo ungió como Jefe de Estado a Luis Sánchez Cerro, ni de su Secretario General Luis Flores, que ocupó los cargos de Ministro de Estado y Senador.

El 11 de marzo del 31, se embiste del Poder el ex pierolista, el apurimeño don David Samanez Ocampo, quien pretende ordenar y disciplinar la cosa pública, ante el desgobierno, el desorden, la anarquía y los populismos desenfrenados.

La Junta que lidera Samanez, acuerda con acierto, constituir una Comisión, considero entre las más celebras del siglo XX, la encargada de debatir, evaluar y proponer el renombrado "Ante Proyecto de Constitución del Estado – 1931", el decreto de designación está fechado con 7 de agosto de 1931 (Véase: Exposición de Motivos del Anteproyecto de Constitución del Estado – 1931. Centro de Estudios Constitucionales - Tribunal Constitucional. Lima. 2017)

Presidió el célebre grupo de certificados intelectuales: Manuel Vicente Villarán y Godoy, lo acompañaron: Víctor Andrés Belaunde, Toribio Alayza, José León Barandiarán, Ricardo Palma, Emilio Romero, Luis E. Valcárcel, Carlos García

Gastañeta, César Antonio Ugarte, Diomedes Arias Schreiber; figuras inigualables, colosos del derecho y patriarcas de la decencia humana.

Posterior a éstos episodios republicanos se convocó a elecciones generales, siendo favorecido el General Luis Sánchez-Cerro, con el voto ciudadano oculto y superó no cómodamente al entonces joven político Haya de la Torre de 36 años.

Lamentablemente para la Patria y el Constitucionalismo peruano, el sensato y motivado "Proyecto Villarán" no fue tomado en cuenta por la Comisión de Constitución del Parlamento y optaron por encarpetarlo a pesar de su aporte notorio y relevante para el Constitucionalismo contemporáneo.

La Constitución de 1933 fue promulgada por el Presidente Luis Miguel Sánchez-Cerro en abril del mismo año y rigió los destinos del país hasta la entrada en vigencia de la Carta de 1979 (28 de julio de 1980, con varias interrupciones). El texto del 33 fue aplicado irracionalmente en épocas de dictadura (Benavides, Odría, Pérez Godoy, Velazco y Morales Bermúdez) y permitió la práctica democrática en los escasos períodos constitucionales, con ella las mujeres peruanas ejercieron sus derechos políticos y vecinales, ya que participaron activamente en la vida política de la Nación. Las primeras senadoras y diputadas fueron elegidas en 1956, durante el segundo Gobierno de Manuel Prado y Ugarteche y a su vez se eligieron a regidoras en las distintas jurisdicciones provinciales y distritales de la República (Proceso Municipal de 1964-1966).

La primera senadora Irene Silva de Santolalla y 8 diputadas: María Colina, Alicia Blanco, Juana Ubilluz, Carlota Ramos, Lola Blanco, María Silva, Matilde Pérez Palacio y Manuela Billinghurst. (Diario. El Comercio. Edición del Día 21-04-2024. Lima).

Lo nefasto e inconstitucional de la norma del 33, que provocó altos rasgos de discriminación por razones ideológicas, reposó en la ley de emergencia, por la cual se puso fuera de la ley al Partido Aprista y a sus líderes encabezados por Víctor Raúl Haya de la Torre y lo establecido en el artículo 53, de contenido arbitrario, que limitaba el libre ejercicio de derechos políticos elementales.

La Constitución Política de 1979, que fue promulgada por el Presidente Fernando Belaúnde Terry, en su artículo 79 estableció la forma de Gobierno "Su Gobierno es unitario, representativo y descentralizado"[11]

11 Cáceres, Jorge. ob. cit., p. 158.

Estos tres elementos normados en el precepto 79, se constituyen, en cardinales para la determinación del modo y estructura que adopta el Estado republicano, democrático y social peruano a partir del siglo vencido desde una óptica formal.

Lo unitario lo percibimos como carácter único e indiviso de todo el conjunto de la organización político - territorial y político - jurídico.

Ello podemos concretizarlo en un territorio, un poder, una Nación, una soberanía y una representación. La concepción unitaria es distante a la federal que establece fusión de territorios, de poderes, de soberanía y de representación; respetando los niveles de autonomía e independencia.

Lo representativo, significa "Que el poder emana del pueblo pero no se ejerce por él sino por sus representantes elegidos en sufragio universal"[12] Este principio constitucional de representatividad, descansa en la opción constitucional que sin duda ha sido y debe ser la democracia representativa.

Los constituyentes del 79, apostaron por la propuesta de un auténtico Gobierno descentralizado, estructurado en tres niveles estaduales cada uno dotado de competencias constitucionales y atribuciones administrativas, debidamente expresadas y custodiadas en su doble autonomía constitucional.

El proceso de descentralización, se convirtió en una necesaria política de Estado y no solo de Gobierno, que debió implementarse a partir de julio del año 80, que se instaló el sistema democrático en el Perú producto de las elecciones generales de abril del 80, donde el partido de Acción Popular obtuvo el respaldo ciudadano y venció en una contienda democrática al Partido Aprista que llevó como candidato al Sr. Armando Villanueva del Campo. Este anhelado proyecto estatal de la descentralización vía los gobiernos regionales, recién nueve años después se implementó con la elección de las autoridades regionales; que fueron cesadas inconstitucionalmente el 5 de abril de 1992, producto del llamado "Autogolpe de Estado" que lideró el entonces Presidente Alberto Fujimori.

El maestro Manuel Vicente Villarán, plasmó firmemente los fundamentos doctrinarios del Gobierno unitario "En el Gobierno unitario todas las funciones de la soberanía, tanto interno como externa o internacional, pertenecen a un solo Estado".[13]

---

12 Rubio Correa, Marcial. Bernales Ballesteros, Enrique. *Constitución y Sociedad Peruana*. Mesa Redonda editores. Lima 1988.

13 Villarán Manuel Vicente. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Fondo Editorial P.U.C.P. Lima 1998. p. 345.

El jurista Villarán nos recuerda que las democracias se han manifestado con el transcurrir de la historia desde dos posturas: "La primera es la que se llama Gobierno representativo, el segundo Gobierno directo."[14]

Podemos deducir que cuando el poder constituido ejerce el poder real, se hace necesario que los gobernantes, consulten sus decisiones por medio de la participación ciudadana y en ello radica la democracia representativa, expresada en el sufragio, que se convierte en instrumento eficaz de la voluntad del soberano. La democracia es el elemento rector de la educación, ya que a través de ella el ciudadano desarrolla sus facultades inherentes a todo sujeto de derechos.

Las democracias representativas —señala el maestro Manuel Vicente Villarán— son la expresión de los gobiernos representativos, que "suponen cierto grado de instrucción en las masas"[15]. Esta gran propuesta hoy adquiere imaginable importancia para el fortalecimiento del Estado Constitucional que cuenta con una serie de insumos como: La tolerancia, la gobernabilidad y la cultura democrática del poder constituyente, que debe actuar con altos indicadores de responsabilidad cívica.

La vigente Constitución de 1993 nos alcanza la fórmula de Gobierno histórica y republicana normada en el numeral 43 "Su Gobierno es unitario, representativo y descentralizado y se organiza según el principio de separación de poderes"[16], estamos ante un contenido pétreo, irreformable, que se ha ido generando con el transcurrir del tiempo y se ha cimentado en el devenir republicano y requiere como aliado al bloque de constitucionalidad, para guarecer, cuidar, resguardar a la forma de Gobierno de la Nación, aún adolescente cívicamente.

El tercer párrafo del precepto constitucional hace referencia a la forma de Gobierno, que contiene a las características del Gobierno del Estado; la primera es unitaria, lo señalado encuentra fundamento en la dimensión gubernamental estadual que tiene un alcance nacional. El nivel de Gobierno nacional o central radica no sólo en los poderes clásicos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) sino a su vez en los institutos y órganos reconocidos por la Constitución Política y que por su magnitud y alcances supremos adquieren un status político e institucional singular y preferencial. En síntesis, son los órganos del Estado y del Gobierno como así lo desarrolla con certeza doctrinariamente el profesor Víctor García Toma, ex

14 Villarán, Manuel. ob. cit., p. 347.

15 Villarán, Manuel. ob. cit., p. 353.

16 Cáceres, Jorge. Ob. Cit. 158.

representante del Estado peruano ante la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y Doctor Honoris Causa de la Universidad Católica de Santa María.

El carácter representativo del Gobierno radica en quienes ejercen el poder real y formal de todos los niveles de Gobierno, cuenten con el respaldo legítimo y legal, directo e indirecto, cuya fuente es el poder social, cuyo motor es la colectividad constituyente libre y tolerante.

El Gobierno descentralizado como lo definió el profesor Enrique Bernales, se constituye en "Que todo poder de decisión reside en el nivel nacional del Estado: También hay organismos de Gobierno intermedio - regionales y locales que tienen competencias propias y exclusivas, que ejercen sin consultar al Gobierno central, y sin que éste puede intervenir en ellos."[17]

El principio de separación de poderes encuentra como guía, que el poder público de un nivel de Gobierno o poder constitucional, no recaiga en manos de uno o de dos individuos, sino que el poder político de índole gubernamental está distribuido en forma racional, equitativa y democrática entre los distintos órganos constitucionales, conforme a sus competencias y atribuciones que les reserva el mandato constitucional.

Las distintas formas de Gobierno o modelos o estructuras como así las denomina el destacado ex Presidente del Tribunal Constitucional peruano Víctor García, se basan en tres aspectos sustanciales: "Modo de selección de los gobernantes y la manera o estilo de actuación política de éstas, modo de ordenación, distribución, coordinación y control de las competencias políticas de los órganos de poder estatal y modo de conexión de los postulados ideológicos y con los instituciones político-jurídicas"[18]

Considerando estos modelos de Gobierno estamos en la posibilidad de alcanzar las distinciones estructurales y nominales entre los sistemas políticos y los regímenes políticos.

Los sistemas políticos, se refieren como lo explica el profesor y ex Ministro de Justicia Víctor García Toma, a las propuestas de índole ideológico vinculantes a las instituciones de Gobierno. Estos sistemas contienen propuestas económicas y políticas reservadas a la organización política y a la estructura social. Algunas clases de estos sistemas admiten opiniones plurales.

---

17 Bernales Ballesteros, Enrique. *La Constitución de 1993*. ICS Editores. Lima. 2006.

18 García Toma, Víctor. *Legislativo y Ejecutivo en el Perú*. Jurista Editores Lima. 2006.

El clasificador descansa en la propuesta ideológica y filosófica vista desde la perspectiva política y estas clases son: Gobierno absolutista, Gobierno liberal, Gobierno fascista, Gobierno democrático - social y Gobierno marxista.

Los regímenes políticos están relacionados a las formas de conexión entre los órganos constitucionales que ejercen poder político; éstos regímenes en esencia admiten una pluralidad objetiva del auténtico ejercicio del poder político, estos son: Régimen parlamentario, el régimen presidencial, el régimen de asamblea y el directoral, el régimen mixto y compuesto y por último el régimen sultanatico.

El sistema político peruano se encuentra alineado y conectado por la historia constitucional al sistema de Gobierno democrático - social. En cambio, el régimen político en esencia no es ni parlamentario, ni presidencial; lo podemos ubicar en el modelo mixto, compuesto o hibrido, acotado, atenuado y recogemos la denominación política que el magnífico politólogo Pedro Planas lo diseño como "La forma latinoamericana de Gobierno"[19] o un "presidencialismo parlamentarizado" a decir del ilustre constitucionalista Domingo García Belaunde.

No podemos dejar de mencionar la propuesta del maestro mexicano Jorge Carpizo "Una tipología del Presidencialismo Latinoamericano"[20]. En lo que se refiere al régimen político de Gobierno adoptado por nuestro país, este se ha consolidado por contar con las principales características del régimen presidencial como la elección del Presidente de la República y que los poderes del Jefe de Estado y del Jefe de Gobierno estén concentrados en un ciudadano, elegido cada cinco años empero contamos con la característica pura del régimen parlamentario de la existencia y reconocimiento constitucional del Consejo de Ministros desde 1856 y la figura de la censura e interpelación ministerial que producto de las prácticas parlamentarias durante el primer Gobierno de Ramón Castilla, adquirieron rango constitucional (Caso del Diputado iqueño Pedro de la Quintana y del Ministro de Hacienda Pardo y Aliaga).

La fórmula de Gobierno peruano, encuentra sus fuentes desde inicios de nuestra emancipación.

Cuando el Generalísimo don José Francisco de San Martín y Matorras proclamó la independencia, las tropas reales insistían, resistían y no aceptaban su partida

19 Planas Silva, Pedro. *Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional en América Latina*. LPG Editores. Arequipa 1999.

20 Carpizo MacGregor, Jorge. *Concepto de Democracia y Sistema de Gobierno en América Latina*. Idemsa Editores. Lima. 2008

y se requería en ir concibiendo la forma o sistema de Gobierno que adoptaría el naciente Estado.

Como anota con la severidad y seriedad que lo caracteriza, el maestro Domingo García Belaunde; en enero de 1812 se instaló la "Sociedad Patriótica", que convocó a las mentes lúcidas y nominaron como agenda, "Cuál sería el Sistema de Gobierno más adecuado para la naciente Patria".

No olvidemos que, de buena fe, el libertador del Río de la Plata, aspiro a importar el "Modelo Monárquico Constitucional" (Cercano al normado lejanamente en la Carta liberal de Cádiz de 1812).

Lo comenta con notable detalle el Presidente Honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Domingo García Belaunde en el nutrido texto "Tiempos de Constitucionalismo, Gaceta Jurídica. Lima. 2020". Se envió una delegación a Europa integrada por Juan García del Rio y Diego Paroissien (diciembre de 1821) cuya misión era buscar un príncipe europeo. No prosperó el proyecto, no encontraron el candidato para la hechura.

Se visitó a distintos candidatos al trono imperial peruano (Acta del Consejo de Estado del 24 de diciembre de 1821, régimen del Protectorado del General San Martín) El objetivo, seleccionar entre las distintas dinastías europeas al monarca andino (Dinastías reales: Británica – Casa de Hannover, Imperial de Rusia – Casa Romanov, Imperial de Austria – Casa de Austria, Red Francesa – Casa de Borbón, Red Portuguesa – Casa de Braganza, Ducal de Parma – Casa de Borbón) (Véase: Arnaldo Mera Avalos. En Busca de un Candidato al Trono Imperial Peruano - Diciembre 1821. Historia y Cultura, Fondo Ed. PUCP. Lima. 2013).

La nómina la lideraron los ingleses por sus conexiones y cultura férrea, ahí se encontró al Príncipe Leopoldo de Sajona Coburgo, Augusto de Hannover, Duque de Sussex, a Carlos Luis Gran Duque de Luca y Miguel de Rusia Duque de la Dinastía de Romanov. (Raúl Chanamé Orbe. La República Inconclusa. Sexta Edición Ed. Summa. Lima. 2022).

La propuesta republicana salió adelante, la sociedad patriótica liderada por Bernardo Monteagudo, impulsó el debate constitucional reservado al modelo de Gobierno sin duda el resultado unánime, apostar por una "República independiente, democrática y representativa".

El segundo asunto a evaluar, como nos organizábamos, como un Estado unitario o federal. Los protagonistas, dos patriotas, ilustres y preclaros intelectuales: Francisco Javier de Luna Pizarro y Pacheco y don José Faustino Sánchez Carrión.

El debate alturado, sensato, motivado y cívico se apagó en 1825, ante la repentina partida del "Solitario de Sayán".

La Carta de 1828, cimentó las bases del constitucionalismo peruano como lo aseveró el jurista Manuel Vicente Villarán y Godoy, selló, consolidó nuestro Estado unitario (Ante el peligro que constituía la gran Colombia, se pensaba que el federalismo impulsaría el desorden y la debilidad).

El tribuno José Pareja Paz-Soldán dijo y destacó de la norma magna del 28; que:

> Fijó a las líneas esenciales de nuestro Estado, sistema presidencial, con poderes apropiados y efectivos, régimen ministerial, con responsabilidad compartida entre el Presidente y los Ministros, refrendo ministerial, elección popular del Presidente, organización bicameral, teniendo el Parlamento funciones legislativas y de control; Poder Judicial independiente...régimen unitario... unión de la Iglesia y del Estado. (José Pareja Paz-Soldán. Historia de las Constituciones Nacionales. 1812-1979. Lima. Fondo Ed. PUCP. 2005)

Estos caracteres, componentes, institutos, figuras y elementos son propios de los regímenes políticos clásicos: Presidencial – norteamericano y Parlamentario europeo. A ellos debemos agregar el órgano constitucional del Consejo de Ministros (Gabinete – europeo – inglés) y sus instrumentos y herramientas políticas de control como son: Interpelación, Censura, Voto de Confianza, de Censura, de Embestidura y Cuestión de Confianza; que se han incorporado unas con la liberal Carta Castillista (Consejo de Ministros y su Presidencia, recogido del modelo Galo) otras, la de 1860, Constitución conservadora de mayor vigencia jurídica, más de 59 años, cuyo liderazgo recayó en el talentoso clérigo arequipeño Bartolomé Herrera Vélez.

Encontramos la norma suprema de 1920, conocida como la "Patria Nueva" (Mayor participación e instrucción de los ciudadanos en los asuntos de la cosa pública) y recogió del modelo mexicano su principal símbolo, el denominado "Constitucionalismo Social", este documento fortaleció la figura de la Presidencia del Consejo de Ministros y del Consejo de Estado que lo reestableció. Rigió los once largos años de Gobierno de Augusto Leguía y le permitió reelegirse en dos oportunidades (1924-1927).

El Voto de Censura, adquiere status constitucional en la ley fundamental de 1920, esta figura viene de las leyes de ministros de 1862 y 1863, como también la interpelación parlamentaria.

La Carta de 1933 fortaleció el instituto del "Premierato" e intensificó las figuras de la interpelación y censura ministerial, que se utilizó incontroladamente en el primer Gobierno del Presidente Fernando Belaunde (1963-1968), por una mayoría parlamentaria (APRA-UNO), empero frente a los actos carentes de transparencia (Recomiendo revisar el libro titulado: Historia de la Corrupción en el Perú, de la Autoría de: Alfonso W. Quiroz. Quinta edición I.E.P. Lima. 2018) y los constantes desaciertos de los Ministros y funcionarios de rango superior y de oficiales de las fuerzas armadas (Escándalos de los bazares militares).

Es necesario destacar que la primera ley que reguló el funcionamiento del "Gabinete Peruano" se emitió en el Gobierno de Ramón Castilla en 1856 y la vigente Ley N.º 29158 que regula al Poder Ejecutivo y a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) data del 20 de diciembre de 2007, periodo de Alan García Pérez.

Retomando la Carta inspirada en los "Sanchecerristas" los congresistas contaban con iniciativa de gastos, lo que hoy no se encuentra autorizado, con severo acierto.

La figura del refrendo ministerial (recogida de los sistemas: francés y alemán) se aplicó y se aplica al Jefe de Estado, como elemento de control interno y a la vez era sometido a la fiscalización de las Cámaras Legislativas, con estos mecanismos se debilitó significativamente el caudal, peso político presidencial y el Congreso encontró mayores espacios de influencia estadual.

La Carta del 33, recogió del modelo europeo (alemán y francés) la "Segunda Vuelta Presidencial", que conlleva a contar, acumular con una mayor representatividad y legitimidad del inquilino del "Damero de Pizarro", del 50% a más de los votos válidamente emitidos, para liderar el Ejecutivo.

El 138, lo normó "Sí ninguno de los candidatos obtiene la mayoría requerida, el Jurado Nacional de Elecciones dará cuenta al Congreso del resultado del escrutinio... el Congreso elegirá Presidente de la República entre los tres candidatos que hubieran obtenido mayor número de votos válidos" (Las Constituciones del Perú. Tribunal Constitucional – CEC. Universidad Católica de Santa María – Fondo Editorial. Arequipa. 2018).

La doble vuelta parlamentaria se desarrolló en la legislación constitucional de 1933, empero no se aplicó, por la interferencia castrense, la negligencia política y la deslealtad cívica de un candidato.

El 10 de junio de 1962, se dan los resultados electorales, Haya de la Torre después de 30 años de estar impedido de participar, gana la contienda a Fernando Belaunde de Acción Popular por menos de 15 mil votos y a su otrora carcelero político el General Manuel Odría por 77 mil sufragios. El Congreso tenía el encargo constitucional de seleccionar entre uno de los tres ciudadanos al futuro dignatario por los siguientes 6 años (1962-1968).

El Partido de las juventudes impugnó el resultado alegando "fraude electoral" que no existió y que lo alentaron los comandantes de las Fuerzas Armadas que no aceptarían como Jefe Supremo del orden militar al líder trujillano. (No le perdonaban los sucesos del levantamiento civil de 1932 y las feroces muertes de militares).

El Presidente Manuel Prado fue advertido por los mandos castrenses, que no aceptarían la elección de Haya de la Torre como mandatario.

Haya de la Torre, aceptó el recado de los militares transmitido personalmente por el sumiso gobernante Prado Ugarteche. Pronunció uno de los mensajes que caló con firmeza en la conciencia de todo ciudadano, el líder Aprista actuó con responsabilidad patriótica y se desprendió de ambiciones.

"Creo haber cumplido con mi deber de ciudadano al responder yo mismo y no por el partido, que cuando a un peruano se le exige sea cual fuera la razón el sacrificio de lo que le es más caro por el bien de la Patria, que es su libertad, su derecho democrático, la razón de ser de su existencia, la defensa de sus instituciones basado en la validez del voto ciudadano, nadie puede rehusar a darlo todo..." (Véase Víctor García Toma. Las Alianzas del APRA. Gráficas Imagen. Lima. 1982).

La práctica de la doble vuelta que se impulsó en Alemania, en la segunda guerra mundial (Constitución de Weimar) o frente a la acertada innovación constitucional francesa (V República) introducida por el magnífico General Charles de Gaulle, para contrarrestar el avance comunista.

Empero se consolido esta institución para generar bloques sólidos de alianzas electorales y contar con posturas definidas de derecha o de izquierda. Con ello el gobernante del Eliseo esgrime fundamentos que reflejan estabilidad del régimen, con respaldo ciudadano respetable desde la partida de su gestión, con mayoría

parlamentaria bien constituida, que garantiza gobernabilidad con espaldas cimentadas en la legitimidad expresada en las ánforas en la segunda ronda presidencial.

Es una constante en nuestra región andina y en Perú, en los últimos veinte años la aplicación de la segunda contienda presidencial. En nuestro medio (Fujimori, Toledo, García, Humala, Kuczynski y Castillo). Los Jefes de Estado latinos: Gustavo Petro, Javier Milei, Gabriel Boric, Luiz Inácio Lula y Daniel Noboa.

Retomando los resultados de los comicios de 1962, la casta militar, no respetó la voluntad democrática y respaldados por la dirección de Acción Popular, que exigía la abstención parlamentaria (No elegir entre los tres candidatos) y esperar la reacción militar; 33 representantes del partido, asumieron cívicamente y lealmente su responsabilidad conferidas por la ciudadanía, entre ellos el arequipeño Francisco Chirinos Soto, Enrique León Velarde entre otros, plantearon que la Asamblea debía determinar los destinos del país y no los mandos militares.

El 18 de julio de 1962, una Junta Militar desplaza de Palacio de Gobierno al Jefe de Estado Manuel Prado y asumen la inconstitucional dirección de la República, liderados por el General Ricardo Pérez Godoy, con el pleno respaldo del comando conjunto de las Fuerzas Armadas y Policiales y letalmente de las bases partidarias de Acción Popular.

El Voto de Confianza llegó a nuestro modelo de control político, con la Constitución de 1933.

Este respaldo eminentemente de corte político, se practicaba al Consejo de Ministro recién instalado, quienes concurrían a la sede del Legislativo para presentar, sustentar y justificar su "Plan de Trabajo"; de no cumplir con la tarea encomendada, no continuaban en funciones y deberían solicitar el "Voto de Confianza" de no obtenerlo, el Ministro estaba y está obligado a dimitir, de no alcanzar la confianza el Gabinete, este deberá alejarse en su conjunto y el Presidente aceptará la totalidad de renuncias y se procederá a seleccionar a un nuevo Consejo de Ministros (Se produce la crisis ministerial y el cómputo que le concede al Jefe de Estado a disolver constitucionalmente el Parlamento, ahora solo la Cámara de Diputados con la reciente reforma constitucional. Ley N.º 31988, artículo 134-Constitución de 1993).

En ocasiones se confundió el otorgamiento del "Voto de Confianza" con el "Voto de Investidura", este último encuentra sus orígenes en el sistema inglés, concretamente en su modelo parlamentario, ante la figura del Gabinete.

El monarca británico extiende su confianza, respaldo al Gabinete constituido producto de las negociaciones y acuerdos políticos asumidos en la Cámara de los Comunes, entre las distintas fuerzas partidarias (Laboralistas, Conservadores, Liberales, Ambientalistas) y los enviste de representación, de poder, de actuación pública para gobernar a nombre del Parlamento y la Corona. El Primer Ministro inglés es el Jefe de Gobierno (El laboralista Keir Rodney Starmer) y el Rey es el Jefe de Estado (Carlos III de Windsor).

El "Voto de Investidura" en nuestro medio político no es aplicable, ha sido erradamente entendido e inadecuadamente apreciado, nuestros ministros juran y juraron el cargo ante el Presidente; actuaron, ordenaron, erraron, acertaron y posterior a ello concurrían a los 30 días al Congreso a solicitar el "Voto de Confianza" de respaldo, y no de asunción o investidura a la función o cargo político de confianza, que le confirió el Jefe de Estado y no el Parlamento (Que lo somete a un examen inquisidor).

Hemos recogido una peculiar característica del modelo presidencial, concentrar, empoderar, potenciar, integrar en un individuo dos peculiares tareas ejecutivas: Jefe de Estado y de Gobierno. Este indicador es inherente y singular del régimen presidencial norteamericano.

Como lo apuntó con notable talento don Enrique Bernales, "El Presidente de la República es el eje de todo el sistema político - jurídico y el responsable directo de la preservación del Estado de Derecho... depositario de la legalidad del sistema... comprometiéndolo a que haga cumplir y cumpla la Constitución y las leyes (Véase: La Constitución de 1993 – Veinte Años Después. Ed. Idemsa, Lima. 2012, de la autoría de Enrique Bernales Ballesteros)

La condición de Jefe de Estado y de Gobierno, conlleva a cumplir ambas responsabilidad simultáneamente. Funciones de responsabilidad sensible, como dirigir la política externa y otras reservadas a actividades domésticas, ordinarias, administrativas (Estas se encuentran numeradas en el 118 de la Carta del 93).

Velar por el orden interno y la seguridad externa, es función que caracteriza al Jefe de Gobierno, como la reglamentar leyes, dictar decretos y resoluciones.

Contamos como lo describió, lo destacó y lo determinó Pedro Planas Silva, ante un régimen que se ha ido formando, gestando y bebiendo de las dos fuentes históricas, doctrinarias y normativas tradicionales y nativas: El Parlamentario europeo y el Presidencial norteamericano.

Tenemos el Gabinete, sus Ministros, el Refrendo, la Interpelación, la Censura y los Votos de Confianza y Desconfianza o Censura. En sí, el control político, la tesis francesa de "Pesos y Contra-Pesos", el Bloque de Constitucionalidad y las Cláusulas Pétreas como símbolo de firmeza de solides principista.

"El sentimiento constitucional", creación ibérica del jurista Pablo Lucas Verdú, expresión de respeto, de cautela, de deferencia al orden constitucional y con él a su contenido, a sus instituciones, principios, valores, garantías, derechos que integran y que componen el Estado Constitucional. Es decir, de cariño, de aprecio y de procuraduría a la Carta Constituyente.

El Régimen Presidencial, su control difuso, la singularidad del Jefe de Estado y en él al Titular del Gobierno.

La Acusación Constitucional, el Juicio Político, la Bicameralidad, y la inquebrantable defensa de derechos fundantes.

Se ha venido edificando, calando, cimentando la forma de Gobierno latinoamericano o la forma latinoamericana de gobernar, es decir construyendo el andamiaje, sobre estructuras: Históricas, doctrinarias y normativas (Ingeniería Constitucional, bajo la tesis del jurista italiano Giovanni Sartori)

Han surgido una serie de acertadas anotaciones, para describir como las sociedades latinas en las últimas tres y cuatro décadas, incorporaron en sus regímenes o modelos de Gobierno, a las herramientas e instrumentos y piezas políticas que les permitieron convivir en democracia y en plenas libertades.

Encontramos al presidencialismo frenado, acotado, parlamentarizado, atenuado; con elementos parlamentarios dentro del sistema presidencial, como se adoptó en nuestra Carta Histórica de 1828.

Los juristas mexicanos Diego Valadés y Jorge Carpizo desarrollaron motivadamente las tendencias comentadas. La parlamentarización de los sistemas presidenciales y don Jorge Carpizo denominó, el presidencialismo latinoamericano.

Para el ex Presidente de la Academia Peruana del Derecho, Domingo García, estamos ante un "Presidencialismo Parlamentarizado o atenuado". Permitió y permitirá que un Senador o Diputado sea Primer Ministro o Ministro. De ellos hemos contado con brillantes y selectos personajes; hoy estamos huérfanos.

Para otros calificados investigadores, estamos bajo un régimen híbrido, mixto o compuesto, semipresidencial o semiparlamentario, como lo describen: Víctor García, Francisco Eguiguren y el joven académico Joaquín Ignacio Cáceres (En la

Tesis titulada: "La Inestabilidad Estructural del Sistema Parlamentarizado Peruano". Grado de Máster en Derecho Parlamentario, Elecciones y Estudios Legislativos. Universidad Complutense de Madrid. España-2023).

La fórmula de Gobierno descrita y sellada normativamente en el numeral 43 ha transitado históricamente como bien lo describió el dos veces constituyente del 79 y 93 el mistiano Enrique Chirinos Soto.

En la lejana veterana ley constitucional del 33, donde Carlos Chirinos Pacheco (Padre de los Chirinos Soto) cumplió tareas de constituyente se dijo "El Perú es una República democrática" así lo mando el numeral primero.

La sustantiva norma, la que se merece y no cesara de perder su lugar y sitial en el pedestal del constitucionalismo fundante, la notable Constitución Política del 79, declaró en su precepto 79 "El Perú es una República democrática y social", insertó el componente sensible aparte del representativo y participativo; el humano, el lado o la cara fraterna, solidaria del Estado, que exige la sociedad a su organización estadual.

La Carta del 93, que surgió, que devino, débil políticamente, con andamios constitucionales frágiles y con estructuras orgánicas carentes de elementos constituyentes sólidos, válidos y actuantes.

En el artículo pétreo signado con el 43, dictamina producto del devenir del tránsito emancipador bicentenario "La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana".

Se incorporan dos contundentes y determinantes indicadores principistas. Somos una Nación consolidada con plena identidad, sin dependencias ideológicas, ni filosóficas, ni dogmáticas y libres; emancipados y soberanos en nuestras decisiones, actos y deliberaciones gubernamentales.

La Ley del 93, que se dictó por presión de la comunidad internacional, ha cumplido tres décadas de dictados, de hechos, de tropiezos, de confrontaciones, de cumplimientos, de efectividad en el campo: económico, político, social, jurídico y supranacional.

Se ha venido consolidando, constitucionalizando, afirmando, legitimando socialmente y adquirido el crédito, el respaldo, la confianza del soberano; que no ando por el estrecho sendero de la propuesta errada y manipulada de una "Asamblea Constituyente"; la sociedad peruana, no está, no se encuentra, no tiene al frente,

su momento constituyente, no estamos aún en nuestro clima constituyente, como lo afirma con aguda motivación el Juez Supranacional Alberto Borea Odría.

Debemos reconocer con hidalguía que su régimen económico ha funcionado con eficacia cuantitativa y la misma garantizó con firmeza política los procesos de sucesión presidencial desde 1995 a nuestra época (julio del 25), es letal para la estabilidad democrática y la imagen de un país republicano, que entre julio del 16 y julio del 25 (9 años transcurridos) hayamos contando con 7 ciudadanos que han gobernado constitucionalmente la Patria (Kuczynski, Vizcarra, Araoz, Merino, Sagasti, Castillo y Boluarte).

Somos una República, que nos refleja un Gobierno representativo y que encuentra su fuente social y primaria en la ciudadanía y que está personificada o singularizada en el Jefe de Estado, denominado Presidente; es el sistema contemporáneo civilizado que admite, permite, tolera, respeta, considera y garantiza: Libertades, pluralismo, verdades, falacias, discrepancias; a todas las sangres como lo soñó José María Arguedas.

Enrique Bernales nos instruía con soltura intelectual (Véase: La Constitución de 1993. Veinte Años Después. Ed. Idemsa. Lima. 2012). La República soberana expresa, que no existe otro poder dentro de la sociedad que el que detenta el Estado; bajo el argumento básico, elemental y agudo. Que este ejercicio se haya generado legítimamente y dentro del marco normativo. El Poder es supremo, sí, cuando es controlado y se encuentra garantizado.

Nuestro formado, ideado y evolucionado presidencialismo peruano, como bien lo considera la calificada especialista Milagros Campos Ramos, puede ser nominado, atenuado o "Presidencialismo Parlamentarizado" expuestas y sustentadas las razones por don Domingo García, donde las características parlamentarias han ido escalando peldaños en el modelo presidencial, concretamente los mecanismos de control de los sistemas europeos (Recomiendo la lectura del ensayo titulado "Las crisis del sistema de Gobierno en el Perú: el choque de trenes". De la autoría de Milagros Campos Ramos. Publicado en: Temas para Repensar la Constitución de 1993. A treinta años de su vigencia. Ed. Palestra. Lima. 2023).

Contamos con un Jefe de Estado y de Gobierno, a la costumbre y al fuste norteamericano. Decide el futuro de los ministros (Un Presidente sólido y un Gabinete sometido).

El refrendo ministerial, lo controla, no hay acto presidencial válido sin la firma (El respaldo del Ministro, numeral 120). Empero puede prescindir y remover

al Ministro que le incomoda, sin dar cuenta o explicar de su decisión política, al órgano legislativo y aún; si el Primer Ministro se rehusará a sumarse al proyecto político, el Jefe de Gobierno está facultado a retirarle la confianza sin mayor justificación política y no debe concurrir al Parlamento a sustentar los motivos del cambio o remoción. No existe norma, ni limite o poder formal del "Premier" que someta al Jefe de Estado.

Don Víctor Andrés Belaunde describió con profunda objetividad histórica y política al Presidente peruano "... es un Virrey sin Monarca, sin Consejo de Indias, sin Oidores y sin Juicio de Residencia..."

Las Constituciones del 79 y 93, concedieron mayores prerrogativas al primer mandatario, (conocida en la doctrina constitucional como: Dictadura Constitucional, quiebre, desequilibrio al elemental principio del "Equilibro de Poderes").

Los Ministros ejercen control político horizontal y no vertical, empero sí el Jefe de Estado, decide remover a su colaborador político de confianza, está facultado, y lo han efectuado en horas (Caso de Fernando Olivera que juramentó al medio día como Canciller, el 11 de agosto del 2005; sin título profesional y carente de credenciales notables para tan significativa función. A las 4:30 p.m. del mismo día el entonces hoy privado de su libertad Alejandro Toledo juramento al sucesor del desacreditado Sr. Olivera; el Embajador Oscar Maurtua de Romaña).

Lo Controla el Parlamento, frente al cumplimiento de sus responsabilidad y respeto estricto de sus atribuciones numeradas en el 118 de la ley constitucional. Si las vulnera, las irrumpe, las estropea moralmente o actúa con impericia o negligencia política, se activa la figura de la "vacancia presidencial"[21].

3. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES CUALITATIVAS 2024

El 20 de marzo del 2024, se publicó la Ley N.º 31988 (Ley de Reforma Constitucional: Que restablece la Bicameralidad. La reelección de Congresistas). La Norma acotada modifica 53 numerales constitucionales.

Por tradición constitucional y política, la estructura del legislativo peruano ha funcionado bajo las condiciones y alcances de la Bicameralidad.

21 Véase: Jorge Luis Cáceres Arce. *La vacancia por incapacidad moral: "la vacancia presidencial en el constitucionalismo peruano.* Fondo Editorial UCSM, Arequipa, 2018.

La Unicameralidad, impuesta por el "Fujimorismo" ha generado el debilitamiento de la clase política y la corrosión de sus adolescentes estructuras.

No contamos con válidos y genuinos movimientos, partidos y organizaciones políticas, dotadas de ideología, con un programa sustentado, doctrinariamente con escuelas de formación, con líderes embestidos de cualidades éticas y capacidades para gobernar. Estamos huérfanos de ideólogos y personajes idóneos y peritos en la administración de la vida estadual con decencia.

El 9 de diciembre del 2018, se desarrolló el proceso de consulta ciudadana "Referéndum" que convocó el Gobierno del ex Presidente Martín Vizcarra Cornejo (Hoy inhabilitado de ejercer la función pública por 10 años), así también, con procesos judiciales instaurados ante la Corte Suprema de Justicia como: Caso Club de la Construcción, Caso Hospital Regional de Moquegua y Lomas de Ilo).

La ciudadanía concurrió y producto de la desinformación, la campaña emprendida por el Gobierno del Sr. Vizcarra y sus aliados los denominados "caviares", la ignorancia, la intolerancia ciudadana, la carencia de cultura democrática y sin duda el inadecuado e irregular y desmotivado comportamiento de la mediocre clase política, se obtuvieron los resultados que el equipo del régimen de turno se propuso.

Desaparecer al Consejo Nacional de la Magistratura y reemplazarlo por la Junta Nacional de Justicia.

El no retorno a la Bicameralidad y la no reelección de Congresistas.

El fatal financiamiento a los fantasmas partidos políticos que en esencia y en naturaleza no funcionan.

El 77.8% de los consultados respaldaron suplir al CNM por la JNJ frente a un 12.09% que se opuso (Fuente JNE).

Nos hemos encontrado entrampados en varios procesos competenciales y de amparo generados por los ex consejeros de la JNJ (Sres. Vásquez y Tello) que antepusieron sus intereses personales a los institucionales y que impidieron el normal funcionamiento del órgano encargado de: Evaluar, nombrar, ratificar, destituir a Jueces y Fiscales de todas las instancias. En sí la reforma no resolvió, no mejoró, ni optimizó el desenvolvimiento del ente constitucional. Todo lo contrario, ha conducido a la JNJ a una profunda crisis institucional estructural.

El 79.1% se opuso, retornar al sistema bicameral y el 8.3% dijo sí (Fuente JNE) La Feroz, orgánica y bien diseñada campaña publicitaria de Palacio gubernamental,

alcanzó el objetivo trazado de las razones por el no. Mayores gastos presupuestales, inoperancia del sistema, el modelo unicameral si funciona y es óptimo.

Un 77.1% de peruanos, frente al 12.7% se opusieron a la reelección de Congresistas (Fuente: JNE).

Históricamente en los últimos 20 años, entre un 20% a 25% de parlamentarios fueron reelegidos por la ciudadanía.

La experiencia es aceptable y necesaria para elevar los niveles del funcionamiento del Congreso, en los indicadores de calidad legislativa, efectividad fiscalizadora y control político. Un 65% de los actuales parlamentarios (130) han sido denunciados ante la Comisión de ética por: Comportamientos inadecuados, recortar remuneraciones a sus trabajadores, por presuntos actos de corrupción y faltas éticas.

La población sin mayor información respaldó el financiamiento estatal a los movimientos políticos que registra bancadas ante la representación nacional. El 77.5% consideró oportuno otorgarles recursos económicos y el 12.6% se opuso (Fuente: JNE).

Los recursos económicos se destinan para las escuelas de capacitación, asumir los gastos de alquiler de los locales partidarios y sus servicios y aquellas actividades vinculadas al funcionamiento del movimiento (Convenciones nacionales, regionales, locales).

Se desconoce sí se viene cumpliendo con la finalidad indicada.

El Congreso Unicameral respetando el debido proceso y lo normado en el numeral 206, en dos legislaturas ordinarias y con el voto de la mayoría absoluta (Más de 87 sufragios) y el ratificado respaldo político de la bancada de Fuerza Popular (Fujimorismo) aprobaron sus miembros, el retorno al sistema Bicameral, (60 senadores y 130 diputados) a partir de las elecciones parlamentarias y presidencial del 12 de abril de 2026 y a su vez los actuales congresistas gozan del privilegio de ser reelectos.

En materia de control político, con acierto se ha generado una distorsión innecesaria vinculada al otorgamiento del "Voto de confianza" al Gabinete que presta juramento ante la Presidenta de la República, conforme el mandato constitucional, debe concurrir en pleno al hemiciclo de la Cámara de Diputados, a exponer y debatir la política general de Gobierno y las principales medidas de la gestión que éste impulsara, el plazo no varió, es dentro de los 30 días de haber asumido funciones.

La novedad radica en que la exposición no da lugar al planteamiento de la "Cuestión de Confianza" (Artículo 130).

El Presidente del Consejo de Ministros y los integrantes del Gabinete, prestan juramento ante el Jefe de Estado, quien los designa y los remueve (Artículo 122) y asumen funciones, el indicado día en que son embestidos del cargo ministerial, no requieren de la confianza política del Parlamento, a no ser que sean sometidos al proceso de control político, de interpelación y con la consecuente solicitud de censura (Artículos: 131 y 132 de la reformada ley suprema).

4. ENTRE LA INESTABILIDAD Y LA URNA: EL DERECHO CONSTITUCIONAL A PRUEBA EN LA RUTA AL 2026

4.1. La (ex) Presidencia en el banquillo: del juicio al pasado a la fragilidad del presente

En la antesala de un nuevo proceso electoral, el Perú transita un periodo de alta tensión institucional en el que el Derecho Constitucional no solo regula, sino que también es puesto a prueba por los actores políticos, los órganos de justicia y la ciudadanía. La lucha contra la corrupción, la crisis de legitimidad del sistema de representación y el cuestionamiento permanente de la autoridad presidencial configuran un escenario en el que los principios constitucionales enfrentan su mayor desafío desde la transición democrática del año 2000.

4.2. Caso: Alejandro Toledo Manrique

La sentencia contra el expresidente Alejandro Toledo, dictada en octubre de 2024, no solo cerró un capítulo judicial, sino que reavivó el debate sobre el uso del poder, la responsabilidad de los altos funcionarios y la vigencia del Estado de Derecho en una democracia fatigada.

El 7 de junio de 2023, el juez Richard Concepción Carhuancho concluyó la etapa intermedia del caso Interoceánica, referida al control de acusación, proceso que involucró al expresidente Alejandro Toledo. Posteriormente, Toledo fue hallado culpable de haber recibido aproximadamente 35 millones de dólares de la constructora brasileña Odebrecht a cambio de favorecerla en la adjudicación de la obra para construir 650 kilómetros de la carretera Interoceánica, que conecta Brasil con el sur del Perú. De acuerdo con el Ministerio Público, los fondos fueron

canalizados a través de cuentas offshore vinculadas al empresario peruano-israelí Josef Maiman, cercano colaborador de Toledo, fallecido en 2021.

Después de un prolongado proceso judicial que incluyó su extradición desde Estados Unidos y múltiples recursos legales en su defensa, el 21 de octubre de 2024 el Poder Judicial peruano sentenció a Toledo a 20 años y seis meses de prisión por los delitos de colusión y lavado de activos. Además, se le impuso una pena adicional de tres años de inhabilitación para ejercer cargos públicos.

La condena, que el expresidente niega categóricamente, marcó un hito en la lucha contra la impunidad de los altos funcionarios en el país, cerrando un ciclo de larga espera por justicia en uno de los casos más emblemáticos de corrupción transnacional en el Perú. (BBC Mundo. Alejandro Toledo: condenan a más de 20 años de prisión al expresidente de Perú por el caso de la constructora brasileña Odebrecht. 22 de octubre de 2024)

4.3. Caso: Ollanta Humala Tasso

El caso del expresidente peruano Ollanta Humala se ha convertido en un hito dentro del proceso de judicialización de la política latinoamericana. El Tercer Juzgado Colegiado de la Corte Superior Nacional de Lima lo condenó a él y su esposa a 15 años de prisión por el delito de lavado de activos, al comprobarse que financió de manera irregular sus campañas presidenciales de 2006 y 2011 con fondos de origen ilícito, provenientes de Venezuela y de la constructora brasileña Odebrecht. Esta sentencia se enmarca en un contexto regional cifrado por la inestabilidad política, la fragilidad institucional y la creciente intervención del Poder Judicial en la fiscalización de actores que ocuparon las más altas esferas del poder.

De los actuados se advirtió que en 2011 la candidatura de Humala recibió cerca de tres millones de dólares de Odebrecht, mientras que en 2006 habría contado con fondos provenientes de Venezuela. El Tribunal determinó que tales recursos fueron ocultados mediante mecanismos como la simulación de aportes individuales, configurando un "modus operandi" orientado a blanquear el origen del dinero y otorgarle apariencia de legalidad.

En esa misma línea, su esposa, Nadine Heredia, cofundadora del Partido Nacionalista Peruano- fue condenada a una pena similar. La Fiscalía había solicitado para ella una condena de 26 años y medio, acusándola de haber tenido un rol activo en la administración y encubrimiento de los fondos ilícitos que ingresaron a la campaña. Su conducta posterior a la sentencia, ha generado un amplio rechazo:

aunque fue declarada culpable de lavado de activos y sentenciada a 15 años de cárcel, se le concedió un salvoconducto para salir del país tras solicitar asilo en la embajada de Brasil. Este comportamiento resulta jurídicamente objetable y éticamente reprochable, pues evidencia un intento de eludir la justicia bajo el disfraz de persecución política.

La figura del asilo no debe convertirse en refugio para quienes, habiendo ocupado cargos públicos de relevancia, han vulnerado principios básicos de integridad y legalidad. En este contexto, ha resurgido el debate sobre el uso instrumental del asilo diplomático por parte de actores políticos procesados, una práctica que no solo erosiona la confianza en las instituciones, sino que pone en entredicho la seriedad del compromiso con el Estado Constitucional de Derecho.

Al respecto, resulta indispensable recordar que la Convención sobre Asilo Diplomático de 1954, ratificada por el Perú en 1962, establece que el asilo puede otorgarse únicamente a personas perseguidas por delitos políticos. Su artículo III excluye expresamente a quienes han sido procesados o condenados por delitos comunes. La relevancia de esta distinción se amplifica cuando se trata de figuras públicas acusadas de actos de corrupción, quienes podrían intentar presentarse como víctimas de persecución política para eludir la acción de la justicia nacional.

Aunque el Derecho Internacional aún carece de una definición uniforme sobre qué constituye un delito político, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha trazado ciertos límites. Ha señalado, por ejemplo, que delitos relacionados con la corrupción, o las violaciones a los derechos humanos no pueden ser considerados de naturaleza política, pues incluirlos bajo la protección del asilo desnaturalizaría su función protectora y debilitaría la lucha contra la impunidad. Sobre el particular, recomiendo leer el breve informe que expidió el Instituto de Democracia y Derechos Humanos el 29 de abril de 2025.

De este modo, la condena a Humala y Heredia no solo pone a prueba la efectividad del sistema judicial peruano, sino también la solidez de los principios constitucionales frente a una narrativa de victimización política que puede ser utilizada como estrategia de defensa. En el Perú rumbo al 2026, donde la legitimidad de las instituciones democráticas sigue en entredicho, casos como este revelan el complejo equilibrio entre el ejercicio del poder, el control judicial y la percepción ciudadana de justicia.

4.4. Caso: Martín Vizcarra Cornejo

Otra figura del escenario político reciente que volvió a ocupar los titulares es el exmandatario, Martín Vizcarra Cornejo. El Congreso de la República, el 11 de junio de 2025, aprobó la inhabilitación por diez años para ejercer función pública del señor en cuestión, ello por haber disuelto el Parlamento de forma inconstitucional el 30 de setiembre del 2019. Esta decisión se dio tras una reconsideración presentada semanas antes por los congresistas Noelia Herrera y Jorge Montoya, que logró revertir el resultado de la primera votación en la que no se alcanzaron los votos requeridos. En esta segunda oportunidad, el Pleno obtuvo 67 votos a favor, superando el umbral mínimo necesario y decidió constitucionalmente inhabilitarlo para la función pública a don Martín Vizcarra por 10 años (11 de junio de 2025).

Cabe recordar que esta no es la primera sanción de este tipo impuesta al exmandatario. Vizcarra ya había sido previamente inhabilitado, también por una década, por decisión del Congreso, tras considerarse que incurrió en infracciones constitucionales al haberse vacunado irregularmente contra la COVID-19 durante su mandato.

Aunque la sentencia contra Toledo y la inhabilitación de Vizcarra significaron un avance importante en la rendición de cuentas, no supuso necesariamente una estabilización del escenario político. Por el contrario, mientras se reafirmaban algunos principios de justicia frente a hechos del pasado, surgían nuevos focos de tensión en el presente. La atención institucional se trasladó rápidamente a la Presidencia de la República, donde actos recientes vinculados al ejercicio del cargo volvieron a poner a prueba la solidez del marco constitucional y el equilibrio entre poderes.

4.5. Caso: Pedro Castillo Terrones

A tres años del episodio que marcó una fisura al orden constitucional en el Perú, opaca y lejana es la imagen de Pedro Castillo como Jefe de Estado. Hoy día es un acusado ante el Poder Judicial. Enfrenta juicio por los delitos de rebelión, abuso de autoridad y grave perturbación de la tranquilidad pública. Su tránsito del poder a la sala de audiencias representa la consecuencia directa de un ejercicio errático del Gobierno, sostenido en la confrontación y, finalmente, definido por el intento de subvertir el equilibrio de poderes. El desenlace, en apariencia súbito, fue en realidad el clímax de una lógica de **desgobierno** que erosionó de forma sistemática las bases de la legalidad democrática y a los valores sociales y morales, en que se cimienta toda comunidad Republicana.

El miércoles 7 de diciembre de 2022, fecha ya inscrita en la cronología de las rupturas democráticas del país, el Congreso tenía previsto debatir y votar una moción de vacancia presidencial a las 15:00 horas. Sin embargo, antes de que ese procedimiento constitucional se llevara a cabo, Pedro Castillo compareció ante los medios para anunciar la disolución temporal del Congreso, la instauración de un "Gobierno de emergencia excepcional" y la convocatoria a un proceso constituyente exprés. Alegó, sin base legal, que dicha medida se justificaba por una supuesta obstrucción a su mandato.

Las reacciones fueron inmediatas. Diversos líderes políticos y organismos internacionales calificaron la maniobra como golpe de Estado, incluso evocando el autogolpe de Alberto Fujimori en 1992. Instituciones clave del Estado, entre ellas las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, rechazaron públicamente el anuncio y reiteraron su compromiso con el orden constitucional. Al mismo tiempo, se produjo una ola de renuncias en el Gabinete: los titulares de Trabajo, Relaciones Exteriores, Economía, Justicia y Defensa abandonaron sus cargos, algunos por convicción democrática, otros por razones personales.

En cuestión de minutos, el Congreso convocó una sesión plenaria de urgencia, en la que aprobó con 101 votos a favor la vacancia presidencial. Acto seguido, la entonces vicepresidenta Dina Boluarte juró como presidenta de la República. Mientras tanto, Pedro Castillo fue intervenido por la Policía Nacional y detenido por orden de la Fiscalía, a cargo de la entonces Fiscal de la Nación, Patricia Benavides Vargas.

El caso no se limita a su figura. También enfrentan cargos penales personas de su entorno más cercano: la ex primera Ministra Betssy Chávez, actualmente en prisión preventiva; Aníbal Torres, ex Jefe del Gabinete de Asesores y ex primer Ministro; así como el exministro del Interior, Willy Huerta Olivas, y tres oficiales de la Policía Nacional, entre ellos Eder Infanzón Gómez, actualmente ubicado en Suiza. Todos ellos son investigados como partícipes del quebrantamiento del orden democrático.

El juicio está a cargo de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, presidida por el magistrado José Neyra Flores e integrada por los jueces Iván Guerrero López y Norma Carbajal Chávez. Debe observarse que en este proceso no solo se juzga una conducta individual, sino también la capacidad del Estado constitucional para preservar su vigencia frente al **desgobierno convertido en amenaza sistémica**.

En paralelo, la dimensión diplomática de la crisis también dejó huella. Tras el colapso del Ejecutivo, la esposa del exmandatario, Lilia Paredes, se refugió en la

Embajada de México en Lima junto a sus hijos. El Gobierno peruano concedió un salvoconducto para que abandonaran el país, lo que provocó una inmediata reacción política: el Embajador mexicano Pablo Monroy Conesa fue declarado persona no grata y se le otorgó un plazo de 72 horas para salir del territorio nacional. Esta medida, inusual en la práctica diplomática, fue entendida como respuesta a una injerencia inaceptable en asuntos internos.

Se encuentra en trámite en los pasillos del Parlamento Unicameral, la denuncia constitucional formulada por el Congresista de Avanza País, Alejandro Cavero Alva, desde el 20 de marzo de 2025 contra el ex Jefe de Estado, Pedro Castillo, por incurrir en serias y motivadas irresponsabilidades, negligencias y actos desajustados al sistema político y jurídico sustentados en:

El mensaje a la Nación transmitido por televisión y difundido por todos los medios de comunicación a nivel nacional, en el que el entonces Presidente anunció al pueblo peruano la disolución del Congreso de la República -acto carente de sustento constitucional-, así como la conformación de un "Gobierno de emergencia excepcional" que asumiría el poder legislativo mediante decretos ley. Además, anunció la reestructuración integral del sistema de justicia, incluyendo al Poder Judicial, al Ministerio Público, a la Junta Nacional de Justicia y al Tribunal Constitucional.

Ciertamente, el cierre del Congreso no respondió a ninguna de las causales contempladas en la Constitución Política del Perú, y las demás medidas que se propuso ejecutar fueron planteadas al margen de los límites y procedimientos que el orden constitucional establece.

El caso Pedro Castillo, en todas sus aristas, se ha convertido en una prueba mayor para el Derecho Constitucional peruano. Ha puesto de manifiesto las ambigüedades interpretativas que aún persisten, y, la resiliencia y fragilidad de un modelo institucional sometido a tensiones extremas.

4.6. Caso: Dina Boluarte Zegarra

La figura presidencial volvió a situarse en el ojo de la tormenta, esta vez no por delitos del pasado, sino por decisiones actuales que reavivaron el debate sobre la "incapacidad moral permanente", una causal de vacancia invocada de forma recurrente, en la práctica parlamentaria reciente. Así pues, en junio de 2025, el Congreso volvió a activar este mecanismo contra Dina Boluarte, cuestionando la legalidad y legitimidad de su actuar al ocultar una intervención quirúrgica mientras

ocupaba el cargo. La controversia no solo pone en tensión los artículos 113 y 114 de la Constitución, sino que refleja la fragilidad del pacto republicano en el Perú: un presidencialismo cada vez más erosionado y un Congreso que interpreta con amplitud peligrosa los límites del control político.

El informe que dio pie al nuevo intento de vacancia contra la Presidenta Dina Boluarte se sustenta en el testimonio del médico cirujano Mario Cabani, quien mediante una carta notarial afirmó que la mandataria se sometió a una serie de intervenciones quirúrgicas de carácter estético y funcional en el rostro, entre el 28 de junio y el 4 de julio de 2023. Entre los procedimientos detallados figuran rinoplastia, septoplastia, blefaroplastia inferior transconjuntival, rellenos faciales con grasa abdominal y colocación de hilos tensores, lo cual contradice la versión oficial de la Presidenta, quien había sostenido que fue operada únicamente por motivos respiratorios.

Frente a esta situación, el 18 de junio de 2025, la Comisión de Fiscalización del Congreso aprobó con nueve votos a favor y tres abstenciones un informe final que recomienda evaluar la procedencia de una vacancia presidencial por la causal de "incapacidad moral permanente". Según el documento, hay un "alto grado de certeza" de que la Presidenta omitió informar al Parlamento sobre su intervención quirúrgica, lo que habría comprometido la continuidad del mando, su capacidad para tomar decisiones en tiempo real y la conducción general del Estado durante ese periodo.

El informe sostuvo que la conducta de la jefa de Estado podría haber incurrido en un "abandono de cargo sin justificación constitucional", ya que no se activó el mecanismo de sucesión temporal previsto en la Carta Magna. En consecuencia, se recomendó trasladar el caso a la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, a fin de determinar si hubo infracción a los artículos 113, 114, 115 y 118 de la Constitución Política.

Finalmente, se dispuso remitir copias del informe a la Fiscalía de la Nación para que evalúe la apertura de investigaciones preliminares por el presunto delito de abandono de funciones, profundizando así la crisis de legitimidad en torno al ejercicio del poder presidencial.

5. LA REPÚBLICA SUBTERRÁNEA: MINERÍA, VIOLENCIA Y PODER FUERA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

La madrugada del sábado 27 de abril de 2025, los ecos de la sierra norte del Perú se vieron quebrados por el silencio abrupto de trece varones desaparecidos. Eran trabajadores de seguridad de una empresa vinculada a la minería legal, cuya única función era custodiar instalaciones en medio de un territorio donde el oro ha dejado de ser símbolo de prosperidad y ha devenido en maldición. Días después, sus cuerpos fueron encontrados maniatados, desnudos y con signos de ejecución en un socavón abandonado. La noticia recorrió el país como un mazazo, revelando no solo la brutalidad del crimen, sino también el vacío de autoridad efectiva en regiones donde el Estado llega tarde o simplemente no llega (Caso Trujillo).

Pataz no es una excepción: es síntoma de una enfermedad más profunda. En esta zona, la disputa por el control de recursos se ha desbordado del ámbito económico para convertirse en un conflicto armado de facto entre bandas criminales, mineros ilegales y sectores informales, frente a una institucionalidad que se muestra incapaz de asegurar las condiciones mínimas para una vida en libertad y seguridad. La violencia no nace del caos: prospera allí donde las garantías de protección han sido debilitadas por la corrupción, la indiferencia o el abandono prolongado. Esta tragedia, por tanto, no es solo un hecho policial, sino una fractura del pacto esencial que debería unir al ciudadano con el poder que lo representa.

Ante la magnitud del horror, la respuesta del gobierno fue inmediata, pero también reveladora: se impuso toque de queda, se militarizó la zona y se suspendieron todas las operaciones mineras por decreto. Las medidas, aunque necesarias, exhiben el recurso forzoso a la excepción cuando ha fracasado la previsión. Una democracia no debería necesitar blindados para garantizar la paz en su propio suelo; sin embargo, en Pataz, las armas del Estado fueron la única manera de restituir momentáneamente el orden. Pero la justicia, si es que llega, deberá recorrer un camino más largo: el de las instituciones que deben demostrar que son capaces de investigar, juzgar y sancionar sin miedo ni favoritismo.

Los muertos de Pataz interpelan no solo a los delincuentes, sino al modelo de convivencia que se ha tolerado en las periferias del país. Nos recuerdan que no basta con proclamar principios; hay que garantizar su vigencia con presencia real, con servicios públicos dignos y con leyes que se cumplan en todos los rincones, no solo en los discursos y proclamas. Cuando un Estado permite que sus ciudadanos vivan (y mueran) al margen de toda protección, se pone en entredicho su promesa

de civilización. Y esa es, quizá, la lección más dolorosa que deja esta masacre: que sin justicia efectiva y sin autoridad legítima, incluso el oro se convierte en tragedia.

Mientras los socavones de Pataz eran escenario de muerte y barbarie, en Lima se libraba una batalla distinta, aunque íntimamente conectada: la prórroga del IGAFOM, instrumento esencial para que miles de pequeños mineros continúen su proceso de formalización. En principio, se trata de una herramienta técnica, orientada a garantizar que quienes extraen recursos naturales lo hagan respetando normas mínimas de protección ambiental. Pero en el Perú, donde la informalidad suele disfrazarse de necesidad y la legalidad se negocia entre plazos y presiones, el IGAFOM se ha convertido en un campo de disputa donde chocan intereses económicos, debilidades estatales y exigencias sociales largamente postergadas.

En el seno del Congreso y del Ejecutivo han debatido extensamente si corresponde extender la vigencia del proceso de formalización sin exigir aún el cumplimiento pleno del IGAFOM. Detrás del lenguaje normativo y los argumentos procedimentales, se juega algo más profundo: la definición de qué tipo de orden pretendemos construir en los territorios donde el Estado aún no se impone con autoridad legítima. Si el derecho se flexibiliza sistemáticamente para acomodarse a las urgencias del mercado o las presiones de gremios organizados, ¿qué mensaje se transmite a quienes cumplen la ley, invierten en seguridad ambiental y apuestan por la institucionalidad?

El caso de Pataz ilustra crudamente las consecuencias de una formalización sin controles reales. En esa provincia trujillana, cientos de mineros ilegales operan al margen del sistema, a menudo amparados en vacíos legales, prórrogas sucesivas y fiscalización débil. El REINFO, que debía ser una puerta de entrada al orden, se ha convertido en muchos casos en un salvoconducto para la ilegalidad, otorgando un barniz de legalidad a actividades que siguen atentando contra el medio ambiente, la seguridad y la vida misma. En nombre de la inclusión productiva, se ha tolerado que grupos criminales se infiltren en la economía extractiva con la complicidad del silencio o la ceguera institucional del Gobierno Regional y Nacional.

No se trata, por supuesto, de cerrar la puerta a los miles de peruanos que viven de la minería artesanal y que buscan salir de la informalidad. Se trata de comprender que un país no puede construir justicia ni desarrollo si renuncia a exigir lo básico: reglas claras, plazos razonables y autoridades que no solo editen normas, sino que las hagan valer y cumplir. La masacre de Pataz y el debate sobre el IGAFOM son dos caras del mismo desafío: recuperar la capacidad del Estado para gobernar con

autoridad, para proteger con eficacia, y para decir sin temor ni privilegios que la ley debe cumplirse por igual, en la sierra profunda, como en la capital, en la cuesta y en la costa provinciana.

Desde inicios de julio de 2025, miles de trabajadores dedicados a la minería artesanal e informal se desplegaron en bloqueos simultáneos en la Panamericana Sur y carreteras estratégicas del sur del país, especialmente en Arequipa, Cusco e Ica. Exigen la aprobación de la Ley MAPE y la reversión de la anulación de más de 50,000 registros en el REINFO, cuya vigencia expira a fin de año. La decisión de la Comisión de Energía y Minas de archivar el predictamen legislativo inflamó las protestas, que ahora son vistas como una declaración de inconformidad con las reglas del juego que rigen el orden social.

Mientras el reclamo recorrió las carreteras del país provocando congestiones y pérdidas económicas millonarias, también avanzó en Lima una movilización pacífica frente al Congreso y el Ministerio de Energía y Minas. Los manifestantes reclamaron que se garantice un proceso de formalización inclusivo y con plazos razonables, aduciendo y exigiendo efectividad a los principios básicos de igualdad y trato justo bajo normas establecidas. Reclaman que no puede interpretarse como justicia otorgar un acceso legal expedito solo a quienes ya han cumplido con requisitos formales.

La reacción de las autoridades ha sido firme y ambivalente. Por un lado, la Presidenta Boluarte ha restado legitimidad a los reclamos, señalando que en las calles permanecen quienes operan ilegalmente y que buscan eludir controles ambientales y administrativos. Por otro lado, ante el aumento de la tensión y la radicalización de las protestas, el Ejecutivo ejerció el uso de la fuerza para preservar el orden y la autoridad pública.

Esta crisis pone en tensión no solo la capacidad del Estado para gobernar, sino también el tipo de convivencia institucional que se desea construir. Se debate si el Estado debe abrir excepciones técnicas para impedir mayores conflictos o si debe mantener el imperio de normas claras y requisitos que garanticen protección ambiental, transparencia y participación igualitaria. De cómo se resuelva esta tensión, dependerá no solo el futuro de miles de mineros, sino la legitimidad de las instituciones, como la formalización minera demandan.

6. CHINA VS. ESTADOS UNIDOS

En el año previo al proceso electoral del 2026, el Perú transita un periodo de inestabilidad institucional que no solo ha puesto en tela de juicio la eficacia de su arquitectura e ingeniería democrática, sino que también ha abierto el espacio para una creciente influencia de actores internacionales. En este contexto, el enfrentamiento geopolítico entre China y Estados Unidos encuentra en nuestro país un terreno estratégico, no solo por su posición privilegiada en la cuenca del Pacífico, sino también por su papel como proveedor de materias primas y punto de acceso comercial hacia Sudamérica. Esta pugna global incide cada vez más sobre nuestras decisiones internas, revelando cuán permeables son nuestras estructuras jurídicas, económicas y políticas frente a presiones externas.

Un ejemplo nítido de este reordenamiento geoeconómico es el desarrollo del megapuerto de Chancay, una inversión de capital chino que reconfigurará la dinámica comercial del Pacífico Sur. Lejos de ser únicamente una obra de infraestructura portuaria, Chancay representa un símbolo del desplazamiento del eje de poder económico y logístico en la región, así como un punto de tensión diplomática con Estados Unidos, que observa con recelo la consolidación de la Ruta de la Seda en América Latina. El debate constitucional en torno a la soberanía, el control del territorio y la autonomía regulatoria frente a inversiones extranjeras cobra aquí una relevancia crucial, pues evidencia la necesidad de blindar jurídicamente al Estado sin clausurar el diálogo con el capital internacional.

Por su parte, las recientes decisiones de los Estados Unidos en materia comercial y migratoria han tenido repercusiones directas en países como el Perú. El endurecimiento de la política arancelaria, especialmente en sectores tecnológicos y manufacturas vinculadas al comercio con China, está generando efectos colaterales en las cadenas de suministro globales que impactan los precios y el acceso a insumos clave para nuestra economía. Asimismo, las políticas proteccionistas norteamericanas afectan la competitividad de nuestras exportaciones, forzando al Perú a redefinir sus estrategias de inserción económica en un entorno cada vez más polarizado.

Agreguemos la errada decisión del gobernante de enfrentar a la academia y a la civilidad intelectual; recortando billones de dólares a las potenciales Universidades, mutilando la creatividad, la innovación científica, tecnológica y filosófica, y, degradando la investigación, con deportaciones masivas de investigadores que

no compartían sus absurdas decisiones cargadas de arbitrariedad, exceso e irracionalidad humana.

A esto se suma la creciente tensión en el plano migratorio. Las deportaciones masivas de ciudadanos latinoamericanos entre ellos peruanos y las duras condiciones impuestas a quienes intentan ingresar o permanecer en territorio estadounidense, han encendido alarmas en la región. Estas dinámicas no solo afectan a familias enteras, sino que también debilitan los lazos entre gobiernos y pueblos. La protesta como forma de expresión política se reaviva dentro y fuera de nuestras fronteras, evidenciando cómo decisiones externas desencadenan reacciones internas que cuestionan el rol del Estado, los derechos fundamentales y la respuesta institucional.

Por tanto, en la ruta hacia el 2026, el Derecho Constitucional no puede limitarse al análisis de reformas electorales o equilibrio de poderes, sino que debe abrirse a una comprensión más amplia de la soberanía en tiempos de globalización asimétrica. La inestabilidad que vivimos no solo responde a causas internas, sino que está enmarcada en un tablero de poder global donde China y Estados Unidos mueven piezas que repercuten en nuestras normas, decisiones y prioridades nacionales. La defensa del orden constitucional, en este contexto, requiere una mirada más lúcida y estratégica sobre nuestra inserción internacional y sobre la capacidad del Perú para decidir su rumbo sin renunciar a su dignidad institucional y soberanía constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

Bernales Ballesteros, Enrique. La Constitución de 1993. ICS Editores. Lima. 2006.

Cáceres Arce Jorge Luis. La Vacancia por Incapacidad Moral: La Vacancia Presidencial en el Constitucionalismo Peruano. Ed. Antares. Fondo Editorial UCSM. Arequipa. 2018.

Cáceres Arce, Jorge Luis. En Ponencias del XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. La Crisis Constitucional Republicana, que no debe imitarse. Ed. Adrus. Arequipa. 2022.

Cáceres Arce, Jorge Luis. La Constitución de Cádiz y el Constitucionalismo Peruano. Ed. Adrus, Arequipa. 2007.

Cáceres Arce, Jorge Luis. Motivaciones Constitucionales. Fondo Editorial UCSM. Arequipa. 2024.

Cáceres Arce, Jorge Luis. Seminario: Instituciones Políticas comparadas. UCSM. Arequipa 2011.

Cáceres Arce, Jorge Luis; García Toma, Víctor. Regímenes Políticos. Fondo Editorial UCSM. Arequipa 2011.

Campos Ramos Milagros. Temas para Repensar la Constitución de 1993. A treinta años de su vigencia. Las Crisis del Sistema de Gobierno en el Perú: El Choque de Trenes". Ed. Palestra. Lima. 2023.

Carpizo, Mac - Gregor, Jorge. Concepto de Democracia y Sistema de Gobierno en América Latina. Idemsa Editores. Lima. 2008

Carpizo, Mac - Gregor, Jorge. El Sistema Presidencial Mexicano. Editorial Adrus. Arequipa. 2011

Chanamé Orbe, Raúl. La Constitución Peruana Comentada. Instituto Pacífico. Lima. 2024.

Chanamé Orbe, Raúl. La República Inconclusa. Octava Edición Ed. Grijley. Lima. 2024.

Chirinos Soto, Enrique; Chirinos Soto, Francisco. Constitución de 1993. Lectura y Comentario. Ed. Piedul. Lima. 1994.

Eguiguren Praeli, Francisco. Las Relaciones entre el Gobierno y el Congreso. Ed. Palestra. Lima. 2021.

García Belaúnde, Domingo. Las Constituciones del Perú. Fondo Editorial Universidad de San Martín de Porres. Tomo I y II. Lima 2006.

García Belaunde, Domingo. Tiempos de Constitucionalismo. Gaceta Jurídica. Lima. 2020.

García Toma, Víctor. Democracia, Organizaciones Políticas y Control Parlamentario. Ed. Palestra. Lima. 2022.

García Toma, Víctor. Las Alianzas del APRA. Gráficas Imagen. Lima. 1982.

García Toma, Víctor. Legislativo y Ejecutivo en el Perú. Jurista Editores Lima. 2006.

Gonzáles Posada Eyzaguirre, Luis. 1923. El Comienzo. Ed. Metanoia. Lima. 2022.

Gordillo Pérez, Luis (Director) Sistemas Constitucionales Europeos y Comparados. Ed. Universitarias. Sevilla. 2022.

Hakansson Nieto, Carlos. Curso de Derecho Constitucional. Ed. Palestra. Lima. 2009.

La Constitución de 1993 – Veinte años después. Ed. Idemsa. Lima. 2012.

Leguía y Salcedo, Augusto. Yo Tirano, Yo Ladrón. Memorias. Ediciones Achawata. Lima. 2023.

Mera Avalos, Arnaldo. En Busca de un Candidato al Trono Imperial Peruano – Diciembre 1821. Historia y Cultura – Fondo Ed. PUCP. Lima. 2013.

Pareja Paz-Soldán, José. Historia de las Constituciones Nacionales (1812-1979). Lima. Fondo Ed. PUCP. 2005.

Planas Silva, Pedro. Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional en América Latina. LPG Editores. Arequipa 1999.

Quiroz, Alfonso W. Historia de la Corrupción en el Perú. Quinta edición I.E.P. Lima. 2018.

Ramos Núñez, Carlos. La Letra de la Ley Tribunal Constitucional C.E.C. Lima. 2018.

Rubio Correa, Marcial; Bernales Ballesteros, Enrique. Constitución y Sociedad Peruana. Mesa Redonda editores. Lima 1988.

Sánchez, Luis Alberto. Leguía. El Dictador. Ed. Pachacútec. Lima. 1993.

Tribunal Constitucional – CEC. Universidad Católica de Santa María. Fondo Editorial UCSM. Las Constituciones del Perú. Arequipa. 2018.

Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. Exposición de Motivos del Anteproyecto de Constitución del Estado – 1931. Lima. 2017.

Valadés, Diego. La Parlamentarización de los Sistemas Presidenciales. Ed. Adrus. Arequipa. 2009.

Valadés Ríos, Diego. Constitución y Gobernabilidad. UNAM. México 2025

Villarán Manuel Vicente. Lecciones de Derecho Constitucional. Fondo Editorial P.U.C.P. Lima 1998.

Arequipa, invierno de 2025

EL PRESIDENCIALISMO FRENADO PERUANO
Un debate pendiente sobre el equilibrio de poderes

Ernesto ÁLVAREZ MIRANDA*

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Fundamentos teóricos del parlamentarismo y presidencialismo. 2.1.Rasgos esenciales del parlamentarismo. 2.2. Rasgos esenciales del presidencialismo. **3.** La Constitución de 1828: la madre de todas las constituciones. **4.** Forma de gobierno peruana: un presidencialismo frenado. **5.** Dinámica entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. **6.** La cuestión de confianza. 6.1 ¿Qué es la cuestión de confianza? 6.2 La cuestión de confianza en el contexto peruano y por qué debe eliminarse. **7.** Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El debate sobre la forma de gobierno peruana no es nuevo, aunque la realidad del país en los últimos años ha reflejado una urgencia particular. La constante tensión entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo ha puesto a prueba los límites de nuestro diseño constitucional y ha evidenciado fragilidad institucional que resulta imposible ignorarse. En ese contexto, la inestabilidad política, en la cual los mecanismos de control se utilizan como armas de confrontación y no como herramientas de equilibrio, nos deja la siguiente pregunta: ¿la forma de gobierno peruana responde realmente a las necesidades del país?

Nuestro modelo es fruto de un experimento que combina una base presidencialista con elementos propios del parlamentarismo, lo que ha dado lugar a que distintos autores propongan denominaciones para así llegar a un consenso y

* Abogado, Maestro y Doctor en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Ex Becario del Instituto de Cooperación Iberoamericana (ICI) con Especialización en Derecho Político por la Universidad de Navarra (1987-1988). Especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa (2022). Profesor Principal en el área de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de Derecho de la USMP. Presidente del Tribunal Constitucional del Perú (2012) y Magistrado del mismo (2007-2014).

encontrar una oficial. Esta fórmula nació con la intención de generar contrapesos al poder del Presidente, pero en la práctica ha producido un campo de batalla en el que hay constantes ataques entre los poderes del Estado, tratando de sobreponerse uno sobre otro.

Frente a esta realidad, es necesario abrir un debate que cuestione el equilibrio de poderes en el Perú. No se trata únicamente de evaluar las normas, principios y mecanismos previstos en la Constitución, sino de examinar cómo estos se aplican en la práctica y qué cultura política los sostiene. Un sistema institucional solo es tan sólido como el compromiso de sus actores con el espíritu que lo inspira; de nada sirve cumplir formalmente con las reglas si el objetivo final es vaciarlas de contenido. El propósito de este artículo es analizar on ojo crítico los problemas estructurales y prácticos de nuestro sistema, identificar los factores que exacerban la confrontación entre poderes y proponer ajustes que contribuyan en fortalecer nuestro Estado Constitucional de Derecho.

2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL PARLAMENTARISMO Y PRESIDENCIALISMO

Hoy en día, el parlamentarismo y el presidencialismo son las dos principales formas de gobierno, pero su naturaleza no podría ser más distinta. El parlamentarismo no nació de una mesa de diseño teórico: surgió poco a poco a partir de hechos históricos que, durante siglos, se fueron transformando en prácticas, convenciones y luego en reglas. Primero existieron los hechos históricos que dan su origen: conflictos fiscales, guerras civiles, acomodos entre corona y estamentos; y después vino la teoría a poner nombres, categorías y dogmas.

Giovanni Sartori lo formuló con la concisión debida: "el parlamentarismo se trata de una forma de gobierno que posee tal denominación gracias al dogma inglés de la supremacía del Parlamento" (Sartori, Ingeniería constitucional comparada, 1996). Ese "dogma" no es un axioma de manual, sino la cristalización de una trayectoria que va de la Carta Magna de 1215 a la afirmación presupuestaria de los Comunes, pasa por la Guerra Civil y el experimento republicano, desemboca en la Revolución Gloriosa (1688) y se codifica en el Bill of Rights (1689). Desde entonces, el Parlamento deja de ser un foro estamental intermitente y se convierte en el eje permanente del gobierno.

Por otro lado, el presidencialismo recorre el camino inverso. No es fruto de evolución histórica, sino de un acto constituyente deliberado: la Convención de

Filadelfia de 1787. Allí se racionaliza una arquitectura inédita combinando inspiración clásica (el Senado romano como cámara de temple y continuidad), la teoría de frenos y contrapesos de Montesquieu (De l'esprit des lois, 1748) y la experiencia colonial de autogobierno. En este caso, primero fue la teoría organizada en un texto; luego, su puesta a prueba histórica.

Esta asimetría de origen es clave: mientras el parlamentarismo se "descubre" a partir de prácticas que lo prefiguran, el presidencialismo se "inventa" para resolver un problema de diseño, gobernar sin monarca y sin hegemonías parlamentaria.

2.1. Rasgos esenciales del parlamentarismo

A. Separación de poderes difusa

La doctrina clásica de la separación de poderes, que, por cierto, Montesquieu formuló para impedir la concentración, funciona de manera distinta en los regímenes parlamentarios. En estos, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo no están alojados en órganos distintos, sino entrelazados en un mismo órgano constitucional: el Parlamento. El Gobierno nace de una mayoría parlamentaria, gobierna mientras conserva su confianza y participa activamente en la función legislativa. El resultado es un circuito de doble vía: el Parlamento inviste y controla; el Gabinete agenda y ejecuta. Esta fusión funcional reduce la distancia entre decisión política y responsabilidad, y permite correcciones de rumbo sin colapsar el régimen.

B. Relaciones Ejecutivo-Legislativo: mayoría y responsabilidad

Dos principios vertebran el sistema. Primero, la necesidad de mayoría: pues, sin mayoría parlamentaria, sea de un partido o de una coalición, no hay gobierno viable. Segundo, la responsabilidad política: el Gabinete es removible mediante instrumentos parlamentarios (moción de censura, el no otorgamiento de la confianza, interpelaciones que derivan en responsabilidad). En versiones como la alemana y la española, esta responsabilidad se encauza mediante la censura constructiva, que evita vacíos ofreciendo un sucesor en el mismo acto. La consecuencia es conocida: la caída de un gobierno no implica la caída del régimen; es un reemplazo dentro del mismo marco constitucional. La flexibilidad es una virtud sistémica, no un accidente procedimental.

C. Diferencia entre jefe de Estado y jefe de Gobierno

El parlamentarismo separa representación y conducción. El jefe de Estado representa la continuidad y unidad del Estado (monarca o presidente parlamentario)

con funciones principalmente simbólicas y de tradición; mientras que el jefe de Gobierno conduce la política cotidiana y asume responsabilidad ante el Parlamento. Pongamos de ejemplo el caso británico, que a su vez es muy particular: el monarca es jefe de Estado no solo en el Reino Unido, sino también, por la Comunidad de Naciones, en Canadá, Australia o Nueva Zelanda; allí la autoridad ejecutiva efectiva recae en primeros ministros nacionales, investidos por sus respectivos Parlamentos. La dualidad amortigua choques: la erosión de un gabinete no arrastra la institución estatal, y los relevos en la jefatura de gobierno no requieren crisis de jefatura del Estado. Bagehot explicó esta ingeniería distinguiendo entre las "partes dignified" y las "efficient" de la Constitución: unas simbolizan, otras gobiernan (Bagehot, The English Constitution, 1867).

D. Rasgos comunes de los parlamentarismos clásicos

Más allá de sus variantes, los modelos consolidados comparten rasgos: gabinetes colegiados con responsabilidad solidaria; un Jefe de Estado con funciones simbólicas y representativas; facultad de disolución para recomponer mayorías cuando se agota el ciclo político; controles cotidianos (preguntas al primer ministro, interpelaciones, comisiones con poder de investigación); partidos relativamente cohesionados que aseguran previsibilidad en la relación confianza–agenda; y un entramado de normas escritas y convenciones no codificadas que, como subrayó Dicey, sostienen la soberanía parlamentaria en la práctica (Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 1885). Esta combinación de reglas y costumbres, dogma normativo y prudencia política, explica la resiliencia del parlamentarismo: gobierna con mayoría, corrige con responsabilidad y legitima con deliberación.

2.2. Rasgos esenciales del presidencialismo

A. Separación tajante de poderes

El presidencialismo norteamericano articula la separación de poderes como principio axiomático y práctica organizativa: Ejecutivo, Legislativo y Judicial obtienen su legitimidad de fuentes distintas y ejercen funciones que, por diseño, se excluyen mutuamente. Esta tajante separación hunde sus raíces en Montesquieu, la idea de frenos y contrapesos, y en la lectura clásica del Senado romano como cámara de temple y continuidad, pero en los Estados Unidos esa herencia se tradujo en un sistema donde ningún órgano puede disponer con autonomía plena de funciones ajenas sin encontrar respuestas institucionales. El presidente no disuelve el Congreso; el Congreso no remueve al presidente por falta de confianza; la Corte

no gobierna, pero puede declarar inconstitucionales actos de los otros poderes. La Constitución de 1787, y la práctica que la siguió, convierten esta separación en un mecanismo de estabilidad: las fricciones no son fallas, son el precio de un equilibrio cuya virtud es impedir la captura absoluta del aparato estatal por una sola fuerza política o social.

B. Relaciones entre los tres poderes

La interacción entre Congreso, Presidente y Corte funciona como un engranaje de pesos y contrapesos en movimiento constante. El Legislativo formula políticas y aprueba recursos; el Ejecutivo propone políticas, administra y aplica la ley; el Judicial interpreta y, cuando corresponde, invalida. Pero estas funciones no son meramente técnicas: están entrelazadas por procedimientos concretos que articulan control y colaboración. El Senado confirma nombramientos y ratifica tratados; el Congreso controla la caja y puede bloquear proyectos presidenciales por la vía presupuestaria; la Corte revisa controversias y, desde Marbury v. Madison (1803), ejerce la revisión judicial que pone un tope constitucional a las pretensiones de los otros poderes. En este escenario, la gobernabilidad depende de la capacidad de negociar mayorías legislativas, de la calidad de los partidos, y de la legitimidad de las cortes. Si una rama pretende exceder sus facultades, las otras disponen de respuestas institucionales: vetos, confirmaciones, auditorías, órdenes judiciales. La tensión resulta, pues, menos una excepción que la regla estructural.

C. Relación entre el Legislativo y el Ejecutivo

La relación entre Congreso y presidente es, en buena medida, una relación de negociación constante. A diferencia del parlamentarismo, donde la confianza convierte al Ejecutivo en emanación directa del Legislativo, en el sistema norteamericano ambos poderes son mandatarios distintos y a menudo rivales. El Congreso posee la llave del presupuesto, la "bolsa" que define prioridades, y el presidente depende de su aprobación para financiar programas y políticas. El Senado, por su parte, tiene prerrogativas específicas: confirmación de cargos y ratificación de tratados, como se mencionó hace instantes, que constituyen poderosos mecanismos de control sobre la política exterior y la administración federal. El veto presidencial obliga a buscar amplias mayorías o arreglos que lo superen; el uso del veto y la posibilidad de su superación por dos tercios muestran que la presidencia puede bloquear, pero no legislar unilateralmente. La dinámica se complica cuando el partido del presidente no controla ambas Cámaras: entonces el Ejecutivo debe

negociar proyecto por proyecto, y la gobernabilidad se relativiza a la capacidad de forjar coaliciones legislativas en torno a prioridades concretas.

D. La figura del Presidente

Modo inusual de elección y atribuciones. La presidencia estadounidense combina concentración simbólica y límites formales. El Presidente es a la vez Jefe de Estado y Jefe de Gobierno; su elección se realiza a través del Colegio Electoral, un mecanismo intermedio entre elección popular y selección por electores estatales, que convierte la contienda presidencial en un mosaico de batallas estatales y federales. Esa inusual forma de elección, que históricamente pretendía moderar la demagogia y equilibrar intereses regionales, imprime al cargo una legitimidad indirecta y compleja: el vencedor es representante popular, pero no siempre el vencedor del voto nacional directo.

Las atribuciones presidenciales son amplias: comandante en jefe de las Fuerzas Armadas, facultad de negociar tratados (sujetos a ratificación del Senado), poder de nombrar altos funcionarios y jueces federales (con consentimiento senatorial), iniciativa en política exterior y capacidad de dirigir la administración federal. Además, dispone del veto legislativo y de instrumentos ejecutivos no constitucionalizados expresamente (órdenes ejecutivas, memorandos, promulgación de reglamentos) que en la práctica amplían su margen operativo. Hamilton resumió esta idea cuando defendió la "energía en el Ejecutivo" como condición de gobierno efectivo (Hamilton, Federalist Nº70, 1788), pero esa energía se ejerce dentro de una matriz de límites y control.

3. LA CONSTITUCIÓN DE 1828: LA MADRE DE TODAS LAS CONSTITUCIONES

Cuando culminó la independencia, el Perú no contaba con un consenso sobre la forma de Estado (federal o unitario) y de gobierno que debía adoptar. Las élites políticas debatían sobre dos opciones que reflejaban influencias ideológicas y realidades distintas: una monarquía constitucional similar a la inglesa, defendida por quienes veían en una figura monárquica un elemento de estabilidad; y una república representativa, inspirada en los ideales republicanos norteamericanos y franceses, esto es la primacía de la soberanía popular.

La primera Constitución que tuvo el Perú, promulgada en 1823, reflejó estos debates doctrinarios y políticos. Pues, este era un texto de corte marcadamente asambleísta, con un Poder Legislativo predominante sobre el Poder Ejecutivo, al

punto de que el mismo era una mesa de partes. La inestabilidad militar y la guerra contra España impidieron que entrara plenamente en vigor, dejando al país sin un marco institucional operativo.

En 1826, bajo la influencia directa de Simón Bolívar, se promulgó la llamada Constitución Vitalicia. Esta buscaba concentrar el poder en un presidente vitalicio con amplias facultades, acompañado de un Senado hereditario y un sistema que, material y conceptualmente, se alejaba del republicanismo liberal para aproximarse a un modelo centralista y personalista. La fuerte resistencia política y social impidió su aplicación efectiva, y el texto quedó como un experimento frustrado.

Posterior al triunfo del Perú ante España y la extinción de la pretensión de Bolívar, surge la Constitución de 1828, considerada como la primera constitución estructural del Perú. Dicho texto abandonó la lógica asambleísta de 1823 y la concentración personalista de 1826, optando por un diseño diferente. En principio, le adoptó un régimen presidencialista clásico, inspirado en el modelo estadounidense, con un presidente que ejercía funciones de jefe de Estado y de Gobierno a la vez, pero sometido a límites constitucionales. Así, el Congreso bicameral —Cámara de Diputados y Senado— asumían funciones legislativas, de control y representación, con requisitos específicos para sus miembros y un sistema de sesiones definido.

De manera que la Constitución de 1828 fijó de manera explícita la división tripartita de poderes, reguló la elección indirecta del presidente y vicepresidente a través de colegios electorales provinciales y estableció que el periodo presidencial sería de cuatro años, sin reelección inmediata. Esta modalidad de elección, que buscaba evitar la demagogia y garantizar la mediación de representantes calificados, desapareció en la evolución constitucional peruana: hoy, como sabemos, la elección presidencial es directa y mediante sufragio universal, lo que marca una diferencia sustancial en el mecanismo de legitimación democrática del Ejecutivo.

También introdujo disposiciones sobre responsabilidad de los funcionarios, incompatibilidades para el ejercicio de cargos públicos, y un catálogo de derechos individuales que incluía libertades como la de imprenta, seguridad personal y propiedad.

Es importante destacar que, aunque estructuró el papel del Congreso en la fiscalización política, no incorporó mecanismos parlamentarios en el sentido contemporáneo: como mociones de censura o facultad de disolver el Parlamento. El control legislativo se ejercía principalmente a través de acusaciones constitucionales y la aprobación de leyes, manteniendo un presidencialismo puro en su estructura formal.

Por lo explicado, se le reconoce como "la madre de todas las constituciones" peruanas: no solo por su valor fundacional, sino porque delineó el modelo presidencialista que eventualmente no caracterizaría.

4. FORMA DE GOBIERNO PERUANA: UN PRESIDENCIALISMO FRENADO

La forma de gobierno, como explicamos en el anterior apartado, alude a la manera en la que un Estado distribuye el poder entre sus diferentes órganos, estableciendo reglas y espacios de colaboración entre estos, siempre y cuando ello se desarrolle de manera controlada. En el marco de una democracia, esta estructura o arquitectura constitucional es clave al determinar cómo se designará y legitimará al gobernante; asimismo, se condiciona la toma de decisiones y se explica cómo se representará la voluntad ciudadana y la rendición de cuentas.

Tradicionalmente, podemos distinguir dos modelos clásicos: el presidencialismo y el parlamentarismo; ambos sistemas, aunque distintos en su dinámica, buscan preservar el equilibrio de poderes y asegurar que el ejercicio de la autoridad responda a principios democráticos.

El Perú, desde su independencia en el año 1821, ha experimentado una constante evolución en cuanto a su forma de gobierno a través de sus constituciones; pues, como sabemos, ello se debe al proceso histórico por el que ha atravesado el país. Ahora, antes de dedicarnos a explicar la naturaleza de nuestro sistema, debemos advertir que este no se alinea con los modelos clásicos como el parlamentarismo o presidencialismo mencionados, sino que, en el nuestro coexiste una base presidencialista junto a mecanismos propios del parlamentarismo., dando como resultado un presidencialismo frenado.

Así, esta particular combinación no solo ha generado un desequilibrio de poderes, sino también distintos conflictos competenciales que han llegado al Tribunal Constitucional a ser resueltos, lo cual pone en evidencia la constante pugna de poderes que hay entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Pues, al adoptarse el presidencialismo, inspirado en el modelo estadounidense, la idea inicial era garantizar un Estado fuerte y estable; sin embargo, ello fracasó, ya que el éxito del presidencialismo en Estados Unidos es algo que no puede replicarse en el Perú. Ahora, la introducción de mecanismos parlamentarios a nuestra forma de gobierno fue una respuesta a la necesidad de frenar el poder presidencial y generar contrapesos.

Sin embargo, esta idea inicial que parecía ser la correcta para nuestros arquitectos constitucionales, terminó creando más conflictos y espacios vacíos que el Tribunal Constitucional ha tratado de interpretar y solucionar. Por esa misma razón, al encontrarnos frente a una forma de gobierno poco usual que contiene características de distintos modelos, no se ha llegado a un consenso en cuanto a su denominación; pues, si bien podemos discutir e intercambiar ideas acerca de la forma de gobierno peruana, diversos autores han propuesto nombres que podrían ayudarnos a comprender su naturaleza.

Por un lado, Carlos Hakansson promueve la idea de que el Perú tiene un neopresidencialismo, tema el cual ha tratado en distintas ocasiones y el cual tiene un libro propio. En otro extremo tenemos a Domingo García Belaunde, quien afirma que estamos frente a un sistema presidencialista atenuado. Pues, ante la compleja tarea de tratar de encasillar nuestra forma de gobierno uniformemente, se ha tratado de definirla y es aquella la raíz de tantas propuestas de diversos constitucionalistas.

En esa misma línea, Hakansson (2023), menciona que:

> Para lograr la estabilidad política en la Forma de Gobierno de la Constitución peruana, se añadieron instituciones parlamentaristas, por ejemplo, la presencia de un jefe de gabinete, el refrendo ministerial, la moción de censura, interpelaciones y la disolución de las cámaras. En síntesis, la enfermedad fue la misma, pero se aplicó una vacuna contraria [...]. El resultado de dicho experimento pasó por alto que estas instituciones desarrollan frutos sólo cuando se proyectan sobre realidades similares como en Inglaterra y Canadá, por ejemplo. (p. 421).

Así, a pesar de que se hayan integrado ciertos mecanismos propios del parlamentarismo, no se advirtió lo que sucedería a integrarlos a nuestra base presidencialista; además, tomando en cuenta otros factores como la realidad peruana, ya que nos encontramos ante una población fragmentada, una gran diversidad de partidos políticos endebles que imposibilitan cada vez más el voto consciente y una clase política menos preparada.

En ese sentido, el sistema peruano desafía las clasificaciones de forma de gobierno que entendemos por clásicas. De este modo, esta peculiar "combinación" o "experimento" no responde a la coherencia que se puede apreciar en un modelo convencional, sino que se configura como una serie de respuestas a las crisis políticas, dando como resultado una estructura inestable en la cual el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo pugnan continuamente por imponerse; lejos de alcanzar un

equilibrio, lo que encontramos en la actualidad son juegos de poder en los cuales se utilizan mecanismos de control político para defender y atacar.

Si nos detenemos a examinar nuestra actual constitución y su antecesora, resulta evidente que no puede caracterizarse al sistema peruano como uno mixto, puesto que predominan rasgos presidencialistas. Aunque ello se encuentre limitado por controles parlamentarios, lo que deriva en una fricción institucional persistente. La Constitución de 1993 no modificó este escenario significativamente, por lo que la interpretación dominante de la doctrina insiste que se trata de un presidencialismo cuyas competencias constitucionales son frecuentemente limitadas —e incluso obstaculizadas— por las de origen parlamentarista.

Esta visión expone una contradicción inherente a nuestro diseño; pues, aunque la Constitución concede amplias atribuciones al Ejecutivo, su uso desproporcional puede desencadenar crisis políticas recurrentes (que por cierto ya están ocurriendo). Ahora, la estabilidad del sistema no solo depende de los mecanismos que han sido incorporados, sino los actores que los aplican y las razones por las cuales lo hacen; lo cual, de por sí, ya es un gran problema en el Perú. Necesitamos instituciones fuertes, elevar la calidad de nuestra clase política y dejar de ver a la política peruana como un campo de batalla en el que debe imponerse uno sobre otro.

En relación a lo mencionado, Aníbal Quiroga (2020) afirma que uno de los mayores problemas que enfrenta el Perú es:

> [...] la falta de una institucionalidad democrática, en donde el esquema constitucional del sistema de gobierno ha sido profundamente alterado, donde el Ejecutivo cree que puede gobernar solo, sin Congreso, o peor aún, contra el propio Congreso [...] (párrafo 8).

En esa misma línea, el esquema vigente, el establecido en la Constitución Política de 1993, configura un escenario preocupante y problemático: mientras el Presidente acumula funciones de jefe de Estado y jefe de Gobierno, es el Presidente del Consejo de Ministros quien debe someterse a mayores controles políticos frente al Congreso, generando así una asimetría en las consecuencias de cada uno.

Por otro lado, si el Legislativo niega por segunda vez la confianza al Gabinete, el Presidente tiene la facultad de disolver el Parlamento y convocar a elecciones. A partir de ello se puede evidenciar un desequilibrio, ya que el Legislativo es el que asume las consecuencias, mientras que el Ejecutivo preserva su posición sin una rendición de cuentas efectiva.

Este diseño institucional ha sido modificado a lo largo del tiempo y especialmente en los últimos años, reflejándose en los constantes conflictos entre poderes del Estado. A ello se le suma el uso irregular y la interpretación parcial de los mecanismos constitucionales, factores que persisten al día de hoy y debilitan peligrosamente la institucionalidad democrática y el principio de separación de poderes.

Consecuentemente, queda claro que este entramado institucional no sigue un modelo clásico definido, sino que ha sido configurado como respuesta a una serie de crisis políticas acontecidas en diversos gobiernos. Esta dinámica ha provocado que las soluciones a los conflictos de poder ya no surjan principalmente desde la figura del Presidente, como cabría esperarse, sino también desde herramientas parlamentarias mal empleadas.

Esta particularidad es el resultado de una adaptación forzada por la inestabilidad política peruana, donde las instituciones adoptadas han tenido que surgir de manera reactiva más que bajo un diseño coherente de acuerdo a la realidad del país. A diferencia de otros sistemas giran en torno a principios estructurados y claros, el caso peruano refleja un experimento marcado por la necesidad de continuar conteniendo crisis políticas, más que por la búsqueda de un equilibrio institucional que nos ayude a tener un Estado eficiente.

Desde una perspectiva crítica, este fenómeno revela un problema: mientras que el sistema busca evitar la concentración de poderes, su arquitectura defectuosa es la que termina perpetuando la inestabilidad. La tensión constante entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo no es solo un problema de diseño, sino también de cultura política en el cual también nos debemos enfocar en reformar, pues no puede haber gobernabilidad efectiva en un ambiente en el que abunda la desconfianza mutua y la ausencia de consensos. Es un debate vigente que nos llama como sociedad: ¿son únicamente las instituciones las que están fallando o se ha convertido al sistema en un campo de batalla política?

5. DINÁMICA ENTRE EL PODER EJECUTIVO Y EL PODER LEGISLATIVO

Como hemos podido ver en los últimos años, la tensión entre el Legislativo y el Ejecutivo ha sido una constante, pero desde el 2016 se reactivaron con especial fuerza los mecanismos constitucionales que habían permanecido en relativo desuso, siendo estos: la cuestión de confianza y la vacancia presidencial. Pues, estos instrumentos se convirtieron en ejes centrales del conflicto político, marcando una etapa

nueva en la que el debate constitucional deberá enfocarse en delimitar la correcta aplicación de dichos mecanismos, la interpretación jurídica correspondiente y su eventual desarrollo normativo para evitar arbitrariedades (a propósito de ello, se han presentado distintos proyectos de ley en el Congreso).

Lejos de ser un fenómeno negativo en sí mismo, la revitalización de estas figuras refleja la naturaleza adaptativa del sistema constitucional, que últimamente responde a coyunturas críticas y la necesidad de recurrir a estas herramientas. Podemos afirmar que el problema, más que en su existencia en nuestra forma de gobierno, radica en cómo se emplean en la práctica y los fines de la misma; ya que, su uso discrecional y muchas veces confrontacional ha alterado los equilibrios previstos por el constituyente, generando una distorsión preocupante en nuestra tradición jurídica. Ahora, la solución no es eliminar directamente dichos mecanismos —salvo la cuestión de confianza, de la cual hablaremos en el siguiente apartado—, sino en precisar su ejercicio para que cumplan su fin original: preservar la estabilidad institucional, no intensificar la crisis.

Aunque es inevitable la existencia de conflictos de poder entre el Ejecutivo y el Legislativo, debemos recordar que, a pesar de que cada uno tenga facultades constitucionalmente conferidas, es importante resaltar que no se tratan de dos islas que deben ser ajenas una a la otra. Pues, el principio de separación de poderes no implica una división absoluta ni compartimentos estancos, sino que se admite cierta interacción entre ellos, siempre y cuando la colaboración de los mismos no obstaculice sus respectivas facultades.

A propósito de ello, la Constitución de 1993 en su artículo 43 establece que:

> Artículo 43.- El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes.

Nos queda claro que el principio de separación de poderes tiene el rol de ser un mecanismo de limitación funcional que fue diseñado para evitar la concentración arbitraria del poder. Que, como mencionábamos, está lejos de ser una división rígida, ya que para que exista un Estado eficiente debe predominar una dinámica óptima entre las facultades del Legislativo, Ejecutivo y Judicial (aunque este último sea autónomo). Así, para lograr un equilibrio constitucional, la colaboración no debe confundirse con subordinación.

En ese contexto, consideramos precisa la definición propuesta por Antonio-Carlos Pereira Menaut (2011), al mencionar que "la separación de poderes no es una técnica sino una filosofía, la misma del constitucionalismo. No se agota en ninguna formulación legal ni institucional, pues es relativamente fácil cumplir la letra mientras se defrauda el espíritu" (p. 34).

A partir de lo expuesto, la separación de poderes no debe verse solo como un mecanismo técnico, sino como una forma de pensar en cuanto al constitucionalismo, formando parte de su esencia. Esto significa que su valor no se va a limitar únicamente a lo que está escrito, sino también al compromiso de quienes ejercen el poder. Aunque se establezcan ciertos procedimientos o normas para mantener el equilibrio entre los poderes del Estado, su verdadera fuerza radica en que estos sean aplicados con respeto y convicción.

Por ello, cuando Pereira Menaut menciona que se puede "cumplir la letra mientras se defrauda el espíritu", nos recuerda que, en la práctica, se puede cumplir formalmente con lo que indica la Constitución, pero actuar de manera contraria a lo que busca proteger, justamente ello se puede ver actualmente a través del mal uso de los mecanismos de control político. Por esa razón, la separación de poderes no solo requiere de su regulación, sino también de una cultura política sólida, capaz de defender el sentido profundo de los mecanismos frente a cualquier intento de manipularlos o vaciarlos de contenido.

En el caso peruano, esta situación refleja los frecuentes enfrentamientos entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, que han generado episodios de alta inestabilidad política. Basta observar la cantidad de presidentes y gabinetes ministeriales que han pasado por el país en la última década para comprender la magnitud del problema. Un ejemplo claro fue lo ocurrido en el 2019, año en el que el entonces presidente Martín Vizcarra decidió disolver el Congreso. En septiembre de ese año, el Ejecutivo, a través del presidente del Consejo de Ministros, Salvador del Solar, planteó una cuestión de confianza que, después de producirse la denegación fáctica, esta sirvió como fundamento para ejecutar la disolución parlamentaria.

No obstante, la disolución del Parlamento resultó inconstitucional, ya que Vizcarra no debió plantear una cuestión de confianza respecto a una atribución que correspondía de manera exclusiva al Congreso. En respuesta, este último interpuso una demanda competencial, que parecía ofrecer la oportunidad perfecta para que el Tribunal Constitucional estableciera criterios claros sobre los alcances y límites de dicho mecanismo. Lamentablemente la sentencia 0006-2019-CC/TC no cumplió

con dichas expectativas, lo cual fue corregido con la sentencia 0004-2022-CC/TC, que fue más precisa y llenó vacíos que necesitaban de urgente atención.

Acerca del conflicto suscitado, el Tribunal Constitucional indicó lo siguiente:

> Este Tribunal considera pertinente recalcar que el Poder Ejecutivo solo tiene competencia para plantear la cuestión de confianza respecto de sus propias competencias exclusivas, sin que estas puedan interpretarse de manera extensiva, como se hizo en la Sentencia 00006-2019-CC/TC, para que impliquen el menoscabo de las competencias exclusivas de otras entidades estatales, bajo el pretexto de que se trata de asuntos de interés público. En ese sentido, aun cuando la iniciativa de reforma constitucional pueda ejercerla el presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros, no es jurídicamente viable la formulación sobre esta materia de una cuestión de confianza, en la medida en que el procedimiento de reforma está contemplado en el artículo 206 de la Constitución como atribución del Congreso. Admitir lo contrario supondría afectar el equilibrio de poderes (Fundamento Jurídico 91, 0004-2022-CC/TC).

En suma, este acontecimiento evidencio que, al emplear los mecanismos de control político de manera incorrecta se puede desvirtuar el espíritu de la separación de poderes, pues se convierten en herramientas de confrontación política permanente que se justifican en intereses personales. La recurrencia de estos enfrentamientos no solo debilita el funcionamiento de las instituciones, sino también erosiona la confianza de la población y pone en riesgo la estabilidad democrática que tales mecanismos fueron concebidos para salvaguardar. De ahí la necesidad de un fortalecimiento, sobre todo de la cultura política, para que de esa manera el equilibrio de poderes sea una práctica viva y no como una teoría que se quede en los libros.

6. LA CUESTIÓN DE CONFIANZA

6.1. ¿Qué es la cuestión de confianza?

La cuestión de confianza es, en su esencia, un instrumento parlamentario excepcional: en los regímenes de inspiración europea sirve para que el jefe de gobierno —líder de la mayoría parlamentaria— someta a la Cámara una política o programa de gobierno cuyo respaldo considera imprescindible, condicionando su permanencia al resultado de esa votación. Su función originaria no es la de una simple herramienta legislativa, sino la de disciplinar al propio grupo mayoritario

en torno a decisiones de trascendencia política; por ello, su empleo implica un riesgo real y directo para quien la plantea: si no obtiene la confianza, suele caer el gobierno y, con ello, se abren las vías para una crisis parlamentaria que puede desembocar en elecciones anticipadas. En palabras sucintas del debate comparado, la cuestión es un recurso extraordinario que activa la lógica de apuesta política del parlamentarismo y, por tanto, es rara y políticamente costosa.

En su verdadero contexto doctrinal y práctico, la eficacia democrática de la cuestión de confianza reside en ese balance entre riesgo y responsabilidad: sólo tiene sentido cuando el primer ministro es efectivamente jefe de gobierno y controla una mayoría parlamentaria que puede ser obligada a elegir entre la disciplina partidaria y la alternativa electoral. La adopción de ese mecanismo a un sistema distinto exige, por tanto, cuidado y ajustes institucionales; sin ellos, la institución pierde su carácter excepcional y se vacía de la función que la legitimaba. En el parlamentarismo, la cuestión es una sanción interna al comportamiento mayoritario; en sistemas presidenciales la dinámica de incentivos es otra, porque los mandatarios y los órganos representativos provienen de mandatos separados y, con frecuencia, de mayorías dispares.

En el caso peruano, la cuestión de confianza fue incorporada y desarrollada en un entorno que no reproduce las condiciones básicas del parlamentarismo. Aquí el presidente de la República concentra la jefatura del Estado y del Gobierno, mientras que el presidente del Consejo de ministros no actúa como líder natural de una bancada mayoritaria; ello produce una asimetría decisiva: el riesgo político se traslada casi totalmente al Congreso, pues, aun cuando el Ejecutivo plantea la cuestión, el presidente de la República puede sustituir ministros sin sufrir la pérdida de su propio cargo. Como resultado, la cuestión deja de ser un recurso disciplinador y se convierte en una palanca de presión capaz de condicionar la labor fiscalizadora y legislativa del Parlamento. En este sentido, la literatura y el debate público han advertido que la utilización sistemática o instrumental de la cuestión "rompe la lógica del equilibrio" y deja al Legislativo «indefenso y desarmado», transformando una garantía democrática en un mecanismo de coacción política.

6.2. La cuestión de confianza en el contexto peruano y por qué debe eliminarse

En primer lugar, antes de exponer nuestra propuesta, debemos distinguir dos figuras que suelen confundirse, aunque respondan a lógicas distintas: la cuestión de confianza y el voto de confianza. Mientras que ya se ha dado una luz en cuanto a la primera a lo largo de este trabajo, la segunda merece un breve desarrollo para

sustentar nuestra propuesta. El voto de confianza es solicitado por el Presidente del Consejo de Ministros cuando se forma un nuevo Gabinete, a diferencia de la cuestión de confianza, que puede presentarse en cualquier momento.

Esta exigencia responde a la necesidad de que el Congreso, como órgano que cuenta con legitimidad democrática, valide la composición y el plan de acción del Ejecutivo. Mientras que el Presidente de la República es llamado a gobernar, el Parlamento tiene la facultad de ejercer control político y legislar, garantizando que ambas funciones puedan desarrollarse de manera equilibrada, que finalmente es lo que buscamos para un Estado eficiente.

La inclusión del voto de confianza en la Constitución de 1993 se inspira en la tradición parlamentaria europea, en la cual funciona como un contrapeso que fortalece el rol fiscalizador del Legislativo, especialmente cuando hacemos referencia a aquellos países que cuentan con antecedentes de concentración autoritaria de poder. Es clave mantener este mecanismo, de manera que se garantiza que el gobierno de turno construya consensos y alianzas en el Congreso, lo que, a su vez, fomenta la gobernabilidad. Lejos de ser un obstáculo, obliga a que el Ejecutivo negocie, dialogue y defina un programa común con las principales fuerzas políticas representadas. Eliminar este mecanismo equivaldría a suprimir uno de los pocos incentivos institucionales que existen en nuestra estructura, lo que probablemente intensificaría aún más las tensiones entre el Ejecutivo y el Legislativo.

Nuestra propuesta, en contraste con otras posturas, apunta a eliminar la figura de la cuestión de confianza dentro del sistema político peruano. Como se ha argumentado previamente, este mecanismo, importado del parlamentarismo, no se adecúa a la lógica de nuestra actual forma de gobierno y en la práctica ha operado más como un factor de presión y amenaza que como un control efectivo. Su incorporación al ordenamiento peruano no ha fortalecido el diálogo institucional, sino que, por el contrario, ha servido para exacerbar la confrontación, generando escenario de incertidumbre que debilitan cada vez más la gobernabilidad democrática que tanto necesita el Perú.

El problema se vuelve más evidente si consideramos que el Presidente de la República, cuya legitimidad en primera vuelta raramente pasa el 50%, puede exigir al Congreso —como órgano que representa de manera directa a la población— la concesión de la confianza bajo sanción extrema de disolución parlamentaria.

Aún más grave resulta el hecho de que esta facultad pueda ejercerse sin un límite, es decir, puede presentarse en varias oportunidades, lo cual debilita el sistema

de frenos y contrapesos. Contrario a lo que debería, facilita su manipulación por parte del Poder Ejecutivo, que puede emplear este mecanismo disfrazando intereses personales y colocando al Poder Legislativo en una posición de vulnerabilidad estructural. La única resistencia sería censurar al gabinete en funciones; sin embargo, a diferencia de los sistemas parlamentarios europeos, aquí el costo político no recae en el Presidente, sino sobre el propio Congreso, que se expone a quedar en jaque.

La experiencia reciente confirma que la cuestión de confianza ha roto el equilibrio que debe existir entre los poderes del Estado, debilitando el sistema de frenos y contrapesos y facilitando su manipulación por parte del Ejecutivo. Por ello, la adopción de este mecanismo y su permanencia resulta innecesaria y riesgosa, la salida coherente es eliminarla y cerrar definitivamente la puerta a su uso estratégico como herramienta de presión política, protegiendo la estabilidad e incentivando.

7. CONCLUSIONES

La revisión de nuestra experiencia en esta última década nos confirma que actualmente el régimen peruano tiene una serie de mecanismos que deben repensarse, ya que, al combinar un presidencialismo con mecanismos propios del parlamentarismo, se ha abierto un espacio de fricciones constantes entre el Ejecutivo y el Legislativo. Lo que nació con la intención de crear un balance de poder, con la idea inicial de limitar el poder del presidente, terminó derivando en un campo de disputa donde las reglas se interpretan según las conveniencias de cada uno, alejándose de la esencia de la política. Esta tensión no solo ha afectado la estabilidad política, sino que consecuentemente hizo que la ciudadanía deje de confiar en las instituciones, reforzando la percepción de que los mecanismos de control son usados más para demostrar quién tiene más poder que para salvaguardar la democracia.

En este escenario, la cuestión de confianza se ha consolidado como uno de los puntos más problemáticos. Concebida en otros contextos como un instrumento legítimo para garantizar gobernabilidad, en el Perú se ha utilizado de manera reiterada como una amenaza latente contra el Congreso, alterando el sistema de frenos y contrapesos. La ausencia de límites claro para su uso ha dado paso a que se manipulen con fines ajenos al espíritu de la Constitución, generando crisis políticas innecesarias y costosas para el país.

Insistimos en que el problema no reside únicamente en la existencia de determinados mecanismos, sino en la forma en que estos son interpretados y aplicados.

Mientras persista una cultura política centrada en la confrontación y no en la cooperación, cualquier norma corre el riesgo de ser distorsionada.

En conclusión, si el objetivo es alcanzar un verdadero equilibrio de poderes, el camino pasa por eliminar la cuestión de confianza y mantener el voto de confianza; además, debemos esforzarnos en fortalecer partidos políticos, fomentar consensos y alianzas, y mejorar la clase política. La política es el arte de lo posible, y comprenderlo es el primer paso para que nuestras instituciones respondan a su objetivo.

BIBLIOGRAFÍA

Bagehot, W. (1867). The English Constitution. Chapman and Hall.

Dicey, A. V. (1885). Introduction to the Study of the Law of the Constitution. Macmillan.

Hamilton, A. (1788). The Federalist No. 70. En A. Hamilton, J. Madison, & J. Jay, The Federalist Papers. New York Packet.

Hakansson Nieto, C. (2009). Curso de Derecho Constitucional. Lima: Palestra Editores.

Hakansson Nieto, C. (2023) El Neopresidencialismo. La forma de gobierno de la Constitución peruana. (4ta ed. ampliada y actualizada). Lima: Yachay Legal.

Loewenstein, Karl. (1965). Teoría de la Constitución.

Pereira Menaut, A. (2010). El ejemplo constitucional de Inglaterra. Ciudad de México: IIJ - Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

Pereira Menaut, Antonio. (2011). En defensa de la Constitución. Lima: Palestra Editores.

Quiroga León, A. (2020, 3 de junio). Un presidente con poco swing. Recuperado el 5 de julio de 2025, de: https://www.lampadia.com/opiniones/anbal-quiroga/un-presidente-con-poco-swing/

Sartori, G. (1996). Ingeniería constitucional comparada. Fondo de Cultura Económica.

LOS GRANDES PRINCIPIOS BÁSICOS DE UNA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA*

Gerardo ETO CRUZ**

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** ¿Cuáles son los grandes principios básicos de una constitución democrática? **3.** Lo que la Constitución democrática no debe regular. **4.** No vivimos tiempos constituyentes. **5.** ¿Cómo es que se mantiene 30 años de vigencia la actual Constitución de 1993? **6.** Los principios constitucionales que sustentan las bases mínimas de una democracia. **7.** Las distopías constitucionales. **8.** La Constitución como utopía realizable.

1. INTRODUCCIÓN

Los 30 años de vigencia de la Constitución de 1993 es un buen pretexto para una breve reflexión en torno a ella; y por cierto, en torno a la *esencia* que toda Constitución entraña. Las constituciones modernas surgieron en el siglo XVIII y fueron diversas las causas que desencadenaron su aparición en los estados contemporáneos y hay ríos de tinta en la erudita explicación a la que no abundaremos, pero significa históricamente el derrumbe del *antiguo régimen* que se venía sustentando bajo el espíritu de una *concepción teocéntrica*; inaugurándose a partir de los gobiernos representativos, la corriente liberal de la *concepción antropocéntrica* que hoy rige a la humanidad.

---

* Este ensayo ha sido actualizado de lo que fue publicado en *Cuadernos parlamentarios N.º 30.* Revista especializada del Centro de Estudios Constitucionales y Parlamentarios. Lima. 2023. Una versión orgánica puede verse en nuestro reciente trabajo: *Constitución y Democracia. 30 Años de desarrollo constitucional en el Perú (1993-2023),* Lima. Editorial San Bernardo, 2023.

** 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; ex magistrado del Tribunal Constitucional; y ex director del Centro de Estudios Constitucionales del TC.

Originalmente el concepto de constitución, a lo largo de su génesis y desarrollo ha sido concebida como un *concepto político*, esto es, se trataba de una norma de naturaleza política elaborada esencialmente por políticos para regular los problemas que se suscitaban en el quehacer del manejo estatal. La construcción de un texto constitucional fue concebida en tanto ella debía ser creada por un órgano legislativo excepcional; por lo que desde las reflexiones preliminares de Sieyès, dicha norma debía ser fruto de un *poder constituyente* que crea por vez primera una constitución en un Estado donde nunca antes había existido un ordenamiento jurídico de esa naturaleza. Entonces, bien cabe afirmar que, en la evolución de los Estados, siempre ha existido un primer *momento genético* donde por vez primera dicho Estado se otorgaba para sí una norma fundamental.

Todo esto ocurrió en el Siglo XVIII en Europa, pero la primera en términos modernos y geográficamente ubicable fue en Estados Unidos de Norteamérica en 1787 y, luego lo impulsa Francia en 1791 precedido por su revolución 1789 en la que habría de proclamarse la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, surgiendo así, una nueva lengua de los derechos al que habría de denominarse derechos fundamentales.

Hoy, en el mundo occidental existen constituciones cuyo principio, base y fundamento es ser democrática. Puede parecer una redundancia, pero no lo es; y es que a nivel comparado existen diversas tipologías de sistemas o regímenes políticos en donde los comparatistas han desarrollado largas reflexiones en torno a i) Estados constitucionales con constitución; ii) Estados con constitución sin ser Estados constitucionales; iii) Estados con constituciones no democráticas; iv) Estados autoritarios con constitución no democráticas. Y así puede haber una discreta lista de constituciones que no son democráticas; pues son textos de plastilina sujetas al autócrata de turno, al populista autoritario, a regímenes socialistas que yugulan las libertades y derechos, a constituciones de farsa y comparsa que ocultan la verdadera realidad de un pueblo sin rumbo y sin norte. La esencia de toda constitución es precisamente que ella *debe* ser democrática; y por tanto, debe generar una democracia constitucional formal y material, por lo que no debe ser una norma *nomina*l como aludía Karl Loewenstein (una constitución que no se cumple, o se cumple a medias), sino que esta norma penetre en su realidad sociológica, que se encuentre en la cultura de los detentadores con de los destinatarios del poder; en buena cuenta, que la democracia se sustente no sólo a través de los factores externos que condicionan la vigencia de una constitución, sino que la propia constitución establezca sus propios mecanismos procesales de autodefensa;

sumado a ello, desde la psicología colectiva, todo esto debe generar un verdadero *sentimiento constitucional* que identifique a la ciudadanía y sus gobernantes a los principios y valores que encarna una constitución democrática.

2. ¿CUÁLES SON LOS GRANDES PRINCIPIOS BÁSICOS DE UNA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA?

Por un lado, que ella establezca y garantice los dos grandes estatutos que forman parte de la historia de la civilización humana a nivel planetario: normar el estatuto del poder y el estatuto de las libertades. Esto significa que el quehacer político debe estar no en manos de los gobernantes sino bajo el arbitraje permanente y dinámico que ellos deben actuar de la mano de la constitución. Los gobernantes podrán ejercer su actuación política gobernando bajo determinados cánones que la vida les ha deparado como virtudes; y así el ideal en el mundo de la filosofía política es que los pueblos tengan buenos gobernantes que estén a la altura y den la talla de ser verdaderos estadistas, que tenga bien en claro lo que el país aspira a través del gran proyecto político de una nación; empezando por lo más elemental como es cubrir a su ciudadanía de trabajo, educación, salubridad; en buena cuenta, los derechos tanto civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales; a su turno, no es quimera que un buen gobernante debe llevar a su pueblo a las grandes alturas de las aspiraciones colectivas de todos sus ciudadanos a la cual gobierna; pero todo ello bajo los marcos constitucionales y de los principios de la ética de valores; en consecuencia, ellos mismos deben ceñirse a la férula de los *límites* que impone el texto constitucional. Quienes no lo hagan; o quienes fungiendo gobernar bajo la aparente normatividad constitucional que no lo es, son gobernantes a las que se les puede atribuir de farsantes que pueden llegar a los peores estropicios de dictaduras y autoritarismos populistas. Aquí también encajan los gobernantes inútiles, pusilánimes y cobardes ubicados en los distintos órganos que forman la estructura del Poder Político, lo propio a los aventureros que creen que el Poder Político es un mero botín al que, si se llega, cabe repartirlo. La casa del gobierno no es un conventículo; es un tabernáculo laico que representa a toda la sociedad, a todo el pueblo.

En esencia, la constitución juridifica *lo político.* Es decir -y esto sí es un buen concepto político de constitución- la norma constitucional regula el fenómeno político de cada país. Esto significa que la constitución al imponer los límites a toda la estructura del Estado del que se encuentra conformado los diversos órganos,

lo que hace es racionalizar un verdadero ejercicio *legítimo* de competencias y de atribuciones del poder político, otorgándole a cada uno de los órganos autónomos del Poder Estatal sus fueros de competencias sin que entre ellas se afirmen conflictos vía intromisiones. La constitución por tanto juridifica las reglas de una democracia. Quienes se desmarcan de ella no actúan en términos constitucionales, así lucubren buenas razones y discursos como estrategia para llevar presuntamente a buen puerto al país. Sin embargo, en el mundo de la realidad, esto que es tan claro de lo que prescribe una constitución democrática, no es llevada a cabo como tal, entonces, el problema no es de la norma constitucional a la cual siempre los ilusos piensan que, cambiando de constitución, se cambian los males de un país. Aún pervive en muchas gentes este viejo *romanticismo político* en creer que la norma cambia o modifica la realidad. No: los males vienen de lo más profundo de los propios seres humanos que a lo largo de la historia siempre han tenido en sus estructuras la esencia del mal. La bondad como la maldad es ínsito en el humano. Y si entra un gobernante con las entrañas de bondad, tampoco garantiza que sea un buen gobernante; esto ya lo atisbó Nicolás Maquiavelo hace siglos. Una férrea personalidad puede llevar a su país a su desarrollo; pero siempre bajo la visión de un estadista: con los caracteres de firmeza, valentía, coraje. También los gobernantes pueden y de hecho han llevado a su país a la ruina, miseria y a la desolación. Muestra de ello es el éxodo de millones de venezolanos que superan a los inmigrantes provenientes de Medio Oriente. Recuérdese que nadie gobierna con padrenuestros, sino con la fortaleza que da la experiencia y la historia. Es por eso que hay que tener mucho cuidado con esas tres grandes pulsiones de la humanidad y que dominan a las personas y que fueron advertidas en su momento por Karl Loewenstein: el amor, la fe y el poder, "de una manera misteriosa, están unidos y entrelazados. Sabemos que el poder de la fe mueve montañas, y que el poder del amor [...] es el vencedor en todas las batallas; pero no es menos propio del hombre el amor al poder y la fe en el poder. La historia muestra cómo el amor y la fe han contribuido a la felicidad del hombre, y cómo el poder a su miseria" (Cfr. *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1982, p. 23)

3. LO QUE LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA NO DEBE REGULAR

Las constituciones regulan las instituciones políticas. Recordemos que toda institución es algo creado por el hombre en oposición a lo creado por la naturaleza. Así, las relaciones sexuales constituyen hechos naturales; pero el matrimonio es

una institución que regula la vida conyugal. La violencia es igualmente un hecho consustancial en el humano, pero el poder creador de la civilización regula a las Fuerzas Armadas y la Defensa Nacional. Por tanto, las instituciones políticas que se encuentran en una constitución, son instituciones queridas y deseadas. Es obvio que no puede haber instituciones políticas no queridas ni deseadas, aunque en el orden de la realidad estén allí. Las instituciones no deseadas son por ejemplo, el golpe de estado, el fraude electoral, el terrorismo, la corrupción, las torturas, las desapariciones forzadas e involuntarias. En el plano de la maldad política, por ejemplo están allí lo que Alan Wolfe describe estos nuevos escenarios y concluye que existen cuatro variedades de maldad política: el terrorismo, la limpieza étnica, matar a las personas, por motivos de raza, etnia o religión, en lugar de desplazarlos, y el "mal por el mal" (*counterevil)*, que consiste en la "decisión de infligir sufrimientos gratuitos a aquellos que se presume o se sabe que te han infligido a ti los mismos". (Cfr. *La maldad política. Qué es y cómo combatirla*. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2013, p. 11.)

Una constitución democrática no puede ella misma prever su propia destrucción; por el contrario, ella prevé a través de diversos mecanismos de naturaleza procesal su propia defensa a través de los procesos constitucionales. Una constitución no puede auspiciar dictaduras, y en las dictaduras no existen los procesos constitucionales porque su sistema de justicia padece el cáncer metastásico del dictador que todo lo envilece, incluyendo a sus jueces; tampoco una constitución democrática puede ser interpretada como una ley; ella debe ser objeto de una interpretación flexible; la constitución democrática igualmente permite que en su propia dinámica, se impongan las reformas que el país necesita; pero dichas reformas tienen límites materiales, por lo que debe tener mecanismos de control constitucional a la reforma constitucional; una constitución no puede auspiciar tampoco discursos de odios que enfrente a sus habitantes. Una constitución no puede negar la vida, la salud, las libertades, el bienestar, la propiedad, la seguridad jurídica. Una constitución democrática debe ser la ruta del gobernante para que lleve al país a buen puerto. Una constitución auspicia y protege el pluralismo, el multiculturalismo, las identidades; pero igual marca los linderos de la unidad sin que se genere separatismo o secesionismo.

En el plano político, como expresaba Schmitt, una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un Ser político. Por ello, quienes como actores políticos se arrogan la representatividad del pueblo soberano, es una veleidad porque todos

son parte de ese ser. He allí que una constitución no puede, mejor enfatizamos, no debe auspiciar populismo de diversa manufactura, sea de las ubres de la izquierda extrema; como de la derecha.

En una constitución democrática no puede existir un gobernante que se perpetúe en el poder, en el orden de la realidad debe existir el ciclo de alternancia del poder. He ahí la gran diferencia en todos los diversos modelos, en donde hay una constitución, pero no existe democracia, ni tan siquiera de fachada sino autoritarismo puro y salvaje. Y es que no puede haber discrecionalidad del que detenta el poder, sino una ruta trazada por límites dentro de la discrecionalidad del poder constituido.

4. NO VIVIMOS TIEMPOS CONSTITUYENTES

Siempre es bueno recordar que dentro del Artículo 16 de la Declaración de Los Derechos del Hombre y del Ciudadano se establece que: "Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución".

Sin embargo, no solo debe ella regular el estatuto de las libertades sino que toda democracia no debe estar declarada normativamente sin que su defensa esté también basada en una cultura política individual y colectiva que genere una atmosfera de valores, donde la libertad sea la puerta que transite todo ciudadano y pueda afirmar sus sueños y realidades, siempre bajo los principios morales en la que se sustente la actuación estatal. Una verdadera constitución democrática auspicia siempre un "estado de libertad". "En ella, los hombres no se encuentran sujeto a coacción derivada de la voluntad arbitraria de otro o de otros". (Hayek, F.A.: *Los fundamentos de la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2022, p. 59)

Se ha escrito que la constitución de 1993 tiene el estigma de haber sido fruto de un régimen político que perpetró la ruptura del sistema democrático. Ello es cierto, pero este origen que supuso un interregno de facto, es fruto normal de los escenarios constituyentes que devienen en un poder constituyente originario; es decir, siempre toda constitución es fruto de un poder constituyente, nunca de un poder constituido. Y cuando el poder constituido cruza las fronteras de reformar total o parcialmente un texto constitucional, deviene dicho poder constituido en un poder *constituyente derivado.* He allí el gran peligro de que cuando se convoque a una reforma constitucional total bajo los auspicios de un órgano constituye *ad hoc*, debe ser de extremo cuidado en que las fuerzas que detenten dicho poder constituyente

originario, va a tener toda la fuerza material para imponer o "refundar" (términos que suelen utilizar los ideólogos del "nuevo constitucionalismo" del socialismo del siglo XXI) asuman lo que ya alertaba Carl Schmitt: toda constitución presupone un poder y todo poder una constitución. "Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional. Las decisiones como mías, son cualitativamente distintas de las normaciones legal-constitucionales establecidas sobre su base" (Cfr. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 1992, p. 93-94). Y no siempre los tiempos constituyentes suelen dar frutos de constituciones democráticas; sino constituciones que legitimarán el ciclo de regímenes autoritarios. De ocurrir un escenario constituyente, y de triunfar un proyecto de techo ideológico del socialismo del siglo XXI como lo anota demoledoramente Schmitt se impondrá un régimen que liquidará la democracia constitucional republicana. Allí los tenemos en nuestra vecindad: Nicaragua, Cuba, Venezuela; y otros que quieren igualar los proyectos autoritarios, entre los que destacan intelectuales peruanos bajo el ropaje de políticamente correctos; igual de la prensa que auspicia espirales del silencio como ha reflexionado Elisabeth Noelle Neumann, es decir silencia las corrientes de opinión pública y sólo informas *posverdades* y *fake new*.

5. ¿CÓMO ES QUE SE MANTIENE 30 AÑOS DE VIGENCIA LA ACTUAL CONSTITUCIÓN DE 1993?

La pregunta es de por sí relevante, pues si pasamos revista, de las 12 constituciones en nuestro haber republicano, el esquema es que duran poco en la línea del tiempo de cada una de ella, salvo las que apreciaremos en esta lista:

a. La Constitución de 1823: apenas duró tres años;
b. La Constitución de 1826: duró dos años;
c. La Constitución de 1828: duró seis años;
d. La Constitución de 1834: duró cinco años;
e. La Constitución de 1839: duró diecisiete años;
f. La Constitución de 1856: duró cuatro años;
g. La Constitución de 1860: duró siete años;
h. La Constitución de 1867: duró cincuenta y tres años;

i. La Constitución de 1920: duró trece años;
j. La Constitución de 1933: duró cuarenta y seis años;
k. La Constitución de 1979: duró catorce años;
l. La Constitución de 1993: viene durando treinta años.

Las sumas de estas constituciones dan precisamente 200 años, si tenemos en cuenta que la primera constitución republicana en el Perú arrancó con el texto de 1823.

El *aggiornamento* de la Constitución de 1993 ha sido objeto primero, de diversas reformas constitucionales (ver cuadro); en segundo lugar, por vía de la penetrante interpretación que de ella ha realizado el Tribunal Constitucional tanto en los procesos de lo que Mauro Cappelletti denominó *jurisdicción constitucional de la libertad* que comprende los hábeas corpus, amparos, hábeas data y proceso de cumplimiento; así como en los procesos de la *jurisdicción constitucional orgánica* como son los procesos de inconstitucionalidad y los conflictos competenciales (aquí no comprendemos por razones de estadística los procesos de acción popular que son de competencia exclusiva del Poder Judicial). Hasta el 31 de julio de 2017, el Tribunal Constitucional llegó a un histórico de 100 mil resoluciones, fecha que en la misma institución pasó desapercibida (Cfr. ETO CRUZ, G.: *Derecho procesal constitucional. Su interpretación y desarrollo jurisprudencial.* Lima, Grijley. Vol. 1. 2019. p. LXXXII); y al cierre de este artículo observamos que a la fecha existe publicado un total de 132,349 resoluciones (ver cuadro). De tal manera que las reformas que ha hecho el parlamento han permitido flexibilizar, armonizar o poner al día como consecuencia de la dinámica constitucional una gran cantidad de normas que aproximadamente llegan a un aproximado de 62 reformas constitucionales (ver cuadro), cuya técnica el poder de reforma constitucional del parlamento los identifica como modificaciones, incorporaciones de nuevas cláusulas, agregados, sustituciones, etc.; sumado al otro factor que es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, siendo el supremo intérprete, ha desarrollado una larga producción ya aludida, por lo que se puede afirmar que estos dos factores han coadyuvado en la línea del tiempo en mantener el principio de una Constitución democrática.

6. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE SUSTENTAN LAS BASES MÍNIMAS DE UNA DEMOCRACIA

La actual Constitución de 1993, pese a que surgió bajo el marco de un régimen de facto en el que devino el gobierno de Alberto Fujimori vía el auto golpe

de estado perpetrado el 05 de abril de 1992, su salida política fue encausada bajo la convocatoria a lo que se autodenominó "Congreso Constituyente Democrático" y fue allí donde se elaboró el actual texto que contra viento y marea ha llegado a tener tres décadas de vigencia y vigor. ¿Es una Constitución democrática? Señalamos que sí aun cuando la frontera conceptual del término democrático es lato, ambiguo y tiene muchas acepciones; y no obstante la larga teoría que se ha escrito desde tiempos remotos hasta la actualidad enfatizamos que es democrática por las siguientes razones:

a) Por un lado, en la estructura interna de sus normas se establecen los grandes **principios jurídicos fundamentales**. Este tipo de principios forman parte consustancial en todos los estados constitucionales del mundo occidental; forman igualmente las pautas hermenéuticas para la interpretación de todo el sistema jurídico en su conjunto. Este tipo de principios son de orden fundamental porque su rol precisamente radica en aplicar toda una vasta gama de pautas y estándares que se nos presentan como las *reglas mínimas* que debe contar un sistema jurídico.

   Entre los principios jurídicos fundamentales que cabe destacar y que ya hemos dado cuenta en un anterior trabajo, son los siguientes:

   i) Principio de la dignidad humana: Art. 1.
   ii) Principio de igualdad ante la ley: Art. 2. Inc.2.
   iii) Principio de legalidad: Art. 2. Inc. 24, d.
   iv) Principio de la estructura jerárquica del orden jurídico: Art. 51 y 138 *in fine.*
   v) Principio de publicidad de las normas: Art. 109.
   vi) Principios generales del derecho: Art. 139. Inc. 8.

b) **Principios políticos constitucionales.** El rol que aquí en este ámbito juegan estos principios políticos constitucionales ya no son de una matriz puramente jurídica, como la que hemos abordado en torno a los principios jurídicos fundamentales: se trata aquí de otro tipo de principios que surgen del contexto de una sociedad política que ostenta una particular ideología; y que hoy Occidente a partir de lo que Francis Fukuyama (Cfr. *El fin de la historia y otros ensayos.* Madrid: Alianza Editorial, 2015) aludía en torno al fin de la historia, el mundo cultural y político hoy se ha globalizado (Cfr. LIPOVETSKY, Gilles y JUVIN, Hervé. *El Occidente globalizado. Un debate sobre la cultura planetaria.* 1.ª ed. Barcelona: Anagrama Editorial, 2011). Es por ello que los principios

políticos constitucionales que se van a apreciar líneas abajo forman parte de lo que Peter Häberle ha denominado como Estado constitucional. Nosotros estimamos que los principios de esta naturaleza con fraseos o interpretaciones de distintos tribunales de jurisdicción constitucional van a mantener la misma postura ideológica en torno a las democracias occidentales. Es decir, estos principios van a jugar un rol dirigido fundamentalmente a la parte orgánica de la Constitución, vale decir, a la estructura del Estado, a la forma de gobierno, a la conducta de quienes detentan el poder y a las eventuales afectaciones de los destinatarios del poder. En buena cuenta son principios políticos que no van a poder ser traspasados ni violentados por ningún gobernante y si ello ocurre, la propia Constitución prevé sus mecanismos de preservarse frente a cualquier contingencia que pretenda ser desconocida.

A continuación, veremos, en boca del propio Tribunal Constitucional, como ya se ha dicho, su postura y posición hermenéutica en torno a los principios de esta naturaleza política.

i) Principios jurídicos de soberanía popular.
ii) Principio de forma republicana de gobierno.
iii) Principio del Estado Social y Democrático de Derecho.
iv) Principio democrático como fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho.
v) El principio democrático como principio articulador del Estado Social y Democrático de Derecho.
vi) El principio de democracia representativa.
vii) Principio de Separación de poderes.
viii) Principio de tolerancia.
ix) Principio de laicidad del estado.
x) Principio de la mayoría.
xi) Derecho a la paz y a la tranquilidad.
xii) Principio de elecciones pluripersonales.
xiii) Principio de independencia.
xiv) Principio de la autonomía municipal.
xv) Principio de autonomía regional.
xvi) Principio de subsidiariedad.

xvii) Principios constitucionales presupuestarios.

Estos principios han sido interpretados desde la constitución por el Tribunal Constitucional, por lo que su institucionalización hermenéutica acordona y rodean las grandes bases de sustento de la constitución de 1993 como una constitución democrática (Cfr. nuestro trabajo: *La Transversalización del Derecho Constitucional.* Lima, Grijley, 2022, p. 157 y ss.)

c) **Principios Económicos, sociales y culturales.** El marco de explicación de estos principios reposa no solo a nivel del texto constitucional, sino en el ámbito de las fuentes externas al ordenamiento jurídico interno: los tratados internacionales. Recordemos brevemente que, tras la Segunda Guerra Mundial, la génesis de diversos tratados o pactos fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH); siempre se criticó que esta Declaración resultaba ser un conjunto de normas "incompletas", en tanto se trataba de declaraciones de contenido genérico y abstracto imputando a los Estados a respetar la DUDH, pero sin una exigibilidad efectiva. En este contexto es que se dispuso que la Comisión de Derechos Humanos (Comisión IDH), como organismo de la ONU, diseñara una suerte de normas complementarias a la DUDH, a fin de que el diseño normativo sea exigible a los Estados, "de modo que su incumplimiento pudiera generar responsabilidad internacional". Fue así como se elaboran dos tipos de normas internacionales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), desde luego, la matriz de estas normas dimana de la DUDH, pero se trata de normas cualitativamente distintas, aun cuando dichos pactos tienen un entronque común: su universalidad y generalidad.

Pasemos a revisar las diversas interpretaciones que el Colegiado Constitucional ha desarrollado a lo largo de nuestra ya dilatada jurisdicción y que ha permitido establecer las grandes vigas que sustentan diversos principios que, sin duda alguna, generan una transversalidad al resto del ordenamiento jurídico y configuran una verdadera constitución democrática. A cada epígrafe del principie se consigna la fuente del fallo primigenio del Tribunal Constitucional.

i) Principio de protección especial del niño. (STC N.º 01817-2009-PHC, FJ 4)

ii) Principio de protección integral del niño. (STC N.º 03247-2008-PHC, FJ 9 y 10)

iii) Principio de proscripción de prisión por deudas. (STC N.º 0012-2011-PI, FJ 39 y STC N.º 2982-2003-HC, FJ 2)

iv) Libertad de contratar. (STC N.º 0047-2004-AI/TC, FJ. 44, STC N.º 2185-2002-AA/TC, FJ 2, STC N.º 0047-2004-AI/TC, FJ. 44)

v) Principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales. (STC N.º 0042-2004-AI, FJ 94,STC N.º 0042-2004-AI FJ 97, STC N.º 0042-2004-AI FJ 95)

vi) Principio de libre iniciativa privada. (STC N.º 00228-2009-PA, FJ 37)

vii) Principio de libre competencia. (STC N.º 00014-2009-PI, FJ 6)

viii) Principio de no confiscatoriedad. (STC N.º 00004-2004-PI, FJ 18, STC N.º 2302-2003-PA, FJ 12 y 13, STC N.º 2727-2002-PA, FJ 5).

ix) Principio de solidaridad. (STC N.º 2945-2003-AA, FJ 16, STC N.º 0004-2011-AI, fija. 6-9, STC N.º 2945-2003-AA, FJ 16).

x) El principio de la seguridad social como garantía constitucional. (STC N.º 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC, 0007-2005-AI/TC, 0009-2005-AI/TC (ACUMULADOS), FJ. 54.).

xi) Principios constitucionales tributarios. (STC N.º 00042-2004 - AA/TC. FJ. 4 al 8, STC N.º 2689-2004 - AA/TC. FJ. 17 al 25, STC N.º 00042 - 2004 - AI/TC. FJ. 13 al 14, STC N.º 0033 - 2004–AI-TC. FJ. 9 al 12, STC N.º 1907 - 2003 - AA/TC. FJ. 6 al 9, STC N.º 2727 - 2002 - AI/TC. FJ. 4 al 10, STC N.º 2822 -2003 - AA/TC. FJ. 1 al 4, STC N.º 2689 - 2004 - AA/TC. FJ. 11 al 13, STC N.º 2689 - 2004 - AA/TC. FJ. 14 al 16, STC N.º 2762-2002-AA/TC. FJ. 4 al 13).

xii) Principio de subsidiariedad. (STC N.º 2822 - 2003 - AA/TC. FJ. 1 al 4, STC N.º 0002-2005-PI, FJ 51, STC N.º 0002-2005-PI, FJ 52, STC N.º 0002-2005-PI, FJ 54, STC N.º 0002-2005-PI, FJ 53, STC N.º 0002-2005-PI, FJ 56, STC N.º 7320-2005-AA, FJ. 11 y STC N.º 0008-2003-Al, FJ 23).

d) **Principio de impartición de justicia.** Se trata aquí de la matriz de los grandes principios que rigen la impartición de justicia. La justicia, como se sabe, es un valor que se imparte, mas no se administra; de allí que es más idóneo aludir a la impartición de justicia. El artículo 139 de la actual constitución establece un conjunto de "principios y derechos de la función jurisdiccional" que aquí vamos someramente a abordar y que van a regir a todo tipo de procesos y no solo los de orden constitucional.

Actualmente es larga y profunda la literatura donde se habla y desarrolla de la constitucionalización del proceso. Veamos:

i) Principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. art. 139,1
ii) Principio a la independencia e imparcialidad como contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. art. 139,2
iii) Principio de Imparcialidad de la Función Jurisdiccional. Art. 139.2
iv) Principio de independencia en la función jurisdiccional. Art. 139.2
v) Principio de independencia judicial. Art. 139.2
vi) Principio del Derecho a la observancia del debido proceso. Art. 139.3
vii) Principio del derecho a la tutela procesal efectiva. Art. 139.3
viii) Principio de publicidad de los procesos judiciales. Art. 139.4
ix) Principio del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Art. 139.5
x) Principio de pluralidad de instancias. Art. 139.6
xi) Derecho a la indemnización por errores judiciales**.** Art. 139.7
xii) Principio de no dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley. Art. 139.8
xiii) Principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos**.** Art. 139.9
xiv) La garantía constitucional de la cosa juzgada. Art. 139.13
xv) Amnistía y cosa juzgada. Art. 139.13
xvi) Principio de la cosa juzgada constitucional: posición del TC. Art. 139.13
xvii) Derecho de defensa. Art. 139.14
xviii) Principio de no ser penado sin proceso judicial. Art. 139.10
xix) Principio de favorabilidad. Art. 139.11
xx) Principio de no ser condenado en ausencia. Art. 139.12
xxi) Principio de prohibir procesos fenecidos. Art. 139.13
xxii) Sobre la prescripción de la acción penal. Art. 139.13
xxiii) Obligación de informar sobre el motivo de la detención. Art. 139.15
xxiv) Principio de la gratuidad en la impartición de justicia. Art. 139.16
xxv) Elección popular de los jueces. Art. 139.17.

7. LAS DISTOPÍAS CONSTITUCIONALES

Si vinculamos un enfoque sociológico con el enfoque normativo en materia constitucional entramos a la categoría de las *vigencias constitucionales* a la que debemos entender lo que la norma constitucional predica y la forma cómo ella se aplica en la realidad. En buena cuenta, más que estudiar la norma, importa estudiar la conducta tanto de los detentadores del poder (gobernantes) como los destinatarios del poder (gobernados). *Vigencia constitucional* y *orden constitucional* no son exactamente lo mismo. El primero comprende la *realidad constitucional* o la forma cómo la constitución es desarrollada en el día a día, en cambio el orden constitucional es la misma vigencia, pero muchas veces con pretensiones de lo que la constitución predica, pero dicho orden es desarrollado de una manera, aunque no necesariamente de lo que quiere la norma constitucional. Es lo que hemos vivido en estos últimos años irónicamente en el marco del bicentenario: sumado a los *estados en crisis* a los que habla Bauman, el Perú tiene una *crisis política estructural* que a nada bueno nos conduce. Esta crisis se expresa en una compleja *dinámica constitucional* y a la fecha tenemos con sus sumas y restas en realidad 30 años de dinámica constitucional; y entre ellas han surgido dos conceptos que consideramos *distópicos* o indeseables: las *mutaciones constitucionales* y la *desconstitucionalización.* Hablemos de cada una de ellas.

Una mutación constitucional es una aplicación distorsionada de lo que la constitución desea; se trata de prácticas que muchas veces están al margen de los preceptos constitucionales. Así, de la estructura intrasistemática de nuestro texto constitucional, existen artículos que han sido y son objeto, no todos, por cierto, en sus 206 artículos y en sus diversas Disposiciones Finales y Transitorias de desnaturalización; en algunos casos pervirtiendo la cláusula constitucional y en otras interpretándose en forma muy singular. Esto es parte de la democracia a la cual ella tiene sus limitaciones, por lo que en un futuro es necesario que entre la norma que pretende regular algo y la forma cómo se ha aplicado se requiere de un *sincretismo armónico* que desencadene pacíficas reformas para evitar estos desbordes.

Pero en estos 30 años de dinámica constitucional que no es más que la vigencia sociológica de la constitución, se han presentado también *mutaciones* pervertidas; a esto la doctrina lo identifica como las *desconstitucionalizaciones* y que en boca del profesor Germán Bidart significa una incongruencia total entre la norma escrita y la realidad; es decir estamos ante un divorcio entre lo que la Constitución escrita quiere y la forma cómo en los hechos se distorsiona con una práctica constitucional distópica o indeseable. Aquí nos basta con señalar algunos ejemplos de este

fenómeno: los conflictos que existen entre los diversos órganos del Estado, como el más reciente, a saber Congreso vs Junta Nacional de Justicia, Poder Judicial contra Tribunal Constitucional, Ministerio Pública contra Junta Nacional de Justicia, Poder Ejecutivo vs Congreso, Jurado Nacional de Elecciones vs demás entidades como Congreso, ONPE etc.; igualmente hay una serie de grupos de poder, grupos de presión, grupos de tensión que desencadenan *fake news*, posverdad; más una prensa que no siempre cumple con impulsar *libertades preferidas* (derecho a la información, libertad de expresión, etc.); y un amplio y complejo conglomerado de personas que bajo una aparente corrección política, impulsados por ocupar cargos públicos y vivir de dichas canonjías tanto en las entidades públicas como en los diversos organismos internacionales a los que el argot de los propios políticos y opinólogos suelen denominar la casta caviar. Si bien estos conflictos son prácticas que mellan la democracia, es parte de su propia dinámica aquí y en cualquier país del mundo occidental. Pero los problemas más graves en este recuento de los 30 años es precisamente los golpes de Estado que se han desarrollado, uno perpetrado por Martín Vizcarra al que lamentablemente fue convalidado por el Tribunal Constitucional y que luego el actual Tribunal lo ha declarado inconstitucional; y el más reciente de nuestra historia es el frustrado golpe de Pedro Castillo cuya crisis se resolvió en 120 minutos como ha escrito en reciente ponencia el profesor Domingo García Belaunde. (Cfr. "Una crisis resuelta en 120 minutos y quizá menos: El caso de Pedro Castillo en el Perú. En: *A 30 años de vigencia de la Constitución 1993 y el Bicentenario de la Constitución Peruana de 1823.* Lima. Adrus. Libro de ponencia tomo I. p. 31 y ss.)

8. LA CONSTITUCIÓN COMO UTOPÍA REALIZABLE

Siguiendo a Norberto Bobbio, el *desiderátum* de una constitución democrática es que se afirmen *utopías realizables,* se construyan las bases en donde el país consolide nuestra endeble democracia, se elija a gobernantes que sirvan al país; que dejemos de ser lo que en algún momento Luis Alberto Sánchez con cierto aliento sociológico denominaba al Perú un *país adolescente*. La constitución democrática debe auspiciar el desarrollo del país, su bienestar de sus ciudadanos, el derecho de propiedad, las libertades económicas, por lo que el ideal es que dejemos de ser un país de democracia incierta; una Constitución no tolera ni permite populismos ni de las extremas izquierdas ni extremas derechas. Tampoco la constitución democrática auspicia en los gobernantes una *banalización de la política*, ni pueden hacer

de ella un narcisismo galopante; el Estado y todo país entraña fines supremos y nobles y debe entenderse que quien entra a dichos fines de la *política y lo político* es sacrificio y no la búsqueda del oropel de la sensualidad del poder. La Constitución democrática garantiza, permite y regula bajo un equilibrio dikelógico la regulación del estatuto del poder a fin de que no haya excesos y la regulación del estatuto de las libertades sin que cunda libertinajes, sino el proyecto individual y colectivo del desarrollo de la persona, su proyecto de vida en libertad.

Lima, 18 de julio de 2025

CUADRO DE MODIFICACIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993

(Hasta el 23 de septiembre de 2023)

ARTÍCULO AFECTADO	AFECTACIÓN JURÍDICA	FECHA DE PUBLICACIÓN
Art. 2, numeral 4	MODIFICADO por el Artículo 1 de la Ley N.º 31878	23-09-2023
Art. 2, inciso 5	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 31305	23-07-2021
Art. 2, inciso 5	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 31507	03-07-2022
Art. 2, lit. f del Inciso 24	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 30558	09-05-2017
Art. 7-A	INCORPORADO por el Artículo Único de la Ley N.º 30588	22-06-2017
Art. 11, 2do. párrafo	AGREGADO por el Artículo 1 de la Ley N.º 28389	17-11-2004
Art. 14-A	INCORPORADO por el Artículo 2 de la Ley N.º 31878	23-09-2023
Art. 16, último párrafo	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 31097	29-12-2020
Art. 21	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 31304	23-07-2021
Art. 21	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 31414	12-02-2022
Art. 31	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 28480	30-03-2005
Art. 34	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 28480	30-03-2005
Art. 34-A	INCORPORADO por el Artículo Único de la Ley N.º 31042	15-09-2020
Art. 35	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 30905	10-01-2019
Art. 39-A	INCORPORADO por el Artículo Único de la Ley N.º 31042	15-09-2020
Art. 40, Segundo párrafo	INCORPORADO por el Artículo Único de la Ley N.º 31122	10-02-2021
Art. 41, Cuarto párrafo	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 30650	20-08-2017
Art. 52, Primer párrafo	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 30738	14-03-2018
Art. 74	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 28390	17-11-2004
Art. 77	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 26472	13-06-1995
Art. 80	MODIFICADO por el Artículo 2 de la Ley N.º 29401	08-09-2009

ARTÍCULO AFECTADO	AFECTACIÓN JURÍDICA	FECHA DE PUBLICACIÓN
Art. 81	MODIFICADO por el Artículo 2 de la Ley N.º 29401	08-09-2009
Art. 87	MODIFICADO por el Artículo	05-04-2005
Art. 90	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 29402. La citada reforma constitucional entró en vigencia para el proceso electoral del año 2011.	08-09-2009
Art. 90-A	INCORPORADO por el Artículo Único de la Ley N.º 30906	10-01-2019
Art. 91, núm. 3	MODIFICADO por el Artículo 2 de la Ley N.º 28484	05-04-2005
Art. 91	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 28607	04-10-2005
Art. 92, último párrafo	MODIFICADO por el Artículo 3 de la Ley N.º 28484	05-04-2005
Art. 93	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 31118	06-02-2021
Art. 96, Primer párrafo	MODIFICADO por el Artículo 4 de la Ley N.º 28484	05-04-2005
Art. 101, núm. 2	MODIFICADO por el Artículo 5 de la Ley N.º 28484	05-04-2005
Art. 103	SUSTITUIDO por el Artículo 2 de la Ley N.º 28389	17-11-2004
Art. 107	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 28390	17-11-2004
Art. 112	MODIFICADO por el Artículo 1 de la Ley N.º 27365	05-11-2000
Art. 112	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 31280	16-07-2021
Art. 154	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 30904	10-01-2019
Art. 155	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 30904	10-01-2019
Art. 156	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 30904	10-01-2019
Capítulo XIV del Título IV (Arts. 188 al 199)	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 27680	07-03-2002
Art. 191	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 28607	04-10-2005
Art. 191	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 30305	10-03-2015
Art. 194	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 28607	04-10-2005
Art. 194	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 30305	10-03-2015
Art. 200, inc. 2	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 26470	12-06-1995
Art. 200, inc. 3	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 26470	12-06-1995
Art. 203, núm. 6	MODIFICADO por el Artículo Único de la Ley N.º 30305	10-03-2015
Art. 203	MODIFICADO por el Art. Único de la Ley N.º 30651	20-08-2017
Primera Disposición Final y Transitoria	SUSTITUIDA por el Artículo 3 de la Ley N.º 28389	17-11-2004
Primera Disp. Transitoria Especial	AGREGADA por el Artículo 2 de la Ley N.º 27365	05-11-2000
Segunda Disp. Transitoria Especial	AGREGADA por el Artículo 2 de la Ley N.º 27365	05-11-2000
Tercera Disp. Transitoria Especial	INCORPORADA por el Artículo Único de la Ley N.º 29402. La citada reforma constitucional entra en vigencia para el proceso electoral del año 2011.	08-09-2009

Cuadro de la distribución histórica de la publicación de expedientes por tipo de proceso 1996-2025[1].

AÑO	TOTAL	TIPO DE PROCESO							NSP
		AA	AC	HC	HD	Q	AI	CC	
1992	41	32	0	9	0	0	0	0	93
1993	102	96	0	6	0	0	0	0	290
1994	3	3	0	0	0	0	0	0	3
1995	189	153	0	35	0	0	0	1	77
1996	1084	838	24	154	5	39	24	0	145
1997	1318	1038	74	156	1	39	8	2	241
1998	1235	906	116	122	5	79	4	3	7
1999	1370	1039	105	171	2	45	6	2	1
2000	1436	1074	115	187	5	46	8	1	3
2001	1520	975	254	223	2	45	18	3	65
2002	3082	2224	204	534	7	93	16	4	12
2003	3812	2541	341	665	9	219	24	13	16
2004	5093	3691	641	506	11	185	54	5	11
2005	10807	7585	1804	969	13	395	35	6	7
2006	11149	7731	1978	992	77	330	33	8	1
2007	6792	4695	590	1129	75	260	36	7	1
2008	7230	5253	422	1145	42	328	33	7	4
2009	6513	4641	324	1099	73	328	37	11	1
2010	4594	3137	242	859	51	267	35	3	2
2011	5886	4146	310	998	63	339	22	8	4
2012	5285	3773	219	922	72	275	21	3	1
2013	8876	7163	213	918	281	271	25	5	7
2014	6428	4852	337	815	195	198	26	5	5
2015	7316	5174	734	974	160	246	22	6	6
2016	5863	4299	314	881	182	169	10	8	6
2017	5210	3483	417	889	226	181	13	1	3
2018	5009	3099	555	972	182	166	29	6	3
2019	5102	3078	520	1130	210	137	20	7	1
2020	2407	1261	214	741	116	55	17	3	5
2021	4127	2510	194	1079	215	89	33	7	0
2022	5480	3086	288	1705	272	111	14	4	1
2023	5058	2620	281	1835	167	126	19	10	0
2024	5125	2799	243	1780	95	178	24	6	0
2025	3229	1914	158	1019	44	62	28	4	0
TOTAL	**147771**	**100909**	**12231**	**25619**	**2858**	**5301**	**694**	**159**	**1022**
% MEDIA MEDIANA DESV. EST.	100%	68.3%	8.3%	17.3%	1.9%	3.6%	0.5%	0.1%	0.7%
	4369.5	3097.1	387.6	623.6	69.6	167.1	20.0	4.5	36.3
	5051.0	3118.0	282.0	837.0	27.5	175.0	21.5	4.5	5.5
	3208.7	2303.9	472.2	422.4	85.9	123.9	13.9	3.4	73.5

1 Fuente: https://www.tc.gob.pe/institucional/estadisticas/

LAS TRANSFORMACIONES CONSTITUCIONALES NO REGULARES

El uso de competencias *sui generis*

Víctor GARCÍA TOMA*

SUMARIO: 1. Marco Introductorio. **2.** Los alcances del poder constituyente originario. 2.1. Acción externa directa. 2.2. Acción externa por influencia no resistible. **3.** La Reforma Constitucional No Formal (Irregular). 3.1. La mutación constitucional. 3.2. Los supuestos de la mutación constitucional. 3.3. La norma de habilitación constitucional. **4.** El fraude constitucional.

1. MARCO INTRODUCTORIO

El fenómeno constituyente en su doble dimensión originario y derivado, en determinadas circunstancias adopta atribuciones y un iter sui generis y eventualmente extra constitucional.

En esa línea aparecen la figura de la creación estadual por obra ajena a los miembros de la comunidad política instituida; así como los procesos de reforma no regular previsto para los casos de las mutaciones y habilitaciones constitucionales.

También puede comprenderse dentro de este marco, a los denominados fraudes constitucionales.

* Abogado y magíster en Derecho Constitucional. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Exmagistrado y presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Exministro de Justicia. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Profesor universitario.

2. LOS ALCANCES DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Dicho poder es aquella capacidad o energía incontrastable que permite cumplir un fin o alcanzar una meta de naturaleza política.

En este contexto, el poder constituyente deviene en la capacidad o energía para instituir, estructurar y organizar al Estado o dar constitución al Estado, es decir, para estructurarlo y organizarlo política y jurídicamente. Dicho proceso se formaliza a través de un conjunto de normas que en conjunto reciben la denominación de Constitución.

El poder constituyente originario es una facultad de acción que deriva del atributo ínsito de una colectividad o de alguna(s) persona(s) en nombre de ella, de proveerse de manera autónoma una organización político-jurídica a través del dictado de una Constitución, la cual deviene en norma fundamental. Representa la asociación de la voluntad con la fuerza, para adoptar una decisión sobre el modo y forma de existencia política.

En puridad, expresa una capacidad de determinación y ejecución única, exclusiva, jurídicamente ilimitada y finita en el tiempo.

Guillermo Calandrino ["Reforma constitucional". En: Curso de Derecho constitucional. Buenos Aires: La Ley, 2001] sostiene que "rememora la primigenia voluntad fundamental de una sociedad, que apunta a la sanción de un ordenamiento jurídico como modo de encauzar y ordenar el agrupamiento político [...] en el que voluntariamente se encuentra sumida".

Los elementos constitutivos del poder constituyente originario son: la voluntad y la efectividad política.

La voluntad política debe expresar una acción dotada de fuerza, potencia o energía encaminada a crear o recrear la existencia de un Estado; para lo cual establece un orden normativo fundamental.

La efectividad política debe expresar que dicha acción debe orientar una capacidad de operar y regular en y sobre la realidad. Por ende, aspira a alcanzar una capacidad de obediencia interna y de respeto externo.

El poder constituyente originario puede ser observado como fundacional o refundacional.

Es fundacional cuando genera e instituye por primera vez la Constitución de un naciente Estado. Es el caso de los Estados Unidos en 1787, el Imperio Alemán en 1871, el reino de Bélgica en 1831, Argelia en 1963, Croacia en 1990, etc.

En los casos citados se produjo indistintamente un proceso de emancipación, unificación, secesión, etc.

Es refundacional cuando genera e instituye una Constitución a la que antecede otra u otras de un mismo Estado. Implica el cambio de un texto fundamental por otro.

Sigifredo Orbegozo Venegas [Poder constituyente y otros ensayos. Trujillo: Normas Legales, 2002] expresa que "el poder constituyente es aquel que se instituye y funciona con el objeto de dar una Constitución a un Estado que nace por primera vez o que ha decidido cambiar de Constitución. En tales supuestos actúa ya sea como una fuerza de creación o de transformación".

Es dable consignar que ya sea que actúe bajo una premisa fundacional o refundacional actuará siempre libre de ataduras jurídicas ya que su comportamiento siempre será *legibus solutus* (desligado y al margen del Derecho).

En ese sentido, es aplicable lo señalado por Pedro de Vega [La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente. Madrid: Tecnos, 1985] en razón a que se trata de un poder pre jurídico –*res factis, non juris*– ya que el contenido de su voluntad y la forma de su ejercicio, carecen de restricción legal alguna.

El poder constituyente originario puede ser clasificado de la entre otras variables como interno o externo.

E primero, atañe a una situación concebida como normal o usual. Este poder se presenta cuando el establecimiento o configuración de un texto constitucional, es producto de la energía político-social proveniente de los miembros del naciente o reestructurado Estado. Es el caso de Portugal (1976), España (1978), Brasil (1988), etc.

En cambio, El poder constituyente originario externo hace referencia a una situación concebida como excepcional o inusual.

Este poder se presenta cuando el establecimiento o configuración de un texto constitucional, es producto de la energía político-social proveniente de un Estado o centro de impulsión política distinto al que lo acepta o recibe como suyo.

Tal acción "constitutiva" puede generarse de manera total o parcial. Igualmente, puede gestarse por acción directa o bajo influencia no resistible.

Al respecto Néstor Pedro Sagüés [Elementos de Derecho constitucional. Buenos Aires: Astrea, 1997] ofrece los ejemplos de la acción política externa de Inglaterra (acción externa directa) y de los Estados Unidos (acción externa por influencia no resistible).

Asimismo, como corolario de situaciones recientes cabe incluir también a la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

En relación a la acción externa directa el Reyno Unido, conformado por Inglaterra, Escocia Gales e Irlanda del Norte, la ejerce bajo el síndrome de la denominada "crisis política de las trece colonias en América del Norte" (actualmente EE.UU.). De allí que con pragmatismo promoverá la autonomía de sus colonias, empero manteniendo solidos vínculos políticos, económicos y culturales.

Asimismo, gestionará la unificación de varias colonias, a efectos de garantizar un mejor gobierno de ellas.

Al respecto, veamos lo siguiente.

2.1. Acción externa directa

a. Canadá:

En el siglo XVI, Francia establecerá una colonia en Quebec. Entre 1756 y 1763 se producirá la histórica "Guerra de los Siete Años" entre dicho país e Inglaterra.

A través del Tratado de París suscrito en 1763, el rey Jorge III consolidará la conquista de Canadá.

El 20 de marzo de 1867, el Parlamento británico encabezado por el conservador Edward Smith Stanley, XIV Conde de Derby, mediante la famosa Acta de Constitución de la América Británica del Norte, establecerá la confederación canadiense. A través de dicho documento se consolidará una comunidad política de corte federal con cuatros entidades conformantes (Ontario, Quebec, Nueva Escocia y Nuevo Brunswich)

b. Australia:

En 1770, Inglaterra establecerá colonias penitenciarias al sudoeste de Asia.

El 1 de enero de 1901, a las colonias de Nueva Gales del Sur, Australia Meridional, Australia Occidental, Queensland, Victoria y Tasmania, ubicadas al sudoeste de Asia, se les permitirá la constitución de un Estado independiente, vía la creación de la Comunidad Británica de Australia.

Para tal efecto, el Parlamento británico encabezado por el conservador Robert Gascoyne Cecil III, marqués de Salisbury, dictará la denominada Acta de Constitución de Australia.

c. Sudáfrica:

En 1899 se establecerá la liberal supremacía británica en el extremo meridional de África, a través del Tratado de Vereeniging, luego de la victoria sobre los Boers (colonos de origen holandés).

En 1910, el Parlamento inglés bajo la conducción de Herbert Henry Asquith I, Conde de Oxford y Asquith, vía el Acta Constitutiva de Sudáfrica, creará el dominio autónomo de la Unión Sudafricana y unificará los territorios de Orange, Transvaal, El Cabo y Natal, ubicados en el extremo meridional de África.

d. Jamaica:

En 1865, la isla descubierta por Cristóbal Colón es conquistada por Inglaterra.

En 1962, el Parlamento inglés bajo la conducción del conservador Harold Mac Millan I, Conde de Stockton vía la Comunidad Británica de Jamaica, le conferirá autonomía política, para tal efecto dicta la denominada Acta de Constitución de Jamaica.

e. Kosovo:

En 1990, la población albanesa decidió constituir una organización política independiente del Estado Serbio.

Debido al el agravamiento del conflicto, se producirá la intervención de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) en 1999.

En ese contexto, el presidente Slobodan Milosevic se verá obligado a aceptar la autonomía del Kosovo bajo vigilancia de la Organización de las Naciones Unidas; la cual, en el 2001, le aprobará una Constitución provisional.

f. Namibia:

En 1990 culminará el proceso de independencia de Sudáfrica. Así, con el apoyo expreso del Grupo de Asistencia de las Naciones Unidas para la Transición del naciente Estado de namibia (UNTAG_NAMIBIA) se auspiciará el proceso constituyente.

g. Bosnia Herzegovina:

En 1992, poblaciones croata-musulmanas y serbiobosnias con la decidida participación de la Organización de las Naciones Unidas, decidieron constituir una organización independiente del Estado Serbio.

Así, se suscribirá la Declaración de Dayton (1995, Ohio, Estados unidos), en la que participaron los jefes de Estado de Bosnia, Croacia y Serbia; tras lo cual, la Organización de las Naciones Unidas aprobará una Constitución provisional, en favor del naciente Estado de Bosnia Herzegovina.

La participación implicante de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se producirá también en los casos de Macedonia del Norte (1993) y Montenegro (2006).

2.2. Acción externa por influencia no resistible

a. Japón:

En 1945, los Estados Unidos lanzaran bombas atómicas sobre las ciudades de Hiroshima y Nagasaki, en los estertores de la Segunda Guerra Mundial. Como consecuencia de ello, Japón capitulará y su territorio sera ocupado por las fuerzas aliadas.

En el documento de rendición se estableció que "El Emperador y el Gobierno del Japón estarán bajo la supervisión del comandante Supremo de las fuerzas Aliadas.

En 1947, bajo impulso del general Douglas Mac Arthur en su condición de Supremo comandante de las Fuerzas Aliadas (SCAP), la Dieta del Japón "aprobará" una Constitución inspirada en la ideología liberal-democrática; la cual fue formalmente aprobada por el emperador.

Al respecto, Giuseppe De Vergottini [Derecho constitucional comparado. Madrid: Espasa-Calpe, 1985] señala que el borrador de dicha Constitución fue elaborado por los asesores jurídicos del Comando Supremo de las Fuerzas Aliadas de Ocupación en el Japón.

En este contexto, cobra especial relevancia la participación del teniente coronel Milo Rowell y del Mayor General Courtney Whitney.

Dicho texto consideró algunos elementos de la Constitución de Meiji, dictada durante el gobierno del emperador Meiji (1867-1912), la cual tenía algunos elementos constitucionales de los textos supra de Prusia y Reyno Unido.

En 1945, la Alemania Nazi será ocupada por las Fuerzas Aliadas (Estados Unidos, Francia, Inglaterra y Rusia).

Ene contexto tras los acuerdos de la Conferencia de Potsdam, se suscribirá el denominado Documento de Frankfurt (Nº1) en donde se dispondrá la creación de un órgano constituyente que elabore un texto de corte democrático-liberal, así como una administración de justicia independiente y respetuosas de los intereses de las fuerzas aliadas.

Entre 1948- 1949, se creará la Comisión Parlamentaria del Consejo Parlamentario (ente representativo del conjunto de estados adscrito a la entonces sometida Alemania).

Dicho proceso se llevará a cabo bajo la supervigilancia de las autoridades militares responsables de la administración de las cuatro zonas de divididas, por las fuerzas de ocupación.

Finalmente, el Consejo Parlamentario aprobará una Constitución; bajo la denominación de Ley Fundamental.

b. Filipinas:

En 1898, Estados Unidos derrotará a España, la cual se verá obligada a firmar un tratado donde cede el archipiélago situado al sudeste del continente asiático (Filipinas).

En 1946 durante la administración de Harry Truman se suscribirá el "Tratado de Manila" (aceptado por el presidente Manuel Roxas); tras lo cual Filipinas proclamará su independencia y dictará su Constitución bajo la tutela del. general Douglas Mac Arthur , en su condición de Supremo Comandante de las Fuerzas Aliadas (SCAP),.

c. Islas Marshall:

En 1947, la Organización de las Naciones Unidas reconocerá la condición de territorio tutelado de esta isla del Pacífico, bajo la administración de Estados Unidos.

En 1979 se establecerá la independencia política de la isla y se aprobará una Constitución vía referéndum.

La elaboración de su texto estuvo sujeta a una evidente influencia política de los Estados Unidos.

d. Irak:

En 2005, Estados Unidos tendrá una protagónica participación tras la invasión de dicho país, en la aprobación de una nueva Constitución en donde se instituirá una República Parlamentaria Federal.

Para tal efecto, inducirá significativamente a la "participación" de diversas etnias, y grupos religiosos.

Al respecto, el presidente George W. Bush señalará que aquello "será un hito en la historia de Irak y de Medio Oriente.

3. LA REFORMA CONSTITUCIONAL NO FORMAL (IRREGULAR)

Karl Loewenstein [Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1986.] señala que la Constitución ideal sería aquella en que el orden conformador del proceso político y el desarrollo futuro de la comunidad (político, social, económico, cultural) pudiese ser previsto de tal manera que no fuese necesario un cambio en las normas. Sin embargo, es inevitable que la Constitución no pueda prever totalmente el derrotero de lo venidero.

La Constitución es un organismo "vivo", siempre en movimiento, como la vida misma y sometida a la dinámica de la realidad. De esta última se develan procedimientos no formales que cambian el contenido de un texto fundamental. No se trata aquí de justificar estos procedimientos, sino tan solo de explicarlos: ellos cumplen la función de adecuación entre la realidad normativa y la realidad histórico-política.

Ahora bien, la doctrina reconoce que la reforma constitucional formal es aquella que atiende a la modificación del texto básico mediante un acto normativo y con estricta observancia del procedimiento que la propia Constitución señala. Por tal motivo, toda reforma que se genere al margen de estos supuestos debe ser considerada como no formal.

Dicho proceso irregular indica un proceso de enmienda, adición o recortamiento normativo al margen de la fórmula de revisión prevista en la Constitución.

La realidad y verdad incontrastable de la vida de los pueblos demuestra que aquello que en principio se presenta como improcedente y reñido con la supremacía del texto fundamental, se consuma como un hecho excepcional que integra un conjunto de posibilidades de reforma, que no necesariamente carece de legitimidad. Más aún, existen casos notorios y evidentes en donde se han desarrollado funciones propias del poder reformador con mayor efectividad.

Las manifestaciones de reforma constitucional no formal son: las siguientes.

3.1. La mutación constitucional

Dicha noción alude al cambio de significado o sentido de la Constitución sin que ello implique la alteración de su expresión escrita. Ergo, implica una fáctica transformación o alteración del modo de entenderla y aplicarla.

Sergio Díaz Ricci [Teoría de la reforma Constitucional. Argentina: Ediar, 2004] expone que se trata de "aquel fenómeno en que un precepto normativo sufre una modificación de su contenido significativo sin que se haya alterado su expresión literal". En puridad, surge una alteración semántica –cambio de significado del signo lingüístico–, para adecuar el "sentido" de la norma constitucional a la realidad.

Rigoberto Gonzales Montenegro [La mutación constitucional: Un tema polémico. Panamá: Ratio Legis Año Nº 2, Número 3, 2022] señala que se trata de aquel proceso en donde el contenido gramatical establecido por el poder constitu-yente se mantiene intacto, más variará su sentido por la acción de los operadores jurídico-políticos. En efecto, es el resultado de la actuación practica en la actividad parlamentaria, ejecutiva o jurisdiccional en sentido lato.

Georg Jellinek [Teoría general del Estado. Buenos Aires: Albatros, 1954] afirma que se trata de prácticas políticas, usos constitucionales e interpretaciones judiciales contrarias al sentido de los términos o alcances de las cláusulas, con alteración de su contenido intrínseco y primicial o de su significación originaria, como imagen de la evolución. Así, expresa una praxis extrajurídica, en donde el cambio no está sujeto a requisitos procesales.

Asimismo, señala que la mutación se produce por hechos que no necesariamente derivan de intención exprofeso o la conciencia del mismo.

La mutación constitucional es una expresión doctrinaria surgida del publicismo alemán de fines del siglo XIX y principios del XX.

Al respecto, debe señalarse que en 1850 se aprobara la Constitución de Prusia, tras lo cual generará un conflicto entre la voluntad política del rey Guillermo I y las competencias del Parlamento; lo que motivará que el jefe de Gobierno Otto von Bismarck promueva las primeras medidas mutativas sobre la Constitución, a efectos de solucionar el conflicto. Esta experiencia será conocida como "la enmienda constitucional silenciosa".

Posteriormente, la creación de la Constitución del Imperio Alemán de 1871 fruto de largos e intentos previos de unificación, generará la aparición de nuevos conflictos políticos.

Como bien refiere Ana Victoria Sánchez Urrutia ["Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto". En: Revista española de Derecho Constitucional, N.º 58. Madrid, 2000], "La Unión Alemana estaba compuesta por estados muy distintos entre sí; desde los grandes ducados como Mecklemburgo-Schwein donde existía el absolutismo, hasta las llamadas ciudades libres, como Habsburgo, que eran repúblicas, pasando por monarquías limitadas como la prusiana".

El referido ordenamiento se superpuso a confederaciones anteriores y al régimen organizativo de cada uno de los estados miembros; lo que generó una suerte de inadaptación formal de los ordenamientos particulares al ordenamiento imperial.

Dicho factor motivó a que juristas de la talla de Georg Jellinek y Paul Laband estudiaran el fenómeno de las mutaciones constitucionales.

Así, Paul Laband describirá como la Constitución del Imperio Alemán de 1871 se transformó sin que se accionen los mecanismos de reforma constitucional.

El proceso de mutación no implica necesariamente falseamiento del orden constitucional, más sí discontinuidad o insuficiencia de este para responder a los imperativos de las fuerzas vitales que presionan sobre la decisión política.

La mutación constitucional alude a un fenómeno que se produce en aquellos estados cuyas constituciones escritas, sin someterse a la reforma formal adquieren un sentido nuevo, por la vía de la interpretación, un contenido distinto o incluso llegan a perder vigencia por un uso contrario. Ergo, implica un cambio en el modo de entender y aplicar alguna cláusula constitucional.

En ese sentido, la mutación constitucional es "hija" del no uso o imposibilidad de ejercicio del mecanismo de reforma constitucional.

Se trata de una transformación en la realidad del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que dicho proceso quede actualizado en el documento constitucional.

En puridad, es la expresión de la falta de identidad entre la disposición (formulación gramatical) y la norma concretizada por la acción de los operadores jurídicos y políticos.

A través de la mutación se plantea una operación que no tiene por finalidad modificar el texto de la Constitución, sino cambiar el significado o contenido que se atribuye al mismo.

En consecuencia, es aceptable señalar que tanto la función tanto de la reforma constitucional (acción regular) como de la mutación (acción no regular) será la de adecuar la realidad normativa constitucional con la realidad histórico-política.

Es evidente que la mutación carece de todo sentido allí donde las reformas se realizan con relativa frecuencia. Inversamente, ella se produce cuando la extrema rigidez y complejidad son características del procedimiento de reforma, o ante la miopía o incuria del legislador.

Una aspiración del legislador constituyente, al momento de dictar el texto base, consiste en promover una relación armoniosa entre la realidad y la normatividad. Empero cuando la realidad no encaja en la práctica jurídica o sufre notorias variaciones, ella señalará la necesidad de cambios por un imperativo histórico; esto no puede ser de otra manera, ya que ambos conceptos (realidad y normatividad) implican una mutua adaptabilidad y correlatividad.

Así, las mutaciones permiten acondicionar o "aclimatar "la Constitución a la realidad política o social. El texto supra sufre los embates de los hechos coexistenciales gubernamentales o de la sociedad civil; su adecuación se hará indefectiblemente, so pena de perecer, como realidad normativa.

A la manera de consignado por Paul Laband en su texto denominado "Los cambios en la Constitución del Reich alemán (1895), plantea que en este caso la transformación se produce sin accionar los mecanismos de reforma constitucional.

El cambio se legitima bajo la forma de "necesidad política"; es decir, en aras de que la Constitución responda a las necesidades vitales del Estado.

La mutación se produce por una acción u omisión funcional de algún órgano u organismo constitucional; o por una conducta ciudadana repetida y reiterada que termina siendo avalada por algún órgano u organismo constitucional.

En suma, este proceso es obra del acto interpretativo, la práctica constitucional o el hecho político.

3.2. Los supuestos de la mutación constitucional

Le corresponde el mérito al jurista chino Hsü Dan Lin –como estudioso del constitucionalismo alemán de la República de Weimar (1919-1933)– el haber formulado en un estudio sobre el "Formalismo y antiformalismo constitucional" (1932), e donde expondrá una serie de consideraciones sobre los supuestos de la mutación constitucional.

Así, señaló que cuando existe una plena congruencia entre la norma constitucional y la realidad, ello se producirá ya sea porque la primera se encarrila dentro del marco constitucional o porque que la norma se adecua a ella por la vía de la reforma.

En cambio, la mutación constitucional implica una incongruencia entre las normas constitucionales y la realidad.

En ese sentido, aparece ante la necesidad pragmática y ajena a la formalidad, de establecer ajustes para abrir espacio a las nuevas concepciones y circunstancias manifestadas en el tiempo, manteniendo la continuidad de la Constitución.

Así, partiendo de la peculiar naturaleza de la Constitución, Hsü Dan Lin divide las mutaciones de la siguiente manera:

La mutación formal se produce como consecuencia del divorcio entre el Derecho constitucional gramaticalmente establecido y el efectiva y realmente "vivido".

La mutación material se produce cuando se desarrollan relaciones jurídico-políticas en la realidad vital del cuerpo estadual que están en contradicción con el sistema encarnado en la Constitución.

Ahora bien, ambas situaciones producen las modalidades de mutación siguientes.

a) Mutación por medio de la práctica estatal no violatoria de la Constitución

Se trata de prácticas *practer legem* que regulan situaciones jurídico-políticas no previstas en las prescripciones constitucionales. Hacen referencia a las "adiciones" no legisladas, generadas por los operadores de la Constitución.

En puridad, plantea la incorporación de un contenido nuevo a la Constitución material.

Tal el caso de la efectuada por la judicatura norteamericana a raíz del fallo del juez John Marshall en el caso William Marbury vs. James Madison en 1803. Aquí se cubrió una laguna legal en relación a la asignación de competencias para examinar el control de constitucionalidad de las leyes. En esa misma orientación, aparecen en Argentina los casos Ángel Siri (1957) y Samuel Kot S.R.L. (1958), que originaron la creación de la acción de amparo.

Asimismo, el propio Hsu Dau Lin hace referencia a la figura no prevista en la Constitución de Weimar (1919) relativa al Vicecanciller del Reich, a quien en la praxis se le consignará atribuciones homologas al Canciller de Alemania.

En el caso de los Estados Unidos, la Constitución de 1787 previó en el artículo 2 primera sección que la elección presidencial sea indirecta, en donde la ciudadanía no vote para elegir a quienes postulan a la máxima magistratura de la República, sino por un elector compromisario; el cual a su vez amparado en criterios más consistentes fruto de su experiencia, calificaciones ciudadanas o profesionales y concurrentemente en la desconfianza sobre el criterio de la mayoría sin freno, finalmente seleccionará al postulante ganador.

Con la aparición del bipartidismo partir de la segunda mitad del siglo XIX, los representantes del Partido Demócrata y Republicano votaran en calidad de "electores compromisarios" por sus respectivos candidatos. De allí que, en puridad, el sufragio indirecto tenga actualmente una connotación distinta.

b) Mutación por la no ejercibilidad de determinadas competencias o atribuciones constitucionales

Se trata de potestades constitucionales discrecionales o regladas; y que por causas sobrevinientes y el transcurso del tiempo caen en desuso.

En puridad surgen ante la imposibilidad del ejercicio por razones de facticidad política o por desuso de las competencias y atribuciones establecidas en la Constitución.

Tal el caso francés de 1873, en donde la Convención Constituyente eligió al pro monárquico Patrice Mac Mahón como primer presidente de la III República. Este al encontrar problemas para gobernar con una cámara de mayoría republicana, la disuelve conforme a la Ley Constitucional de fecha 25 de febrero de 1875.

La representación congresal cree que existe el velado intento de regresar a una monarquía.

Curiosamente, Mac Mahón se verá obligado a dimitir cuando la facción republicana vuelva a ganar las elecciones parlamentarias.

En ese contexto, es elegido Jules Grevy, un republicano partidario de la reducción de los poderes presidenciales, el cual se abstendrá de ejercitar las facultades presidenciales de vetar las leyes o disolver el Parlamento.

Esta actitud será conocida como la "posición Grevy" en virtud de la cual ningún otro presidente durante la III República (1871-1944) ejercitará la competencia de disolución.

También es citable la inaplicabilidad del veto regio por parte de la corona británica respecto de las leyes del Parlamento.

En el constitucionalismo peruano es citable el caso de la Constitución de 1933, en donde se consignó la creación de un Consejo Nacional de Economía y un Senado Funcional. Durante la vigencia de dicho texto jamás se implementaron los referidos órganos.

Asimismo, aparece el caso del artículo 152 de la Constitución vigente que prescribe la elección popular de los jueces de paz o en la inactivada jurisdicción de las comunidades campesinas y nativas prevista en el artículo 149.

c) Mutación por medio de una práctica contraria a la Constitución

Se trata de prácticas *contra legem*; que por tales devienen en opuestas a los preceptos constitucionales. Estas afectan la eficacia más no la validez de la Constitución.

En este tipo de mutación se expone la imposición de lo ficticio sobre lo normativo.

Pedro de Vega García [.la reforma constitucional y la problemática del poder. Madrid: Tecnos, 2000.] expone que surgen "cuando la contraposición entre facticidad y normatividad es evidente". Ello da lugar a la imposición de la fuerza de los hechos sobre la fuerza coercitiva de las normas.

Tal el caso del artículo 93 de la Constitución, en donde a pesar de haberse establecido que los congresistas no se encuentran sujetos a mandato imperativo ni forma alguna de interpelación; en la praxis estos reciben presiones y consignas de sus organizaciones políticas.

Asimismo, es consignable la aceptación de validez material de los denominados decretos leyes, formalmente proscritos en el artículo 46 de la Constitución.

d) Mutación por medio de la interpretación constitucional

Se trata de la asignación de significados a las normas constitucionales de conformidad con las cambiantes concepciones y necesidades de las épocas y sin atención al sentido literal de la Constitución o a la voluntad del legislador constituyente. En puridad, conllevan la modificación prístina –ya sea objetiva o subjetivamente– del texto fundamental.

Tal el caso de la cambiante interpretación constitucional de los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos en relación a temas de los Derechos civiles de los negros.

Así puede verse la cambiante interpretación sobre la igualdad racial en los casos de Dred Scott vs Missouri (1857); Homer Plessy vs John Ferguson (1896); Linda Brown vs Consejo Educativo de Topeka/ Kansas (1954); John Meredith vs Missouri (1962); Allan P. Bakke vs Regentes de la Universidad de Davis/ California (1978).

Asimismo, es citable el cado de la Constitución austriaca de 1867en donde de manera cicatera se interpretó que el control judicial establecido en el artículo 10.3 sobre los reglamentos solo operaba sobre los reglamentos ordinarios mas no sobre los expresamente establecidos por emperador José I.

Debe advertirse que no cabe hablar de mutación creada por actos normativos; en este aspecto, la expedición de una norma contraria a la norma fundamental no genera una mutación, sino simplemente un supuesto de inconstitucionalidad. Ello en razón de que las mutaciones actúan dentro de la realidad y de la práctica política, más no dentro de la labor legislativa.

En suma, como bien expone Alberto Villacorta Michelena [Los límites del poder constituyente. Lima: Grijley, 2003] la mutación solo actúa dentro del campo de la realidad y de la práctica política y no dentro de la normatividad.

En el Perú, este proceso puede verificarse en el caso de la interpretación constitucional del valor de los decretos leyes. Es evidente que, a pesar de su inconstitucionalidad formal, ellos rigen por imperio de los hechos. La realidad social reconoce que estas normas generan en muchos casos efectos irreversibles y ponen en juego la seguridad jurídica.

En efecto, ello ha sido expresado por el propio Tribunal Constitucional en el caso Marcelino Tineo Silva (Expediente N.º 00010-2002-AI/TC).

Pedro de Vega [ob. cit.] expone que entre la mutación y la reforma constitucional existe una relación "complementaria y excluyente". Así, en tanto exista un Estado con vocación normativamente actualizante la mutación carecerá de sentido.

Ahora bien, el límite de la mutación aparece cuando la confrontación entre realidad y normatividad es tan grande y abierta que el concepto de supremacía constitucional queda subordinado a las meras interpretaciones prácticas o usos políticos. Allí queda "sentenciada" la Constitución a su perención fáctica.

En suma, la mutación constitucional alcanza cobijo constitucional en la medida que es la expresión de una necesaria unidad de correspondencia que debe existir entre la norma y la realidad; la cual se puede ver afectada ante un problema de incompletitud y inflexibilidad preceptiva. Ello será positivo siempre que su resultado no contradiga con el sentido teleológico o finalista del texto supra.

Ergo es la consecuencia de manifiestos requerimientos políticos en una etapa de urgencia histórica.

3.3. La norma de habilitación constitucional

Este concepto es una derivación de los criterios planteados por la escuela vienesa formada por Hans Kelsen en torno a la validez y vigencia de las normas.

La norma de habilitación se encuentra vinculada con el estudio de los problemas que se derivan de la aplicación de los alcances de la pirámide jurídica; por ende, surge de los conflictos de significación jurídica opuesta o contradictoria, entre pautas legales de jerarquía distinta.

Como es sabido, la relación fundamental entre los contenidos normativos consiste en que la significación de un precepto de grado inferior debe dictarse y no pueden rebasar en modo alguno, los "límites" que le impone la de mayor rango, ya que de lo contrario carecería de valor.

En virtud de ello, el sistema establece como sanción a dicho rebasamiento, la nulidad de la norma, por la causal de inconstitucionalidad.

En nuestro caso, ello se desprende tácitamente del artículo 51 de nuestro texto fundamental, el cual afirma.

"La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente".

Sin embargo, puede acontecer que en la praxis no se aplique la consecuencia sancionadora prevista –o sea, la nulidad–, sino que, por el contrario, se concrete en la realidad la equivalencia del resultado de validez entre las normas en conflicto; de manera tal que el mandato, responsabilidad, deber o derecho asignado en exceso, no afectara su vigencia jurídica.

Lo expuesto se producirá por la merced de una suerte de norma de habilitación, que terminará igualando a ambas normas, dejando de lado la sanción anuladora.

Al respecto, Jorge Reynaldo Vanossi [Estudios de Teoría Constitucional. México: Universidad Autónoma de México, 2002] rescatará, en clave constitucional, lo expuesto por Fritz Schereier [Conceptos y formas fundamentales del Derecho. 1984]; el cual esgrimió el siguiente enunciado sustentatorio:

Si un hecho de postulación de grado inferior rebasa los límites que le señala la significación de grado superior, deben producirse las consecuencias establecidas para las normas nulas. Pero mediante un rodeo a través de la norma de habilitación, el precepto nulo queda incluido en el Derecho positivo correspondiente y se transforma en un precepto válido".

En consecuencia, la norma de habilitación en su condición de pauta preconcebida, implícita y estructuralmente configuradora establece que lo preceptuado irregular e indefectiblemente inatacable ante la imposibilidad de impugnación para procurar su expulsión del ordenamiento constitucional, deviene en irremisiblemente equivalente a la norma constitucional no advertida.

En esa línea Fritz Schereier señala que dicha norma habilitadora genera que una cierta extralimitación del sentido señalado por una de mayor jerarquía (la Constitución), tenga en la realidad las mismas consecuencias que hubiera tenido de no existir dicha excesividad.

En suma, como advierte Humberto Quiroga Lavie [Exposición de la Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: Revista e la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. N.º 54, 1954] dicha norma de habilitación opera como razón de validez, en la medida en que no es factible una acción de control posterior a su expedición.

La aparición de una norma dictada de manera irregular amparará su vigencia en la necesidad de la continuidad jurídica sucinta, ya que deberá reconocerse validez a aquello que no puede ser afectado por la nulidad; contribuyendo así a la seguridad jurídica y la gobernabilidad.

Ahora bien, la presencia de una norma de habilitación en el ámbito constitucional se concreta debido a alguna de las siguientes razones:

- Inexistencia o inactividad de un sistema jurisdiccional de control y defensa de la constitucionalidad.
- Inexistencia de un recurso para cuestionar la inconstitucionalidad de una norma. En este caso, al no existir medio alguno que consagre la nulidad de la norma inconstitucional, esta queda automáticamente habilitada.
- Existencia de una resolución judicial expedida por algún órgano contralor de la constitucionalidad que, por error o dolo, convalida la norma infractora de la Constitución. En este caso, la autoridad de la cosa juzgada de aquella resolución promueve la modificación de la norma supra, aunque el juez constitucional hubiere descuidado la tutela de la supremacía del texto supra, al dar por válida una norma incoherente y contradictoria a con aquel.

Desde nuestra perspectiva la norma de habilitación que "confirma" la validez y eficacia de una decisión política o jurisdiccional presuntamente incompatible con la Constitución, puede ser tácita o expresa.

Así, una norma pasa "formalmente" a ser parte del ordenamiento constitucional cuando a consecuencia de un gazapo o un fraude consentido es validado por el propio sistema.

La norma de habilitación es tácita cuando violatoria de la Constitución se mantiene en el ordenamiento jurídico por una laguna legislativa en torno al control de constitucionalidad.

La norma de habilitación es expresa cuando a pesar de haberse utilizado los mecanismos de control, por un objetivo "horror interpretativo" plasmado en una resolución jurisdiccional, no se inaplica ni declara la inconstitucionalidad de la decisión.

En este caso, la conclusión de un proceso bajo la regla de la cosa juzgada determina la validez de dicha decisión; y, por ende, la reforma irregular o informal de la Constitución.

En suma, cuando la errática sentencia queda ejecutoriada, lo inválido queda habilitado a ser considerado como válido.

Jorge Reynaldo Vanossi [ob. cit.] sostiene que la habilitación constitucional proviene de la inexistencia o falta de control eficaz de constitucionalidad que anule el vicio o el exceso legislativo, quedando este, por tanto, convalidado. Nosotros

agregamos que, en los hechos, determina la modificación del contenido del corpus constitucional.

Sebastián Ariusta [Derecho constitucional. San José: Ediciones Águila, 1997] afirma que la norma de habilitación constitucional traduce al lenguaje normativo el principio medieval: error *principis just fact* (el error de principio se convierte en Derecho).

Dicho gazapo provendría de la inexistencia de una jurisdicción contralora, la carencia de un recurso impugnatorio dentro del sistema o de una deficiente apreciación de la norma infra constitucional violatoria de la cláusula constitucional. Este señala que la norma de habilitación constitucional es un razonamiento lógico, ya que la justicia constitucional permite o ejecuta la norma inconstitucional.

Por su parte, Germán Bidart Campos [Derecho constitucional. Buenos Aires: Ediar, 1968] afirma que la norma de habilitación constitucional se genera como consecuencia de "un fenómeno propio de la dinámica constitucional [...] que revela la movilidad constante y las vicisitudes del mundo jurídico".

De allí que dicha situación "informal" tenga que ser "formalizada" admitiéndose la enmienda producida por un error de interpretación.

Con juicio "benigno" podemos señalar que la Resolución N.º 2191-99-JNE de fecha 31 de diciembre de 1999 expedida por el Jurado Nacional de Elecciones, configura un caso de habilitación constitucional; habida cuenta que declaró improcedente las tachas ciudadanas interpuestas contra la tercera candidatura presidencial de Alberto Fujimori Fujimori; quien como consecuencia de ello quedó "hábil" para postular como candidato al cargo de presidente de la República a pesar que el artículo 112 de la Constitución de 1993 y la Resolución N.º 172-94 emitida por el propio Jurado Nacional de Elecciones Expresamente se lo impedía.

En 2019, el presidente Vizcarra disolvió el Congreso de la Republica utilizando el inédito y claramente anormal "instituto" de la denegación fáctica de la cuestión de confianza.

El Tribunal Constitucional abiertamente comprometido en la maniobra declaró constitucional dicha decisión en el caso Cuestión de Confianza por Denegación Fáctica [Expediente N.º 00006-2019-CC/TC].

Dicha determinación "convalido" irremisiblemente la disolución del Congreso.

Años más tarde, el propio Tribunal Constitucional con otra composición, señaló en el Caso Cuestión de Confianza y su Rechazo de Plano [Expediente N.º

00004-2022-CC/TC] que era flagrantemente contraria al orden constitucional la disolución del Congreso de la República, en tanto se utilizase la malhadada denegación de la cuestión de confianza fáctica que intentaba promover a modo de réplica el presidente Pedro Castillo Terrones.

Al respecto consignó que la denegación debía ser expresa y solo interpretable en sus alcances por el Congreso de la Republica;

4. EL FRAUDE CONSTITUCIONAL

Dicho concepto alude a la utilización espuria del procedimiento de reforma. Así, desde la "legalidad" se destruye el orden constitucional.

Tal el caso de Italia, en donde a través de la denominada Ley Acebo de 1923, inspirada por el secretario de Estado Giacomo Acerbo, se promovió una representación electoral que aseguraba una mayoría absoluta. Para tal efecto, se determinó que la lista parlamentaria ganadora que obtuviese al menos el veinticinco por ciento de los votos obtendría las dos terceras partes de los curules; las restantes listas se dividirían mancomunadamente el tercio restante. Con ello se desvirtuó el alcance y contenido de un régimen parlamentario.

Es también citable el caso de Alemania, a través de Gustavo Adolfo Hitler quien, cumpliendo la fórmula prevista en la Constitución de Weimar, llego a implementar un régimen fascista.

Como bien expone Pedro de Vega [ob. cit.] "las leyes del 26 de mayo de 1933 y la del 31 de enero de 1934 son las que promueven la desaparición de la Constitución de Weimar"; la cual era de corte democrático-socialista.

Así, mediante las denominadas Leyes de Conferimiento de Plenos Poderes, se crearán las condiciones por establecer el principio de actividad o de supremacía del jefe; el cual le permitió a Hitler derogar las normas constitucionales que dispusieran lo contrario.

Dichas disposiciones autorizaban a que el Poder Ejecutivo pudiese emitir leyes que contraviniesen el texto constitucional.

En ese contexto, se generó un "conjunto de normas supra" que instauraron un régimen fascista.

Joseph Goebbels sentenció al respecto: "La voluntad del Führer ha quedado establecida totalmente. Los votos ya no importan más".

Asimismo, en 1999, el presidente Hugo Chávez Frías impulsó la dación de la denominada Constitución Bolivariana de Venezuela.

Poco tiempo después a través de un Parlamento servil, consiguió se le otorguen once Leyes Habilitantes (1999-2010) que transformaron con timo el referido texto supra.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL PERÚ*

Ernesto BLUME FORTINI**
Lelia LAZO CORNEJO***

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** La problemática de la corrupción en el Perú. 2.1. El detonante producido en los noventa. 2.2. Las reacciones y las dimensiones de la respuesta. 2.3. El panorama actual. **3.** Los instrumentos jurídicos para enfrentar el fenómeno. 3.1. El actual marco constitucional y legal. 3.2. La normativa supranacional. **4.** Nuestra propuesta para enfrentarlo en clave constitucional. 4.1. La vuelta a los principios y valores constitucionales. 4.2. La revaluación de la persona humana y sus derechos. 4.3. La adecuación de la normativa a la Constitución. 4.4. El rol de la prensa y de los actores sociales. **5.** Apreciaciones conclusivas.

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la corrupción en el Perú se presenta prácticamente en todas las esferas de su sociedad y, marcadamente, en lo referido a las áreas del Estado que administran fondos público; fenómeno que se ha acentuado a partir de la última década del siglo pasado, al punto que en dicha etapa el país constató el grado que este fenómeno había alcanzado, en oportunidad que se revelaron los famosos

---

* La presente ponencia se basa en aportes anteriores del constitucionalista Ernesto Blume, a los cuales ha sumado las valiosas consideraciones de la constitucionalista Lelia Lazo, por lo que ahora comparten su autoría.

** Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Ex Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Abogado. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad San Ignacio de Loyola.

*** Abogada, Magister en Derecho Constitucional y Doctora en Derecho por la Universidad Católica Santa María de Arequipa. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Profesora de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

"vladivideos", grabados en la salita del Servicio de Inteligencia Nacional, SIN, por el entonces asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres, en los que se veía en forma flagrante el grado de descomposición existente en políticos, militares del más alto rango, autoridades y propietarios de medios de comunicación, a los que se les observaba vendiendo su conciencia por dinero, que se recibía en efectivo y en voluminosas rumas de billetes, con desfachatez y sin ningún tapujo.

Así, la sociedad peruana constataba, estupefacta, el grado de descomposición existente y como los actos de corrupción se perpetraban sin reparo alguno por personajes de las más diversas esferas de la sociedad peruana. Ello provocó indignación en todos los sectores de la sociedad peruana y el reclamo de accionar prontamente contra este fenómeno para conjurar sus efectos y enfrentarlo con eficacia y prontitud.

Los efectos de tal indignación fueron multidimensionales. En efecto:

- Se agudizó la sensibilidad de la población frente a todo lo que en alguna medida pudiera significar corrupción, que podríamos categorizar como una hipersensibilidad anticorrupción del colectivo social;
- Se afinó un especial celo en el periodismo de investigación, que significó el destape de numerosos casos relacionados con temas de corrupción;
- Se perfiló y acentuó una actitud de sospecha colectiva, de desconfianza en todos los órdenes, especialmente en el ámbito del ejercicio de la función pública;
- Se dio un emplazamiento colectivo de la sociedad civil y de los medios de comunicación a la clase política, poniendo en tela de juicio su accionar;
- Se activó una actitud draconiana de los fiscales y jueces encargados de investigar, procesar, sentenciar y sancionar a los denunciados, que relativizaron su deber de protección de los derechos fundamentales, prefiriendo la privación de la libertad, aun antes de la formalización de la denuncia, el procesamiento del imputado, la sentencia y condena de responsabilidad penal;
- Se dio pie a la existencia de un juicio mediático por parte de grandes sectores de la sociedad, que, a consecuencia de los escándalos que destapaba la prensa, condenaba frente a la simple denuncia;
- Se produjo una gran presión pública sobre las autoridades, recurriendo al cuestionamiento a los fiscales y jueces encargados por sectores sectarios de la sociedad, que se atribuyeron el patrimonio absoluto de la verdad, a despecho de los derechos de los denunciados y del respecto a la autonomía e independencia de la autoridad; y

-Se activó una grotesca utilización del tema de la lucha contra la corrupción como bandera para diversos actores sociales oportunistas, sectarios y manipuladores, políticos ideologizados extremistas, prensa parametrada y organizaciones de la sociedad civil, entre otros.

En paralelo, se empezó a producir un cambio a nivel normativo infraconstitucional que se tradujo en una serie de modificaciones e innovaciones en las disposiciones regulatorias del sector público, del ejercicio de la función pública, de la contratación que llevaba a cabo el Estado, del control y seguimiento de la gestión pública, de los ilícitos penales, del manejo de los fondos en poder de las instituciones estatales, de los movimientos económicos de significación realizados por los particulares y de su seguimiento, entre muchas otras medidas que tendían a facilitar la detección, denuncia, persecución y sanción por los actos relacionados con la corrupción. Es decir, un cambio a nivel normativo infraconstitucional que desembocó en una sobrerregulación elaborada como reacción frente a lo que se había vivido, pero en muchos casos ausente de basamento constitucional.

En la presente ponencia abordaremos la problemática de la corrupción en el Perú desde la década de los noventa del siglo pasado hasta la actualidad, pasando revista a los principales instrumentos jurídicos existentes para enfrentar y superar el fenómeno, deteniéndonos en el actual marco constitucional e infraconstitucional existente, así como en la respectiva normativa supranacional, a fin de desembocar en nuestra propuesta de como constitucionalizar la lucha contra la corrupción en el Perú.

2. LA PROBLEMÁTICA DE LA CORRUPCIÓN EN EL PERÚ

El Perú presenta problemas desde su origen republicano, que lo tipifican como un Estado Constitucional aún en formación, porque todavía no se encuentra consolidado como tal, debido a una serie de factores, tales como: la falta de una conciencia y un compromiso colectivo de lo que ello significa; la ausencia de un verdadero sentimiento constitucional; existencia de una crisis de valores y de principios por falta de formación del colectivo social; la precaria institucionalidad; la carencia de una clase política madura, seria y responsable; la orfandad de solidaridad y compromiso en los medios de comunicación respecto a la responsabilidad social que les corresponde; y la existencia de una colectividad no comprometida, sin formación adecuada en principios y valores, y altamente manipulable.

2.1. El detonante producido en los noventa

Lo acontecido en la década de los noventa del siglo pasado superó todo pronóstico y ameritó el rótulo de década infame. En efecto, década infame porque, como lo sostiene Mario Vargas Llosa, refiriéndose específicamente a lo acontecido a partir del auto golpe dado por el ingeniero Alberto Fujimori, entonces Presidente Constitucional de la República, el 5 de abril de 1992, la dictadura que surgió del mismo fomentó la corrupción "de una manera científica, institucional, organizando el Poder Judicial y el sistema de recaudación de impuestos con ese designio, como un poderosísimo instrumento de coerción, que silenciaba las críticas, mantenía al ciudadano sobre ascuas y lo obligaba a servir al régimen, y al mismo tiempo que esquilmaba a diestra y siniestra, disfrazaba los robos y despojos con un barniz de legalidad."[1]

Década infame porque la corrupción traspasó todo el tejido social: hubo corrupción en el manejo de la cosa pública, en la administración de justicia, en prácticamente todas las instituciones, en el Parlamento Nacional, en el órgano de control, en los institutos armados, en los medios de comunicación y, en general, en todos los estamentos conformantes del colectivo social nacional. La corrupción adquirió entonces una dimensión más generalizada y aumentó considerablemente de tamaño. Esta situación permitió, mediante el uso abusivo del poder político, envilecer algunos, perseguir a otros y destruir a los opositores, para implantar una política que minimizaba y relativizaba a quienes discrepaban del régimen.

Curiosamente este nivel de corrupción no mostró su verdadero rostro en los primeros años del fujimorato, en los cuales los logros alcanzados significaron una alta aprobación popular; logros como la derrota del terrorismo con la captura de su líder máximo Abimael Guzmán, el sinceramiento y el reordenamiento de la economía nacional poniendo coto a la hiperinflación de los años del primer gobierno del ex presidente Alán García Pérez, la reinserción del país en la comunidad económica internacional y la implantación de un régimen económico constitucional altamente promotor de la inversión privada como principal generadora de la riqueza y el respeto a las reglas del libre mercado.

Ahora bien, en la línea de lo afirmado por Jane Markuz Delgado y Martín Tanaka, parafraseándolos, podemos afirmar que, como muchos de sus predecesores dictatoriales, Fujimori se sostuvo en el poder restringiendo al máximo los derechos

1 Citado en: Markuz Delgado, Jane y Tanaka, Martín. "Lecciones del final del fujimorismo". Instituto de Estudios Peruanos. Lima. 2001, p. 30.

fundamentales de la población y "...fue capaz de mantener el equilibrio en esta cuerda floja diplomática hasta el final de la década, cuando sus flagrantes actos de corrupción y actividades ilegales pecialmente los de su cercano asesor, el jefe no oficial del SIN, Vladimiro Montesinos inclinaron el delicado balance de su legitimidad, provocando que se viniera abajo"[2]

2.2. Las reacciones y las dimensiones de la respuesta

Como lo hemos adelantado en la introducción del presente trabajo académico, la situación antes descrita, sumada al hecho de que el país viera estupefacto a través de la televisión, en forma inédita, el grado que este fenómeno había alcanzado, cuando se revelaron los famosos "vladivideos", grabados en la salita del Servicio de Inteligencia Nacional, SIN, por el entonces asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres, gatilló diversas y explicables reacciones en todos los sectores de la sociedad peruana, toda vez que se trataba de una pública y evidente constatación que produjo una gran indignación en toda la sociedad peruana, que exigía adoptar medidas urgentes y efectivas para acabar con la corrupción en forma pronta y eficaz y con todo lo que ella significaba.

Enfatizamos que en la visualización de los "vladivideos" la sociedad peruana constató, con sus propios ojos, el grado de descomposición existente y como los delitos típicos de la corrupción, como la concusión, el cobro indebido, la colusión, el peculado, la malversación y el cohecho, entre otros, eran perpetrados con total desfachatez y sin reparo alguno por personajes de las más diversas y altas esferas de la sociedad peruana.

La natural indignación que produjo la exhibición de los "vladivideos" provocó efectos multidimensionales en todo el colectivo social nacional, es decir, en los diversos sectores que lo componen y en diversas áreas que lo conforman; efectos que ya hemos mencionado en la antes referida introducción pero que en esta parte consideramos necesario reiterar, entre otros:

- Agudizó la sensibilidad de la población frente a todo lo que en alguna medida pudiera significar corrupción, que podríamos categorizar como una hipersensibilidad del colectivo social, que obnubiló a muchos, llevándolos a una actitud prejuiciosa, carente de objetividad, impregnada de un ánimo de intolerancia y preñada de un exacerbado deseo de hacer "justicia" sin detenerse a analizar a profundidad la peculiaridad de cada caso y sin importar si, en verdad, los

2 Markuz Delgado, Jane Y Tanaka, Martín. op. cit., p. 12.

investigados eran inocentes o culpables. Es decir, una suerte de ciega vendetta en la que el fin justificaba los medios. Obviamente que en ese clima de hipersensibilidad los derechos fundamentales de los que eran involucrados pasaron a ser la última consideración de las que había que tener en cuenta.

- Provocó un especial celo de la prensa, sobre todo en el periodismo de investigación y denuncia, que centró su accionar en la difusión de los casos que se iban descubriendo y que presentaban algún atisbo de corrupción, en una especie de competencia entre los medios por el mayor "destape", abdicando muchas veces de ciertas reglas rectoras de la actividad periodística, como por ejemplo la contrastación de fuentes, la exigencia de detección de mínimos elementos de corroboración, el respeto del derecho de los denunciados de escuchar su versión de los hechos y la consideración de los derechos de los involucrados, tales como el derecho a la buena reputación y a la imagen o el derecho a la presunción de inocencia, entre otros;
- Causó el afinamiento y la agudización de una suerte de actitud de sospecha colectiva, de desconfianza en todos los órdenes, de estimación a priori que todos eran proclives al delito, de devaluación de la persona en general en cuanto sujeto conformante de la sociedad, especialmente en el ámbito del ejercicio de la función pública, ya sea por representación popular o por designación u otra modalidad de ingreso al desempeño de la misma, y en la esfera de la actividad privada ligada a la contratación pública; podría decirse una actitud esquizofrénica y hasta sicótica en la que el valor persona humana era ignorado totalmente ;
- Impulsó una especie de emplazamiento colectivo de la sociedad civil y de los medios de comunicación a la clase política, deteriorando su imagen e ignorando el reconocimiento y la garantía del ejercicio de los derechos políticos, y poniendo en tela de juicio su accionar, al punto que se suscitaron nuevos destapes, se abrieron múltiples procesos a nivel del Ministerio Público y del Poder Judicial y se puso en marcha una maquinaria para perseguir y sancionar a los personajes que eran actores políticos y fueron acusados de actos de corrupción; todo ello sin sopesar el enorme daño que se estaba causando a la sociedad peruana al desacreditar la actividad política, pese que es vital para el desarrollo de una auténtica democracia; máxime si lo que se pretende es consolidar en el Perú un Estado Constitucional;
- Inspiró una actitud draconiana de los fiscales y jueces encargados de investigar, procesar, sentenciar y sancionar a los denunciados, que relativizaron las

garantías constitucionales, abdicando de su función constitucional y legal, prefiriendo la privación de la libertad, aun antes de la formalización de la denuncia, el procesamiento del imputado, la sentencia y condena de responsabilidad penal, revelando un espíritu carcelero y ajeno a los principios y valores constitucionales y convencionales que deben guiar su accionar;

- Dio lugar a la existencia de un juicio mediático y popular, incentivado irresponsablemente por algunos sectores de la prensa, en el que se "condenaba" frente a la simple denuncia, creándose en el imaginario social la idea que las personas que aparecían como involucradas ya eran culpables pese a que solo se trataba en muchos casos de simples especulaciones y ni siquiera se había iniciado contra ellas una investigación formal por la autoridad competente;
- Incentivó una presión pública inmisericorde contra los fiscales y jueces, así como contra toda autoridad encargada de las investigaciones que clamaba sanción, alentada por diversos medios, líderes de opinión, personajes políticos y organizaciones de la sociedad civil, que no dudó en recurrir a métodos vedados para que se pronunciaran en el sentido que ellos pretendían por sectores sectarios de la sociedad, que se atribuyeron el patrimonio, atribuyéndose el patrimonio de la verdad y a despecho de los derechos de los denunciados y del respecto a la autonomía e independencia de la autoridad; y, por último,
- Fomentó una grotesca utilización del tema de la lucha contra la corrupción como bandera para diversos actores sociales oportunistas, sectarios y manipuladores, políticos ideologizados extremistas, prensa parametrada y organizaciones de la sociedad civil, entre otros.

En paralelo, como también lo hemos adelantado en la introducción, se empezó a producir un cambio a nivel normativo infraconstitucional que se tradujo en una serie de modificaciones e innovaciones en las disposiciones materiales y procedimentales generales de carácter penal y, en especial, en las normas regulatorias del sector público, del ejercicio de la función pública, de la contratación que llevaba a cabo el Estado, del control y seguimiento de la gestión pública, de los ilícitos penales, del manejo de los fondos en poder de las instituciones estatales, de los movimientos económicos de significación realizados por los particulares y de su seguimiento, entre muchas otras medidas que tendían a facilitar la detección, denuncia, persecución y sanción por los actos relacionados con la corrupción. Es decir, un cambio a nivel normativo infraconstitucional que desembocó en una sobrerregulación elaborada como reacción frente a lo que se había vivido, pero en muchos casos ausente de basamento constitucional.

En este punto es necesario hacer hincapié en que, como se verá más adelante, el Perú, a contramano de la normativa constitucional y convencional de defensa, protección y garantía de los derechos humanos, así como de la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional adoptó en los hechos la discutible teoría de la expansión del derecho penal, que bajo una inspiración simplemente punitiva sacrifica los derechos fundamentales de los investigados, bajo el argumento subyacente de que el fin justifica los medios.

2.3. El panorama actual

Corresponde a continuación realizar una descripción del panorama actual del Perú en lo que se refiere al fenómeno de la corrupción y su combate. Al respecto, es menester afirmar, en primer lugar, que en el tiempo transcurrido entre el año 1995 (año de la reelección del ex presidente Alberto Fujimori) y lo que va del presente año 2025 del siglo XXI, el país ha vivido en democracia y los diversos problemas que se han presentado en la vida nacional han sido resueltos siguiendo el hilo constitucional, habiendo transcurrido prácticamente treinta años de regularidad constitucional, lo cual es inédito en la historia peruana; años en los cuales se han sucedido insólitamente once presidentes y no seis como correspondía, ya que el periodo presidencial en el Perú es de cinco años. A saber: Alberto Fujimori (28 de julio de 1995 - 21 de noviembre de 2000), Valentín Paniagua Corazao (22 de noviembre de 2000 – 28 de julio de 2001), Alejandro Toledo Manrique (28 de julio de 2001 – 28 de julio de 2006), Alan García Pérez (28 de julio de 2006 – 28 de julio de 2011), Ollanta Humala Tasso (28 de julio de 2011 – 28 de julio de 2016), Pedro Pablo Kuczynski Godard (28 de julio de 2016 – 23 de marzo de 2018), Martín Vizcarra Cornejo (23 de marzo de 2018 – 9 de noviembre de 2020), Manuel Merino de Lama (10 de noviembre de 2020 – 15 de noviembre de 2020), Francisco Sagasti Hochhauser (17 de noviembre de 2020 – 28 de julio de 2021), José Pedro Castillo Terrones (28 de julio de 2021 - 7 de diciembre de 2022) y Dina Ercilia Boluarte Zegarra (7 de diciembre de 2022 a la fecha); debiendo significar que desde el 2016 a la fecha se han sucedido seis presidentes, debido a una serie de hechos políticos que no es del caso abordar ahora, pero, lo más rescatable, dentro del marco constitucional.

En cuanto al fenómeno de la corrupción la situación no ha amainado. Por el contrario, los escándalos y destapes han continuado en una sucesión ascendentes, dentro de los cuales destaca el caso de la empresa brasileña Odebrecht, en cuya periferia aparecen muchos otros, entre los que podemos mencionar algunos solo

a título ilustrativo como los siguientes: Caso Tren Eléctrico de Lima – Tramo I, Caso Campañas Presidenciales, Caso Cuellos Blancos del Puerto, Caso Aeropuerto Chincheros, Caso Interoceánica del Sur, Caso No a la Revocatoria, Caso Reelección Susana Villarán, Caso Asesoría de Empresa Vinculadas a PPK, Caso Gaseoducto Sur Peruano, Caso Costa Verde – Tramo Callao, Caso Club de la Construcción y Caso Vía de Evitamiento Cusco.

Estos escándalos y otros más han motivado investigaciones y procesos judiciales, teniendo a la fecha a los ex presidentes Toledo, Humala, Castillo y Vizcarra procesados y privados de su libertad, sin perjuicio de la situación de los demás ex presidentes que están denunciados o procesados, pero sin privación de libertad.

En este contexto la hipersensibilidad del colectivo social, el especial celo de la prensa de investigación y denuncia, el afinamiento y la agudización de una suerte de actitud de sospecha colectiva y de desconfianza en todos los órdenes, el emplazamiento colectivo de la sociedad civil y de los medios de comunicación a la clase política, la actitud draconiana y antigarantista de los fiscales y jueces encargados de investigar, procesar, sentenciar y sancionar a los denunciados, el juicio mediático y popular, la presión pública, la utilización del tema de la lucha contra la corrupción como bandera y la hiperregulación punitiva, se han mantenido cuando no incrementado, a contramano, lo reiteramos, de la normativa constitucional y convencional de defensa, protección y garantía de los derechos humanos, así como de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Sobre esto último, cabe referir que el Tribunal Constitucional ha reconocido que la lucha contra la corrupción debe ser una lucha constitucionalizada, en tanto que debe guardar en todo momento respeto por la persona humana y sus derechos fundamentales. Ha precisado que si bien existe en la sociedad una actitud de desconfianza y de sospecha por los actos de corrupción que día a día se conocen, lo que devalúa al ser humano por considerarlo "proclive al delito", especialmente al que ejerce función o cargo público, esta actitud es inconstitucional y lesiva pues se aparta de la lógica del constituyente que coloca a la persona por encima de todo, siendo su defensa y el respeto de su dignidad el fin supremo de la sociedad y del Estado. Así, lo ha señalado en el caso Ollanta Humala-Nadine Heredia, resuelto en el Expediente N.º 4780-2017-PHC y N.º 0502-2018-PHC/TC (acumulados); caso del que daremos cuenta más adelante.

3. LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA ENFRENTAR EL FENÓMENO

Conforme lo hemos dejado sentado al iniciar el tratamiento de la materia que hoy nos ocupa, debemos abordar ahora la temática de los instrumentos jurídicos existentes en el Perú para enfrentar el fenómeno de la corrupción, revisando el actual marco constitucional y legal, así como la normativa supranacional existente, por lo que a continuación procedemos en dicho orden temático.

3.1. El actual marco constitucional y legal

Respecto del marco propiamente constitucional, precisamos que la actual Constitución Política del Perú, que data de 1993, no contiene norma alguna que expresamente consagre el vocablo "corrupción" o las frases "lucha anticorrupción", "combate contra la corrupción" o similares. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en calidad de supremo intérprete de la Constitución ha desarrollado una importante línea jurisprudencial relacionada con la lucha contra la corrupción; línea en la que, entre otros aspectos, ha reconocido la importancia y la necesidad imperiosa de enfrentar el fenómeno, ha establecido que existen mecanismos constitucionales para hacerlo y ha reconocido la existencia en el plano constitucional de un "principio de proscripción de la corrupción", el que poco a poco ha ido perfilando.

De otro lado, ha dejado sentado que la lucha contra la corrupción debe ser una lucha constitucionalizada, en el entendido que la legitimidad de la misma pasa por colocar a la persona humana y a sus derechos fundamentales, tales como el debido proceso, la presunción de inocencia, el honor, la defensa, la buena reputación o el respeto de su dignidad, por encima de cualquier otro objetivo del Estado. Vale decir, que la firmeza y determinación del Estado al combatir la corrupción no puede esquivar de ningún modo el escrupuloso respeto por los derechos fundamentales de la persona humana, la que es anterior y superior al propio Estado. Ello, bajo riesgo de deslegitimarla.

Ahora bien y con relación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, apuntamos que en la tercera parte de este trabajo, que contiene nuestra propuesta para enfrentar la corrupción en clave constitucional, nos referiremos a algunas de sus más importante sentencias en orden con la línea jurisprudencial antes señalada.

Respecto del marco legal que comprende la normativa infraconstitucional respectiva, advertimos que desde el año 2000, iniciando el presente milenio, el sistema de justicia penal peruano ha sufrido importantes modificaciones, entre las que se

encuentra la implementación del nuevo Código Procesal Penal, que ha implicado un cambio significativo, pues se ha pasado del modelo inquisitivo establecido en el antiguo Código de Procedimientos Penales a un modelo acusatorio, en el que se ha fortalecido tanto el rol como las competencias del Ministerio Público en lo que hace a la titularidad de la acción penal pública, al impulso y dirección de la investigación criminosa, a la denuncia, al impulso del proceso y a la acusación propiamente dicha, confiriéndole una serie de facultades que incluyen la investigación preliminar y la posibilidad de lograr medidas restrictivas para el investigado antes de la formulación de la denuncia, que incluye hasta la privación de la libertad y se ha dejado al Poder Judicial, en la óptica de un rol garantista, la tarea del juzgamiento propiamente dicho, además, por cierto, de pronunciarse frente a los requerimientos formulados por las partes, tanto por el Ministerio Público como por el imputado o los terceros.

Ahora, si bien con el nuevo modelo se ha buscado poner el énfasis en el ser humano, pues este tiene como líneas orientadoras el respeto por el principio de igualdad, el derecho de defensa, la pluralidad de instancia, la no reformatio en peius, la presunción de inocencia, la imparcialidad judicial, entre otros, posteriormente se han venido expidiendo una serie de dispositivos legales que han ido asumiendo un carácter esencialmente persecutorio y punitivo invocando la bandera de la lucha contra la corrupción y a despecho de las garantías constitucionales, que no han estado exentos de críticas por su cuestionable constitucionalidad, como los que regulan la "condena del absuelto", en el que el absuelto en primera instancia y condenado en segunda no tiene un recurso eficaz que habilite la revisión de su condena; la aplicación de la "prisión preventiva", que ha recibido no pocos cuestionamientos y pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional; la "terminación anticipada", que puede generar en la aceptación de los cargos por parte de un inocente desesperado sin mayor actuación probatoria; entre otros.[3]

Es en materia de la lucha contra la corrupción que se ha implantado desde hace varios años la denominada "Política de Integridad y Lucha Contra la Corrupción", dando origen a una frondosa legislación infraconstitucional, a una marcada sobrerregulación de cuestionable constitucionalidad, un endurecimiento y una priorización de mecanismos punitivos, que colisionan en muchos casos con la filosofía humanista y garantista que inspira al legislador constituyente peruano. Se

3 Al respecto, véase Vásquez Arana, César. El sistema acusatorio y las inconstitucionalidades del nuevo Código Procesal Penal. En Lex N.º 14. Año XII. 2014. pp. 189 y siguientes.

trasunta en dicha legislación, según refieren algunos estudiosos, la lógica de lidiar contra este fenómeno bajo la premisa del fin justifica los medios, haciendo cada vez más draconiano y más severo el sistema, pero sin tomar en cuenta las normas constitucionales que garantizan, por sobre todo, el reconocimiento, la protección, la guardianía y el rescate de los derechos fundamentales.

Hechas estas precisiones, debemos señalar que, entre otras, a nivel legal e infralegal se han expedido las siguientes normas.

La Ley 27806, del 13 de julio de 2002, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, cuyo Texto Único Ordenado (TUO) fue aprobado por Decreto Supremo N.º 021-2019-JUS, del 11 de diciembre de 2019, que 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. Su reglamento fue aprobado por Decreto Supremo 072-2003-PCM, modificado por Decreto Supremo 095-2013-PCM.

La Ley 27815, de fecha 12 de agosto de 2002, que aprobó el Código de Ética de la Función Pública, el cual establece los principios, deberes y prohibiciones éticos que rigen para los servidores públicos de las entidades de la Administración Pública. Su reglamento fue aprobado por Decreto Supremo N.º 033-2005-PCM, del 18 de abril de 2005.

El Decreto Legislativo 957, de fecha 29 de julio de 2004, que aprobó el nuevo Código Procesal Penal, que, como dijimos, instauró un nuevo modelo de aplicación de la justicia penal en el Perú, que según indican sus promotores está basado en la persona humana, en las garantías del debido proceso y en el respeto de sus derechos constitucionales.

La Ley 29976, de fecha 4 de enero de 2013, Ley que Crea la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción. Esta comisión tiene por objeto articular esfuerzos, coordinar acciones y proponer políticas de corto, mediano y largo plazo dirigidas a prevenir y combatir la corrupción en el país.

La Ley 30077, de fecha 20 de agosto de 2013, Ley Contra el Crimen Organizado, que tiene por objeto fijar las reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales; y que ha sido morigerada y modificada en parte por la Ley 32108, de agosto de 2024.

La Ley 30111, de fecha 26 de noviembre de 2013, Ley que Incorpora la Pena de Multa en los Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, que modificó los

artículos 382 (concusión), 384 (colusión simple y agravada), 387 (peculado doloso y culposo), 388 (peculado de uso), 389 (malversación), 393 (cohecho pasivo propio), 393-A (soborno internacional pasivo), 394 (cohecho pasivo impropio), 396 (corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales), 397 (cohecho activo genérico), 397-A (cohecho activo transnacional), 398 (cohecho activo específico), 399 (negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo), 400 (tráfico de influencias) y 401 (enriquecimiento ilícito) del Código Penal. En todos estos delitos se ha añadido la pena accesoria de multa.

La Ley 30214, de fecha 29 de junio de 2014, Ley que Incorpora el Artículo 201-A al Código Procesal Penal, Sobre la Naturaleza de los Informes de Control de la Contraloría General de la República, estableciendo que los informes técnicos especializados elaborados fuera del proceso penal por la Contraloría General de la República en el cumplimiento de sus funciones tienen la calidad de pericia institucional extraprocesal cuando hayan servido de mérito para formular denuncia penal en el caso establecido por el literal b) del inciso 2 del artículo 326 del Código Procesal Penal o cuando habiendo sido elaborados en forma simultánea con la investigación preparatoria sean ofrecidos como elemento probatorio e incorporados debidamente al proceso para su contradicción.

La Ley 30424, del 21 de abril de 2016, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, modificada por el Decreto Legislativo 1352, de fecha 7 de enero de 2017, que amplió la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas para otros delitos relacionados con la corrupción, por lo que modificó sus artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 11, 12, 13, 14, 16, 17 y 18.

La Ley 30304, del 28 de febrero de 2015, Ley que Prohíbe la Suspensión de la Ejecución de la Pena a los Delitos Cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos, que modificó el artículo 57 del Código Penal, estableciendo, entre otros aspectos, que la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 (colusión simple y agravada), y 387 (peculado doloso y culposo).

El Decreto Legislativo 1243, de fecha 22 de octubre de 2016, Decreto Legislativo que Modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal a fin de Establecer y Ampliar el Plazo de Duración de la Pena de Inhabilitación Principal, e Incorporar la Inhabilitación Perpetua para los Delitos Cometidos contra la Administración Pública, y crea el Registro Único de Condenados Inhabilitados.

Esta norma regula una suerte de muerte civil pues ha dispuesto que la pena de inhabilitación principal se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401. Añade además que, en estos supuestos, será perpetua la inhabilitación, siempre que el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quince unidades impositivas tributarias (Véase su artículo 2).

El Decreto Legislativo 1279, de fecha 28 de diciembre de 2016, Decreto Legislativo que establece el deber de registrar los vínculos de parentesco y otras vinculaciones derivadas de las inscripciones que lleva a cabo el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil orientado a contribuir a la efectividad de la Lucha contra la Corrupción.

Esta ley señala en su artículo 1 que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC registra los vínculos de parentesco de las personas naturales así como las demás vinculaciones que se derivan de las inscripciones correspondientes, para coadyuvar en la lucha contra la corrupción.

Agrega en su artículo 2 que el RENIEC garantiza la protección de los datos relativos al parentesco y demás vinculaciones de las personas inscritas y en su artículo 3 que la información almacenada en el registro de parentesco y otras vinculaciones es brindada a las autoridades competentes que la soliciten en el marco de los procesos, procedimientos o investigaciones a su cargo, en especial cuando se trate de los delitos de corrupción, lavado de activos y/o tráfico ilícito de drogas.

El Decreto Legislativo 1291, de fecha 29 de diciembre de 2016, Decreto Legislativo que aprueba herramientas para la lucha contra la corrupción en el Sector Interior, con la finalidad de lograr una gestión transparente y confiable para la ciudadanía. En esa dirección, señaló que los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional del Perú están obligados a presentar declaración jurada de ingresos, bienes y rentas y, para tal efecto, creó el "Sistema de Declaraciones Juradas de Ingresos, Bienes y Rentas del Personal de la Policía Nacional del Perú", a cargo del Ministerio del Interior, instrumento mediante el cual se realiza el registro y procesamiento de las declaraciones juradas que presenta el personal policial a nivel nacional.

El Decreto Legislativo 1295, de fecha 30 de diciembre de 2016, Decreto Legislativo que modifica el artículo 242 de la Ley 27444, Ley del procedimiento

administrativo general y establece disposiciones para garantizar la integridad en la administración pública. Esta norma modificó el referido artículo 242 en los siguientes términos:.

El Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles consolida toda la información relativa al ejercicio de la potestad administrativa sancionadora disciplinaria y funcional ejercida por las entidades de la Administración Pública, así como aquellas sanciones penales impuestas de conformidad con los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal.

Asimismo, establece impedimentos para los servidores sancionados, señalando que las sanciones de destitución o despido que queden firmes o que hayan agotado la vía administrativa, y hayan sido debidamente notificadas, acarrean la inhabilitación automática para el ejercicio de la función pública y para prestar servicios por cinco (5) años, no pudiendo reingresar a prestar servicios al Estado o a empresa del Estado, bajo cualquier forma o modalidad, por dicho plazo; y que las personas con sentencia condenatoria consentida y/o ejecutoriada, por alguno de los delitos previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401del Código Penal, no pueden prestar servicios a favor del Estado, bajo cualquier forma o modalidad.

El Decreto Legislativo 1307, de fecha 30 de diciembre de 2016, Decreto Legislativo que modifica el Código Procesal Penal para dotar de medidas de eficacia a la persecución y sanción de los delitos de Corrupción de funcionarios y de criminalidad organizada. Tal decreto legislativo, a fin de fortalecer la lucha contra la delincuencia común y regular medidas de eficacia para una correcta persecución y oportuna sanción de los delitos de corrupción de funcionarios previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal y de criminalidad organizada, modificó los artículos 85, 102, 242, 243, 247, 272, 274, 296, 337, 341, 341-A, 344, 345, 346, 349, 351, 354, 355, 359, 401, 414, 425, 447 y 448 del Código Procesal Penal.

El Decreto Legislativo 1326, de fecha 6 de enero de 2017, Decreto Legislativo que reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado. Conforme señala su artículo 1, este decreto tiene por objeto reestructurar el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crear la Procuraduría General del Estado como ente rector, a efectos de mantener y preservar la autonomía, uniformidad y coherencia en el ejercicio de la función de

los procuradores públicos en el ámbito nacional, supranacional e internacional, así como fortalecer, unificar y modernizar la Defensa Jurídica del Estado.

El Decreto Legislativo 1327, del 6 de enero de 2017, Decreto Legislativo que Establece Medidas de Protección para el Denunciante de Actos de Corrupción y Sanciona las Denuncias Realizadas de Mala Fe, que, como apunta su primer artículo, tiene por objeto establecer procedimientos y mecanismos para facilitar e incentivar las denuncias realizadas de buena fe de actos de corrupción y sancionar las denuncias realizadas de mala fe; y, conforme a su segundo artículo, tiene por finalidad fomentar y facilitar que cualquier persona que conoce de la ocurrencia de un hecho de corrupción en la Administración Pública pueda denunciarlo. Su reglamento fue aprobado por Decreto Supremo 010-2017-JUS, de fecha 14 de abril de 2017.

El Decreto Legislativo 1353, de fecha 7 de enero de 2017, 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.

La Ley 30737, del 12 de marzo de 2018, Ley que Asegura el Pago Inmediato de la Reparación Civil a Favor del Estado Peruano en Casos de Corrupción y Delitos Conexos.

El Decreto de Urgencia 020-2019, de fecha 5 de diciembre de 2019, que dispuso la presentación obligatoria de la Declaración Jurada de Intereses por parte de los servidores civiles, de aquellos que desempeñan función pública y de los demás sujetos señalados en su artículo 3, independientemente del régimen laboral o contractual en el que se encuentren en las entidades de la administración pública, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas o no en la actividad empresarial del Estado y los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o privado.

Efectuada la mención a las normas antes detalladas, es menester hacer especial hincapié en que el sistema penal peruano ha ido endureciéndose, tipificando nuevas figuras delictivas, incrementando algunas penas, empoderando al Ministerio Público y minimizando, cuando no ignorando, la protección y la garantía de los derechos fundamentales.

3.2. La normativa supranacional

La Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción son los dos tratados internaciones más importantes en materia de lucha anticorrupción, aunque no son los únicos pues existen muchos otros instrumentos jurídicos, resoluciones, informes, recomendaciones o documentos internacionales de trabajo que tratan temas puntuales acerca de este fenómeno, como la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales; la Resolución 51/59 de Naciones Unidas, de fecha 16 de diciembre de 1996, que aprobó el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos y recomendó a los Estados Miembros que se guiaran por él en su lucha contra la corrupción; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional, aprobada por Resolución 55/25, del 15 de noviembre de 2000, que contiene algunas disposiciones relativas a la corrupción; la Resolución 55/188, de 20 de diciembre de 2000, sobre "Prevención de las prácticas corruptas y la transferencia ilícita de fondos y lucha contra ellas y repatriación de esos fondos a sus países de origen"; o la "Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización", de finales de 1998.

El Estado peruano aprobó la referida Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) mediante Resolución Legislativa N.º 26757, del 5 de marzo de 1997 y la ratificó a través del Decreto Supremo 012-97-RE, de fecha 21 de marzo de 1997. Del mismo modo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC) fue aprobada por Resolución Legislativa N.º 28357, de fecha 6 de octubre de 2004, y ratificada mediante el Decreto Supremo 075-2004-RE, de fecha 19 de octubre de 2004. Ambos convenios, vale decirlo, forman parte del Derecho interno conforme a lo estipulado por el artículo 55 de la Constitución.

En cuanto a la Convención Interamericana contra la Corrupción, el artículo II de este instrumento señala que los propósitos de la convención son promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; así como promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

En ese empeño, regula una serie de tópicos como las medidas preventivas destinadas a crear, mantener y fortalecer normas de conducta para el correcto cumplimiento de las funciones públicas, mecanismos para hacer efectivo el cumplimientos de dichas normas de conducta, entre otros (artículo III); el ámbito de aplicación de la Convención (artículo IV); la adopción de medidas necesarias por parte de cada Estado para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado en base a la Convención (artículo V); los tipos de actos de corrupción (artículo VI); la adopción de medidas legislativas internas (artículo VII); la regulación de la figura del soborno internacional (artículo VIII); entre otros.

Por su parte, de acuerdo a lo previsto en su artículo 1, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción tiene por finalidad promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; y promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

Este tratado regula una serie de aspectos muy importantes en la lucha contra la corrupción. Su artículo 3, por ejemplo, contempla su ámbito de aplicación, que, según se señala, comprende la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción y el embargo preventivo, la incautación, el decomiso y la restitución del producto de delitos tipificados con arreglo a la misma. Su artículo 5, entre otros aspectos, regula políticas y prácticas de prevención de la corrupción, estableciendo la obligación de cada Estado parte de formular y aplicar o mantener en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.

Interesa destacar también el artículo 30, numeral 4, de esta Convención, que a la letra señala:

Cuando se trate de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su derecho interno y tomando debidamente en consideración los derechos de la defensa, con miras a procurar que, al imponer condiciones en relación con la decisión de conceder la libertad en espera de juicio o la apelación, se tenga presente la necesidad de garantizar la comparecencia del acusado en todo procedimiento penal ulterior.

Es decir, que al juzgarse internamente a las personas por los delitos de corrupción deben tomarse debidamente en consideración sus derechos de defensa. Más adelante, en el numeral 6 del mismo artículo, este Convenio hace referencia a la presunción de inocencia, al señalar expresamente que.

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer, en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procedimientos en virtud de los cuales un funcionario público que sea acusado de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención pueda, cuando proceda, ser destituido, suspendido o reasignado por la autoridad correspondiente, teniendo presente el respeto al principio de presunción de inocencia.

Nótese, entonces, cómo es que a pesar de que se establece una obligación para los Estados de fortalecer la lucha anticorrupción en sus respectivas jurisdicciones se infiere del Convenio que esta obligación debe ir acompañada de un pleno respeto de los derechos fundamentales de aquellos que son investigación, procesados y condenados por delitos de corrupción. Se trata así de no perder de vista el valor persona humana que defiende el Estado Constitucional, que sitúa al ser humano y sus derechos fundamentales en una posición superior y especial dentro del marco constitucional de convivencia de la sociedad.

4. NUESTRA PROPUESTA PARA ENFRENTARLO EN CLAVE CONSTITUCIONAL

Lo tratado hasta aquí traduce que la batalla contra la corrupción que viene librando el Perú en diversos frentes corre el riesgo de deslegitimarse, por sus desajustes con el sistema de reconocimientos, garantía y protección de los derechos fundamentales que consagra la norma suprema de la República, punto que nuestro Tribunal Constitucional así lo ha dejado entrever en la sentencia dictada en el Caso Ollanta Humala-Nadine Heredia, Expediente N.º 4780-2017-PHC/TC y 0502-2018-PHC/TC (acumulados), en cuyos fundamentos 124, 125, 126 y 127 ha expresado literalmente lo siguiente:

> [R]esulta importante manifestar que, como consecuencia de la actual coyuntura social de desconfianza frente a la autoridad como consecuencia de los recientes casos de corrupción, el país en su generalidad viene viviendo en una actitud de sospecha colectiva que ha terminado colocando a la persona en general y a quien ejerce función o cargo público en particular como un sujeto considerado de suyo "proclive al delito". Es decir, se ha implantado

> una actitud totalmente inconstitucional, prejuiciosa y lesiva, que abdica de la lógica del Legislador Constituyente peruano, que ha optado por un sistema que considera a la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado, que es anterior y superior al Estado y titular de una serie de derechos que le son inherentes, denominados, más allá de las digresiones académicas que la doctrina recoge, derechos humanos, derechos fundamentales, derechos de la persona o derechos constitucionales; entre los cuales están el derecho al honor y a la buena reputación, el derecho a la defensa y el respeto de su dignidad, y el derecho a la presunción de inocencia mientras no se haya acreditado judicialmente su culpabilidad, mediante sentencia firme y definitiva.

Esa actitud, contradice totalmente el claro mandato contenido en el artículo 1 de la Constitución, que a la letra preceptúa que: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Este precepto muestra la lógica y filosofía del Legislador Constituyente, que en rescate del valor persona humana establece la obligación constitucional para todos, la sociedad en su conjunto y cada uno de sus miembros, así como el Estado mismo en cuanto ente nacional y conjunto de órganos e instituciones que lo integran dentro de su estructura, de defender a la persona humana, y por cierto todos sus derechos, y de respetar su dignidad, en cuanto ser humano que es el centro de la organización política, social y económica del país. Contiene entonces un mandato ineludible y que, además, encierra el concepto de solidaridad, que es imprescindible en el Estado Constitucional.

En esa misma línea, el artículo 2 de la Constitución enumera un conjunto de derechos, que en lo que al caso atañe, interesa destacar, además del derecho a la dignidad humana, los derechos al honor, a la buena reputación, a la intimidad y a la libertad y seguridad personales. Y, entre estos últimos derechos fundamentales, el de no ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe; el de gozar de libertad personal; el de no ser apresado por deudas, salvo la alimentaria; el de no ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible ni sancionado con pena no prevista en la ley; y el de ser considerado inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad; previstos en el artículo 2, incisos 7 y 24, acápites a), b), c) y d) de la Constitución Política del Perú.

En lo que concierne específicamente al Estado y más especialmente a la judicatura ordinaria, el respeto a tales derechos debe ser el pívot de todo su accionar, máxime cuando se actúa en el ámbito de la justicia penal, en la cual imperan

principalmente los siguientes principios: el respeto y la defensa de los derechos fundamentales; la presunción de inocencia a favor del investigado; la duda favorece al imputado; la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público como titular de la acción penal pública; y la tipificación penal clara, precisa e indubitable del hecho atribuido como punible. Así, es necesario constitucionalizar el cabal ejercicio de la judicatura penal, en el marco de su autonomía e independencia, para garantizar máxima probidad, idoneidad, imparcialidad, honestidad y valentía, y, además, el cumplimiento de los principios de razonabilidad, ponderación, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad que el Tribunal Constitucional ha desarrollado en su jurisprudencia, como supremo intérprete de la Constitución, de la ley y, en general, de todo el derecho positivo. (Fundamentos 124-127)

Nótese que el Tribunal Constitucional devela con toda claridad y contundencia.

La existencia de una coyuntura de desconfianza y de una actitud de sospecha colectiva como consecuencia de los recientes casos de corrupción.

La peyorativa conceptuación que la persona en general y quien ejerce función o cargo público en particular es un sujeto de suyo proclive al delito.

La implantación de una actitud totalmente inconstitucional, prejuiciosa y lesiva respecto de la persona humana, que abdica de la lógica humanista del legislador constituyente peruano.

La contradicción, violación y desconocimiento del claro mandato contenido en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, que en su primera parte preceptúa que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado."

El incumplimiento de la obligación constitucional para todos, que comprende a la sociedad en su conjunto y a cada uno de sus miembros, así como al Estado mismo, tanto como ente nacional como conjunto de órganos e instituciones que lo integran, de defender a la persona humana y por cierto todos sus derechos, respetando su dignidad y su carácter de ser el centro y la razón de ser de la organización política, social y económica del país.

El olvido del concepto de solidaridad, que es inherente a la esencia misma del Estado Constitucional y que irradia una obligación para todos en lo que respecta a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad así como de sus derechos.

El recordatorio al Estado y especialmente a la judicatura, que deben el máximo respeto a tales derechos, como eje de todo su accionar; máxime en el ámbito de la justicia penal, para que impere principalmente los siguientes principios:

El respeto y la defensa de los derechos fundamentales;

La presunción de inocencia a favor del investigado;

La duda favorece al imputado;

La carga de la prueba corresponde al Ministerio Público como titular de la acción penal pública; y

La tipificación penal clara, precisa e indubitable del hecho atribuido como punible.

El reclamo de la necesidad de constitucionalizar el cabal ejercicio de la judicatura penal, en el marco de su autonomía e independencia, para garantizar máxima probidad, idoneidad, imparcialidad, honestidad y valentía.

Se trata, entonces, como apunta el Tribunal Constitucional, de batallar con el fenómeno de la corrupción sin abdicar del valor persona humana que propugna el Estado Constitucional peruano como el más alto de todos. De imbuir en los procesos penales la garantía del pleno respeto de los derechos fundamentales en cada acto procesal y en todas las instancias del proceso, pues la lucha anticorrupción no puede convertirse en una excusa para relativizar la vigencia de los derechos fundamentales de la persona, en una suerte de justificación para dejar de lado todas las medidas conducentes a proteger siempre esos derechos, por más graves y despreciables que sean los delitos que se imputan.

4.1. La vuelta a los principios y valores constitucionales

Queda claro entonces, que se impone un enfrentamiento al fenómeno de la corrupción en clave constitucional. Esto es, ajustándolo a los cánones y patrones constitucionales, así como al telos constitucional, que implica volver la mirada a los valores y principios esenciales que constituyen el cimiento y el basamento de la Constitución Nacional; apoyándonos en lo expresado por el propio Tribunal Constitucional, para lo cual recurrimos a algunas de sus sentencias a efectos de desarrollar este tópico, que han dejado establecido lo siguiente.

En primer lugar, que la corrupción es en sí misma "un fenómeno social que, no puede soslayarse", y que se encuentra "dentro y fuera de la administración del propio Estado", por lo que en la política contra la corrupción deberá establecerse

"el nexo entre Estado y sociedad civil, en la medida que la defensa del 'programa' constitucional, exige una actuación integral." (fundamento 53 de la Sentencia 0009-2007-PI/TC y acumulados).

En segundo término, que el ordenamiento constitucional "exige combatir toda forma de corrupción", para cuyo efecto "el constituyente ha establecido mecanismos de control político parlamentario (artículos 97º y 98º de la Constitución), el control judicial ordinario (artículo 139º de la Constitución), el control jurídico constitucional (artículo 200º de la Constitución), el control administrativo, entre otros." (fundamento 54 de la Sentencia 0009-2007-PI/TC).

En tercer orden, que el proceso de lucha contra la corrupción, tanto la vinculada al aparato estatal como las que existen en otros ámbitos, "obliga a los clásicos poderes del Estado, a los cuales se suma el Tribunal Constitucional en el cumplimiento del deber de la jurisdicción constitucional concentrada y difusa, tomar medidas constitucionales concretas a fin de fortalecer las instituciones democráticas, evitando con ello, un directo atentando contra el Estado social y democrático de Derecho, así como contra el desarrollo integral del país." (fundamento 55 de la Sentencia 0009-2007-PI/TC).

En cuarto lugar, que al Tribunal Constitucional "le corresponde también instalarse en una posición de defensa y soporte de la misma, que permita la consolidación de un proyecto normativo de superación de cualquier forma de crisis de la convivencia social y política, de los distintos intereses de trascendencia pública, que posibiliten su gestión responsable y el restablecimiento de una ética social." (fundamento 56 de la Sentencia 0009-2007-PI/TC).

En quinto término, que el proyecto normativo antes mencionado adquiere una dimensión jurídica propia en los principios constitucionales de transparencia y publicidad, así como de cooperación entre el Estado y los distintos agentes sociales, en "el cumplimiento del deber constitucional de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación (artículo 44 de la Constitución)." para posibilitar la creación y consolidación de "un entorno ético fundamental que rechace enérgicamente la tolerancia social con respecto a todas las formas posibles de corrupción y de irregularidad en la gestión de los intereses públicos." (fundamento 57 de la Sentencia 0009-2007-PI/TC).

En sexto lugar, que deben garantizarse los siguientes cuatro principios y valores del orden democrático: "derecho al público a la información, principio constitucional de publicidad, principio constitucional de transparencia, y principio

constitucional de proscripción de la corrupción" (fundamento 58 de la Sentencia 0009-2007-PI/TC).

A continuación, reseñamos algunas sentencias del Tribunal Constitucional del Perú que abonan la vuelta a los principios y valores constitucionales como condición ineludible para legitimar y constitucionalizar la lucha contra la corrupción. Así tenemos:

La STC 019-2005-PI/TC, dictada con ocasión del proceso de inconstitucionalidad promovido por el 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley 28568, cuyo artículo único modificó el artículo 47 del Código Penal, estableciendo expresamente que "El tiempo de la detención preliminar, preventiva o domiciliaria, que haya sufrido el imputado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención." y que "Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención preliminar, preventiva y domiciliaria, se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención.", el Tribunal Constitucional reconoció que la corrupción tiene una dimensión "disvaliosa" en nuestro ordenamiento constitucional, al igual que el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas, el espionaje, la traición a la patria y el genocidio, lo que se desprende de algunos dispositivos constitucionales.

Una ponderación no menos equilibrada se requiere en un asunto en el que, como en el presente caso, se encuentra directamente involucrada la eficacia de la lucha anticorrupción prevista por el Estado peruano como su principal objetivo en el diseño de la política criminal de los últimos 5 años. No sólo por una cuestión de connotación sociológica, sino porque, en el plano normativo-constitucional, tal como ocurre con el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas, el espionaje, la traición a la patria y el genocidio, el Constituyente ha advertido la dimensión particularmente disvaliosa de los actos de corrupción, por la magnitud de daño que provocan al cuadro material de valores reconocido por la Constitución.

Es así que, como una medida preventiva, ha considerado en el artículo 41º de la Constitución que.

> Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer una declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

E incluso hace alusión a una de las concretas manifestaciones de los delitos de corrupción y a reglas específicas a aplicarse en el procesamiento de delitos de dicha índole:

> Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial. La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo para su inhabilitación para la función pública. El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado. (fundamento 59)

La RTC 0006-2006-CC/TC (aclaración de sentencia), dictada en el proceso competencial promovido por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, en el que se solicitó la nulidad de diversas resoluciones judiciales dictadas en procesos de amparo, que otorgaron permisos para operar a varias empresas del rubro de casinos y máquinas tragamonedas, el Tribunal Constitucional sostuvo que la lucha contra la corrupción es un mandato constitucional pero, además, que los jueces no pueden ser meros aplicadores de la ley, sino que en el ejercicio de sus funciones, debe tutelar los derechos fundamentales.

> (...) la lucha contra la corrupción es un mandato constitucional que se desprende de los artículos 39 y 41 de la Constitución. Admitir la insustentable distinción entre el ámbito legal y constitucional puede servir como excusa para, so pretexto de someterse a la ley, desvincularse de mandatos constitucionales, con la consecuente anarquía del ordenamiento y el descrédito institucional que ello supondría. Esta distinción es también contraproducente en un contexto en el cual se debe reafirmar una actitud judicial decidida en la lucha contra la corrupción. Y es que un órgano jurisdiccional no puede limitarse a ser un mero 'aplicador' de las leyes, sino que, a través de la interpretación y argumentación jurídicas, debe tutelar los derechos fundamentales, pero sin descuidar la tutela de otros valores y principios que la Constitución consagra (fundamento 11)

La STC 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC (acumulados), dictada en el proceso de inconstitucionalidad promovido por 8.438 ciudadanos y un número de Congresistas de la República contra diversos artículos de la Ley 28925, Ley que Modifica la Ley 27692, Ley de creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional – APCI, y la Ley 28875, Ley que crea el Sistema Nacional Descentralizado de Cooperación, el Tribunal Constitucional reconoció un principio constitucional de proscripción de la corrupción que se decanta indirectamente de

algunas normas constitucionales. En dicha sentencia el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

> La corrupción es en sí misma un fenómeno social que, no puede soslayarse, se encuentra dentro y fuera de la administración del propio Estado (...)

Vale decir, entendió al fenómeno de la corrupción como uno enquistado en todos los sectores de la sociedad, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado,[4] para a continuación señalar, como lo hizo en la sentencia anteriormente comentada, que la Carta Suprema exige combatir la corrupción pues contempla en su articulado mecanismos para su control.

> (...) se debe partir por considerar que el ordenamiento constitucional, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción; en tal sentido, el constituyente ha establecido mecanismos de control político parlamentario (artículos 97º y 98º de la Constitución), el control judicial ordinario (artículo 139º de la Constitución), el control jurídico constitucional (artículo 200º de la Constitución), el control administrativo, entre otros. (fundamento 54)

Más adelante, en la misma sentencia, el Colegiado Constitucional añadió que los poderes y órganos del Estado, entre los que se incluye el Tribunal Constitucional, se encuentran obligados, en el marco de sus competencias, a tomar medidas puntuales destinadas a fortalecer las instituciones democráticas, correspondiéndole al supremo intérprete de la Constitución, en su labor jurisdiccional, instalarse en una posición de defensa y soporte de la Constitución que permita la superación de cualquier crisis de convivencia social y política y el restablecimiento de una ética social. También reconoció en esta sentencia la importancia de los principios de publicidad y transparencia, pues su consolidación permitirá hacer respetar, cumplir y defender los postulados constitucionales y consolidará todo rechazo hacia la corrupción:

> (...) El proceso de lucha contra cualquier forma de corrupción -tanto aquéllas vinculada al aparato estatal como las que coexisten en el ámbito de la sociedad civil- obliga a los clásicos poderes del Estado, a los cuales se suma

4 En la STC 0016-2019-PI/TC, reiteró esta idea: "Debe tenerse en cuenta que no solo los funcionarios incurren en actos de corrupción, sino también los particulares. En efecto, la corrupción no alcanza exclusivamente el ámbito de la función pública, sino que también abarca la esfera privada, y se origina muchas veces en ella." (fundamento 21).

> el Tribunal Constitucional en el cumplimiento del deber de la jurisdicción constitucional concentrada y difusa, tomar medidas constitucionales concretas a fin de fortalecer las instituciones democráticas, evitando con ello, un directo atentando contra el Estado social y democrático de Derecho, así como contra el desarrollo integral del país.
>
> (...) En ese sentido el Tribunal Constitucional, en tanto, supremo intérprete de la Constitución, le corresponde también instalarse en una posición de defensa y soporte de la misma, que permita la consolidación de un proyecto normativo de superación de cualquier forma de crisis de la convivencia social y política, de los distintos intereses de trascendencia pública, que posibiliten su gestión responsable y el restablecimiento de una ética social.
>
> (...) Proyecto que adquiere una dimensión jurídica propia en los principios constitucionales de transparencia y publicidad, cuya consolidación permitirá fundamentar un modelo de Estado y de sociedad, basado en una abierta cooperación entre el Estado y los distintos agentes sociales, en el cumplimiento del deber constitucional de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación (artículo 44 de la Constitución). Pues, sólo de esta forma se posibilitará la creación y consolidación de un entorno ético fundamental que rechace enérgicamente la tolerancia social con respecto a todas las formas posibles de corrupción y de irregularidad en la gestión de los intereses públicos. (fundamentos 54-57).

La STC 0016-2019-PI/TC, dictada en el proceso de inconstitucionalidad promovido por más del 25% del número legal de Congresistas de la República contra la Ley 30737, Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado Peruano en casos de corrupción y delitos conexos, ha señalado que la corrupción es un obstáculo que impide el cumplimiento de los objetivos nacionales y el buen manejo de las instituciones, por lo que con su lucha se busca el correcto funcionamiento de la Administración Pública, el fortalecimiento de las instituciones democráticas y el desarrollo integral del país.

La corrupción impide el cumplimiento de los objetivos nacionales y el buen desempeño de las instituciones y (...) es considerada como uno de los principales problemas del país; esto, a su vez, tiene un impacto negativo en la confianza que muestran los ciudadanos en las entidades públicas, porque mella la legitimidad de tales instituciones y de sus principales autoridades.

Por ello, corresponde enfatizar que la lucha contra la corrupción en el Estado constitucional se orienta a la preservación del correcto funcionamiento de la administración pública, el fortalecimiento de las instituciones democráticas y el desarrollo integral del país. (fundamentos 9 y 10)

Adicionalmente, del ejercicio interpretativo que ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional respecto de algunas cláusulas constitucionales cabe rescatar lo siguiente.

Que la corrupción tiene una dimensión "disvaliosa" en el Estado Constitucional peruano, tanto como el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas, el espionaje, la traición a la patria y el genocidio. Es, por tanto, un antivalor que se opone y causa daño significativamente al cuadro material de valores reconocido en la Constitución.

Que, de acuerdo al ordenamiento constitucional, existe un mandato constitucional de lucha contra la corrupción, que se deriva o desprende de diversos dispositivos de la Constitución como sus artículos 39, 41, 44, 97, 98, 139 y 200.

Que, relacionado con ese mandato constitucional, se ha reconocido el principio de proscripción de la corrupción, en función al cual los poderes y órganos del Estado están obligados a tomar medidas puntuales destinadas a combatir y eliminar la corrupción para así fortalecer las instituciones democráticas, coadyuvar en el correcto funcionamiento de la Administración Pública y en el desarrollo de nuestro país.

4.2. La revalorización de la persona humana y sus derechos

Es urgente para lograr un combate real y efectivo de la corrupción, que ataque los cimientos mismos de esta, que sin lugar a dudas han germinado en muchos por las deficiencias formativas producidas desde muy temprana edad, que se aborde la tarea de revalorizar a la persona humana y a la sociedad misma, en cuanto la primera constituye la razón de ser del Estado y el núcleo mismo de la concepción que lo inspira.

Ello implica emprender una gran cruzada nacional pro rescate del valor persona humana, a través de una acción conjunta y solidaria de todos los sectores sociales, que deben asumir un compromiso patriótico de poner todos sus empeños en lo que podríamos denominar un proceso de revalorización de la persona humana, a través de campañas educativas en todos los niveles para difundir, explicar y hacer tomar conciencia a la población entera de los principios y valores constitucionales, en la línea de ir sembrando una identificación individual y colectiva con aquellos, que permita asegurar en cada integrante del colectivo social una actitud respetuosa de los mismos y defensora de los derechos fundamentales.

Así, se modificará la lógica que actualmente reina, caracterizada, como se ha adelantado, por una suerte de conceptuación peyorativa de todos los integrantes de la sociedad peruana, que nos convierte en sujetos inescrupulosos y proclives al

delito, para instaurar una concepción no solo humanista, sino también principista y de respeto al prójimo, así como a sus derechos, que constituya un incentivo para que las personas más honestas y calificadas participen en la vida pública y en las diversas tareas que exige la marcha del Estado Constitucional, en todas sus dimensiones.

Podríamos decir, revalorizar y no devaluar a la persona humana, aplicando una lógica constitucional que respete los derechos antes referidos.

4.3. La adecuación de la normativa a la Constitución

La conceptuación peyorativa de la persona humana a la que hemos hecho referencia en los párrafos anteriores, ha devenido, desde hace veinte años aproximadamente, en una sobrerregulación infraconstitucional, que parte de la premisa errada de considerar a los miembros de la sociedad peruana como personas que están siempre predispuestas al delito, al punto que en materia de contrataciones del Estado, por ejemplo, el postor que ha ganado la buena pro en un proceso de selección tiene que suscribir un denominado "pacto de no soborno", en virtud al cual se compromete a no cometer ilícitos penales en la ejecución del contrato o, en el mismo ámbito de la contratación pública, el impedimento que tienen los familiares de diversos funcionarios públicos, como el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, para ser participante, postor o contratista en los procesos de contratación con el Estado.

Esta actitud colectiva ha superado el espectro del Derecho Penal hacia otros ámbitos del Derecho sancionador, al punto que hoy se utilizan mecanismos como el polígrafo en el sector privado para que el empleador pueda tener confianza en su trabajador[5]; mientras que en el sector público se ha sobrerregulado mecanismos para combatir cualquier conducta irregular con toda la fuerza de la ley (procedimientos sancionadores por denuncia[6], procedimientos de fiscalización posterior[7],

5 Sentencia 273-2010-PA/TC

6 Artículo 235 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones: 1. El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o **por denuncia**.

7 Numeral 1.16 del artículo III del Título Preliminar de la Ley 27444. La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.

procedimientos disciplinarios, procedimientos de control interno[8] y externo[9], procedimientos de control simultáneo, presunciones tributarias[10], libro de reclamaciones virtual y físico[11], quejas y denuncias presenciales[12], on line[13] y telefónicas[14], etc).

8 Artículo 7 de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. El control interno comprende las acciones de cautela previa, simultánea y de verificación posterior que realiza la entidad sujeta a control, con la finalidad que la gestión de sus recursos, bienes y operaciones se efectúe correcta y eficientemente. Su ejercicio es previo, simultáneo y posterior (...).

9 Artículo 7 de la Ley 27785. Se entiende por control externo el conjunto de políticas, normas, métodos y procedimientos técnicos, que compete aplicar a la Contraloría General u otro órgano del Sistema por encargo o designación de ésta, con el objeto de supervisar, vigilar y verificar la gestión, la captación y el uso de los recursos y bienes del Estado. Se realiza fundamentalmente mediante acciones de control con carácter selectivo y posterior.

10 Artículo 65 del Texto Único Ordenado del Código Tributario. La Administración Tributaria podrá practicar la determinación en base, entre otras, a las siguientes presunciones: 1. Presunción de ventas o ingresos por omisiones en el registro de ventas o libro de ingresos, o en su defecto, en las declaraciones juradas, cuando no se presente y/o no se exhiba dicho registro y/o libro. 2. Presunción de ventas o ingresos por omisiones en el registro de compras, o en su defecto, en las declaraciones juradas, cuando no se presente y/o no se exhiba dicho registro. 3. Presunción de ingresos omitidos por ventas, servicios u operaciones gravadas, por diferencia entre los montos registrados o declarados por el contribuyente y los estimados por la Administración Tributaria por control directo. 4. Presunción de ventas o compras omitidas por diferencia entre los bienes registrados y los inventarios. 5. Presunción de ventas o ingresos omitidos por patrimonio no declarado o no registrado. 6. Presunción de ventas o ingresos omitidos por diferencias en cuentas abiertas en Empresas del Sistema Financiero. 7. Presunción de ventas o ingresos omitidos cuando no exista relación entre los insumos utilizados, producción obtenida, inventarios, ventas y prestaciones de servicios. 8. Presunción de ventas o ingresos en caso de omisos. 9. Presunción de ventas o ingresos omitidos por la existencia de saldos negativos en el flujo de ingresos y egresos de efectivo y/o cuentas bancarias. 10. Presunción de Renta Neta y/o ventas omitidas mediante la aplicación de coeficientes económicos tributarios. 11. Presunción de ingresos omitidos y/o operaciones gravadas omitidas en la explotación de juegos de máquinas tragamonedas. 12. Presunción de remuneraciones por omisión de declarar y/o registrar a uno o más trabajadores. 3. Otras previstas por leyes especiales. La aplicación de las presunciones será considerada para efecto de los tributos que constituyen el Sistema Tributario Nacional y será susceptible de la aplicación de las multas establecidas en la Tabla de Infracciones Tributarias y Sanciones.

11 Artículo 150 de la Ley 29571 (Código de Protección de Defensa del Consumidor). Los establecimientos comerciales deben contar con un libro de reclamaciones, en forma física o virtual. El reglamento establece las condiciones, los supuestos y las demás especificaciones para el cumplimiento de la obligación señalada en el presente artículo.

12 Presentando un formulario ante la SUNAT: http://www.sunat.gob.pe/defensoriacontrib/denuncias/formulario/FormatoDenuncias.pdf

13 Sistema Nacional de Atención de Denuncias (SINAD) de la Contraloría General de la República. // *appscgr.contraloria.gob.pe/sinad. Oficina de Fortalecimiento Ético y Lucha contra la Corrupción de la SUNAT:* http://www.sunat.gob.pe/institucional/planantcorrupcion/denuncias.html

14 Ministerio del Interior: Línea 1818, Ministerio de la Mujer y poblaciones vulnerables: aló transparencia 0800-17474.

Tal normativa afecta, entre otros, los derechos fundamentales al honor, a la buena reputación, al respeto a su dignidad, a la presunción de inocencia y también al de contratar con fines lícitos; y revela la idea que ha tenido muchas veces el legislador al ejercer sus facultades legislativas, pues al regular diversos tópicos ha olvidado los principios humanistas que inspiran a nuestra Carta Fundamental.

Este disloque entre lo que sucede con la Constitución, que propugna un respeto y una defensa de la persona humana, como proyecto ontológico que es anterior y superior al propio Estado, alrededor del cual debe girar todo el ordenamiento jurídico, y las normas infraconstitucionales, que ignoran los valores, principios y bienes que protege la Constitución y que contemplan una filosofía de la desconfianza en el ser humano, pues lo ven siempre con una inclinación a delinquir, como si ello fuera la regla y no la excepción, debe ser superada en su integridad, articulando la normativa infraconstitucional a la Carta Suprema de la República.

4.3. El rol de la prensa y de los actores sociales

Nuestra realidad actualmente nos muestra que existe un proceso penal en el que se deslindan responsabilidades contra infractores, funcionarios y/o servidores públicos o privados, por presuntamente haber incurrido en actos de corrupción (al interior del cual deben respetarse todas las garantías del debido proceso), y a la par de este existe un "juicio mediático" que es promovido por los medios de comunicación y en el que muchas veces se presume la culpabilidad del que todavía está procesado y este es echado a la hoguera sin posibilidad de defenderse; se acusa sin pruebas y con ello se daña irremediablemente la imagen, el honor y la buena reputación de las personas; se condiciona la opinión pública; y, lo que es peor aún, se presiona indirectamente a la administración de justicia para que en ciertos casos resuelva en determinado sentido. Los periodistas son los nuevos jueces del siglo XXI. Pareciera que la prensa se ha convertido en una judicatura especial, con sus propias reglas, de instancia única y de fallos incuestionables.

Uno de estos casos, es el del ex Ministro Enrique Cornejo, que, para mayor ilustración, comentamos a continuación: con fecha 4 de marzo de 2009, el Diario Perú21, hizo una publicación en primera plana, acusando a don Enrique Cornejo Ramírez de corrupción por presuntamente haber favorecido a la Asociación Nueva Economía a acceder a contratos de menor cuantía cuando se desempeñaba como Ministro de Vivienda, esto a razón de informar que para enero de 2009, don Enrique Cornejo Ramírez aun figuraba ante los Registros Públicos como representante legal de dicha asociación.

Más allá de que el caso en sí mismo analiza los alcances del derecho de rectificación, lo peculiar en él, viene a ser la fórmula de presentación de un hecho a nivel informativo, pues a partir de un solo documento y sin que previamente el periodista haya obtenido alguna respuesta del ciudadano involucrado, afirma sin cuidado alguno y a nivel masivo, que este se encuentra involucrado en actos de corrupción por el solo hecho de haberse encontrado inscrito como representante legal de una persona jurídica contratante con el Estado.

Esta situación, pues, refleja de modo grave, la crisis ética que viene sufriendo la prensa con relación a lo que, se supone, es el desarrollo del derecho a la información a través de medios de comunicación de manera seria.

Hoy por hoy, cualquier hecho que en el tiempo pueda presuntamente suponer un incorrecto ejercicio de las funciones públicas, inmediatamente es acusado de "corrupción" y exhibido por los medios de comunicación en primera plana en dichos términos, sin considerar que la forma de presentar la información termina por someter al escarnio público a un funcionario o servidor público –que puede venir ejerciendo correctamente sus funciones–, pues presenta y direcciona la noticia hacía la peor de las interpretaciones por el solo hecho de dar una "supuesta primicia" (sensacionalismo), detrás de la cual, por la premura que evidencia la publicación por no haber concluido con la investigación periodística –como lo hubiera sido confirmar la vigencia de la representación con la Asociación involucrada–, únicamente se identifica el fin económico de la venta total del tiraje impreso.

Esta crisis ética, que muestra a una prensa avasalladora e implacable con cualquier viso de irregularidad, viene a ser al mismo tiempo, una de las razones de peso por las que el ciudadano "honesto" ha perdido el interés de participar en la gestión pública y por las cuales el servidor público "honesto" mantiene la cultura del secreto, pues ambos sienten que trabajar para el Estado supone carecer de mecanismos de defensa de su intimidad, de su honor y buena reputación.

5. APRECIACIONES CONCLUSIVAS

La lucha contra la corrupción que se está dando en el Perú debe, con carácter de urgencia, adecuar su accionar a los principios, valores, derechos y preceptos que recoge la Constitución. Para lograrlo, a la par de iniciar una campaña solidaria de concientización y de creación de un verdadero sentimiento constitucional, que revalorice al ser humano y a la sociedad entera, urge constitucionalizar dicha lucha, lo que la legitimará; debiendo adecuarse a la normativa constitucional la abundante

legislación punitiva creada a raíz de la "década infame" y exigir de la prensa una actitud más seria y responsable, que no avasalle los derechos de las personas, tales como los derechos de defensa, al honor, a la buena reputación, a la presunción de inocencia y al respeto de la dignidad.

Se ha avanzado, no cabe duda, denunciando, procesando y condenando a muchos personajes públicos y privados que cometieron ilícitos penales, pero también se ha dañado a muchas personas inocentes, que fueron condenadas por "juicios mediáticos". Ello no es compatible con un auténtico Estado Constitucional. Es prioritario constitucionalizar la lucha contra la corrupción.

BIBLIOGRAFÍA

Quiriz, Alfonso W. *Historia de la corrupción en el Perú*. IEP Instituto de Estudios Peruanos. Lima. 2016.

Basadre, Jorge. *Perú: Problema y Posibilidad*. IV Edición. Consorcio Técnico de Editores. Lima. 1978.

Bernales, Enrique. *Crisis y Partidos Políticos.* En: Del Golpe de Estado a la Nueva Constitución. Comisión Andina de Juristas. Serie de Lecturas sobre Temas Constitucionales. N.º 09. Lima. 1993.

Garcia Belaunde, Domingo. *Las Constituciones del Perú*. Tomo I. Fondo Editorial de la Universidad San Martin de Porres. Lima. 2006.

EL PARADIGMA DEL REDIMENSIONAMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN
Desafíos democráticos y tensiones institucionales en la presente década

Aníbal QUIROGA LEÓN*

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Génesis y naturaleza de la constitución. **3.** Modificaciones introducidas por la constitución política de 1993. 3.1 La Unicameralidad del Parlamento: Congreso de la República. 3.2. La creación de la Defensoría del Pueblo: una institución de vigilancia moral y garantía del derecho. 3.3. La Constitución económica y el modelo de economía social de mercado. 3.4. La separación del sistema electoral: JNE, ONPE y RENIEC. **4.** Panorama político y social en la presente década. **5.** ¿Redimensionamiento o reemplazo de la constitución de 1993? Defensa de la constitución política de 1993. **6.** Conclusiones.

PRELIMINARES

El presente artículo analiza el debate en torno a la suficiencia y efectividad de la Constitución Política del Perú de 1993 frente al actual contexto político y social.

* Decano de la Facultad de Derecho y CCPP y Director del Instituto de Derecho Procesal Constitucional de la César Vallejo; profesor Principal y ex Editor General de la Revista *Derecho-PUC* en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del Pre y Post Grado de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Ex Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la U. de Lima y de la UPC. Ex Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Miembro: Asociación Internacional de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional y Presidente de la Comisión de Derecho Procesal Constitucional de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Honorario del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Investigador becario del UNIDROIT (Roma, 2002). Ex Presidente del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la CGR del Perú. Secretario Ejecutivo del Centro de Investigaciones de Derecho Procesal y Comparado del Perú (CEDEPRO). Abogado en ejercicio. Lima- Perú. Correo: aquirogale@ucv.edu.pe; Blog: http://blog.pucp.edu.pe/blog/anibalquiroga-derechoprocesal/

A partir de una revisión crítica de su origen, sus principales reformas institucionales y el panorama político de la última década, se examina si el orden constitucional vigente requiere una reforma parcial, total o simplemente una mejor aplicación. Se parte del reconocimiento de su origen autoritario, pero se defiende que, pese a ello, ha logrado brindar estabilidad normativa y política al país durante más de treinta años. Frente a propuestas refundacionales que buscan reemplazarla mediante una Asamblea Constituyente, el texto sostiene que los principales problemas del país no se deben al diseño constitucional, sino a la fragilidad institucional, la mala praxis política y la falta de compromiso con el Estado de Derecho. En ese sentido, se concluye que el desafío no radica en cambiar la Constitución, sino en fortalecer su aplicación, mejorar los mecanismos de control político y recuperar la ética pública. El artículo se desarrolla con base en fuentes doctrinarias, jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura constitucional peruana reciente.

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo del tiempo, desde su promulgación en 1993, la Constitución Política del Perú ha sido objeto de diversas controversias respecto a su legitimidad de origen, su orientación política, económica y su capacidad para representar los intereses y demandas de una ciudadanía variada y cambiante. Nacida tras un autogolpe de Estado y aprobada mediante un referéndum ciertamente cuestionado, esta "Carta Magna" ha regulado por más de treinta años la vida política e institucional del país, acompañando tanto procesos de consolidación democrática como momentos de profunda crisis, momentos buenos y momentos malos. Momentos en que la vigencia constitucional se ha engrosado, y momentos en que la misma se ha adelgazado hasta casi romperse, demostrando una importante capacidad *homeostática*. Sin embargo, el contexto político y social de la presente década —marcado por la inestabilidad institucional, la polarización ideológica, la conflictividad territorial y la desafección ciudadana— ha reavivado el debate en algunos sectores, sobre todo en los más radicalizados, sobre la necesidad de redimensionar la Constitución vigente. Es decir, en si estamos en lo que la doctrina llama *"el momento constituyente"*.

La interrogante que este trabajo busca abordar es la siguiente: ¿La Constitución de 1993 resulta suficiente para afrontar los desafíos que se encuentra enfrentando el Perú en la actualidad? La creciente desconfianza en las instituciones políticas, los cuestionamientos a la representatividad de las autoridades, las demandas sociales no atendidas por el modelo vigente y los debates sobre una posible Asamblea Cons-

tituyente plantearían la necesidad de revisar críticamente el marco constitucional que rige al país. ¿Es posible resolver esta crisis mediante una reforma parcial? ¿Es indispensable una reforma total? ¿O es que acaso estamos ante la necesidad de una nueva Constitución?

La justificación de este análisis radica en tres hechos concretos: i) la pérdida de confianza ciudadana en los poderes públicos; ii) el desencuentro entre la estructura política vigente y las demandas sociales; y iii) el uso recurrente del discurso de "Cambio de Constitución" como solución inmediata frente a conflictos sociales diversos. Ante ello, conviene realizar una revisión objetiva, desde el Derecho Constitucional sobre el origen, el contenido y las posibilidades de transformación del actual texto constitucional.

Es menester señalar que este trabajo se desarrolla a partir del análisis del ensayo denominado "La Constitución Maldita" (Quiroga, 2023)[1], que ofrece una mirada crítica al proceso de creación de la Constitución Política de 1993 y a sus principales Reformas Institucionales. A ello se le suman fuentes doctrinarias de juristas y excelentes profesores peruanos de Derecho Constitucional como Carlos Blancas, Enrique Bernales y Raúl Chanamé Orbe, así como referencias normativas y jurisprudenciales relevantes. El enfoque de este artículo es analítico y argumentativo, y busca evaluar si el redimensionamiento de la Constitución en el Perú es una necesidad institucional o es una demanda política sin sustento claro ante el capricho de un grupo de personas.

En ese sentido, se estructura el artículo en tres partes: primero, se revisa el origen político y legal de la Constitución de 1993; segundo, se examinan los principales cambios institucionales que se introdujo y su vigencia hasta hoy; y tercero, se analiza la pertinencia de una reforma constitucional en el contexto actual.

2. GÉNESIS Y NATURALEZA DE LA CONSTITUCIÓN.

La Constitución Política de 1993 no surgió de la nada, ni surgió como el resultado de un proceso ordinario de reforma ni de un consenso político amplio, hubiera sido bueno que hubiera nacido de aquella forma. La Constitución Política fue elaborada e impuesta tras el autogolpe del 5 de abril de 1992, como su predecesora, que también nació de otro golpe de Estado, cuando el entonces presidente

1 Quiroga Leon, Aníbal.- *La Constitución maldita;* Anuario Peruano de Derecho Constitucional No. 3; APDC; Lima, 2023; pp. 149-169.

Alberto Fujimori decidió malamente disolver inconstitucionalmente el Congreso, convirtiéndose en un dictador, interviniendo el Poder Judicial como quiso y como pudo; concentró el poder en el Ejecutivo y distribuyó el sistema de justicia peruano a su gusto. En ese contexto, se convocó a un Congreso Constituyente Democrático (CCD) -curiosamente sobre calificado de "democrático", como si se pudiera tener un Congreso Constituyente no Democrático, cuya legitimidad ha sido discutida por la doctrina debido a su origen autoritario.

A diferencia de otras constituciones latinoamericanas surgidas de procesos democráticos o transiciones pactadas, la Constitución de 1993 fue impulsada por un gobierno de facto y diseñada para consolidar un nuevo "equilibrio" de poder, más favorable al Ejecutivo y con reglas que facilitarán la reelección presidencial a través de una "interpretación auténtica" de las normas. La elaboración del texto fue rápida y limitada a los márgenes definidos por el Ejecutivo, sin participación plural ni deliberación pública.

El referéndum del 31 de octubre de 1993, mediante el cual se sometió a votación la nueva constitución, también estuvo rodeado de muchos cuestionamientos. La diferencia entre el *"sí"* y el *"no"* fue ajustada (aproximadamente un 52% contra un 48%) y se presentaron denuncias por uso de recursos estatales, propaganda oficial y presión política. La renuncia de un miembro del Jurado Nacional de Elecciones, Juan Chávez Molina, en señal de protesta, dejó constancia de lo que él consideró en su momento las irregularidades del proceso.

Desde el punto de vista doctrinario, diversos constitucionalistas, como Carlos Blancas, han señalado que la Constitución de 1993 no se enmarca en ninguno de los dos supuestos clásicos que justifican un proceso constituyente: la creación de un nuevo Estado o el cambio radical del régimen político. En ese sentido, se sostiene que no hubo un verdadero momento constituyente, sino una imposición normativa desde el poder.

Sin embargo, la Constitución ha cumplido con la función básica de organizar el poder y establecer un marco normativo relativamente estable en un país históricamente propenso a la inestabilidad. Sus partes han sido reformadas parcialmente en diversas oportunidades, y algunos de sus mecanismos institucionales —como la Defensoría del Pueblo, el sistema electoral descentralizado o la economía social de mercado— han generado efectos de largo alcance. Esto hace que, pese a su origen discutido, su evaluación no pueda limitarse únicamente a las condiciones de su promulgación.

En síntesis, la Constitución Política de 1993 nació en el contexto difícil de una ruptura del orden democrático y con serias debilidades en su legitimidad de origen. Pese a ello, se ha logrado mantener vigente por más de tres décadas, combinando la estabilidad formal con crisis y tensiones políticas que se han avivado como las llamas desde el 2016 con la censuras, vacancias y disoluciones. Estas características son importantes en definitiva para entender los actuales debates sobre su posible redimensionamiento o reforma de raíz o total.

3. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993.

La Constitución Política de 1993, como lo mencionamos *a priori* no solo ha supuesto una ruptura en términos políticos respecto a la Carta de 1979, como esta también lo hizo con su antecesora, sino que también supuso una reconfiguración importante del sistema institucional del Estado peruano. Pese a su origen controversial, el texto de 1993 introdujo una serie de reformas que, en algunos casos, han generado efectos duraderos en el funcionamiento del Estado. Entre estas destacan la eliminación del sistema bicameral, la creación de la Defensoría del Pueblo, la separación del sistema electoral en tres organismos autónomos, y el establecimiento de un nuevo régimen económico bajo la fórmula de lo que se denominó "Economía Social de Mercado".

Estas transformaciones no fueron simplemente ajustes técnicos, sino que han sido decisiones deliberadas que han reflejado una visión política muy específica: fortalecer el Poder Ejecutivo, simplificar el aparato legislativo (con el unicameralismo), reordenar el sistema electoral separándolo en tres organismos autónomos y garantizar la estabilidad macroeconómica del país bajo un enfoque liberal. A continuación, se analizarán las reformas mencionadas.

3.1. La Unicameralidad del Parlamento: Congreso de la República.

Una de las modificaciones que sin duda llamaron más la atención con la introducción de la Constitución de 1993 fue la eliminación de la bicameralidad, vigente desde la década de 1920. A partir de entonces, el Congreso de la República pasó a estar compuesto por una sola cámara, integrada por 130 congresistas elegidos por sufragio directo para un período de —en teoría— cinco años. Ya no había senadores.

El artículo 90 de la Constitución establece que:

> *"El Poder Legislativo reside en el Congreso, el cual consta de Cámara Única. El número de congresistas es ciento treinta. [...]"*

El paso del sistema bicameral al unicameral respondió fundamentalmente a una decisión política del gobierno autoritario de entonces, y se justificó en una lógica de simplificación legislativa, reducción de costos y mayor celeridad en la producción normativa. Sus defensores argumentaron que este modelo permitiría una mayor eficiencia, menor burocracia, más ahorro de dinero para el fondo público y nos ofrecía una relación mucho más directa entre electores y representantes. Lamentablemente, treinta años después fuimos testigos de que esto no sucedió así.

Sin embargo, diversos sectores académicos y políticos habían cuestionado esta decisión. Enrique Bernales, por ejemplo, señaló que los argumentos construidos a favor del unicameralismo fueron más políticos que técnicos, y que no existe evidencia concluyente de que una cámara única fortalezca al Parlamento. Más bien, advierte que la calidad legislativa ha disminuido y que la centralización del poder legislativo en un solo órgano ha afectado la representación territorial y el equilibrio institucional.

En ese contexto, el debate entre unicameralidad y bicameralidad siguió abierto hasta que el año pasado decidió retornarse a la bicameralidad a partir del 2026. Decisión que fue bastante controvertida, sobre todo por haber sido impuesta por el Congreso 2021-2026, que carece de representatividad, tanto o igual que la presidenta. A los congresistas parece que no les interesó poco que en un referéndum votado cinco años antes, la ciudadanía haya dicho que no querían el retorno de la bicameralidad por cuestiones de no permitirles la reelección a aquellos que han decidido formar sus fondos personales a partir de los fondos del Estado.

Así, quienes promovieron el retorno al sistema bicameral argumentaron que una segunda cámara —un Senado, por ejemplo— podría funcionar como cámara revisora, garantizar una mayor reflexión en la elaboración de leyes, representar mejor los intereses regionales y limitar las decisiones impulsivas de los diputados que conformen el Congreso. Sus detractores, en cambio, sostienen que implicaría un mayor gasto público, la duplicación de funciones y hasta una muy posible dilación en la producción legislativa.

En conclusión, la opción por la unicameralidad —lejos de haber cerrado el debate institucional— ha generado nuevas tensiones sobre la calidad del sistema

legislativo, su representatividad y su capacidad de control político. La evaluación de este cambio es clave para cualquier propuesta de redimensionamiento constitucional.

3.2. La creación de la Defensoría del Pueblo: una institución de vigilancia moral y garantía del derecho

Una de las novedades institucionales más significativas de la Constitución de 1993 fue la creación de la Defensoría del Pueblo, un organismo constitucional autónomo, orientado a la defensa primordial de los Derechos Fundamentales y al control del correcto funcionamiento de la Administración Pública básicamente desde una legitimidad moral (*magistratura de la persuasión*) ya que desde siempre careció y carece de fuerza jurídica vinculante. Esta figura, que estaba contemplada en la Constitución de 1979 dentro del novísimo Ministerio Público, fue escindida del mismo en la Constitución de 1993 y respondió a la necesidad de contar con mecanismos adicionales de tutela ciudadana frente al Estado, en el marco de un régimen que, paradójicamente, concentraba el poder en el Ejecutivo.

La Defensoría del Pueblo está regulada en los artículos 161 y 162 de la Constitución, y su funcionamiento se desarrolla a través de su Ley Orgánica (Ley N.º 26520). Según el primer artículo correspondiente al Capítulo XI de la Constitución "La Defensoría del Pueblo es autónoma. Los órganos públicos están obligados a colaborar con la Defensoría del Pueblo cuando ésta lo requiera" Asimismo, en el segundo artículo del mismo capítulo se señala que "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"

En ese contexto, el constitucionalista Carlos Blancas Bustamante ha destacado que la Defensoría del Pueblo "constituye un mecanismo atípico pero eficiente de control político, al margen de los poderes clásicos del Estado", su eficacia depende de su independencia funcional y del prestigio institucional que logre consolidar (Blancas, *Derecho Constitucional*, 2017, p. 402).

Desde su creación, esta entidad ha cumplido un papel relevante en momentos de crisis política o conflictividad social, particularmente en la defensa de todos aquellos en situación de vulnerabilidad y la mediación en conflictos sociales como los conflictos mineros. No obstante, su capacidad de incidencia ha estado condicionada por factores como la falta de recursos, las interferencias políticas en el

nombramiento del defensor en el Congreso de la República y la escasa voluntad de los gobiernos de turno para aceptar sus recomendaciones.

En términos comparados, la figura del *Ombudsman*[2] o Defensor del Pueblo tiene origen en el constitucionalismo escandinavo —Suecia fue el primer país en instaurarlo en 1809— y ha sido adoptado en numerosos países de América Latina desde la década de 1990. Su función básica es actuar como contrapeso moral al poder administrativo y canalizador de las quejas ciudadanas frente a la burocracia estatal dentro de la denominada "magistratura de la persuasión".

En el caso peruano, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha respaldado su rol como garante del bloque de constitucionalidad, señalando que: "La Defensoría del Pueblo es una expresión institucional del principio de control del poder público y de defensa de los derechos fundamentales frente a actos omisivos o comisivos de la administración estatal[3]".

No obstante, a pesar de su reconocimiento normativo, en la práctica, la Defensoría del Pueblo ha enfrentado dificultades para consolidar su autonomía. En la última década, el proceso de selección de sus titulares ha estado marcado por la falta de consenso en el Congreso, lo cual ha generado largos períodos de interinato que debilitan su credibilidad institucional. A modo de ejemplo, desde 2016 hasta 2022, el Congreso no logró elegir formalmente a un nuevo Defensor del Pueblo, pese a que el mandato constitucional es de cinco años.

Pese a estas limitaciones, la Defensoría del Pueblo representa uno de los pocos consensos positivos de la Constitución de 1993. Su existencia ha permitido dar visibilidad a problemáticas estructurales como la discriminación étnica, la violencia de género, los conflictos socioambientales, y las malas prácticas de la administración pública. Su redimensionamiento institucional —a través de mayores garantías para su independencia, mayor presupuesto, y fortalecimiento de su rol normativo— debería ser parte de cualquier debate constitucional en el país.

3.3. La Constitución económica y el modelo de economía social de mercado.-

Una de las transformaciones más profundas e influyentes que introdujo la Constitución de 1993 fue el rediseño del modelo económico constitucional. A diferencia de la Constitución de 1979, que mantenía una orientación más in-

2 Es una institución independiente encargada de proteger los derechos de los ciudadanos frente a abusos, negligencias o malas prácticas de la administración pública.

3 Exp. N.º 0006-2003-AI/TC.

tervencionista por parte del Estado, el texto vigente consolidó un modelo liberal bajo la fórmula de "economía social de mercado", consagrada expresamente en su artículo 58. Este cambio no solo tuvo implicancias jurídicas, sino también profundas repercusiones políticas y sociales.

> *Constitución política del Perú*
>
> Art. 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Esta fórmula buscaba equilibrar la libertad económica con ciertos elementos de responsabilidad social. No obstante, en el contexto peruano, la aplicación de este modelo se inclinó fuertemente hacia el neoliberalismo económico, limitando ciertamente la capacidad de intervención estatal en la economía y promoviendo de manera decidida la inversión privada, nacional y extranjera.

Este modelo no surgió en el vacío. Durante los años ochenta e inicios de los años noventa, el Perú atravesaba una de sus peores crisis económicas: hiperinflación, deuda externa insostenible, colapso del aparato productivo, terrorismo y una administración pública ineficiente. En ese escenario, las reformas de estabilización estructural —inspiradas por el *Consenso de Washington*[4]— exigían una Constitución alineada con principios de libre mercado.

Según Christian Guzmán Napurí, "la intervención estatal mal diseñada y regulada puede causar serios daños al funcionamiento de la economía del país, desincentivando la inversión y perjudicando a los consumidores". Esta visión constitucional, muy presente en el diseño de la Constitución de 1993, reflejaba el consenso de la época sobre la necesidad de limitar el rol económico del Estado.

Sin embargo, como señala Raúl Chanamé Orbe, esta opción implicó también la desaparición de todo principio valorativo del régimen económico, dejando el desarrollo nacional casi exclusivamente en manos del mercado (2013, p. 45). Esta crítica ha sido retomada en el debate actual, donde se cuestiona si el Estado peruano cuenta con herramientas reales para enfrentar la desigualdad estructural, el desempleo o la precariedad de servicios públicos.

4 El Consenso de Washington fue un conjunto de recomendaciones de política económica que surgió a fines de los años 80 como guía para los países de América Latina (y en general, países en desarrollo) que enfrentaban crisis económicas, deuda externa y desequilibrios fiscales.

Entonces, frente al descontento social acumulado, especialmente en sectores rurales o excluidos del crecimiento económico, ha surgido un debate legítimo sobre la necesidad de revisar el capítulo económico de la Constitución. Así, no se trataría necesariamente de eliminar el reconocimiento de la iniciativa privada, sino de reconocer mejor la necesidad de un Estado más activo y con mayor capacidad de acción.

Algunos sectores han propuesto modificar artículos clave (como el artículo 60, sobre el rol subsidiario del Estado), mientras otros defienden el modelo actual como garante de estabilidad macroeconómica. En cualquier caso, el debate ya no es jurídico exclusivamente, sino profundamente político.

3.4. La separación del sistema electoral: JNE, ONPE y RENIEC

Una de las modificaciones estructurales más importantes introducidas por la Constitución Política de 1993 fue la división funcional del sistema electoral, que anteriormente estaba concentrado solamente en el Jurado Nacional de Elecciones (JNE). A partir de la nueva carta magna, se estableció un modelo descentralizado de poder conformado por tres organismos autónomos: el JNE, la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC). Esta reforma buscó dividir el poder que tuvo el Jurado Nacional de Elecciones bajo el pretexto de fortalecer la imparcialidad, especialización y transparencia en los procesos electorales, en respuesta a décadas de desconfianza ciudadana frente a la organización de elecciones.

Antes de 1993, el JNE concentraba todas las funciones electorales, lo que generaba una evidente acumulación de poder. Este modelo había sido criticado por su escasa eficiencia y por la percepción de politización en un solo lugar. La descentralización funcional del sistema electoral introducida por la nueva Constitución respondió a la necesidad de modernizar los procesos y distribuir funciones entre entidades especializadas, fortaleciendo así la confianza de la ciudadanía.

Tal como lo explica el Centro de Investigación Parlamentaria, esta separación permite que *"cada órgano cumpla funciones distintas y no se concentre el poder de organización, ejecución, control e identidad en un solo ente"*, lo cual resulta en mayor transparencia y en un control cruzado entre instituciones.

Desde su implementación, este modelo ha funcionado bastante bien en términos de organización electoral. Tanto es así que al día de hoy las elecciones que hemos ido atravesado han sido bastante transparentes y ordenadas dentro de lo que

se ha podido. El Perú ha desarrollado procesos electorales técnicamente confiables, con sistemas de conteo rápido, actualización digital del padrón y presencia institucional en zonas alejadas. Sin embargo, en los últimos años a partir de la última elección presidencial entre el expresidente que se convirtió el autócrata luego de un Golpe de Estado, y su exprimera dama, a la sazón su hija, el sistema electoral ha vuelto a estar bajo presión por cuestionamientos meramente políticos que no cuestionan sino la transparencia de su labor.

Durante las elecciones generales de 2021, diversas fuerzas políticas cuestionaron la actuación del JNE, sugiriendo sin pruebas fehacientes que hubo fraude, lo que al final no pudo ser demostrado en la comisión especial que se armó en el Congreso de la República. A pesar de que el proceso electoral fue validado por observadores internacionales y las propias misiones técnicas de la OEA y la Unión Europea, las denuncias políticas generaron mucho más desgaste institucional.

Además, es importante señalar también que el Congreso ha promovido en distintas oportunidades proyectos de ley para debilitar la autonomía de los organismos electorales, como proponer ampliaciones en el plazo para la inscripción de partidos políticos[5] o influir en el nombramiento de sus autoridades. Estas acciones representan un riesgo directo para el diseño constitucional del sistema electoral, especialmente si se vulneran los principios de neutralidad y autonomía funcional.

Entonces, la reforma electoral de 1993 significó un avance importante en términos de institucionalidad democrática. Ello se constata con 30 años de vigencia constitucional ininterrumpida, lo que constituye un récord en la historia constitucional y política del Perú, no obstante las diversas escaramuzas de varios frentes antidemocráticos que se han dado en contrario que, sin embargo, no lograron consolidarse deponiendo la Carta de 1993. Eso no ha ocurrido, felizmente, hasta la fecha, y tal parece que no va ocurrir antes de las elecciones previstas para el 2026 para consolidar el sexto recambio constitucional consecutivo, otra marca histórica en nuestra vida republicana.

Sin embargo, su consolidación depende de que el Congreso y los partidos políticos respeten la autonomía de estos organismos. En un contexto de polarización, crisis e intentos de captura institucional, la defensa del modelo tripartito del sistema electoral, independiente e imparcial, es esencial para asegurar procesos electorales transparentes, legítimos y técnicamente eficientes.

5 Revísese https://www.infobae.com/peru/2024/10/08/congreso-busca-cambiar-la-ley-electoral-para-ampliar-los-plazos-de-afiliacion-a-los-partidos-politicos/

4. PANORAMA POLÍTICO Y SOCIAL EN LA PRESENTE DÉCADA.

Como se ha ido afirmando líneas arriba, la presente década se ha caracterizado, en el Perú por una evidente inestabilidad política persistente, la creciente desconfianza ciudadana hacia las instituciones democráticas y la radicalización del discurso público pidiendo una Asamblea Constituyente para dar pie a una nueva Constitución Política. Estos elementos han reabierto el debate sobre la suficiencia del marco constitucional vigente, en especial respecto a su capacidad para gestionar la crisis de representación y asegurar una democracia funcional.

Entre 2020 y 2022, el país tuvo cinco presidentes en menos de cinco años, una situación sin precedentes desde la recuperación democrática en 1980. La vacancia de **Martín Vizcarra** (noviembre 2020), el cuestionado gobierno de **Manuel Merino** que acarreó dos muertes, la transición de **Francisco Sagasti**, la elección y posterior vacancia de **Pedro Castillo** (2021–2022), y la asunción de **Dina Boluarte** han mostrado el deterioro de la relación entre el Ejecutivo y el Congreso, conllevando la fragilidad del sistema político.

Este fenómeno ha sido posible debido a la figura de la vacancia por incapacidad moral permanente (artículo 113.2 de la Constitución) -para algunos un artículo bueno y para otros malo-, cuya ambigüedad ha permitido su uso como mecanismo de control y descontrol político no regulado, sin parámetros claros ni filtros sustantivos. Diversos constitucionalistas han advertido que esta figura ha sido utilizada como un arma de guerra entre poderes del Estado o como un cajón de sastre, lo que distorsiona su naturaleza y debilita la estabilidad institucional.

El escenario político ha estado acompañado por olas de protestas sociales, especialmente tras la vacancia de Pedro Castillo en diciembre de 2022. Las manifestaciones registradas en Puno, Cusco, Arequipa y Lima expresaron no solo apoyo previamente articulado para forzar la restitución del expresidente o lograr de modo forzado el adelanto de elecciones, dentro de un caldo de cultivo de un cierto malestar estructural y parcial en contra el sistema político en su conjunto. Algunas voces desde sectores populares y de izquierda exigieron incluso una Asamblea Constituyente, lo que era un pedido claramente inconstitucional, al considerar desde su óptica que el origen autoritario de la Constitución de 1993 —a pesar de haber pasado 30 años y de los logros obtenidos— es el responsable del desequilibrio institucional y de la falta de atención a las regiones más postergadas.

El necesario uso de la fuerza en la declaración de estados de emergencia en varias zonas del país, tuvo algunos picos en el cuestionamiento del respeto a los

derechos fundamentales, particularmente la libertad de reunión y la integridad física. La Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial N.º 190[6] reportó la muerte de 66 personas en el contexto de la violencia política desatada exprofeso y de la subsecuente represión estatal para restituir el orden y proteger la propiedad pública, privada y la vida ciudadana durante diciembre de 2022 y febrero de 2023.

Este nivel de conflictividad social revela una fractura profunda política azuzada por un sector para mostrar el no funcionamiento de un Estado, y buena parte de la ciudadanía, sobre todo aquella que se encuentra remota a la capital Lima. La protesta social, ciertamente azuzada y prepara al efecto, no solo se dirigió a actores políticos concretos, sino que apuntaba a cuestionar sobre la estructura macro del poder, su representación, su eficacia y su legitimidad, en una desesperada búsqueda de lograr una nueva ruptura constitucional y el forzamiento hacia una pretendida Asamblea Constituyente que no está prevista como forma de reforma válida de la Constitución. Hasta hoy se escuchan algunas voces radicales con esa misma consigna.

La década también ha estado marcada por una intensa polarización política. El espacio público ha sido ocupado por narrativas radicalizadas desde ambos extremos del espectro ideológico. Esta situación ha impedido la construcción de consensos en torno a reformas institucionales y ha reducido el espacio del centro político.

La legitimidad del Congreso ha sido muy afectadas en muchos casos, al lado de la de la presidenta Dina Boluarte que, en la última encuesta, a la mitad de 2025, obtuvo tan solo el 2% de aprobación[7].

Según las encuestas de opinión del Instituto de Estudios Peruanos (IEP), que es de tendencia izquierdista, más del 80% de la ciudadanía desaprueba al Legislativo desde 2021 en adelante. Es decir que cuenta con un índice altísimo de desaprobación desde que fue elegido. A pesar de ello, este poder del Estado ha sido renuente a aprobar reformas que restrinjan sus privilegios o regulen su reelección, lo que agrava la percepción de distanciamiento entre representantes y representados. Al contrario, pareciera que en ello encontraran mayor motivación para realizar acciones hedonistas como cirugías plásticas, aceptación de costosas

6 Léase https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/03/Informe-Defensorial-n.%C2%B0-190-Crisis-poli%CC%81tica-y-protesta-social.pdf

7 Léase https://www.exitosanoticias.pe/politica/dina-boluarte-tiene-2-aprobacion-nivel-nacional-popularidad-presidenta-cae-0-norte-n150954

joyas de regalo, aumentarse el sueldo o permitir a sus familiares cercanos, amigos —y más que amigos—. trabajar en el Estado.

En este escenario, la Constitución aparece como objeto de disputa simbólica, jurídica y política permanente. Para unos, representa un marco de estabilidad que no debe tocarse en contextos de incertidumbre; para los otros, en cambio, encarna un diseño autoritario y excluyente que ya no responde a las demandas del país porque, hace tres décadas, en lo que ya parece un pretexto que una real fundamentación, *nació mal.*

Entonces, aquí es válido preguntarse si es que nos encontramos frente a una crisis constitucional —entiéndase una disfuncionalidad estructural del texto normativo— o frente a una crisis política —entiéndase una crisis de los actores, de sus decisiones y su voluntad de cumplir las reglas existentes—.

La respuesta no es sencilla. Lo cierto es que el diseño institucional actual no ha logrado impedir alguna inestabilidad política, sobre todo a partir de lo sucedido en la elección de 2016 cuando la Sra. Fujimori no pudo obtener el Poder Ejecutivo, pero sí tuvo una muy grande representación congresal (más alta que la lograda, inclusive, el propio Alberto Fujimori); y los mecanismos de control mutuo entre poderes han resultado insuficientes o incluso -en algunos casos- francamente contraproducentes.

No obstante, como señala el Tribunal Constitucional en la Sentencia Exp. N.º 0006-2003-AI/TC, la estabilidad de un sistema democrático no depende únicamente del texto constitucional, sino del compromiso de los actores políticos con los principios del Estado de Derecho y con la Democracia Representativa. Un diseño normativo eficaz sin actores responsables es tan peligroso como reglas defectuosas en manos de políticos autoritarios.

5. ¿REDIMENSIONAMIENTO O REEMPLAZO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993? DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993.

El debate sobre el futuro de la Constitución de 1993 ha cobrado protagonismo en los últimos años, especialmente desde sectores políticos y sociales que plantean su reemplazo por una nueva Carta. Este discurso ha ganado fuerza en el contexto de crisis política e inestabilidad institucional que en parte venimos acarreando, a pesar del innegable desarrollo económico, pero suele estar más cargado de consignas ideológicas que de argumentos técnicos o jurídicos sólidos.

Se apela cansinamente a la "legitimidad de origen" para cuestionar todo el marco normativo vigente, sin tomar en cuenta los efectos estabilizadores que la Constitución ha tenido a lo largo de tres décadas, ni los mecanismos legales que ya contempla para su reforma progresiva.

La Constitución de 1993 establece un procedimiento cerrado, claro, indubitable y legítimo para su reforma total o parcial en el artículo 206. Este procedimiento exige mayorías absolutas en el Congreso, con posibilidad de ratificación por referéndum. Lejos de ser un cerrojo autoritario, es una fórmula semi rígida que garantiza que los cambios constitucionales cuenten con amplio respaldo democrático. En ese marco, la convocatoria a una Asamblea Constituyente no solo no está prevista, sino que requeriría necesariamente de una reforma previa del propio texto constitucional, como en el caso chileno. Pretender una Asamblea Constituyente al margen de la Constitución, en este momento, no resulta una alternativa democrática, sino una clara ruptura del orden constitucional.

Los sectores que promueven la supuesta necesidad de una nueva Constitución suelen partir de una visión simplificada: que los problemas del país se resolverán modificando el texto fundamental. Sin embargo, los datos empíricos muestran que los problemas más graves del Perú —corrupción, informalidad, mala gestión pública, debilidad partidaria— no se deben a la Constitución, sino a la actuación de los actores políticos, a la fragilidad institucional y a la falta de cultura jurídica en la función pública. Cambiar las reglas no transformará automáticamente a quienes las violan sistemáticamente "sacándoles la vuelta".

Además, existe un riesgo evidente en abrir procesos constituyentes en contextos de alta polarización e inestabilidad. La experiencia reciente de otros países latinoamericanos —como Chile en 2022 y 2023— demuestra que los procesos refundacionales podrían derivar en más fragmentación, rechazo social e inseguridad jurídica si no están bien conducidos ni consensuados. En lugar de ello, el Perú necesita educarse, fortalecer su institucionalidad, respetarse, respetar la legalidad vigente y aplicar con firmeza los principios constitucionales ya establecidos.

Por lo tanto, el presente artículo sostiene que la Constitución de 1993 no requiere ser redimensionada, sino defendida y aplicada con suficiente razonamiento. Los mecanismos que ofrece para su actualización son suficientes por ahora y cualquier intento de reemplazarla por vías no constitucionales debe ser rechazado como una amenaza a la estabilidad democrática. El verdadero reto no está en

cambiar la Constitución, sino en construir una clase política y una ciudadanía comprometidas con el Estado de Derecho.

6. CONCLUSIONES

En suma, a pesar de los cuestionamientos sobre incontratable origen accidentado, la Constitución Política de 1993 en el tiempo (tres décadas) ha demostrado ser un marco jurídico suficientemente sólido para organizar la vida democrática del país, garantizar derechos fundamentales y delimitar el funcionamiento de los poderes del Estado. A lo largo de más de treinta años, ha permitido alternancia democrática del poder, elecciones regulares y legítimas, control constitucional, y apertura económica, todo ello en medio de escenarios sociales y políticos muchas veces convulsos.

Los graves problemas que enfrenta actualmente el Perú no radican, ni mucho menos, en su texto constitucional. radican en la falta de responsabilidad de los actores y representantes políticos, en la notoria ausencia de verdaderos partidos políticos sólidos (malamente reemplazados por *movimientos regionalistas* o movimientos improvisados, *aluvionales* o *vientres de alquiler*) en el uso distorsionado de mecanismos legales como la *vacancia presidencial por incapacidad moral permanente*, y en la débil cultura institucional.

Reformar o reemplazar la Constitución no resolverá por sí solo la ausencia de institucionalidad, la corrupción, la fragmentación partidaria o la desafección ciudadana. El verdadero desafío es hacer cumplir la norma vigente, en la institucionalidad, en fortalecer el Estado de derecho (*rule of the law*) y exigir mayor calidad personal en quienes ejercen el poder.

Por ello, sostenemos enfáticamente que no es necesaria una reforma total ni un nuevo texto constitucional por la vía de una Asamblea Constituyente (ver el ejemplo del caso chileno en la falta de necesidad de un "redimensionamiento"), sino una mejor aplicación e institucionalidad de la Carta vigente, acompañada de reformas políticas puntuales —dentro del marco constitucional— que refuercen los controles democráticos, profesionalicen la función pública y promuevan una verdadera cultura constitucional e institucional. Preservar la Constitución es también preservar la estabilidad del país frente a adversidades políticas populistas y cambios de rumbo que podrían resultar más costosos que beneficiosos.

BIBLIOGRAFÍA.

Blancas Bustamante, C. (2017). *Derecho Constitucional*. Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres.

Bernales Ballesteros, E. (2005). *La Constitución y sus reformas: Reflexiones desde la teoría y la praxis constitucional*. Fondo Editorial del Congreso del Perú.

Chanamé Orbe, R. (2013). *Democracia, Constitución y Ciudadanía*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Constitución Política del Perú. (1993). Diario Oficial El Peruano.

Defensoría del Pueblo. (2023). Informe Defensorial N.º 190 – Conflicto social y derechos fundamentales. Lima: DP.

Guzmán Napurí, C. (2021). El modelo económico constitucional y sus límites. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 28(2), 33–50.

Instituto de Estudios Peruanos (IEP). (2023). Encuestas de opinión pública sobre el Congreso y el Ejecutivo. https://iep.org.pe

Jurado Nacional de Elecciones. (1993). Resultados del Referéndum del 31 de octubre de 1993. Lima: JNE.

Quiroga, A. (2023). *La Constitución Maldita. "*A 30 años de Vigencia de la Constitución de 1993 y el Bicentenario de la Constitución de 1823". Tomo I.

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 0006-2003-AI/TC. Fundamento jurídico sobre el Estado de derecho y estabilidad democrática.

Sentencia del Tribunal Constitucional. Fundamento sobre el rol de la Defensoría del Pueblo como órgano garante de derechos. (Se recomienda precisar número de expediente si se cita directamente).

UNA REVISIÓN A LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES*

Carlos HAKANSSON NIETO**

SUMARIO: Preliminares. **I.** Las reformas constitucionales son técnica y propósito. A) La Constitución como producto de un proceso histórico y cultural. B) Las reformas y su propósito. **II.** Las reformas formales a la Constitución de 1993. A) Las reformas producidas a la parte dogmática. 1. El reconocimiento formal a derechos humanos implícitos. 2. Se amplió el plazo a cuarenta y ocho horas por detención policial sin orden judicial en los casos de flagrancia. 3. El reconocimiento del derecho a sufragar para los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales. 4. Se corrigieron los alcances del habeas data. B) Las reformas producidas en la parte orgánica. 1. Las reformas a los poderes legislativo y ejecutivo. a) La eliminación de la inmunidad parlamentaria. b) La reformas que establecen límites a la candidatura congresal y también correcciones formales a órganos constitucionales autónomos. c) El aumento de número de parlamentarios que conforman el pleno del Congreso. d) La prohibición de la reelección presidencial inmediata. e) El impedimento a la reelección parlamentaria. 2. Las reformas a la forma de Estado y gestión pública. a) Los cambios formales al modelo de regionalización. b) La reforma a los beneficios por la exploración de los recursos naturales. 3. Los principios sobre el Estado-Nación y su patrimonio histórico. a) La nacionalización. b) El patrimonio cultural del Estado peruano. c) El presupuesto público. 4. Las reformas referidas a la judicatura. a) La reforma al órgano de nombramiento y ratificación de jueces y fiscales. b) La legitimación activa de la Corte Suprema para interponer una demanda de inconstitucionalidad. 5. Las reformas al sistema pensionario. a) El punto final al régimen pensionario bajo el Decreto Ley N.º 20530. b) El cambio de denominación a órganos constitucionales autónomos. 6. Las reformas contra la corrupción. a) El financiamiento público a las organizaciones políticas. b) El artículo 39-A que establecen impedimentos para postular a los cargos de elección popular. c) El artículo 40 sobre la responsabilidad e incompatibilidades de los servidores públicos. d) La imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública. 7. El retorno del Senado. **III.** Una evaluación a las reformas constitucionales formales. Bibliografía.

---

* Una primera versión fue publicada en el libro colectivo *Constitución Política del Perú. Treinta años de vigencia.* Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2024.

** Abogado por la Universidad de Lima. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor Ordinario principal de la Universidad de Piura. Titular de la Cátedra Jean Monnet (Comisión Europea). Email: carlos.hakansson@udep.edu.pe. ORCID: 0000-0003-3410-8573.

PRELIMINARES

El artículo ofrece una revisión de las reformas constitucionales en Perú, enfocándose en cómo las modificaciones han afectado la estructura y los principios de la Constitución de 1993. Se distingue entre la parte dogmática —que consagra derechos fundamentales y principios estatales— y la parte orgánica, que regula las relaciones entre poderes, órganos autónomos y la gestión pública. Muchas de las reformas recientes, aunque motivadas por problemas legítimos como la corrupción o la ineficiencia institucional, han derivado en propuestas de corte populista que tienden a debilitar el diseño constitucional en lugar de fortalecerlo.

I. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES SON TÉCNICA Y PROPÓSITO

Toda reforma constitucional es, ante todo, una técnica jurídica que responde a un propósito político. Es técnica porque requiere seguir un procedimiento previamente establecido por el poder constituyente, destinado a regular su eventual modificación o enmienda. Pero no se trata de un ejercicio meramente formal: toda reforma debe obedecer a una razón sustantiva que justifique el cambio, orientada a corregir deficiencias o mejorar la eficiencia del sistema político. Desde la teoría constitucional, los procedimientos de reforma pueden clasificarse como flexibles o rígidos. Los primeros se asemejan al trámite de una ley ordinaria, permitiendo su modificación o derogación mediante mecanismos legislativos comunes. Los segundos, en cambio, imponen exigencias más estrictas —como mayorías calificadas o procedimientos escalonados— que buscan asegurar un consenso amplio y deliberado. Paradójicamente, las constituciones rígidas son las más extendidas en el derecho comparado y, al mismo tiempo, las que más reformas acumulan a lo largo del tiempo. Esta aparente contradicción revela que la rigidez no impide el cambio, sino que lo canaliza a través de procedimientos que refuerzan su legitimidad y estabilidad institucional.

A) La Constitución como producto de un proceso histórico y cultural

Que las reformas constitucionales exijan un propósito válido implica mirar más allá del presente inmediato. No basta con invocar la necesidad de cambio, elaborar un proyecto y activar un procedimiento complejo culpando a una institución de una crisis política. Antes de reformar, es indispensable revisar la historia de la figura que se pretende modificar: su origen, finalidad y evolución en el tiempo. La tradición

republicana ofrece las primeras señales sobre la pertinencia del cambio, así como la posibilidad de que las crisis respondan más a decisiones erradas o imprudentes que a defectos estructurales de la norma. En democracias frágiles, estas distorsiones no son excepcionales.

B) Las reformas y su propósito

Toda reforma constitucional debe aspirar a construir un consenso básico que legitime su incorporación al texto fundamental. Reformar no es sustituir por impulso, sino mejorar mediante ajustes pensados a la luz de nuestra tradición histórica y realidad política. Este proceso no se agota en la modificación formal: también exige enriquecer las disposiciones constitucionales a través de una interpretación judicial sostenida en el tiempo.

Las constituciones más sólidas son aquellas que armonizan las reformas formales con desarrollos interpretativos que dotan de contenido a sus principios y reglas. Algunas transformaciones provienen de la clase política; otras, de la judicatura. El problema surge cuando uno de estos actores invade materias que son propias —y mejor atendidas— por el otro. La reforma constitucional, entonces, debe respetar la distribución funcional del poder, evitando que la política legisle sobre lo que corresponde al juez, o que el juez reinterprete lo que exige deliberación democrática[1].

II. LAS REFORMAS FORMALES A LA CONSTITUCIÓN DE 1993

La reforma constitucional consiste, ante todo, en alcanzar un propósito sustantivo, más que en aplicar un procedimiento formal. La exigente ruta que implica obtener una votación calificada en dos legislaturas ordinarias sucesivas, hasta llegar —en ciertos casos— a una consulta popular, demanda comprensión y madurez institucional sobre aquello que se desea corregir, transformar o suprimir. No se trata de una cirugía estética al texto constitucional, sino de una intervención profunda en su columna vertebral. Su finalidad es asegurar que la Constitución funcione como límite al ejercicio descontrolado del poder, y no como vehículo de una ideología reivindicadora ni de una confrontación social permanente. La refor-

1 Los parlamentarios, cuando obran como un poder constituyente constituido, se ocupan más de las reformas sobre la parte orgánica; en cambio, la interpretación judicial a la Constitución brinda mejor contenido a los derechos fundamentales y dirime los conflictos de competencia; además, los precedentes son reglas jurídicas donde se desprenden las denominadas normas constitucionales adscriptas a la estatuida por el constituyente histórico.

ma constitucional no está llamada a resolver disputas coyunturales entre mayorías y minorías parlamentarias, ni a ser instrumentalizada por actores que, apoyados en medios y "especialistas", buscan resquicios normativos para favorecer intereses particulares. Reformar exige técnica y propósito: una mirada crítica al origen, historia y función de la institución que se pretende modificar, y una evaluación honesta sobre su adecuación a la realidad política contemporánea.

El éxito de una reforma no se mide por su frecuencia, sino por su calidad. Es decir, por su capacidad de inducir cambios de comportamiento que fortalezcan el sistema político. Una institución constitucional no debe eliminarse por haber fallado en un caso concreto, sino cuando se vuelve estructuralmente inviable, incapaz de ser racionalizada mediante una ley de desarrollo constitucional o una interpretación judicial adecuada. Los treinta primeros años de vigencia de la Constitución de 1993 fueron objeto de sendas reformas formales tanto en su parte dogmática y orgánica. A continuación, proponemos una clasificación y comentario a cada una de ellas.

A) Las reformas producidas a la parte dogmática

La parte dogmática de un texto constitucional está integrada por los derechos fundamentales y los principios estructurales que rigen la vida en comunidad. En ella se consagran la separación de poderes, la supremacía constitucional, la aplicabilidad directa de sus disposiciones, y los elementos que configuran el Estado Social y Democrático de Derecho. Este conjunto normativo no solo orienta la acción pública, sino que constituye el núcleo esencial del constitucionalismo contemporáneo. Por ello, las reformas constitucionales que se emprendan no pueden menoscabar estos principios sin afectar la esencia misma del orden constitucional.

El reconocimiento de los derechos fundamentales y la observancia del principio de separación de poderes no son cláusulas disponibles al juego político, sino límites materiales que preservan la legitimidad del texto constitucional y la estabilidad del sistema democrático.

Toda reforma debe respetar este núcleo dogmático, pues en él reposa la arquitectura normativa que garantiza la dignidad humana, la distribución racional del poder y la vigencia del Estado de Derecho. Alterarlo sin justificación sustantiva equivale a desfigurar el pacto constitucional y debilitar los fundamentos de la convivencia democrática[2]. Sobre las reglas establecidas en la parte dogmática, las reformas efectuadas fueron las siguientes:

2 El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano (1789) así lo subraya: "[u]

1. El reconocimiento formal a derechos humanos implícitos

El expreso reconocimiento del derecho de toda persona para acceder en forma progresiva y universal al agua potable, es una reforma que desconoce que el derecho a la vida y la salud son parte de su contenido constitucional[3], además de tratarse de un derecho implícito o no enumerado que subyace en la dignidad humana y el Estado Social y Democrático de Derecho[4]. La interpretación judicial de la Constitución es el medio para develar el reconocimiento implícito de derechos contenidos en los bienes humanos fundamentales de vida, libertad, igualdad y propiedad en el marco del catálogo de los derechos y libertades en la Constitución peruana. El acceso progresivo al agua potable es una política pública que los gobiernos deben ocuparse en implementar para el bienestar de una comunidad política.

La iniciativa de reformas de esta naturaleza se suele reiterar durante las campañas electorales e incluso en sendos proyectos de reforma constitucional (Ku Yanasupo, pp. 601-617)[5]; por ejemplo, durante los comicios de 2021 los candidatos presidenciales ofrecieron el derecho fundamental al internet cuando forma parte del contenido al libre acceso a la información[6]. Otros candidatos sostenían que la educación solo era reconocida como un servicio cuando se trata de un derecho humano y gratuito en las instituciones estatales[7]. Un error voluntario, ausente de juego limpio, que busca manipular al electorado menos informado.

---

na Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución".

3 Véase la Ley de reforma constitucional (Ley N.º 30588), publicada el 22 de junio de 2017 que añade el artículo 7-A.

4 El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia sostiene "(...) que los derechos fundamentales no sólo pueden individualizarse a partir de una perspectiva estrictamente gramatical o positiva. En la medida en que el ordenamiento jurídico no crea strictu sensu los derechos esenciales, sino que simplemente se limita a reconocerlos, su individualización puede operar no sólo a partir de una opción valorativa o principialista como la reconocida en el artículo 3 de la Constitución Política del Perú (...)"; cfr. Exp. N.º 06534-2006-PA/TC (Fundamento jurídico 16); véanse además los expedientes N.º 6546-2006-PA/TC, N.º 01573-2012-PA/TC.

5 Véase el expreso reconocimiento del derecho al agua fue materia de varios proyectos de ley de reforma constitucional que indica la autora: (412/2011-CR, 547/2011-CR, 566/2011-CR, 1386/2012-CR. 1456/2012-CR, 1518/2002-CR).

6 Véase el inciso 4, artículo 2, de la Constitución de 1993.

7 Véase el artículo 17 de la Constitución de 1993.

2. Se amplió el plazo a cuarenta y ocho horas por detención policial sin orden judicial en los casos de flagrancia[8]

El reconocimiento a la libertad individual es el primer derecho fundamental reconocido en la historia constitucional. Su reconocimiento se inicia con la Carta Magna de 1215, a la vez que surge el habeas corpus como la garantía más longeva para su protección. Como sostiene Castillo Córdova (2019), "el Constituyente peruano no ha definido la libertad individual; de hecho, no ha reconocido ninguna libertad con ese nombre en la lista de derechos fundamentales recogidos en la Constitución"; sin embargo, argumenta que "[l]a actuación (razonablemente) libre de la persona reclama a su vez el reconocimiento de una 'libertad de elección´ que nos permite escoger entre diversas posibilidades y que es por consiguiente la base de la moralidad". Para luego concluir que "[e]n este modo de entender la libertad humana, se inserta la llamada libertad personal" (pp. 44-45).

La ampliación del plazo de detención de veinticuatro a cuarenta y ocho horas afecta la proporcionalidad de la medida, pues la regla constitucional reconoce el término de la distancia que establece un contenido abierto, en el marco de lo razonable, para poner al detenido a la vista del juez[9]. La acción de la defensa técnica a los detenidos termina condicionando la detención al tiempo previsto en la norma constitucional para su presencia ante el juez de turno. Dado que la libertad individual es un derecho-principio, las condiciones ideales que impulsan su realización deberían tender a reducir que ampliar los plazos de detención policial en los casos de flagrancia, además de una mejor capacidad humana y logística para cumplir con los plazos y procedimientos (Gutiérrez Ticse, p. 72).

3. El reconocimiento del derecho a sufragar para los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales

Se trata de una reforma a los artículos 31 y 34 que puede explicarse desde la teoría de los derechos humanos[10], pues a ninguna persona puede dejársele sin reconocer su pleno ejercicio. Las razones del Constituyente de 1993 se resumen en el riesgo de llevar las campañas políticas a los cuarteles, la polarización entre la sociedad civil y los militares, así como la posible inseguridad ciudadana durante los

8 Véase la Ley de reforma constitucional (Ley N.º 30558), publicada el 8 de mayo de 2017 que modifica el literal f, inciso 24, artículo 2 de la Constitución de 1993.

9 El Constituyente de 1993 había previsto un plazo máximo de veinticuatro horas, a partir de ese momento se produciría una afectación al derecho fundamental de libertad personal.

10 Véase la Ley N.º 28480, publicada el 4 de abril de 2005.

procesos electorales (Ortiz Gaspar, p. 45). Tengamos en cuenta que los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales no pueden postular a cargos públicos salvo si han renunciado y pasado a la situación de retiro. Por eso se trata del ejercicio al sufragio activo, no pasivo. Hoy en día tenemos oficiales en retiro de las fuerzas policiales que han ocupado el cargo de ministros de Estado, exoficiales de las Fuerzas Armadas como congresistas e incluso la presidencia de la República.

Debemos tener en cuenta que reconocer el derecho al voto de las Fuerzas Armadas y Policiales no deja sin efecto su condición como instituciones no deliberantes[11]. En este caso concreto significa que los efectivos militares y policiales deban evitar la discusión pública, deliberación y propuesta de soluciones durante una campaña política.

4. Se corrigieron los alcances del habeas data

La incorporación del habeas data fue fruto de la novedad en el derecho comparado que la necesidad de un proceso para la protección de datos personales, pues, el amparo era la institución que garantizaba el correcto ejercicio a las libertades comunicativas. El texto de la Constitución de 1993 todavía no había sido ratificado por referéndum cuando se ofreció realizar una modificación a los incisos 2 y 3 de su artículo 200[12]. Se trata de la primera reforma constitucional surgida tras la incorporación del habeas data como nuevo proceso de garantía. El gobierno en ejercicio se comprometió a promover una reforma al texto constitucional que fue aprobada en 1995[13]. Su propósito fue evitar el deber de rectificación que conservaría el proceso de amparo. Al respecto, cabe precisar que los derechos que son materia de garantía del habeas data eran garantizados por el proceso de amparo.

---

11 Véase el artículo 169 de la Constitución peruana de 1993.

12 El golpe de Estado del 5 de abril de 1992, el posterior discurso del presidente Alberto Fujimori en la reunión de la OEA en las Bahamas ofreciendo el retorno a la institucionalidad democrática mediante la convocatoria de un nuevo proceso constituyente, dio lugar a un extenso debate sobre el contenido de la nueva Constitución. Las propuestas de unicameralidad del Congreso, las disposiciones del régimen económico constitucionalizado, la adecuada protección contra el despido arbitrario y la reelección presidencial inmediata fueron las más debatidas. Las críticas a la nueva garantía del habeas data surgieron con la presentación del proyecto de Constitución que sería sometido a consulta popular.

13 Véase la Ley de reforma constitucional (Ley N.º 26470), publicada el 9 de junio de 1995 que modifica los incisos 2 y 3, artículo 200.

B) Las reformas producidas en la parte orgánica

Por parte orgánica aludimos a las reglas que configuran la relación entre las funciones del poder, sus lazos de cooperación, balance, control de poderes y exigencia de responsabilidad política; así como también los principios, competencias y fines de los órganos constitucionales autónomos reconocidos.

1. Las reformas a los poderes legislativo y ejecutivo

El grado de mutua relación entre las funciones legislativa y ejecutiva dan lugar a las formas constitucionales de gobierno. Su idea central es mantener la cooperación y fiscalización, propia de los presidencialismos clásicos, o el control y exigencia de responsabilidad política al primer ministro en los modelos parlamentarios tradicionales (HAKANSSON, pp. 49-60). En el Perú, en cambio, consideramos que las reformas han tenido un sesgo más sancionador que armonizador donde el Congreso fue sensiblemente afectado al impedir su reelección inmediata, inmunidad de arresto sumada a jurisprudencia lesiva para su dimensionamiento en el ejercicio de la política[14].

a) La eliminación de la inmunidad parlamentaria

La reforma al artículo 93 es, probablemente, la más contraproducente a la función fiscalizadora que realiza un representante congresal. En el mismo sentido, Gutiérrez Ticse (2020) sostiene que:

> (...) difícilmente podrá funcionar correctamente, si dejamos a sus integrantes expuestos a la venganza política o a los intereses de los grupos de poder, como ocurrió en Colombia, en donde se reportaron sendas detenciones de legisladores acusados supuestamente de formar parte de movimientos paramilitares. (p. 629).

Se trata de una garantía institucional conquistada en Westminster (la madre de los parlamentos) contra las arbitrariedades que pudiera cometer el monarca. La crisis política, la presunta lucha contra la corrupción y bajo índice de aprobación

14 La posibilidad de una constante mutación de las bancadas producto del transfuguismo, pero camuflada de objeción de conciencia que desconoce la vital relación inversa de toda Asamblea Nacional: "a mayor representatividad, menor gobernabilidad" (Exp. N.º 0006-2017-TC/PI). Otro cambio fue interpretar que la cuestión de confianza puede plantearse "para cualquier cosa", cuando sólo cabe para las competencias del ejecutivo, lo contrario resulta una intromisión a la autonomía funcional del Congreso (Exp. N.º 0006-2018-TC/AI).

parlamentaria hizo posible que sea el mismo Congreso de la República aprobara la reforma en dos legislaturas ordinarias sucesivas y con mayoría absoluta en cada una de ellas. Su efecto colateral fue la afectación al principio de inviolabilidad parlamentaria comenzando a cuestionar e intentar judicializar los votos y opiniones en el ejercicio de sus funciones parlamentarias[15]. En el mismo sentido, Delgado-Guembes nos dice que:

> (...) la eliminación de la inmunidad no tiene como efecto la adopción de mejores estándares de conducta ética y corporativa. Adicionalmente, más allá de que la desaparición de la inmunidad no sea una solución eficaz para el problema, su eliminación sí puede causar la desprotección de la institución parlamentaria porque deja al Congreso sin el medio para protegerse frente a intereses de terceros que, por despecho o desplante, pretenden acceder al puesto representativo ocupado por un enemigo político. (p. 238).

b) La reformas que establecen límites a la candidatura congresal y también correcciones formales a órganos constitucionales autónomos

El artículo 91 dispone las incompatibilidades para ser candidato al Congreso y también fija la nueva denominación del Superintendencia de Banca y Seguros, con la competencia para supervisar el trabajo de las administradoras de fondos de pensiones. Se añadió también el epígrafe cinco. Una disposición abierta que establece incompatibilidades a "los demás casos que la Constitución prevé" [16]. Es una reforma permitirá a futuro añadir otras instituciones establecidas en la Norma Fundamental; sin embargo, a pesar de su finalidad previsora a futuro podría prestarse más al cálculo político y ausencia de juego limpio contra posibles competidores en campañas electorales. La aprobación de reformas constitucionales que añaden disposiciones abiertas no debe producir incertidumbre para su futura aplicación.

c) El aumento de número de parlamentarios que conforman el pleno del Congreso

Se reforma del artículo 90 aumenta el pleno del Congreso de 120 a 130 representantes e incorpora la tercera disposición transitoria especial. La resistencia

15 La sentencia del Tribunal Constitucional puso fin a los límites de la judicatura y Ministerio Público sobre las *political questions*, es decir, el control del Poder Judicial a sobre las decisiones de los órganos del Congreso; véase la sentencia Exp. 00003-2022-PCC/TC.

16 Véase Artículo incorporado por Ley 30906, publicada el 10 de enero de 2019. Artículo modificado por la Ley N.º 28607, publicada el 4 de octubre de 2005.

popular para retornar al bicameralismo dio lugar a una reforma que estuvo fuera del debate sobre la política doméstica e hizo que prosperara su procedimiento de reforma[17]. En vez de una nueva cámara legislativa se aumentaron diez escaños, pero sin resolver el estado de subrepresentación política de los ciudadanos en el fuero parlamentario. Sobre el dimensionamiento del Congreso, Salcedo Cuadros nos dice que "[e]l Perú tiene más de 32 millones de habitantes y nuestro Congreso de la República unicameral cuenta, desde 2011, con 130 congresistas; aproximadamente un congresista por cada 246 mil habitantes. Comparativamente, pues, nuestro Parlamento es muy pequeño" (p. 44).

d) La prohibición de la reelección presidencial inmediata

El artículo 112 prohíbe la reelección presidencial inmediata e inclusión de la primera y segunda disposición transitoria especial. La oportuna reforma política que hizo perdurar la vigencia de la Constitución de 1993 fue el retorno a la reelección presidencial mediata[18], es decir, el requerimiento para un ex jefe de Estado de dejar transcurrir un mandato presidencial para poder volver a ser candidato al ejecutivo[19]. Una reforma que estuvo acompañada de una medida excepcional mediante una disposición final y transitoria que adelantó las elecciones generales[20]. Un antecedente que tras el fallido golpe de Estado del pasado 7 de diciembre de 2022 se propone como en una especie de salida o recurso para superar una grave crisis institucional.

La historia republicana ha dejado ejemplos sobre la inconveniencia de las reelecciones presidenciales inmediatas[21], las cuáles han dejado rastro en nuestros textos

17 Véase la Ley N.º 29402 publicada el 8 de septiembre de 2009.

18 Véase la Ley N.º 27365 publicada el 5 de noviembre de 2000.

19 La Constitución de 1993 nació entre otros propósitos con la finalidad de instaurar la reelección presidencial inmediata. Una habilitación que no forma parte de nuestra tradición histórica con resultados pacíficos para la estabilidad política y alternancia democrática.

20 "El contenido de la primera disposición final y transitoria especial establece que "El Presidente y los vicepresidentes de la República elegidos en las Elecciones Generales de 2000, concluirán su mandato el 28 de julio de 2001. Los congresistas elegidos en el mismo proceso electoral culminarán su representación el 26 de julio de 2001. No son de aplicación para ellos, por excepción, los plazos establecidos en los artículos 90 y 112 de la Constitución Política". Una solución congresal que causó polémica para la solución de la crisis política presidencial de octubre de 2000, pues, fuera de la disolución prevista en el artículo 134, no existen otras formas de revocatoria del mandato parlamentario.

21 Los casos de los expresidentes, Augusto B. Leguía y Alberto Fujimori, tuvieron finales traumáticos que hasta hoy repercuten en la discusión política.

constitucionales y a pesar de que sí misma no resulta inconstitucional[22]. Se tratan de disposiciones que demandan una fortaleza institucional que hacen la diferencia entre los gobiernos democráticos y populistas. Sobre la no reelección presidencial inmediata, el caso más radical se encuentra en la Constitución mexicana de 1917 como consecuencia el periodo histórico conocido como "El Porfiriato". Su artículo 83 establece que "[e]l ciudadano que haya desempeñado el cargo de Presidente de la República, electo popularmente, o con el carácter de interino o sustituto, o asuma provisionalmente la titularidad del Ejecutivo Federal, en ningún caso y por ningún motivo podrá volver a desempeñar ese puesto"[23].

e) El impedimento a la reelección parlamentaria

El artículo 90-A prohíbe la reelección inmediata de congresistas. El impedimento fue parte del paquete de primeras reformas anunciadas por el expresidente Martín Vizcarra durante su mensaje anual en el Congreso[24]. Un conjunto de modificaciones populistas que no abonó en la tarea de promover un sistema de partidos (Hakansson, p. 47). En la actualidad, cada nuevo mandato parlamentario remueve en su integridad a ciento treinta representantes, por otros nuevos pero la mayoría noveles en la cosa pública, *outsiders* de la vida política, más cercanos a los intereses individuales y corporativos. La reforma se tomó de Costa Rica, un país distinto a nuestra realidad política, que no supera los seis millones de habitantes y con un parlamento compuesto por cincuenta escaños. El Sistema político mexicano transitó por una experiencia similar. El Profesor Diego Valadés relata sus consecuencias cuando nos dice que:

> [L]a naturaleza efímera de los cargos de representación convirtió a buena parte de los representantes en buscadores de empleo al término de sus respectivos periodos. Es así como surgió una especie de entendimiento tácito en cuanto a que las conductas subordinadas encontrarían compensación con la asignación de funciones burocráticas, una vez que concluyera cada legislatura, o con la postulación para ingresar a la otra cámara, y en tanto que cabía la reelección en periodos discontinuos, muchos de quienes aspiraban a una carrera política se acogieron a las reglas informales de la obediencia (pp. 2976-298).

22 La reelección inmediata surge en el presidencialismo estadounidense producto de una convención que perduró más de cien años, hasta su necesaria reforma con la Enmienda constitucional número 22.

23 El Porfiriato fue un período en el que México estuvo bajo el control del militar Porfirio Díaz entre los años 1876 y 1911.

24 Véase la Ley N.º 30906, publicada el 10 de enero de 2019.

Un fracaso que dio lugar a una reforma constitucional para volver a su reelección inmediata.

2. Las reformas a la forma de Estado y gestión pública

La descentralización no fue prioridad para la mayoría de los constituyentes, por eso se debe destacar su presencia en el texto y parcial desarrollo a quienes defendieron una posición más principista y con demanda histórica. Tengamos en cuenta que las constituciones de 1919 y 1993 fueron las últimas redactadas por políticos con trayectoria democrática y oficio. Por eso, cambiar la posición de una mayoría constituyente tiene relevancia; no obstante, las reformas de segundo piso se hacen esperar para corregir las deficiencias de los gobiernos regionales y municipales en temas de gestión pública.

a) Los cambios formales al modelo de regionalización

La modificación del Capítulo XIV referido a la descentralización. La reforma a los artículos 188, 189 y 190 brindaron un contenido más programático y principista a unas disposiciones formales y descriptivas[25]; sin embargo, se tratan de sendas enmiendas que son insuficientes si carecen de voluntad política para supervisar el desarrollo de hasta ahora una fallida regionalización. Un proceso de veinte años que no ha producido un significativo avance en la mejora de servicios públicos e infraestructura en todo el territorio.

i) La iniciativa legislativa para los gobiernos regionales

Los artículos 74 y 107 que atribuyen iniciativa legislativa a los gobiernos regionales. A pesar de que sus gobiernos dictan normas regionales de carácter general, la iniciativa legislativa otorgada puede resultar útil para realizar sinergias entre las regiones del norte, centro y sur para lograr a través de sus congresistas el apoyo sobre iniciativas legales de interés en común[26]. El diseño de la regionalización en un texto constitucional debe trazar las grandes líneas principistas que permitan un posterior desarrollo normativo mediante reglas jurídicas. En síntesis, nos referimos a las competencias que retienen las regiones, aquéllas que conserva el gobierno central y las que ambos van a compartir bajo un principio cooperativo. Las reformas constitucionales puntuales no resolverán los problemas de origen de un proceso de descentralización fallido para promover el desarrollo integral.

25 Véase la Ley N.º 27680 publicada el 7 de marzo de 2002.

26 Véase la Ley N.º 28390, publicada el 16 de noviembre de 2004.

ii) El impedimento de reelección inmediata a los gobernadores regionales y alcaldes

Los artículos 191 y 194 de la Constitución establecen la prohibición de reelección inmediata para gobernadores y alcaldes. Una medida que busca evitar la concentración de poder y promover la alternancia democrática. En 2025, el Congreso aprobó una reforma que permitiría la reelección, pero no alcanzó el voto calificado. Por ello, deberá ser sometida a referéndum según lo establece el artículo 206 de la Constitución. Esta restricción, vigente desde la reforma de 2015, buscó limitar la concentración de poder y fomentar la alternancia democrática. Sin embargo, recientes iniciativas legislativas han propuesto modificar dichos artículos para permitir una reelección por un período adicional de manera inmediata, bajo el argumento de fortalecer la continuidad de políticas públicas y profesionalizar la gestión local. La reforma constitucional cambió la denominación de presidente a gobernador regional, similar reforma para las vicepresidencias ahora vicegobernadores; también se impide la reelección inmediata que, de modo similar a la presidencia de la República, deberá transcurrir un mandato para ser candidato. Otra modificación es su obligada concurrencia al Congreso cada vez que sea requerido. Un medio de control político desde las instituciones del Estado central que se explica por la ausencia de asambleas regionales ocupadas en su fiscalización (Friz Burga, p. 488). Las asambleas fueron descartadas para el modelo de regionalización con el pretexto de evitar el asambleísmo, pero sin sustituirse por un órgano para el control y oposición que exija eficiencia y eficacia a los gobiernos regionales.

b) La reforma a los beneficios por la exploración de los recursos naturales

El último párrafo del artículo 77 que confiere un canon compuesto por ingresos y rentas a sus respectivas circunscripciones obtenidos por la explotación de los recursos naturales. Se trata de una reforma que modifica la frase de recibir una participación adecuada del "impuesto a la renta percibido por la exploración de los recursos naturales", por otra que lo calcula "del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado", en la explotación de los recursos naturales en cada zona en calidad de canon[27]. Una modificación que incrementó de modo sustancial los ingresos por región como también la corrupción coludida entre altas autoridades regionales y congresistas, pero menos en obras de desarrollo e infraestructura. Se trata de normas que bien pudieron reconocerse en la ley, pero se elevan a rango

27 Véase la Ley N.º 26472, publicada el 13 de junio de 1995.

constitucional por seguridad jurídica como una forma de blindar disposiciones sensibles para la institución o el sector.

3. Los principios sobre el Estado-Nación y su patrimonio histórico

Los principios y reglas que configuran los derechos y deberes que se desprenden de los conceptos de Estado y Nación también dieron lugar a sendas reformas constitucionales.

a) La nacionalización

El tiempo y oportunidad para la nacionalización de los hijos de padre y madre peruanos nacidos fuera del territorio dejó de limitarse a la minoría de edad. La reforma al artículo 52 de la Constitución la concede ahora sin límite, solo basta con su inscripción en el registro que corresponda de acuerdo con la legislación[28]. Para citar solamente dos consecuencias inmediatas y constatables, en el plano de los cargos de elección política supone el levantamiento de una barrera que todavía se mantiene para los ciudadanos extranjeros nacionalizados por matrimonio o deseo personal. Una reforma que puso fin a la necesidad de estrechos vínculos patrios para postular a la presidencia de la República o al Congreso, por ejemplo[29].

b) El patrimonio cultural del Estado peruano

El artículo 21 sobre la propiedad del patrimonio cultural del Estado. La necesidad de protección del patrimonio de valor histórico aún sin descubrir en el territorio nacional motivó una reforma que también los declara de propiedad e interés estatal[30]. El descubrimiento, saqueo y destrucción de tumbas precolombinas para la creación de museos privados con fines de lucro debió ser la razón de una tardía corrección a nivel constitucional, no exenta de una política de conservación y efectiva sanción e indemnización estatal exigida a los saqueadores y profanadores. Un problema similar cuando se aprueban reformas constitucionales sobre el acceso al agua y contra la corrupción, cuando el problema de fondo es la ausencia de políticas públicas. Un conjunto de decisiones aprobadas por leyes y reglamentos, a partir de los principios y reglas constitucionales.

---

28 Véase la Ley N.º 30738 publicada el 14 de marzo de 2018.

29 Sólo como un comentario, en el pleno deportivo también ha supuesto la rápida y evidente nacionalización de nuevos jugadores para integrar la selección de futbol y tener mejor opción para clasificar a un mundial.

30 Véase la Ley N.º 31414 publicada el 12 de febrero de 2022.

c) El presupuesto público

Los artículos 80 y 81 sobre sustentación del presupuesto público y la cuenta general de la república. Son las reformas que se ocupan de realizar ajustes a las disposiciones relativas al gasto para el mantenimiento de la administración pública[31]. El presupuesto general de la República, todo lo que gastará al Estado durante el próximo año se aprueba por ley durante la primera legislatura congresal. Cada sector del gobierno deberá sustentar los gastos que realizará cuando es invitado por la respectiva Comisión parlamentaria para informar y responder a los representantes. Fuera de la exigencia del principio de legalidad para su aprobación, se tratan de normas técnicas que también corresponden más a la ley que la Constitución. A la segunda le corresponde reconocer los principios fundamentales que orientan el contenido del presupuesto y las reglas para su correcta aprobación por el pleno.

4. Las reformas referidas a la judicatura

Las reformas constitucionales a las instituciones que conforman la separación de poderes recayeron más en las funciones legislativa y judicial, a diferencia de la presidencia de la República y su gabinete. En los últimos años ha sido el Congreso que, a través de normas de desarrollo constitucional, ha delimitado el ejercicio de algunas instituciones parlamentaristas. El Tribunal Constitucional también ha delimitado el ejercicio del control judicial a las leyes cuando se trata de temas relativos a las cuestiones políticas que la rodean[32]. Otras reformas legales afectaron al Sistema Electoral, en concreto al Jurado Nacional de Elecciones; sendas leyes que comprometieron el principio de preclusividad que distingue la actuación de los organismos electorales, pero que no tratamos en este trabajo a pesar de su repercusión constitucional[33].

---

31 Véase el Ley N.º 29401, publicado el 7 de septiembre de 2009.

32 Véase el Exp. N.º 0003-2022-CC/TC.

33 Es el control de las dádivas o "clientelismo de campaña" y los abrumadores requisitos procedimentales para estimular la democracia de partidos; ambos dieron lugar a sendas exclusiones de dos candidatos presidenciales. Al respecto, sólo hay que decir que la ley no puede resultar más gravosa que la Constitución. Si la última dispone tener la nacionalidad por nacimiento, ejercicio de la ciudadanía y no menos de treinta y cinco años al momento de la elección; los requisitos legales adicionales sólo podrían producir responsabilidades administrativas sancionadores mas no excluir las planchas presidenciales. Otra polémica reforma fue reducir los requisitos de inscripción de partidos políticos, canibalizando los procesos generales con más de veinte listas distintas que fragmentó la votación.

a) La reforma al órgano de nombramiento y ratificación de jueces y fiscales

El último cambio fue el Consejo de Nacional de la Magistratura por la Junta Nacional de Justicia. La reforma más radical por su forma para resolver los problemas de fondo en el nombramiento de jueces y fiscales. La Junta es un cambio consumado y sólo cabe realizar ajustes futuros para su mejoramiento[34]. Hoy, los jueces y fiscales ya no son ratificados a los siete sino cada tres años y medio, ajustando el control encubierto que persigue a la magistratura y Ministerio Público por décadas y que complica tanto su independencia como inamovilidad; por otra parte, la clásica disposición constitucional sobre los jueces que "continuarán en sus funciones mientras observen buena conducta"[35], no se corresponde con una Junta Nacional de Justicia que ejercer un mayor control a los jueces y fiscales que ajusta sus procedimientos de ratificación.

Las reformas a los artículos 154, 155 y 156 abarcaron un título de la Constitución. La crisis del órgano constitucional autónomo para el nombramiento y ratificación de jueces y fiscales trajo como consecuencia la decisión de reformar la institución por otra nueva que será conformada por una comisión especial compuesta por el Fiscal de la Nación, el Contralor General de la República, el Presidente del Tribunal Constitucional, un rector representante de las universidades públicas, otro de las privadas y el Defensor del Pueblo que preside la organización de un concurso público. Una estructura que alberga instituciones que son parte interesada, como el Ministerio Público, y otras que politizan más una institución que debería estar al margen de apetitos partidarios como el nombramiento del defensor del pueblo.

b) La legitimación activa de la Corte Suprema para interponer una demanda de inconstitucionalidad

Una corrección tardía para un poder estatal que también administra justicia constitucional resolviendo procesos de garantía con sentencias de primer y segundo grado[36]. La Constitución de 1979 reconocía esta atribución a la Corte Suprema que el Congreso Constituyente de 1993 desconoció produciendo una incoherencia interna, toda vez que nuestro sistema de jurisdicción constitucional mantenía su

34 Véase la Ley N.º 30904, publicada el 10 de enero de 2019.

35 Véase la Sección 1, artículo 3 de la Constitución de los Estados Unidos de América (1787), inspirada en el *Act of Settlement* inglesa de 1700.

36 Véase la Ley de reforma constitucional (Ley N.º 30651) publicada el 20 de agosto de 2017 que modifica el artículo 203.

condición de dual o paralelo (García Belaunde, pp. 67-69). A nuestro juicio es la mejor reforma constitucional junto con el impedimento de reelección presidencial inmediata, sendas normas de corrección a dos despropósitos durante la redacción de la Constitución de 1993.

5. Las reformas al sistema pensionario

Se tratan de un conjunto de reformas que aluden a temas que, en estricto, no guardan correspondencia con las materias constitucionales sino legales. Por esa razón observamos varias precisiones o ajustes producidos en el tiempo. No exentos de polémica debido a los consensos que deben realizarse para la aprobación de un procedimiento rígido de reforma constitucional.

a) El punto final al régimen pensionario bajo el Decreto Ley N.º 20530

Los artículos 11, 103 y primera disposición final y transitoria abordan las normas que aluden al sistema pensionario. La más ambiciosa se produjo en la primera disposición final y transitoria que pone fin el régimen existente bajo el Decreto Ley 20530 prohibiendo nuevas incorporaciones y estableciendo topes a quienes permanecen y la judicialización de aquellas pensiones obtenidas de modo irregular[37]. Una norma que, como toda disposición final y transitoria, tiene el propósito de brindar seguridad jurídica contra cualquier incertidumbre surgida con la aprobación de una nueva Constitución y su impacto en el ordenamiento jurídico vigente.

b) El cambio de denominación a órganos constitucionales autónomos[38]*.*

La reforma a los artículos 87, 91, 92, 96 y 101 de la Constitución cambian la denominación de "Superintendencia de Banca y Seguros" por la "Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones". La decisión suma a la reforma y dimensionamiento estatal considerando que la administración privada de fondos pensionarios corre a cargo de entidades vinculadas con grupos financieros. La reforma del Estado es una labor paralela que debe continuar al interior del ejecutivo reduciendo el número de ministerios bajo el criterio producir sinergias para la consecución de objetivos comunes. El cambio en la denominación dio lugar a su corrección integral por medio de una "ley de

37 Véase la Ley N.º 28389 publicada el 17 de noviembre de 2004.

38 Véase la Ley N.º 28484, publicada el 4 de abril de 2005.

reforma ómnibus" que indique los artículos donde precise la formal modificación. Un caso distinto fue la reforma del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) por la Junta Nacional de Justicia en el Capítulo IX del Título IV sobre la Estructura del Estado, observamos que su encabezado mantiene la denominación anterior a pesar de la reforma constitucional[39].

6. Las reformas contra la corrupción

El proceder indebido en la gestión pública y al más alto nivel jerárquico de la administración dieron lugar a reformas de espíritu populista que pretenden resolver la corrupción mediante disposiciones constitucionales. El artículo 41 reformado declara la imprescriptibilidad de la acción penal para los graves delitos contra la administración pública[40].

a) El financiamiento público a las organizaciones políticas

El artículo 35 permite el financiamiento público a las organizaciones políticas resulta polémica cuando carecemos de un sólido y dimensionado sistema de partidos[41]. La primera impresión sobre la reforma, además de un evidente aumento de palabras del articulado original, se aprecia en el segundo párrafo donde se encomienda al legislador las disposiciones necesarias para regular el funcionamiento de los partidos políticos, así como su transparencia, financiamiento, *accountability,* etcétera, así como el establecimiento de límites a los recursos privados, pero señalando que la publicidad en medios de comunicación públicos será por financiamiento indirecto; a diferencia de la redacción original que otorgaba gratuidad y en proporción a los últimos resultados electorales[42].

---

39 En efecto, el Capítulo IX del Título IV conserva la denominación Consejo Nacional de la Magistratura a pesar de la única disposición complementaria Final de la Ley N.º 30904, publicada el 10 de enero de 2019 establece que se "(...) modifica en todas las disposiciones correspondientes del ordenamiento jurídico nacional la denominación de "Consejo Nacional de la Magistratura" por el de "Junta Nacional de Justicia"; véase el texto oficial de la Constitución de 1993 en https://www.congreso.gob.pe/Docs/constitucion/constitucion/index.html.

40 Véase la Ley N.º 30650, publicada el 20 de agosto de 2017.

41 Véase la Ley N.º 30905, publicada el 10 de enero de 2019.

42 El artículo 35 original de Constitución peruana establecía que "[l]os ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica. La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social

La redacción del artículo 35 original sólo ha sido ampliada sobre aspectos que bien podrían haberse encomendado a la legislación. En la Constitución de 1993 sí existía una concreta referencia al financiamiento de las organizaciones políticas, las enmiendas añadidas que aluden a las sanciones contra el financiamiento ilícito son materia de ley y su omisión constitucional no se opone a una detallada como oportuna regulación administrativa, civil y penal. En otras palabras, de nada valdrá la reforma sin la debida regulación sobre el financiamiento de las organizaciones políticas y el control del debido gesto de los recursos públicos. La reforma aprobada "emparejó el tablero" que tradicionalmente diferenciaba a los partidos cuya ideología les permitía, con mayor y menor facilidad, obtener financiamiento privado de empresas y particulares sin considerar que los candidatos ligados a corrientes ideológicas de influencia continental podrían obtener recursos por otras vías.

b) El artículo 39-A que establecen impedimentos para postular a los cargos de elección popular

La deficiencia del voto informado sumado con la desafección ciudadana con la política fueron algunos factores que motivaron incluir esta reforma. El problema de fondo es la necesidad que la Constitución contenga disposiciones del derecho penal. Ante la debilidad del Estado de Derecho, la Norma Fundamental se convierte en el primer recurso para dejar constancia de una política de transparencia en la información de los candidatos a una elección popular.

La candidatura electoral de personas implicadas en delitos de corrupción impulsó una reforma que impida su participación en los procesos electorales[43]. La razón fue fortalecer los procedimientos de control previo; en ese sentido, la reforma constitucional se aplica a las personas con sentencia condenatoria en primera instancia. La polémica sobre esta reforma surge cuando el impedimento no se encuentra armonizado con el reconocimiento a la presunción de inocencia y pluralidad de instancia, la cual sólo termina con una sentencia firme que produzca la cosa juzgada. Los penalistas especializados en delitos de corrupción ponen énfasis que los derechos no son absolutos y que poseen límites (Enco Tirado, p. 136); sin embargo, nos encontramos con una afirmación incorrecta. Como señala el Profesor Castillo Córdova (2007) "[n]o debería hablarse de límites entendidos como restricciones que provienen desde afuera y que restringen el alcance jurídicamente

de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general".

43 Véase la Ley N.º 31042, publicada el 15 de septiembre de 2020.

natural del contenido constitucional del derecho, alcance que es esencialmente limitado en sí mismo.

c) El artículo 40 sobre la responsabilidad e incompatibilidades de los servidores públicos

Se tratan de reformas que propician la trasparencia de los funcionarios públicos. La reforma constitucional dispone que el régimen administrativo regulado por ley establece las disposiciones sobre el ingreso a la carrera administrativa, así como los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. El artículo 40 dispone además que no están comprendidos aquellos funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, tampoco los trabajadores de las empresas estatales o sociedades de economía mixta. Para evitar un conflicto de intereses ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción al ejercicio de la función docente[44]. La pandemia declarada en marzo de 2020 obligó una excepción a la regla de prohibir más de un cargo remunerado, estableciendo que con el voto favorable de más de la mitad del número legal de los congresistas se pueda permitir para el personal médico especialista o asistencial de salud. Una nueva regla para aplicarse en similares situaciones. La Constitución dispone la publicación de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios y servidores públicos que determine la ley. Una disposición busca garantizar la transparencia en el uso de recursos públicos y fortalecer la rendición de cuentas en el ejercicio de la función pública [45].

d) La imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública

La reforma al cuarto párrafo del artículo 41 de duplicar el plazo de prescripción para delitos contra el patrimonio estatal, se añaden los delitos contra los funcionarios la administración pública y particulares. Para los supuestos más graves se dispone que la acción penal sea imprescriptible conforme al principio de legalidad[46]. Los delitos corrupción desde la administración pública y la deficiente labor para una efectiva persecución terminan por justificar reformas de naturaleza penal en una Constitución. Se trata de una reforma que encomienda a la ley determinar cuáles serán los supuestos más graves, pues, el principio de legalidad alude al ejercicio

44 Véase la Ley N.º 31122 publicada el 15 de septiembre de 2020.

45 Véase el artículo 40 de la Constitución de 1993 modificado por Ley 31122, publicada el 10 de febrero de 2021.

46 Véase la Ley de reforma constitucional N.º 30650, publicada el 20 de agosto de 2017.

del poder público conforme al Estado Constitucional de Derecho y una correcta administración de justicia. Al respecto, desde el punto de vista penal, el Profesor Vilchez (2023) sostiene que:

> (...) no se está considerando la existencia de un parámetro ya establecido por el legislador y que orientaría en la determinación de la gravedad del delito sobre la base de la pena de prisión. Dicho de otro modo, que podría tomarse como punto de corte la exigencia de los cuatro años como sanción a imponer debido a que se emplea como elemento esencial para la suspensión de la ejecución de la pena (art. 57 CP) o presupuesto para la prisión preventiva (art. 268 CPP). (p. 126).

7. El retorno del Senado

Entre las atribuciones del Senado destacan la revisión y modificación de leyes, el control de decretos de urgencia y legislativos, así como la evaluación de tratados internacionales y regímenes de excepción. En materia de nombramientos, el Senado elegirá y podrá remover, por mayoría calificada, al Defensor del Pueblo, magistrados del Tribunal Constitucional, directores del Banco Central, al Contralor General y otros altos funcionarios clave. El Senado desempeñará además un rol estratégico frente al Poder Ejecutivo y en asuntos de defensa nacional: autorizará los viajes presidenciales, el ingreso de tropas extranjeras y la prórroga de estados de emergencia o de sitio. En caso de disolución de la Cámara de Diputados conforme a la Constitución, el Senado permanecerá en funciones, actuando como garante de la institucionalidad democrática. También participará en los procesos de acusación constitucional contra altos funcionarios y formará parte de la Comisión Permanente durante los recesos parlamentarios, asegurando la continuidad legislativa[47].

Finalmente, pensar en un Senado sin antes corregir las deficiencias de la regionalización sólo producirá la creación de nuevos puestos de trabajo. La reforma prioritaria es la revisión de un proceso de descentralización deficiente que no ha generado desarrollo social, económico y político en veinte años de aplicación, sino más bien mayor corrupción, déficit de infraestructura, falta de gestión pública, caudillaje y compadrazgo.

47 Véase la Ley N.º 31988 publicada en el Diario Oficial El Peruano, 20 de marzo de 2025.

III. UNA EVALUACIÓN A LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES FORMALES

Al final del iter reformador se aprecia un resultado negativo, pues unas modificaciones se resumen en populistas y otras en el menoscabo de instituciones y órganos constitucionales.

Las reformas más razonables fueron retornar a la reelección presidencial mediata, transcurrido un mandato y que la Corte Suprema recupere su legitimidad activa para interponer una demanda de inconstitucionalidad. La principal conclusión que se desprende de esta experiencia es que los poderes ejecutivos suelen ser malos consejeros en materia de reformas políticas. Su impulso reformista, con frecuencia condicionado por cálculos coyunturales o intereses de corto plazo, tiende a desfigurar el sentido estructural de los cambios institucionales, debilitando su legitimidad y sostenibilidad democrática. La tendencia oculta es cambiar instituciones para sumar poder. Si añadimos el populismo y capital político del jefe de Estado de turno que puede adquirir y explotar mientras pueda conservarlo en el tiempo, la mesa estará servida para soslayar la representación nacional y gobernar de cara al electorado.

BIBLIOGRAFÍA

Borea Odría, A (2016). *Manual de la Constitución. Para qué sirve y cómo defenderte.* Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. Imprenta Editorial El Búho. Lima. P. 608.

Castillo Córdova, L *(2019) Cuestiones teóricas y prácticas en torno al hábeas corpus*, Gaceta Jurídica. Lima.

Castillo Cordova, L (2018) *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional,* tercera edición, Gaceta Jurídica.

Castillo Cordova, L (2007). *Los derechos fundamentales. Elementos para una teoría general,* Palestra Editores, Lima.

Delgado-Guembes, C (2020*). Introducción al estudio del Parlamento peruano. ¿Qué es, qué hace y cómo funciona?* Universidad San Ignacio de Loyola. Fondo Editorial. Lima.

Enco Tirado, A (2022) "Artículo 39-A. Impedimentos para ejercer función pública" en AA.VV. *La Constitución Comentada,* cuarta edición, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima.

Friz Burga, J.Z (2022). "Artículo 190. Regiones y proceso de regionalización" en AA.VV: *La Constitución Comentada,* cuarta edición, Tomo IV, Gaceta Jurídica, Lima.

García Belaunde, D (1998). "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo" en *Advocatus.* Revista semestral editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Nueva Época, 1998, pp. 65-71.

Gutiérrez Ticse, G (2020). *Comentarios a la Constitución Política del Perú,* Volumen I-II. Grijley.

Hakansson Nieto, C (2025). *El neopresidencialismo. La forma de gobierno de la Constitución peruana,* Yachay-Legal. Lima.

Ku Yanasupo. L. Aa.Vv. (2022). "Artículo 7-A. Derecho al agua potable". AA.VV. (2022). *La Constitución Comentada*, Tomos I. Gaceta Jurídica. Lima. pp. 608-617

Ortiz Gaspar, D. García Yzaguirre, J. "Artículo 34. Derecho al voto de militares y policías". AA.VV. (2022). *La Constitución Comentada*, Tomos II. Gaceta Jurídica. Lima. pp. 44-58.

Salcedo Cuadros, C. "Artículo 90. Unicameralidad". AA.VV*: La Constitución Comentada.* AA.VV. (2022). *La Constitución Comentada*, Tomos III. Gaceta Jurídica. Lima. pp. 31-46.

Valadés, D (2011). "El Sistema presidencial mexicano. Actualidad y perspectivas". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 130, enero-abril. pp. 283-307.

Vilchez, R (2023). "Los delitos de corrupción pública más graves: una revisión al art. 41 de la Constitución Política del Perú". *Revista Oficial del Poder Judicial,* 15 (19). pp. 109-136,

Villarán, M (1998). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, Lima.

LA DIVISIÓN DE FUNCIONES ESTATALES EN UN ESTADO EFICIENTE

Manuel BERMÚDEZ TAPIA*

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** El impacto de la Constitución de 1993 en la gestión pública. **3.** La división de la función jurisdiccional en aras de politizar la justicia y no mejorar la institucionalidad del Poder Judicial. **4.** La división de funciones entre la Junta Nacional de Justicia y la Academia de la Magistratura. **5.** Conclusiones.

PRELIMINARES

Usualmente en la división de "poderes", desde una visión clásica, se ha tomado en cuenta las condiciones que desarrolla una entidad pública para regular sus atribuciones, competencias y ámbito de acción. Con el objeto de evitar una condición negativa que permita el abuso del poder, esta división ha pasado de la participación de tres poderes nominales (Ejecutivo, Legislativo, Judicial) a la inclusión de los Órganos Constitucionales Autónomos en la Constitución de 1993, mejorando el modelo establecido en 1979. Sin embargo, las intenciones de crear nuevas entidades y subdividir funciones permite observar las deficiencias en la organización de la administración pública debido a su falta de institucionalidad. El documento permite exponer estas referencias en el ámbito constitucional peruano.

* Abogado graduado con la mención de *Summa Cumme Laude* por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Universidad Científica del Sur. Profesor ordinario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Master en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de España. Magister en Derecho Civil y Comercial por la UPAO. Doctorado en la Pontificia Universidad Católica de Argentina. RENACYT PO140233. Registro de profesor investigador en Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Scopus ID 57278125300. Web of Science ResearcherID: GQB-0553-2022. Correo: mbermudez@cientifica.edu.pe ORCID: http://orcid.org/0000-0003-1576-9464

1. INTRODUCCIÓN

A la crisis institucional, económica, social y política del país a raíz de gobiernos corruptos y desleales a los intereses del país entre los años 1980 a 1990, atender caos del país representaba un reto constitucional, político, económico, social, cultural y moral (Armas, 2021, p. 101).

En este contexto, se complementaron especialmente la sobre amplificación de empleados públicos en las entidades públicas que provocó una condición económica y financiera insostenible, la ampliación geográfica del terrorismo a cargo de Sendero Luminoso y el Movimiento Terrorista Túpac Amaru, la división social en la mayor parte del territorio nacional, una limitada infraestructura de comunicaciones y condiciones mínimas de atención de servicios públicos por parte de las entidades pública. Una situación que permitió el proceso de reformas normativas constitucionales a nivel estructural (Tanaka, 2008, p. 172).

Se pasó de una división de "poderes" en la que participaban el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo (Congreso de la República), el Poder Judicial y el Poder Electoral con el Jurado Nacional de Elecciones a una división de *funciones* en el Estado a cargo de los clásicos *poderes nominales* ampliándose el número de los Órganos Constitucionales Autónomos, inicialmente compuesta inicialmente por el Ministerio Público, el Jurado Nacional de Elecciones, el Banco Central de Reserva, la Contraloría General de la República y el Tribunal de Garantías Constitucionales que cambió de denominación a Tribunal Constitucional (Abad, 2017).

Las instituciones que se agregaron al nuevo modelo constitucional fueron el Consejo Nacional de la Magistratura (que luego cambió de denominación y nivel de competencias con la Junta Nacional de Justicia), la Defensoría del Pueblo, la Oficina Nacional de Procesos Electorales, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil que conformarían en forma tripartita con el Jurado Nacional de Elecciones el Sistema Electoral y la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

Ante esta perspectiva se plantea el desarrollo de un texto siguiendo una metodología aplicada y prospectiva con una línea de trabajo cualitativo, tomando en cuenta el análisis de las variables que permiten evaluar la realidad constitucional a nivel de gestión pública con el análisis de la participación y competencias de cada entidad que conforma la Administración Pública, siendo el objetivo del texto el explicar las razones por las cuales una *división de competencias* no garantiza la eficacia y funcionalidad del Estado debido a errores en la creación y articulación de entidades públicas, sobre todo a nivel de Órganos Constitucionales Autónomos.

El documento se presenta tomando en cuenta la experiencia del investigador al haber sido funcionario público en varias entidades públicas y el haber participado en varios procesos de reforma constitucional como asesor parlamentario a nivel de coordinador parlamentario en el Congreso de la República.

2. EL IMPACTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993 EN LA GESTIÓN PÚBLICA

El modelo constitucional establecido en la Constitución de 1993 que establecía la *división de competencias constitucionales* mejoraba cualitativamente algunas de las actividades institucionales del Estado provocando un impacto en la realidad nacional en los siguientes ámbitos:

a. Se mejoró la *autonomía* e *imparcialidad* que podían desarrollar los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público (Salazar, 2014, p. 147), al tener un sistema de nombramiento, evaluación y destitución ajeno a la influencia política con la creación del Consejo Nacional de la Magistratura y la Academia de la Magistratura.

   Hasta este punto, la Academia de la Magistratura era asumida por la doctrina constitucional como un *órgano constitucional* pero la literalidad del artículo 151 de la Constitución detalla que esta entidad *forma* parte del Poder Judicial con lo cual ya se registra un error funcional en la administración pública.

   Un defecto que ha limitado las actividades de esta entidad pero mejorando cualitativamente la institucionalidad del Poder Judicial y Ministerio Público porque los magistrados que eran nombrados, evaluados y ratificados respondían a un alto nivel de exigencia en el proceso de selección y nombramiento por parte del Consejo Nacional de la Magistratura hasta la conformación de un colegiado conformado por personajes nefastos terminaron provocando la mayor crisis de institucionalidad en el sistema administrativo peruano de los últimos cuarenta años que provocó una reforma constitucional, la destitución de todas las autoridades del CNM, la disolución de dicho órgano constitucional y la creación de una nueva entidad: la Junta Nacional de Justicia.

b. Se mejoró la evaluación de la *prestación* de servicios públicos con la creación de la Defensoría del Pueblo (Donayre, 2008, p. 62), que en esencia fiscalizaba la actividad del Estado en aras de tutelar los derechos de los ciudadanos (Abad, 2010).

   Sin embargo, su elección está sujeta a la discrecionalidad del Congreso de la República conforme se puede observar en la elección del último

defensor del pueblo Josué Gutiérrez Cóndor quien sólo registraba como mérito profesional el haber sido congresista.

c. La referencia preliminar también incide en desarrollo de las actividades del Tribunal Constitucional que desde la caída de Alberto Fujimori (Landa, 2006), se permitió el desarrollo de cuotas de poder de las bancadas parlamentarias en la elección de magistrados en dicho órgano, entre los cuales se han nombrado personas vinculadas a mafias políticas (Agustín Mantilla, Apra) y sin mucho mérito académico visible o acreditable (Monroy, 2008).

d. Se otorgó la autonomía plena al Banco Central de Reserva generándose el proceso de consolidación de una línea económica que se ha mantenido desde la promulgación de la Constitución de 1993 pese al registro de varios gobiernos de tendencia populista.

e. Se intentó *dividir* las competencias de la Contraloría General de la República al plantearse la creación del Consejo Nacional Anticorrupción, a cargo de un "Zar Anticorrupción" (Chevarría, 2013, p. B5), durante el segundo gobierno de Alan García que fue planteado con el objetivo de evitar la fiscalización a las actividades que ejecutaba el Gobierno Nacional con "aceitadas" en todas las entidades públicas (Tanaka, 2006, p. 3).

f. Se generó una ampliación de entidades públicas sin un mayor alcance y funcionalidad con la creación de la RENIEC, la misma que desarrolla competencias limitadas y sin beneficio objetivo a la gestión pública.

Un conjunto de referencias que permiten evaluar el alcance de las competencias de las entidades que conforman la organización del Estado, sobre la cual nos permite evaluar las siguientes condiciones negativas que serán limitadas al contexto del ámbito judicial.

3. LA DIVISIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN ARAS DE POLITIZAR LA JUSTICIA Y NO MEJORAR LA INSTITUCIONALIDAD DEL PODER JUDICIAL

En el ámbito constitucional comparado, la evaluación, legitimidad y nivel de eficacia de la *justicia constitucional* ha sido ampliamente positivizada por parte de la doctrina y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y varios órganos jurisdiccionales nacionales en Hispanoamérica y Europa.

Sin embargo, poco se analiza las razones por las cuales Kelsen desarrolló este modelo jurisdiccional que permiten evaluar su *justificación* en la implementación de la regulación constitucional en el Perú. En este ámbito, el análisis de las razones del positivista con mayor incidencia en el mundo fueron las siguientes:

a. A diferencia de Inglaterra, en el modelo jurídico *romano-germánico,* el Rey era la mayor autoridad del país y podía designar a las autoridades judiciales locales con lo cual era muy limitada la defensa de los derechos de los ciudadanos si estos se oponían o contradecían los intereses de la corona.

   Esto provocó que los órganos judiciales queden supeditados a la dirección política del país y que se amplificó en los gobiernos latinoamericanos donde el Poder Ejecutivo ha sido un actor gravitante en la gestión del Poder Judicial en cada uno de los países Hispanoamericanos.

   En cambio, en el sistema anglosajón, los *jueces* históricamente ostentaban una autonomía y legitimidad funcional pre existente al Estado moderno establecido en 1215 con la Carta Magna y por ello es que Locke inclusive no la incluyó en la división de funciones en el Estado, la misma que además no establecía una división formal entre el Ejecutivo y el Parlamento porque el primero estaba supeditado a las directivas de la segunda entidad (Torres, 2014, p. 87).

b. El *control de la legalidad* del Tribunal Constitucional permite la *derogación* de las leyes emitida por el Congreso o Parlamento si estas las contradecían.

c. El contrapeso de los órganos jurisdiccionales constitucionales frente al poder político permite el desarrollo de la comunidad y en sociedades donde el Ejecutivo han ejercido una gran influencia, la posibilidad de una condición política diferente a la del Poder Judicial permite el mantenimiento de una gobernabilidad y estabilidad social y política necesaria para la consolidación de la democracia.

Elementos que permitieron garantizar la legitimidad y legalidad de este órgano jurisdiccional en el sistema de división de funciones (de Belaúnde, 1997, p. 103), pero que en términos de funcionalidad, eficacia y gestión de recursos nos permite detallar que esta *complementariedad* de actividades en el desarrollo de la misma *función* resulta ser la exposición representativa de un Estado disfuncional donde:

a) El Congreso de la República cada cierto tiempo abusa de sus facultades legislativa y promulga leyes con un claro sentido inconstitucional.

b) Las entidades que conforman el Poder Ejecutivo en el gobierno nacional, gobierno regional y gobiernos municipales abusan de sus competencias y provocan normas que contravienen las disposiciones constitucionales en aras de ampliar sus facultades limitando los derechos de los ciudadanos.

c) Se registran sucesivos conflictos entre diferentes órganos estatales (Barturen 2022), que desarrolla una actividad jurisdiccional compleja del Tribunal Constitucional a través del *proceso competencial.*

Referencia que podría ser mejorada si se otorgan las facultades económicas y financieras al Poder Judicial y Ministerio Público por parte del Ejecutivo y Congreso de la República y con ello el servicio de impartición de justicia podría ser mejorado, optimizado y con una mayor cobertura en todo el territorio nacional (García, 1993, p. 67).

Téngase en cuenta que la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional, respecto de la tutela de derechos fundamentales de los ciudadanos es residual y el sólo hecho de registrar un proceso constitucional podría ser perjudicial para el ciudadano al afectarse el plazo razonable, la tutela judicial razonable y el debido proceso.

Eventualmente las otras facultades jurisdiccionales en el ámbito del control de constitucionalidad y evaluación de competencia podrían ser asumidos por la Corte Suprema de Justicia de la República para así generar una mayor institucionalidad en el Estado permitiendo al Poder Judicial garantizar una mayor autonomía y funcionalidad del sistema de contrapesos institucionales.

Apoyamos nuestra posición en dos elementos derivados de la regulación constitucional actual:

a) La ejecución del *coertio* en los jueces del Poder Judicial garantiza el cumplimiento de las decisiones judiciales, elemento que no es viable directamente por parte del Tribunal que debe recurrir a través de su procuraduría ante un Juez para que su decisión se cumpla.
b) La legitimidad que otorga el contenido del artículo 138 de la Constitución al Poder Judicial al desarrollar sus competencias de forma directa por las atribuciones que le otorga el *pueblo.*

4. LA DIVISIÓN DE FUNCIONES ENTRE LA JUNTA NACIONAL DE JUSTICIA Y LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Complementariamente a la negligente regulación constitucional de funciones y competencias de la Academia de la Magistratura, observamos que su vinculación al Poder Judicial, nos permite detallar estos alcances:

a. Se regula en la Ley Orgánica de la AMAG una *autonomía* institucional que contradice lo detallado en el ámbito constitucional que establece que son "parte de" otra entidad.

   Las consecuencias de esta regulación han provocado una contradicción en el contexto de la *capacitación* y *especialización* de los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público porque estas actividades académi-

cas sólo tienen un valor para la Junta Nacional de la Magistratura y no constituye un elemento positivo para la práctica profesional del juez o fiscal que los desarrolla.

Complementariamente a esta posición, estas actividades académicas se limitan a los magistrados no pudiendo ser extensivas al personal jurisdiccional del Poder Judicial y Ministerio Público en forma orgánica o continua para así superar las actividades excepcionales.

No se toma en cuenta una condición limitativa en la uniformización de criterios académicos, de especialización y de actividad jurisdiccional al limitarse la participación de abogados externos al ámbito institucional del Poder Judicial y Ministerio Público con lo cual cualquier proceso de reforma en la implementación de alguna normatividad resulta ser disfuncional automáticamente.

b. El proceso de nombramiento de magistrados por parte de la Junta Nacional de Justicia se ejecuta en procedimientos excluyentes que no logran tener en cuenta un nivel de objetividad predeterminado.

   En este sentido, la aprobación de un *examen de aptitudes* profesionales y la evaluación positiva de la hoja de vida del candidato habilitado para ser nombrado como juez o como fiscal pueden ser relativizados por el criterio subjetivo de la *entrevista* que desarrollan los miembros de la Junta Nacional de Justicia.

   Un criterio disfuncional que limita el proceso de nombramiento de magistrados y amplia el margen de provisionalidad en la actividad jurisdiccional.

c. Los *perfiles profesionales* y el nivel de evaluación de la información personal y académica que desarrollan la Junta Nacional de Justicia y la AMAG son autónomos y no se complementan debido a la autonomía de sus competencias.

Defectos que podrían ser subsanados si se unifican ambas instituciones como sucede en España, como modelo de gestión jurisdiccional y constitucional, con el objetivo de mejorar las capacidades logísticas y operativas del Poder Judicial y Ministerio Público para tener un mayor número de magistrados titulares en la ejecución de sus actividades jurisdiccionales.

5. CONCLUSIONES

Consideramos que en el ámbito del servicio de impartición de justicia en el Perú se observa la presencia de dos entidades que ejecutan la *misma función* pero que no se ha logrado desarrollar un modelo institucional fortalecido a favor del Poder Judicial debido al elevado contexto de presión política que han ejercido el Poder Ejecutivo y el

Congreso de la República en contra del Poder Judicial y Ministerio Público, elemento que se visualiza en la evaluación de la redacción constitucional que detalla una débil premisa de división de competencias para mejorar y optimizar el servicio de mayor importancia en un Estado de derecho democrático y social, toda vez que la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos y el cuidado de la legalidad e institucionalidad del país no debería ser asumido por varios entes, cuando en esencia esto podría ser optimizado para garantizar una ejecución de funciones diligente y funcional en el país.

BIBLIOGRAFÍA

Abad Yupanqui, S. B. (2010). La defensoría del Pueblo: La experiencia peruana. *Teoría y realidad constitucional*, (26), 481-510.

Abad Yupanqui, S. B. (2017). Reforma constitucional o nueva Constitución. La experiencia peruana. *Cuestiones constitucionales*, (37), 295-301.

Armas Asín, F. (2021). Turismo, terrorismo y crisis socio-económica. El caso de Perú (1980-1992). *Turismo y patrimonio*, (16), 101-122

Barturen Núñez, A. (2022). Conflicto de poderes en el Perú entre el 2018 al 2022. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo,* 14(28), 253-263.

Chevarría Montesinos, F. (2013) Construyendo integridad: El difícil camino de hacer instituciones para la lucha contra la corrupción en la era Post Fujimori. *Gestión Pública y Desarrollo,* B5-B14.

De Belaúnde de Romaña, J. D. (1997). Justicia, legalidad y reforma judicial en el Perú (1990-1997). *Ius et veritas*, (15), 103-127.

Donayre Pinedo, M. (2008). Los derechos en serio: Defensoría del Pueblo de Perú. *Quórum. Revista de pensamiento iberoamericano*, (21), 62-69.

García Belaunde, D. (1993). La reforma del Poder judicial en el Perú. *Ius et Veritas*, (7), 67-76.

Landa Arroyo, C. (2006). Tribunal Constitucional y Poder Judicial: una perspectiva desde el derecho procesal constitucional. *Ius Et Veritas*, (32), 249-262.

Monroy Gálvez, J. (2008). Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, *10*, 157-216.

Salazar, M. (2014). Autonomía e independencia del poder judicial Peruano en un estado social y democrático de derecho. *Sciéndo Ingenium*, *10*(2), 147-161.

Tanaka, M. (2006) Reflexiones antes del Dia D. *Argumentos,* (4), 2-5

Tanaka, M. (2008). Del voluntarismo exacerbado al realismo sin ilusiones: El giro del APRA y de Alan García. *Nueva sociedad*, (*217)*, 172-184.

Torres Ávila, J. (2014). Los paradigmas del control de poder y el principio de división de poderes. *Justicia juris*, *10*(1), 87-101.

LA PERENNE NOVEDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Luz PACHECO ZERGA*

SUMARIO: Preliminares. **1.** La denominada "muerte digna". **2.** La titularidad de los derechos.

PRELIMINARES

El "XV Congreso Nacional de Derecho Constitucional" nos ofrece, una vez más, la oportunidad de profundizar en cuestiones fundamentales para la convivencia democrática y pacífica que debe caracterizar a un Estado de derecho.

En esta oportunidad he pensado que podría ser útil reflexionar sobre dos cuestiones directamente relacionadas con los derechos fundamentales: el de la "muerte digna" y la titularidad de los derechos.

Si bien es cierto que los derechos fundamentales son tan antiguos como el mismo ser humano, también lo es que los avances de las ciencias están poniendo en duda el carácter inviolable de ciertos derechos fundamentales, así como su titularidad.

1. LA DENOMINADA "MUERTE DIGNA"

Cada vez, con mayor frecuencia, se escucha en las noticias y se leen artículos jurídicos y de opinión sobre la muerte *digna*, calificando así aquella que ha tenido lugar por decisión de un individuo que considera que su existencia ya no tiene

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

sentido, sea por razones subjetivas o porque enfrenta una enfermedad de carácter mortal y teme afrontar el sufrimiento que le pudiera ocasionar.

El suicidio es una acción humana casi tan antigua como la del inicio de la vida humana. Así lo atestigua, por ejemplo, Hipócrates, el médico griego que vivió en el siglo 450 A.C y es considerado el padre de la medicina. El juramento hipocrático, que hasta ahora es repetido por los nuevos médicos, con algunas variantes según los países, declara: "No entregaré veneno a nadie, si me lo piden, ni tomaré la iniciativa de tal sugestión, tampoco entregaré a ninguna mujer un pesario abortivo".

Es conocido que no todos los griegos ni romanos cuestionaban el suicido o el aborto, que eran prácticas, más bien, bastante comunes en esa época. Sin embargo, no fue éste el único precepto de ese juramento que chocaba con la mentalidad dominante de la época, pues también este maestro y sus discípulos, se comprometían a que: "En cualquier casa que entre, iré para la utilidad de los enfermos, guardándome de toda mala acción voluntaria y de corrupción, y sobre todo de la seducción de mujeres y de muchachos, libre o esclavos". E, inclusive, incluyó como deber esencial cuidar el secreto profesional, en su más amplia versión, al comprometerse a que: "De todo aquello que vea u oiga en la sociedad durante el ejercicio de mi profesión, e incluso fuera de ella, callaré lo que no necesita ser nunca divulgado, considerando la discreción como un deber en semejante caso".

Considero que estos tres deberes médicos (el respeto a la vida, incluso contra la opinión del paciente o de la mujer embarazada y el secreto profesional) han sido aceptados por las sociedades occidentales, pacíficamente, hasta finales del siglo pasado. Hoy en día son los dos juramentos referidos al respeto a la vida: la del paciente y la de la mujer embarazada los que enfrentan nuevas posturas, siendo el objeto de estas líneas sólo el referido a la denominada "muerte digna".

Corresponde determinar si se trata de un nuevo derecho fundamental, que podría ser incluido dentro de los que ha previsto el artículo tercero de la Constitución, cuando establece que los derechos recogidos en el artículo segundo, "no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre (...)"[1].

El primer artículo de la Constitución nos recuerda que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Y el primer inciso del siguiente artículo, a la letra, reconoce que toda persona tiene

1 Constitución Política del Perú, artículo 3º.

derecho: "A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece".

Una característica esencial de los derechos fundamentales es la obligatoriedad "erga omnes", de respetarlos y darles cumplimiento. A diferencia de los demás derechos, que establecen derechos y deberes "inter pares", los fundamentales, como he recordado antes, lo hacen frente a todos. En consecuencia, nadie puede eximirse de su cumplimiento frente a los demás. De allí que el Estado establezca mecanismos de protección y reparación ante su vulneración.

El derecho a la vida es el primero de los derechos y el que permite que podamos ejercer los demás derechos y deberes. Su importancia es tal, que nuestra constitución, acorde con los avances de la biología y la genética, reconoce al concebido la calidad de "sujeto de derecho en todo cuanto le favorezca". Y el primer derecho que le favorece es el de seguir viviendo.

Llegados a este punto es necesario recordar que, al comprobar los horrores de la Segunda Guerra Mundial, las naciones decidieron crear una organización internacional que reemplazara a la Sociedad de Naciones, para promover, al interior de los países y en las relaciones internacionales, un profundo respeto a la dignidad humana, a los derechos fundamentales, a la igualdad fundamental de todos los seres humanos y al valor de la persona humana[2].

---

2 PREÁMBULO: Nosotros los pueblos de las naciones unidas resueltos

- a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles,
- a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en 1a dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas,
- a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional,
- a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Y CON TALES FINALIDADES

- a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos,
- a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales,
- a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará; la fuerza armada sino en servicio del interés común, y
- a emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos,

HEMOS DECIDIDO UNIR NUESTROS ESFUERZOS PARA REALIZAR ESTOS DESIGNIOS
Por lo tanto, nuestros respectivos Gobiernos, por medio de representantes reunidos en la ciudad de San Francisco que han exhibido sus plenos poderes, encontrados en buena y debida forma, han

Por esta razón, la Comisión de Derechos Humanos designada en 1948 por este nuevo organismo, preparó un elenco de derechos derivados de la dignidad humana que, por su especial naturaleza, –indivisibles e interdependientes, y anteriores al Estado–, debían ser correctamente interpretados por la comunidad internacional para alcanzar los objetivos de convivencia pacífica y desarrollo humano[3]. La Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida el 10 de diciembre de 1948 aprobó el catálogo que contenía no sólo los derechos civiles y políticos, sino también los económicos, sociales y culturales. Desde entonces ese documento constituye un "ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción"[4].

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) reconoció el fundamento "dignatario" de los derechos fundamentales[5] y, a partir de ese momento, se produjo un fenómeno en cadena en los países occidentales para incorporar a la dignidad como el fundamento de los derechos fundamentales y para incorporarlos en sus Constituciones tal como habían sido aprobados en ese documento[6]. Nuestro país no ha sido ajeno a este movimiento, tal como hemos hecho antes referencia

convenido en la presente Carta de las Naciones Unidas, y por este acto establecen una organización internacional que se denominará las Naciones Unidas.

3 Un breve resumen de la génesis de este documento se encuentra en Hakansson Nieto, Carlos, "El impacto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en las constituciones Iberoamericanas," *Jus. Doctrina & Práctica*, no. 7 (2008): 267-269.

4 Preámbulo Declaración Universal de los Derechos Humanos.

5 Cfr. Glendon, Mary Ann, "El crisol olvidado: la influencia de América Latina en la idea de los Derechos Humanos Universales," *Ecclesia* XV, no. 4 (2001): 511-514.

6 Cfr. Serna Bermúdez, Pedro, "La dignidad humana en la Constitución Europea" en *Comentarios a la Constitución Europea*, *Tratados* (Valencia: Tirant lo blanch, 2004), 199. Este autor ofrece una visión panorámica de la incorporación de la dignidad humana en el Derecho internacional y constitucional de los países europeos, con especial referencia a los de la UE en Ibidem., 194-205. Para un estudio detallado de este proceso en las Constituciones iberoamericanas y su relación con la Constitución española de 1978, ver Rolla, Giancarlo, "El principio de la dignidad humana," *Persona y Derecho*, no. 49 (2003): 227-262. Para comprender el influjo que la Ley Fundamental de Bonn de 1949 ha tenido en este proceso, es útil el estudio realizado por Serna Bermúdez, Pedro, "La dignidad de la persona como principio del Derecho Público," *Derechos y Libertades*, no. 4 (1995): 287-306.

respecto al texto constitucional, pero encontramos también esa fundamentación y defensa a nivel jurisprudencial[7].

El objetivo de las Naciones Unidas es promover relaciones amistosas entre las naciones, en las que se reafirme el valor de cada persona humana, la igualdad de derechos de hombres y mujeres y se adopten acciones eficaces para lograr el progreso social. Este progreso, para ser tal, afirma la DUDH deberá lograr la elevación del nivel de vida en el marco de "un concepto más amplio de libertad", pero que ha de partir de "una concepción común" de los derechos y libertades fundamentales[8]. En consecuencia, se parte de la premisa de la existencia de unos bienes indispensables para lograr la plenitud humana, en los que la dignidad aparece como su fundamento unitario[9].

El primer artículo de la DUDH afirma 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.

Por tanto, la dignidad tiene un componente natural u ontológico, que responde a un modo de *ser*: la capacidad racional y volitiva (entendimiento y voluntad); y otro ético o moral, enmarcado en el *deber ser*: en la conducta acorde con ese modo de ser, que la DUDH resume en *comportarse fraternalmente los unos con los otros*. Y que, en el siglo VIII a.C. el poeta Hesíodo describía como cualidad específica del ser humano: "Grábate tú esto en el corazón; escucha ahora la voz de la justicia y olvídate por completo de violencia. Pues esta ley impuso a los hombres el *Cronión*: a los peces, fieras y aves voladoras, comerse los unos a los otros, ya que no existe justicia entre ellos; a los hombres, en cambio, les dio la justicia que es mucho mejor"[10]

Se puede concluir, de lo antes expuesto que la dignidad es un atributo *intrínseco,* que comporta ciertos derechos *inalienables*, que son los fundamentales para respetar la dignidad humana y que su existencia no depende de factores externos.

---

7 Cfr, por todas, las sentencias recaídas en los Expedientes 1006-2002-AA,28.I.03, f.j. 2d); 0044-2204-AI, 13.IV.05, f.j.32; 1417-2005-AA, 8.VII.2005, f.j. 2.

8 Cfr. Preámbulo.

9 Cfr. Buonomo, Vicenzo, *I diritti umani nelle relazioni internazionali. La normativa e la prassi delle Nazione Unite*, Roma, Pontifica Universitá Lateranense Mursia, 1997, 16 (traducción personal).

10 Hesíodo, *Trabajo y días.* Fundación Carlos Slim, México, 8. Ubicable en https://cdn.pruebat.org/recursos/recursos/libros/pdf/Trabajos-y-dias.pdf

No se trata de un *valor,* sino de un rasgo de la condición humana de carácter objetivo, real, que no depende de la auto calificación o de la imposición que pudieran realizar el Estado o los operadores jurídicos. La dignidad humana es presentada como un primer principio, fuente de todos los derechos, con carácter basilar, no disponible[11]. Acompaña a todo ser humano, por el sólo hecho de ser un individuo de la especie[12]. Se sigue a esta afirmación otra no menos importante: es predicable también de aquellos cuya racionalidad o corporalidad, por las razones que sea, no se hayan desarrollado plenamente. En estos casos, más bien, la condición humana se traduce en la solidaridad y reconocimiento de la igual dignidad.

Por otro lado, es importante señalar que si bien la Declaración está imbuida de la aspiración de vivir "dentro de un concepto más amplio de libertad"[13], cuando declara en su primer artículo la igual libertad y dignidad de todos los seres humanos, precisa como rasgos propios del actuar humano el poseer *razón y conciencia.* Consideramos que nos encontramos ante un punto central en la concepción de la dignidad humana de este documento porque la dignidad humana no es simple autonomía moral sino que enlaza la libertad con las necesidades propias y ajenas, a fin de no resolver las diferencias mediante la violencia, sino por el reconocimiento de *lo* suyo, es decir, del derecho de cada quien. Existe el deber de reflexionar sobre la repercusión de las propias decisiones en el bien ajeno, para "comportarse fraternalmente" con los demás miembros de la familia humana de acuerdo a la DUDH. La libertad no se reduce a simple autonomía, sino que exige una conducta responsable, de acuerdo a unos parámetros objetivos delineados por el *modo de ser* propio de la condición humana.

Por tanto, el respeto a la dignidad exige que el ejercicio de la libertad se ejerza partiendo de la existencia de unos bienes básicos, a los que tiene derecho todo ser humano para alcanzar su plenitud. Estos bienes pueden agruparse en seis[14] y encuentran su correlato en el texto de la Declaración, salvo la referencia a Dios: "1) vida (su mantenimiento y transmisión, salud y seguridad)[15]; 2) conocimiento

11 En el mismo sentido se pronuncia la Constitución del Perú en el art. 1º.

12 Art. 1º.

13 Preámbulo.

14 Finnis, John, *Absolutos morales: tradición, revisión y verdad*, Trans. Juan José García Norro, Barcelona, Eiunsa, 1992, 278-281., citado por Massini, Carlos Ignacio, "El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos" en *El derecho a la vida*, ed. C.I. Massini y P. Serna (Pamplona: EUNSA, 1998), 191.

15 Arts. 3, 22 y 25.1.

y experiencia estética[16]; 3) excelencia en el trabajo y en el juego[17]; 4) amistad, paz y fraternidad[18]; 5) paz interior, autointegración y autenticidad[19]; y 6) armonía con los más amplios ámbitos de la realidad, en especial con Dios y con el entorno natural"[20]. Estos bienes se pueden identificar en el catálogo del segundo artículo de la Constitución Política del Perú.

Decíamos que todo ser humano es titular de estos derechos, por ser un individuo de la especie humana. Y ni el Estado ni los particulares se pueden eximir de su cumplimiento y observancia. En consecuencia, una característica esencial para poder calificar a un derecho como fundamental es esta característica de exigencia *erga omnes*. Consecuentemente, no califica como tal, aquello que sólo puede ser exigido a determinadas personas y en determinadas circunstancias.

Por otro lado, si la dignidad es intrínseca a la naturaleza humana, no se pierde aun cuando las circunstancias -sean físicas o morales- no se correspondan con ella, como podrían ser los tratos humillantes o la muerte dolorosa e injusta, como la que sufrieron los mártires de la patria como Tupac Amaru o el pescador chorrillano José Silverio Olaya Balandra, más conocido como "Mártir Olaya".

Los derechos fundamentales, en su dimensión subjetiva, garantizan el acceso a bienes jurídicos constitucionales derivados de la dignidad humana. En ese sentido, los derechos fundamentales, como derechos subjetivos, son derechos a "algo". O, expresado en otros términos, el derecho a la "cosa" justa atribuida a alguien por exigencia de la naturaleza y no por concesión del Estado. Ese "algo" puede ser un dar, un hacer o un no hacer. Tradicionalmente se han definido los derechos fundamentales como prerrogativas de las personas ante el Estado, para impedir que interfiera en su esfera de libertad individual. Sin embargo, al tener los derechos fundamentales una estructura de derechos subjetivos, no solamente se refieren a omisiones o abstenciones, sino que, además, exigen acciones positivas. Por tanto, los derechos fundamentales, además de poseer una doble dimensión, tienen un doble carácter, ya que no solo se limitan a derechos de abstención, sino que además abarcan, estructuralmente, los derechos a acciones positivas.

16 Arts. 26 y 27.

17 Arts. 23 y 24.

18 Art. 1.

19 Arts. 18 y 19.

20 Arts. 28 y 29.

El primer responsable de las acciones positivas es el Estado porque su finalidad suprema es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. En efecto, la gran mayoría de constituciones reconoce la dignidad humana como el fin supremo y, a la vez, el principio que legitima la acción del Estado, por lo que su acción debe garantizar la protección y desarrollo de las personas. Ciertamente, la sociedad en su conjunto también es responsable de las acciones y abstenciones que los derechos fundamentales instituyen, por lo que también es exigible un respeto intersubjetivo de espacios de libertad y de solidaridad social[21].

Llegados a este punto corresponde analizar si practicar el homicidio "piadoso", como tipifica el Código Penal vigente a aquél cometido, por piedad, ante "un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores" resulta compatible con imponer una pena privativa de libertad no mayor de tres años[22]. En otras palabras, si la eutanasia, configura un deber de solidaridad social, ya que no sólo se considera un acto de piedad, sino un ejercicio de la libertad para lograr una "muerte digna".

Afirmamos antes que el deber de respetar los derechos fundamentales es una obligación de primer orden, tanto para el Estado como para los particulares, ante los que no cabe eximirse por razones personales. Si somo coherentes y consideramos que existe el derecho de morir cuando alguien decide hacerlo y que los demás estamos obligados a quitarle la vida si él no puede hacerlo, convertiríamos entonces el deber de respeto a la vida en deber de respeto a la muerte a solicitud de los demás, ante el cual nadie podría excusarse, ya que -insistimos- esa es la característica esencial de los derechos fundamentales.

Resulta significativo comprobar que se admite, pacíficamente, el deber universal de respetar los derechos fundamentales. Por eso, resulta, al menos contradictorio,

---

21 Este deber del Estado de proteger el derecho a la vida se encuentra reflejado en **el artículo 1º del Código Civil,** que establece: "La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo". Y en e**l artículo 2º** que puntualiza: "El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6". A su vez, el **artículo 6º** precisa: "Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. (...)"

22 Artículo 112.

que se permita "no respetarlos" cuando se invoca la objeción de conciencia[23]. Como bien ha determinado nuestra legislación, es factible invocarla "cuando alguien se ve imposibilitado de cumplir una obligación legal por causa de un imperativo, moral o religioso, grave o ineludible, reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece". De allí que la objeción de conciencia no pueda invocarse cuando se trata de deberes constitucionales, y lo que se aprecia en el derecho comparado y en el nacional, es que se invoca cuando se exige realizar un acto contrario a la vida de un ser inocente, como es el caso del aborto terapéutico, o -como ocurrió en el caso de la Sra. Ana Estrada- ante la orden judicial de quitarle la vida cuando ella lo decidiera y, finalmente, en los supuestos de guerra[24].

En los tres casos se aprecia que, justamente, lo que se exige es no respetar un derecho fundamental. Por tanto, es lícito cuestionar si la eutanasia o suicidio asistido califican como tal. En el país instigar o asistir a otra persona para que se suicide sigue siendo un delito[25]. Y, al menos hasta la fecha, se felicita y agradece a los bomberos, policías y a cualquier persona que impide que otra se suicide, justamente por ser la vida el presupuesto indispensable para poder gozar de los demás derechos.

Probablemente, la cuestión que se plantea es justificar el homicidio para poner fin a los sufrimientos de una persona que lo pide insistentemente. En esta situación, una exigencia básica del principio de humanidad es aliviar el sufrimiento y la ciencia médica ha evolucionado mucho al respecto, al punto de existir la especialidad de cuidados paliativos, orientados a evitar el dolor y el sufrimiento del paciente y sus familiares. Esta especialidad médica tiene un enfoque integral centrado en mejorar la calidad de vida de los pacientes y sus familias que enfrentan enfermedades graves

---

23 En el Perú no está reconocida constitucionalmente explícitamente, pero se infiere del artículo 2º (...) "**3.** A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. (...). Y está definida por el artículo 4º de la Ley N.º 29635, Ley de Libertad Religiosa, en los siguientes términos: "La objeción de conciencia es la oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, en razón de sus convicciones morales o religiosas. Se ejerce la objeción de conciencia cuando alguien se ve imposibilitado de cumplir una obligación legal por causa de un imperativo, moral o religioso, grave o ineludible, reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece". Considero que el imperativo moral no necesariamente obedece a una confesión religiosa determinada, sino al convencimiento de que un acto es contrario, justamente, al respeto a los derechos fundamentales.

24 Cuando alguien se niega a emplear armas y prefiere colaborar de otro modo en la defensa de la patria.

25 Cfr. Código Penal, artículo 113: "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. La pena será no menor de dos ni mayor de cinco años, si el agente actuó por un móvil egoísta".

o potencialmente mortales. Buscan aliviar el sufrimiento mediante la prevención y el tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicológicos, sociales y espirituales. No buscan acelerar ni retrasar la muerte, sino que reconocen la muerte como un proceso natural y respetan los valores y creencias del paciente.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en este tema y ha declarado que el derecho a la vida no implica el derecho a morir, ni crea el derecho a elegir la muerte en lugar de la vida en el caso *Pretty vs. Reino Unido*[26]. Por la claridad de la argumentación reproduzco a continuación parte de los fundamentos:

> 39. El énfasis constante en todos los casos presentados ante el Tribunal ha sido la obligación del Estado de proteger la vida. El Tribunal no está convencido de que el «derecho a la vida» garantizado en el artículo 2[27] pueda interpretarse como un aspecto negativo. Aunque, por ejemplo, en el contexto del artículo 11 del Convenio, se ha considerado que la libertad de asociación implica no sólo el derecho a afiliarse a una asociación, sino también el correspondiente derecho a no ser obligado a afiliarse a una asociación, el Tribunal observa que la noción de libertad implica cierto grado de elección en cuanto a su ejercicio (véase Young, James y Webster contra el Reino Unido, sentencia de 13 de agosto de 1981, serie A, N.º 44, pp. 21-22.), § 52, y Sigurđur A. Sigurjónsson c. Islandia, sentencia de 30 de junio de 1993, Serie A, N.º 264, pp. 15-16, § 35). El artículo 2 del Convenio está redactado en los siguientes términos diferentes. No se ocupa de cuestiones relacionadas con la calidad de vida o con lo que una persona decide hacer con su vida. En la medida en que estos aspectos se reconocen como tan fundamentales para la condición humana que requieren protección frente a la injerencia del Estado, pueden reflejarse en los derechos garantizados por otros artículos del Convenio, o en otros instrumentos internacionales de derechos humanos. El artículo 2 no puede interpretarse, sin distorsionar el lenguaje, en el sentido de que confiere el derecho diametralmente opuesto, es decir, el derecho a morir; tampoco

26 Cfr. Fundamentos jurídicos 39-41. Ubicable en https://lpderecho.pe/derecho-vida-contempla-derecho-morir-pretty-vs-Reino-Unido/

27 1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena. 2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:
   a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima;
   b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente;
   c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

> puede crear un derecho a la autodeterminación en el sentido de conferir a un individuo el derecho a elegir la muerte en lugar de la vida.
>
> 40. En consecuencia, el Tribunal considera que del artículo 2 del Convenio no se puede derivar ningún derecho a morir, ya sea a manos de un tercero o con la asistencia de una autoridad pública. Esta opinión se ve confirmada por la reciente Recomendación 1418 (1999) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (véase el párrafo 24 supra).
>
> 41. El demandante ha argumentado que la falta de reconocimiento del derecho a morir en virtud del Convenio haría que los países que sí permiten el suicidio asistido infringieran el Convenio. No le corresponde al Tribunal en este caso intentar evaluar si el estado de derecho en cualquier otro país no protege o no el derecho a la vida.

La cuestión, por tanto, se centra en decidir si optamos por practicar el homicidio denominado piadoso o eutanasia o, más bien, invertimos en el desarrollo de los cuidados paliativos para que los enfermos puedan tener calidad de vida hasta el último momento de su existencia, acompañados por el cariño y los cuidados de su familia y sus amistades, que le ayudan a comprender que su vida es valiosa para ellos.

2. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS

El derecho impone los mínimos éticos para lograr una convivencia pacífica y, como hemos comentado antes, solidaria. En consecuencia, sólo puede ser titular de derechos aquél que es capaz también de asumir obligaciones. De allí que, desde el Derecho Romano, se haya distinguido entre sujetos del derecho y objetos del derecho. En el primer grupo se encuentran los seres humanos, porque son capaces de poseerse a sí mismos en virtud de su naturaleza racional y, consecuentemente, de tener como suyas ciertas cosas, con autonomía ante los demás, debiendo a la vez, responder por los deberes que sus derechos y los de los demás, le imponen. Esta titularidad de los derechos no se pierde, aunque el ser humano, por alguna razón, no pueda ejercerlos directamente: el derecho ha encontrado mecanismo para que, respetando su dignidad humana, puedan contar con la ayuda de otras personas para que se respeten sus derechos[28].

28 Cfr. Código Civil del Perú, artículo 3: "Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida". El Título V del mismo Código desarrolla desde el artículo 42 al 46-A lo concerniente a la capacidad de goce y de ejercicio.

En cambio, son objeto del derecho tanto los animales, como las cosas. La diferencia esencial entre las cosas y los animales, es que los primeros, son seres inertes, es decir sin vida, sin capacidad de automovimiento ni de sentimientos. Los griegos denominaron *anima* (alma) a ese principio de movimiento o vida[29]. Entre los grados de vida se distingue la vegetativa, que permite al vegetal nutrirse, crecer y reproducirse sin conocimiento alguno. La animal o sensitiva, en el que, según la capacidad operativa del animal, se aprecian diversos grados de conocimiento y sentimientos al realizar los tres actos vitales de nutrición, crecimiento y reproducción, pero en los que su conducta está predeterminada por sus instintos. Finalmente, el ser humano, a diferencia de los animales, evidencia que es capaz de superar la fuerza de los instintos por el uso de su razón y el ejercicio de la voluntad, por lo que su *anima* presenta una diferencia esencial, como es la capacidad de reflexión sobre los propios actos, la de conocer no sólo objetos concretos, sino conceptos abstractos o universales y la de amar ordenando los instintos a un bien superior al sensible[30].

Los animales no pueden ser sujetos del derecho porque no pueden asumir responsabilidades por sus actos, ya que carecen de razón, aunque puedan ser capaces de mayor o menor conocimiento y de sentimientos según el grado de vida que posean: resulta evidente que existe una graduación en estas potencias, por ejemplo, si comparamos a una mosca con un elefante o a un grillo con un perro. Consecuentemente, el Código Civil establece en el artículo 1979: "El dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero".

Por lo antes expuesto es lícito cuestionarse la corrección académica de la expresión "derechos de los animales". Considero que puede utilizarse esa expresión en forma analógica, pero estrictamente es un deber ético, de todo individuo de la familia humana, ya que le corresponde respetar y cuidar el ecosistema, del cual no es creador, sino simple administrador temporal[31]. De allí que, cada día exista más

29 Aristóteles fue el primer filósofo griego que profundizó en esta realidad.

30 Siguiendo a Aristóteles, en estos tres grados de vida se pone de manifiesto la existencia de tres tipos de almas: la vegetativa, la sensitiva y la racional (Cfr. *Acerca del alma*, Í, 1, 402a 23-27).

31 La Astronomía ha dado a conocer recientemente: "Hace aproximadamente dos décadas, el Telescopio Espacial Hubble divulgó una serie de imágenes del cielo que revolucionaron la forma de pensar el universo para la astronomía y el ojo humano, explica la Agencia Espacial Canadiense (CSA por sus siglas en inglés). En 1995, Hubble demostró que la región cercana a la constelación de la Osa Mayor, una porción del espacio que se creía vacía, contenía, al menos, un total de 3 000 objetos celestes. (...).

conciencia del deber de cuidar el planeta, en forma comprehensiva, deber que ha sido recogido por la Organización de las Naciones Unidas al consensuar los objetivos para lograr el desarrollo sostenible del planeta en el 2030[32].

Precisamente, la dignidad humana exige tratar con respeto y cuidar a los animales, ya que son seres sintientes, es decir, que experimentan dolor, aunque sea distinto al sufrimiento humano, ya que su dolor no es racionalizado, es decir, no se cuestionan el origen ni la razón de ser de esa experiencia[33]. Además, si bien es legítimo servirse de los animales para el alimento y la confección de vestidos es un deber ético no exponerlos a sufrimientos innecesarios[34]. Asimismo, los experimentos médicos y científicos en animales son prácticas aceptables, pero sólo si se mantienen en límites razonables y contribuyen a cuidar o salvar vidas humanas. Por otro lado, en las últimas décadas en las ciudades ha aumentado el interés por las mascotas, que contribuyen al descanso, entretenimiento y compañía de los seres humanos. Sin embargo, aunque es lógico que se ame y cuide a esos animales, no es razonable que se anteponga su bien al de un ser humano.

Debe tenerse presente que no pueden obviarse los deberes del Estado y de los particulares respecto a los recursos naturales, tanto los no renovables como los renovables[35]. En consecuencia, existe un deber humano, fundamental -constitucionalmente reconocido- que exige conservar la diversidad biológica, no sólo vegetal, sino también animal[36].

Finalmente, aceptar o denegar la titularidad de derechos de los animales se encuentra directamente relacionado con la necesidad de que los derechos no per-

---

De acuerdo con la Agencia Canadiense, los astrónomos que estudiaron el conjunto de imágenes del Hubble estiman que hay más de 1 billón de galaxias en el universo observable (¡1.000.000.000.000!). (...). ...la Agencia Espacial Norteamericana NASA advierte que no se sabe a ciencia cierta de qué está compuesto la mayor parte del universo". Ubicable en https://www.nationalgeographicla.com/espacio/2023/03/cuantas-galaxias-conocidas-hay-en-el-universo Si el ser humano hubiera sido el origen del universo, podrìa dar cuenta de lo que existe en el universo, pero los datos que se tienen, a la fecha, demuestran que somos parte del universo, pero conocemos una ínfima parte de él.

32 Cfr. Objetivos de Desarrollo Sostenible: metas número 12 al 15.

33 Esta conciencia hace más hondo el sufrimiento, ya que el ámbito espiritual es superior al físico y engloba toda la actividad humana. La falta de sentido del dolor lleva a la angustia y a la desesperanza.

34 Las imágenes de granjas de gallinas, encerradas en jaulas en las que difícilmente se pueden mover y que les impiden un desarrollo físico normal es contrario a este deber y a la conducta propia de la dignidad humana.

35 Cfr. Constitución Política del Perú, artículo 66.

36 Cfr. Constitución Política del Perú, artículo 68.

manezcan indefinidos, ya que detrás de un derecho, existe un deber. Por tanto, corresponde que las personas seamos cada vez más consecuentes con el deber de respetar y cuidar el hábitat natural de las plantas y de todas las formas y grados de vida, a fin de no desestabilizar el ecosistema, más de lo que se viene haciendo por la acción humana: somos testigos de los fenómenos climáticos y la extinción de especies en todo el mundo, que se encuentran directamente relacionados con el individualismo y el desprecio a la vida ajena.

Después de 77 años sigue siendo especialmente relevante analizar y mantener vivo el mensaje de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, para lograr un desarrollo sostenible, basado en la justicia y la solidaridad humana.

AUTONOMÍA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y DEL PODER JUDICIAL FRENTE A LA INDEBIDA CONFIGURACIÓN Y NATURALEZA DEL AMPARO POLÍTICO EN EL PERÚ*

Jhonny TUPAYACHI SOTOMAYOR*

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** El contenido del mal denominado amparo político. **3.** Aspectos de inconstitucionalidad del amparo político. 3.1. Sobre la vulneración al derecho a la igualdad. 3.2. Autonomía judicial y principio de separación de poderes vulnerados. **4.** Sobre la vulneración a las garantías en la administración de justicia. 4.1. Sobre la vulneración del derecho de defensa. 4.2. Sobre la vulneración al derecho a la tutela jurisdiccional. 4.3. Sobre la vulneración al derecho a la tutela urgente. 4.4. Vulneración al derecho al debido proceso contemplado en el inciso 3 del art. 139 de la Constitución. **5.** Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN.

Luego del pronunciamiento jurisdiccional recaído en la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) contenida en el Exp. N.º 00003-2022-PCC/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2022), donde el propio TC reconoce que el pasible de un juicio político puede solicitar tutela judicial —mediante proceso constitucional de amparo— a efecto de requerir un control de forma del mismo, a razón de la protección al debido proceso en su dimensión procedimental o formal sin que ello signifique impedir el desarrollo y término de las prerrogativas reconocidas

* Abogado, magister en Derecho Constitucional y Doctor en Derecho. Máster en jurisdicción Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Bolonia en Italia. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Presidente del Centro de Estudios de Derecho Constitucional y Director del Instituto de Investigación de la Universidad San Martín de Porres (Perú). Profesor de pre y postgrado de los cursos en Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Derechos Fundamentales en diversas universidades del Perú. Autor de múltiples ensayos y textos de su especialidad. Actual Procurador Público en materia constitucional del Poder Judicial del Perú.

constitucionalmente al Parlamento, no solo permite que la posibilidad de efectuar control posterior de las actuaciones parlamentarias, sino que conlleva a analizar también el efecto de la ejecución de las decisiones parlamentarias.

En ese orden de ideas, se circunscribe la sentencia recaída en el Exp. N.º 00004-2024-PCC/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2024), donde pese al desacuerdo político que conllevó dicha sentencia, se reconoce que:

> [...] si el acto parlamentario incide directamente en la afectación de un derecho fundamental, entonces el control judicial del acto político es plenamente válido; pero si se trata de un acto político puro, entonces el debido proceso no tiene los mismos alcances, matices e intensidad judiciales, siendo solo admisibles como control de forma, pero no de fondo.

Así pues, "[...] bajo ninguna circunstancia, [...] el ejercicio de la potestad parlamentaria deba desenvolverse prescindiendo del respeto a los principios y derechos reconocidos por Constitución" (Tribunal Constitucional del Perú, 2022, fj. 99).

Frente a tal decisión, el Poder Legislativo no tuvo mejor reacción política que modificar diversos artículos del Código Procesal Constitucional, ello mediante la Ley N.º 32153 (Perú, 2024), promulgada por su presidente y publicada en el diario oficial El Peruano el 05 de noviembre de 2024, donde destaca la incorporación del artículo 52-A, que establece un procedimiento especial en el trámite de demandas de amparo donde se cuestione el ejercicio de atribuciones del Poder Legislativo. Consecuentemente a la incorporación del artículo 52-A, se ha modificado otros artículos del cuerpo procesal constitucional, tales como: a) el artículo 12, establece que el juez puede emitir sentencia con la contestación de la demanda sin desarrollar la audiencia única, salvo lo dispuesto en el artículo 52-A; b) artículo 18, establece la inaplicación de la medida cautelar a los supuestos del artículo 52-A; y c) artículo 26, respecto a la actuación de sentencia no se aplica a los supuestos del artículo 52-A.

Si bien existe la competencia del legislador de modificar los textos normativos, también es cierto que dichas modificaciones no pueden ir en contra de la Constitución, situación que se presenta al advertir que se contraviene: a) el inciso 2 del artículo 2º que reconoce el derecho a la igualdad ante la ley; b) el artículo 43º que reconoce el principio de separación de poderes; y c) el artículo 139º, incisos 2, 3, 6 y 14, que reconocen como principios de la función jurisdiccional la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (que comprende el derecho de acceso a la justicia) y el principio de no ser privado del derecho de defensa (Perú, 1993/2021).

2. EL CONTENIDO DEL MAL DENOMINADO AMPARO POLÍTICO.

Revisado el artículo 52-A del Código Procesal Constitucional, se advierte que desarrolla un procedimiento especial de amparo para aquellos procesos iniciados contra el Congreso de la República (Perú, 2024).

Artículo 52-A. Procedimiento especial

El trámite de la demanda de amparo donde se cuestione el ejercicio de atribuciones exclusivas y excluyentes del Congreso de la República referidas a la elección, designación, ratificación y remoción de altos funcionarios, así como las vinculadas al juicio y antejuicio político, y a la vacancia y suspensión presidencial, se sujetan a las siguientes disposiciones.

a) La demanda la interpone el titular del derecho directamente afectado que invoque la vulneración del debido proceso;
b) En primera instancia la demanda es de conocimiento de la sala constitucional, quien adopta todas sus decisiones con tres votos conformes; debiendo resolverse en un plazo máximo de 60 días hábiles desde la presentación de la demanda;
c) El recurso de apelación se interpone ante la misma sala y se concede con efecto suspensivo;
d) La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República resuelve la apelación, y adopta decisiones con cuatro votos conformes;
e) No procede la medida cautelar;
f) No puede prescindirse de la audiencia única; y,
g) No procede la actuación inmediata de sentencia.

Este procedimiento especial tiene trámite preferente y urgente en todas las instancias dentro de los plazos máximos establecidos, bajo responsabilidad funcional.

3. ASPECTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL AMPARO POLÍTICO

3.1. Sobre la vulneración al derecho a la igualdad

El derecho fundamental a la igualdad se encuentra consagrado en diversos instrumentos normativos tales como el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú (Perú, 1993/2021); en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969); en el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (OEA, 1948); en los artículos 1 y 7 de

la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948); y en los artículos 3, 14.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966).

Conforme a la redacción del artículo 52-A del Código Procesal Constitucional vigente (Perú, 2024), esta vulnera el derecho de igualdad procesal que se origina de la interpretación sistemática del inciso 2 del artículo 2 (igualdad), en concordancia con el inciso 3 del artículo 139 (debido proceso) de la Constitución. Dicha lectura es importante, porque en todo proceso judicial, administrativo o en sede privada, debe garantizar que las partes procesales tengan las mismas oportunidades de alegar, defenderse o probar, de modo que no se ocasione una desventaja entre alguna de las partes respecto de la otra. Tal exigencia constituye un componente del debido proceso ya que ningún proceso que inobserve dicho imperativo puede reputarse como "debido".

El Poder Legislativo redactó el artículo del Código Procesal Constitucional creando un proceso especial para las situaciones donde sea demandado, lo que denota desigualdad de armas en el proceso, dado que la parte contraria se ve limitada en su accionar procesal, así como en el uso de instituciones procesales existentes en el mismo cuerpo normativo, generando reglas a su favor.

No cabe duda de la afectación al derecho a la igualdad ante la ley. Dicho derecho tiene relación directa con el principio de igualdad procesal, respecto del cual el Máximo intérprete de la Constitución se manifestó mediante el fallo contenido en el Exp. N.º 03525-2011-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2011), donde en su fundamento cuarto señala.

Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Lo señalado por el Tribunal Constitucional debe ser entendido que el alcance de la igualdad ante la ley conlleva que la misma deba ser aplicadas de manera igualitaria para todos los pasibles de la misma. La garantía directa al trato igualitario ante la ley es de orden constitucional conforme la lectura del artículo 2 de la Constitución, evitando así la injusticia y la promoción de igualdad de condiciones y oportunidades.

En esa línea es como resuelve el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.º 01604-2009-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2009), desarrollando en su fundamento 8 el principio de igualdad ante la ley. Para tal efecto, se indica que.

El principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de "tratar igual a los que son iguales" y "distinto a los que son distintos". (...) En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley está llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales.

Una garantía del Estado Constitucional de Derecho que se asocia al principio de igualdad es el límite y la obligación establecida al legislador de abstenerse de discriminar e intervenir en el marco normativo para generar condiciones de desigualdad que pueden producirse dentro del sistema jurisdiccional, ello a fin de garantizar los derechos fundamentales y procesales, y con ello una expresión de justicia adecuada. En esa lógica principista, en el desarrollo del proceso constitucional de amparo, las normas sustantivas y procesales deben operar bajo la garantía de igualdad para las partes sin distinguir la condición procesal o institucional, lo cual no sucede con la redacción del artículo 52-A (Perú, 2024).

La lectura del artículo citado involucra que hoy los jueces puedan tratar de manera desigual o diferente a quienes son partes procesales dentro de una misma situación procesal, olvidando que la naturaleza del amparo debe ser única para todos.

No existe justificante alguno para la creación de este proceso especial de amparo. En el presente caso, el Poder Legislativo pretende tener privilegios en el proceso de amparo que, sumados a la potestad legislativa que ostenta, desequilibran notoriamente la relación entre la entidad pública y los demandantes dentro del proceso constitucional. En tal situación, es necesaria la intervención de la interpretación constitucional del Tribunal Constitucional.

Es claro que el legislador, quien es autor de la norma, ha configurado un supuesto de hecho para arrogarse una situación de privilegio en el proceso de amparo que, sin embargo, debería encontrarse en la misma situación procesal que los demás intervinientes. Como se aprecia de la propia norma, esta irrazonablemente

distingue y, en forma arbitraria, crea un supuesto de hecho específico que genera consecuencias jurídicas determinadas en base a un trato diferenciado, puesto que se trata de manera distinta situaciones iguales y se crea sin fundamento alguno una situación de ventaja.

En ese sentido, es evidente la vulneración al derecho a la tutela urgente y a recibir la actuación inmediata del juez, impidiendo así que ambas tengan una tratativa en absoluta igualdad ante el juez y sala constitucional, pues se genera una situación de privilegio o supremacía del Congreso en detrimento de la otra parte.

En ese contexto, consideramos que no existe una fundamentación objetiva y motivada para establecer dicha condición diferenciada frente a actos procesales concretos referidos a la eventual vulneración de derechos fundamentales por parte del Congreso de la República.

En materia procesal, se reconoce el derecho a la igualdad de armas —el mismo que coloca a los sujetos procesales en un mismo nivel— y busca que se reduzca y elimine todos los obstáculos que impiden su ejercicio en salvaguarda de los intereses de las partes.

Por lo tanto, al no existir razones que justifiquen tal diferencia normativa, que además incide en el ejercicio del derecho de defensa, está claramente deviene en inconstitucional por constituirse en una medida arbitraria carente de un fin constitucionalmente legítimo (test de idoneidad del principio de proporcionalidad). En esa línea, se aprecia del artículo 52-A los siguientes actos que afectan la igualdad procesal (Perú, 2024).

a) Se limita el derecho de acción al titular del derecho (inciso a, art. 52-A), cuando el Código Procesal Constitucional reconoce en los artículos 40 y 41 la representación procesal y la procuración oficiosa. Para tal caso, una norma de rango legal contraviene el artículo 139, inciso 14, de la Constitución Política del Perú (Perú, 1993/2021).
b) Se limita el derecho a la tutela urgente conforme al inciso e) del art. 52-A, cuando dicho inciso limita el acceso a la medida cautelar. Para tal caso, una norma de rango legal contraviene el artículo 139, inciso 3, de la Constitución (Perú, 1993/2021), generando un trato diferenciado, cuando el Código Procesal Constitucional reconoce la procedencia de las medidas cautelares en sus artículos 18 y 19.
c) Se limita el derecho a la tutela urgente conforme a los incisos f y g del art. 52-A, al prohibirse prescindir de la audiencia única y de la ejecución inmediata

de sentencia fundada. Para tal caso, una norma de rango legal contraviene el artículo 139, inciso 3, de la Constitución (Perú, 1993/2021), generando un trato diferenciado, cuando el Código Procesal Constitucional reconoce la dirección judicial del proceso al juez (art. III, Título Preliminar) y la actuación de sentencia en su artículo 26.

3.2. Autonomía judicial y principio de separación de poderes vulnerados

El reconocimiento de la autonomía judicial conlleva a garantizar que ningún poder del Estado interfiera y afecte la correcta administración de la justicia. En ese sentido, en un Estado de Derecho es consustancial que la independencia de sus jueces, prevista en el artículo 139, inciso 2, de la Constitución Política del Perú (Perú, 1993/2021), sea sustancialmente concretada y una realidad formal en los instrumentos jurídicos vigentes.

La autonomía funcional del juez (autonomía judicial) se puede considerar como la potestad otorgada por el Estado para que sean independientes en el ejercicio de su función judicial. En consecuencia, ningún organismo dentro del propio Poder Judicial (interno) u otros organismos constitucionales o condiciones y acciones de la organización social en su conjunto (externo) pueden guiar el ejercicio de la función jurisdiccional y, con ello, no se pueda implementar medidas que afecten la autonomía decisoria de los jueces (la autonomía judicial del juez en el desarrollo de sus atribuciones).

En ese sentido, la autonomía protege que una decisión judicial sea el resultado de un mandato o presión sobre el magistrado que la implementa, pues debe ser el juez quien determine el alcance, aplicación, integración e interpretación del marco normativo existente. La autonomía permite al juez decidir sobre las causas sometidas a su jurisdicción, disponiendo discrecionalidad para la aplicación y valoración del derecho aplicable a cada caso y de las instituciones procesales necesarias y medios de prueba existentes, por lo cual, el juez puede realizar las valoraciones que considere sin necesidad de un mandato normativo que le diga qué hacer, ello como actividad propia de su función de juzgar (más aún en un proceso constitucional, donde priman los derechos fundamentales sobre la rigidez legal), generando así que sus resoluciones no solo cumplan con el deber de administrar justicia sino que gocen de la autoridad de cosa juzgada.

En el caso concreto, se vulnera la autonomía judicial con el artículo 52-A del Código Procesal Constitucional (Perú, 2024), que reprime, impide y prohíbe diversas actuaciones de orden procesal al demandante del proceso de amparo "es-

pecial". Dado que establece limitaciones al derecho a la cautela anticipada —como forma de evitar el mayor perjuicio que podría vulnerar derechos fundamentales—, igualmente restringe la ejecución inmediata de la sentencia de primera instancia dictada por jueces superiores especializados en materia constitucional. Con ello se evidencia una notable incongruencia, al disponer que la primera instancia de los amparos especiales la conozcan los jueces superiores con exigencia de acuerdo unánime en todas sus resoluciones, eliminando así la libertad de criterio.

Como se ha señalado en anteriores oportunidades, la redacción actual de la norma procesal constitucional conmina al juez ordinario o constitucional a tener que actuar conforme a la norma y no conforme al objeto del proceso. Considerando que se trata de un proceso de tutela de derechos fundamentales, tal determinación resulta contraria a los fines del proceso y a las prerrogativas del juez constitucional.

4. SOBRE LA VULNERACIÓN A LAS GARANTÍAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

4.1. Sobre la vulneración del derecho de defensa.

Este derecho fundamental se encuentra consagrado como garantía fundamental en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución Política del Perú (Perú, 1993/2021); así como también en los artículos 8.2, literales d) y e), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969); en el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966); y en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948).

El derecho de defensa conlleva, en un sentido básico y general, garantizar que las partes procesales —en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea la naturaleza procesal en que se desarrolle (constitucional, penal, tributaria, civil, mercantil, etc.)— no se vean privados de tutela jurisdiccional efectiva. Sobre este derecho, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

> [...] el derecho a no quedar en estado de indefensión en el ámbito jurisdiccional es un derecho que se irradia transversalmente durante el desarrollo de todo el proceso judicial. Garantiza así que una persona que se encuentre comprendida en una investigación judicial donde estén en discusión derechos e intereses suyos tenga la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente el reconocimiento de tales derechos e intereses. Por tanto, se conculca cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa. Evidentemente

> no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión reprochada por el contenido constitucionalmente protegido del derecho. Esta es constitucionalmente relevante cuando la indefensión se genera en una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. Y se produce solo en aquellos supuestos en que el justiciable se ve impedido, de modo injustificado, de argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos. (Tribunal Constitucional del Perú, 2006, Exp. N.º 0582-2006-PA/TC, fj. 3).

Como se señaló, el inciso a) del artículo 52-A del Código Procesal Constitucional desconoce la existencia de los artículos 39, 40 y 41 del mismo cuerpo normativo, que disponen, respectivamente, que el legitimado para interponer la demanda de amparo es el afectado con el acto lesivo y que este puede comparecer mediante representante procesal. No obstante, también es posible que cualquier persona pueda comparecer en nombre de quien no tenga representación procesal, siempre que se encuentre imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, afectando así el derecho de defensa reconocido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución Política del Perú (Perú, 1993/2021).

El actual texto del inciso a) del artículo 52-A contraviene lo señalado por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N.º 0518-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2004), en concordancia con lo dispuesto por el artículo 40 del Código Procesal Constitucional. Dicha sentencia reconoce la representación procesal en materia de procesos de amparo, estableciendo que la demanda puede ser interpuesta por el afectado, su representante (en casos de imposibilidad, por un tercero con posterior ratificación), cualquier persona en casos de amenaza o violación de derechos difusos, y la Defensoría del Pueblo dentro de sus competencias. El afectado siempre será una persona natural o jurídica —cuyos derechos fundamentales sean vulnerados o amenazados—, ya sean derechos nominados o innominados, reconocidos en la Constitución o en tratados de derechos humanos.

4.2. Sobre la vulneración al derecho a la tutela jurisdiccional

El inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú reconoce el principio y derecho de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional (Perú, 1993/2021). En tal sentido, cuando el órgano jurisdiccional imparte justicia, debe observar los principios, derechos y garantías que nuestro texto constitucional establece como límites del ejercicio de la administración de justicia.

Con la vigente redacción del inciso e) del artículo 52-A del Código Procesal Constitucional (Perú, 2024), que limita el acceso a la medida cautelar como medida inmediata de acción y protección a la pretensión del accionante, se contraviene el artículo 139, inciso 3, de la Constitución (Perú, 1993/2021). Esto genera un trato diferenciado, ya que el propio Código Procesal Constitucional reconoce la procedencia de las medidas cautelares en sus artículos 18 y 19 (Perú, 2024).

Asimismo, el artículo 9 del Código Procesal Constitucional establece que la tutela procesal efectiva consiste en una situación jurídica en la que se respetan los derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, de defensa, de contradicción e igualdad sustancial en el proceso, entre otros (Perú, 2024).

Dentro de los derechos fundamentales y principios contemplados en la Constitución sobresalen los de connotación procesal, los cuales buscan generar que el proceso sea un mecanismo eficaz y de garantía para la defensa de los derechos de las personas. La Constitución ha reconocido el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional como garantías procesales comprendidas dentro del artículo 139, inciso 3, cuya protección es uno de los fines del proceso de amparo (Perú, 1993/2021). En la misma línea, la medida cautelar dentro del proceso de amparo tiene también dicho objetivo, considerando que a través de esta se puede conseguir tutela anticipada en la protección de derechos fundamentales afectados.

En razón de la tutela cautelar que se ve imposibilitada por el artículo 52-A del Código Procesal Constitucional (Perú, 2024), el Tribunal Constitucional ha reconocido la función constitucional de la tutela cautelar en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0023-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2005), señalando lo siguiente:

> 49. Al igual que el derecho al libre acceso a la jurisdicción, la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución. Sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. No existiría debido proceso ni Estado constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por esta.
>
> 38. De lo cual se desprende que la función de las medidas cautelares está orientada en su carácter instrumental a asegurar la efectividad del derecho demandado en el marco de un debido proceso, no solo cuando se trate de

> procesos que adolecen de dilaciones indebidas o que no se resuelvan dentro de los plazos establecidos, sino también cuando se trate de la duración ordinaria de los procesos. Existen procesos que, por su duración, aunque tramitados dentro de los respectivos plazos, pueden constituir un serio peligro para la eficacia del derecho.

En tal sentido, privar al accionante del acceso a una medida cautelar, afecta múltiples derechos de connotación procesal contemplados en la Constitución, más aún cuando se trata de un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales, donde la lectura del juez constitucional es la tutela de los mismos, mediante medidas rápidas, sencillas y eficaces.

4.3. Sobre la vulneración al derecho a la tutela urgente

Existe afectación al derecho a la tutela urgente, propio del proceso constitucional de amparo, al aplicar en forma literal los incisos f) y g) del artículo 52-A del Código Procesal Constitucional (Perú, 2024). De dichos incisos se desprende la prohibición de prescindir de la audiencia única y de la ejecución inmediata de la sentencia fundada, lo que contraviene el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú (Perú, 1993/2021). Ello genera un trato diferenciado, dado que el propio Código Procesal Constitucional reconoce la dirección judicial del proceso al juez en el artículo III del Título Preliminar y regula la actuación de sentencia en su artículo 26 (Perú, 2024).

Sobre lo expuesto, cabe mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que las garantías judiciales previstas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969), que reconocen el debido proceso, bajo ningún motivo pueden limitarse a la jurisdicción propiamente dicha. Por el contrario, estos presupuestos fundamentales deben observarse en cualquier instancia procesal y respecto de todo acto emanado del Estado, con independencia de la autoridad que lo ejecute (Corte IDH, 2001a; Corte IDH, 2001b; Corte IDH, 2005).

Indistintamente de la parte procesal que inicie el proceso de amparo, nuestra posición es la defensa de la competencia constitucional del juez constitucional asegurando la vigencia de los derechos fundamentales en el desarrollo de la función jurisdiccional, competencia propia y constitucional del Poder Judicial. Para tal efecto, el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos consagran la obligación de los Estados Partes de garantizar a todas las

personas bajo su jurisdicción un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales (Corte IDH, 2001a; Corte IDH, 2001b; Corte IDH, 2003; Corte IDH, 2004; Corte IDH, 2006a; Corte IDH, 2008a; Corte IDH, 2008b).

Como consecuencia, le corresponde a los Estados garantizar: a) la existencia y disponibilidad formal de recursos internos; b) la accesibilidad de las personas sometidas a su jurisdicción; c) la idoneidad de los mecanismos para remediar una violación de derechos humanos; d) la generación de los resultados esperados al momento de la concepción del recurso; y e) la solución de la controversia bajo la plena observancia de los deberes de debida diligencia y dentro de un plazo razonable (Corte IDH, 1998; Corte IDH, 2008c; Corte IDH, 2010; Corte IDH, 2011).

En tal sentido, un alto funcionario sujeto a un proceso de juicio político —cuando se adviertan vulneraciones a sus derechos fundamentales— no puede ser excluido de la posibilidad de someter su controversia ante una autoridad jurisdiccional competente, recurriendo para ello a un mecanismo de tutela inmediata, sencilla y efectiva como lo constituye el proceso de amparo que le permita una pronta y efectiva respuesta, incluyendo para tal caso, las medidas previas de ejecución y garantías cautelares correspondientes, así como la celeridad procesal.

En el caso particular de los jueces, la Comisión de Venecia ha resaltado la incompatibilidad del juicio político con el Estado democrático de derecho, dado que afecta la independencia judicial y, con ello, la separación de poderes. Asimismo, ha señalado que, de persistir en el juicio político a los jueces, previamente tendría que remodelarse su tramitación, encargándose a un cuerpo calificado de personas ajenas a lo político y debiendo observarse in extenso todas las garantías del debido proceso (Comisión de Venecia, 2021).

En sus recomendaciones, la Comisión de Venecia planteó, entre otras, que la noción de "violación de la Constitución" debería aclararse y definirse con ejemplos de actos que podrían constituirla, excluyendo expresamente que un juicio político pueda basarse en el contenido de decisiones del JNE; que no se pueda procesar políticamente a miembros del JNE durante un proceso electoral; y que se reconozca la posibilidad de recurrir ante un órgano judicial, como el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional, contra una decisión de destitución (Comisión de Venecia, 2021).

Las garantías y derechos cercenados por la norma procesal constitucional no solo se encuentran amparados en el ordenamiento nacional, sino que también cons-

tituye uno de los requerimientos esenciales derivados del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Es necesario considerar el rol preponderante que tiene el proceso de amparo sobre los derechos consagrados en los artículos 8, 12 y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969), así como su ámbito de aplicación como requisito fundamental para mantener el principio de cooperación armónica entre las instituciones del poder público.

En esa línea, el proceso de amparo: a) actúa como un mecanismo eficaz para salvaguardar los derechos humanos, especialmente las aquellas enfocadas al debido proceso en el marco de la jurisdicción ejercida por los Estados; y b) posee las cualidades necesarias para la protección efectiva, lo que implica que debe ser claro y breve. Como lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-9/87 (Corte IDH, 1987), la labor del juez no puede ser vista como una invasión de funciones de otros órganos del Estado, sino como un simple ejercicio de autoridad.

Ahora bien, al presentarse ante los tribunales, especialmente en procesos de orden constitucional, el Estado tiene la responsabilidad de asegurar que aquellos justiciables que tengan razones válidas obtengan una defensa judicial adecuada. De ahí se desprende la justificación de la protección cautelar, concebida como una garantía implícita del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y del respeto al debido procedimiento. Conforme a ello, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0023-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2005, fj. 7).

Al igual que el derecho al libre acceso a la jurisdicción, la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución. Sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. No existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por esta.

Volviendo a nuestra pretensión en el presente caso, el Poder Legislativo no puede legislar —aun siendo su competencia— bajo el argumento de que el Poder Judicial carece de competencia para ejecutar resoluciones judiciales fundadas que impidan o alteren los efectos legales de los acuerdos y resoluciones aprobadas por

el Congreso de la República durante y después de un juicio político. Ello porque dicha competencia existe y está reconocida tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de la vinculatoriedad de los derechos fundamentales en lo relacionado con el debido proceso en el ámbito parlamentario (Corte IDH, 2001; Tribunal Constitucional del Perú, 2006).

Es indiscutible que las garantías propias del debido proceso resultan plenamente aplicables y exigibles dentro del procedimiento parlamentario de juicio político. Ciertamente, existe la capacidad del Poder Judicial de examinar tales acciones —cuando lo solicite la parte interesada— mediante el proceso de amparo. No hay duda de que existe dicha capacidad; sin embargo, es diferente reconocer que las garantías que forman parte del debido proceso "se aplican con las adaptaciones necesarias según el tipo de órganos estatales y procedimientos de que se trate, obviamente sin desnaturalizar la garantía" (Tribunal Constitucional del Perú, 2006, Exp. N.º 03593-2006-PA/TC, fj. 14). Esta situación no se refiere ya a la capacidad de intervención del Poder Judicial, sino a la lógica jurídica que el magistrado debe emplear al abordar este tipo de casos.

Bajo las perspectivas antes desarrolladas, de observarse una limitación indebida a los derechos fundamentales del enjuiciado político, ante el incumplimiento de las garantías que alberga el debido proceso, es incuestionable que el Poder Judicial observe y analice los alcances del acuerdo adoptado. De no ser así, ¿cómo se podría garantizar retrotraer el estado de cosas a un momento anterior a la vulneración, sin dejar de lado la finalidad del proceso de amparo.

Está claro que el Poder Judicial no tiene facultad para intervenir en el debate de fondo de la decisión del juicio político mientras se encuentre en el ámbito legislativo, ya que se trata, ciertamente, de una decisión de carácter político que compete de manera exclusiva al Parlamento; sin embargo, lo que aquí se debate no es la legitimidad de dicha competencia, sino los límites y condiciones bajo los cuales debe ejercerse.

Desconocer lo antes señalado conlleva a aceptar que, de manera paralela al ordenamiento jurídico-constitucional, opere un orden de naturaleza política exento de control constitucional, generándose un dominio libre y arbitrario del poder mayoritario parlamentario de turno. Esta condición deja inmune incluso a determinadas normas constitucionales, al considerarse como una political question y basarse en las imperfecciones de la judicialización de la política, lo que abre la

posibilidad de un peligro mayor e insalvable para la libertad y la división del poder, valores fundamentales del Estado de derecho contemporáneo (Cappelletti, 1984; Ferrajoli, 1996).

Lo pretendido por el Poder Legislativo a través de la incorporación del artículo 52-A parece acudir a la antigua doctrina de la interna corporis acta, considerando que el juicio político es una actuación sin eficacia jurídica constitutiva fuera del Poder Judicial, con fundamento en la garantía de la autonomía parlamentaria. Sin embargo, como ya ha mencionado el Tribunal Constitucional español, la doctrina de los interna corporis acta solo es aplicable en la medida en que no exista lesión de derechos y libertades. En cuanto un acto parlamentario afecte un derecho o libertad susceptible de amparo constitucional, trasciende de la esfera irrevisable propia de los interna corporis acta y corresponde a este Tribunal su examen (Tribunal Constitucional de España, 1988a, 1988b).

Para el presente caso, la interpretación y declaración de inconstitucionalidad que realice el Tribunal Constitucional no sólo tendrá reparo en la competencia de los organismos constitucionales, sino en la protección de los derechos fundamentales. En tal caso, entre los diferentes métodos de interpretación, la interpretación institucional es la que mejor se consolida al presente caso; porque, parte de concebir a la Constitución como un material normativo que debe ser trabajado, en un sentido concreto, sin desconocer el material sociológico de la realidad. Bajo dicha corriente interpretativa postulada por Konrad Hesse, que se caracteriza porque busca recuperar el carácter vinculante de la norma constitucional con la realidad constitucional.

4.4. Vulneración al derecho al debido proceso contemplado en el inciso 3 del art. 139 de la Constitución.

El debido proceso modernamente aparece vinculado al constitucionalismo, en tanto en cuanto, se ubica en las Constituciones modernas y democráticas como un derecho fundamental que garantiza la actuación del derecho material y procesal e impone límites al Estado. En ese sentido, constituye un instrumento para que las personas [en ejercicio de su derecho de acción] puedan defenderse efectivamente o paralizar las acciones arbitrarias del Estado; así como también para satisfacer los derechos de las personas que formulan pretensiones al Estado para que decida sobre ellas conforme a derecho.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 4944-2011-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2011), en el caso Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, señaló lo siguiente:

> (...) el derecho al debido proceso supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos.

De igual forma, el mismo Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 8453-2005-PHC/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2005), en el caso Joseph Anthony Pompei y otros, señaló.

> [...] el derecho al debido proceso significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos [el subrayado es nuestro].

Asimismo, el máximo intérprete de la Constitución, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0090-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2004), en el caso Juan Carlos Callegari Herazo, señaló.

> (...) El debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos (...).

Al respecto, los profesores Fabián Novak y Sandra Nahimas sostienen que la obligación de los Estados de respetar un debido proceso no se limita a una faceta procesal, sino también sustantiva. En el primer caso, referido al aspecto sustantivo, se trata de un estándar o patrón de justicia mínimo que debe ser observado por el operador de justicia, lo que implica establecer límites a la discrecionalidad del magistrado al aplicar el derecho y administrar justicia, impidiendo que interprete y aplique las normas de cualquier manera. El debido proceso sustantivo exige, entonces, que exista una relación sustancial y razonable entre la ley y la seguridad, el bienestar y demás intereses de la población. En el segundo caso, correspondiente al aspecto procesal, se trata de la necesidad de que en todo proceso se respeten un

conjunto de requisitos y garantías mínimas que aseguren un resultado justo (Novak & Nahimas, 2004, p. 241).

En el caso concreto, a nuestra consideración, con la redacción del artículo 52-A se vulnera el derecho al debido proceso, dado que la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado contemplada en el artículo 26 del Código Procesal Constitucional (Perú, 2024) no puede ser aplicada de manera distinta frente a un proceso de amparo, ya que no existe justificante que conlleve a establecer un trámite diferenciado respecto de otras sentencias estimatorias.

Es innegable la exigencia de la ejecución de las resoluciones judiciales, dado que constituye una parte medular de la efectividad de la tutela judicial. En efecto, en las sentencias recaídas en los Exp. N.º 00015-2001-AI/TC, 00016-2001-AI/TC y 00004-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional del Perú (2001, 2002) ha dejado establecido que.

> (...) el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (...).
>
> El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido.

En la misma línea, se ha precisado en la sentencia recaída en el Exp. N.º 04119-2005-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2005a, fj. 64) que "la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela". Asimismo, en el Exp. N.º 00763-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2005b, fj. 6) se reiteró la íntima vinculación entre tutela y ejecución, al establecer que "el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte imprescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución".

En esa lógica, en el caso de que un particular o el Estado no cumpla con lo ordenado por una sentencia o resolución judicial firme, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales autoriza al afectado con el incumplimiento a solicitar la adopción de las medidas y providencias necesarias para que se ejecute lo dispuesto.

En efecto, en dicha línea viene lo señalado por el Tribunal Constitucional del Perú en la Sentencia recaída en el Exp. N.º 01042-2002-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 2002).

> La actuación de la autoridad jurisdiccional en la etapa de ejecución de sentencias constituye un elemento fundamental e imprescindible en el logro de una efectiva tutela jurisdiccional, siendo de especial relevancia para el interés público, dado que el Estado de derecho no puede existir cuando no es posible alcanzar la justicia a través de los órganos establecidos para tal fin.
>
> Para ello, la autoridad jurisdiccional deberá realizar todas aquellas acciones que tiendan a que los justiciables sean repuestos en sus derechos reaccionando frente a posteriores actuaciones o comportamientos que debiliten el contenido material de sus decisiones, pues solo así se podrán satisfacer los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos.

En ese contexto, la posibilidad de poder recurrir la resolución fundada de primera instancia otorga protección a quien, tras un proceso, valoración procesal y de afectación de derechos fundamentales genera la suficiente convicción que condensa una sentencia fundada.

5. CONCLUSIÓN

Es indiscutible la total contravención del artículo 52-A a diversos artículos de la Constitución, en la medida que el legislador no ha sido lo suficientemente meticuloso al sustentar el criterio lógico y razonado de un trato diferenciado de las partes en un mismo proceso. Si bien existe diversidad de tipos de amparo, estos nacen por el tema de fondo analizado, más no por la calidad de parte procesal.

El tema tiene mayor repercusión cuando es una de las partes procesal quien demarca las reglas procesales en el proceso al cual será sometido en vía de control constitucional, vale decir, quien es sujeto de control y revisión frente a la afectación de derechos fundamentales, pone las reglas de juego de la labor jurisdiccional.

La modificación abrupta de diversos artículos del Código Procesal Constitucional a razón del artículo 52-A, impide que el juez puede emitir sentencia con la contestación de la demanda sin desarrollar la audiencia única (limitando la celeridad procesal), conlleva la inaplicación de la medida cautelar (protección inmediata frente al agravio causado) y niega la ejecución anticipada de sentencia fundada (garantía de ejecución de fallo), lo cual, claramente desconoce la igualdad

procesal e irrumpe en la competencia del juez constitucional, en su tarea tuitiva de la defensa de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

Comisión de Venecia. (2021). Informe sobre la independencia del poder judicial y el juicio político a magistrados en el Perú. Comisión Europea para la Democracia por el Derecho, Consejo de Europa.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (1987). Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A N.º 9.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (1998). Caso Blake vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C N.º 36.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2001a). Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C N.º 75.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2001b). Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Reparaciones y costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C N.º 88.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2001c). Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N.º 71.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2001d). Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N.º 74.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2003). Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N.º 100.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2004). Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N.º 110.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2005). Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N.º 127.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2006). Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N.º 154.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2008a). Caso Bayarri vs. Argentina. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C N.º 187.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2008b). Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C N.º 184.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2010). Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C N.º 219.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2011). Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C N.º 228.

Novak, F., & Nahimas, S. (2004). Derecho internacional de los derechos humanos. Lima: Academia de la Magistratura.

OEA. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Organización de los Estados Americanos.

Perú. (1993/2021). Constitución Política del Perú. Congreso Constituyente Democrático. Texto actualizado con reformas hasta 2021.

Perú. (2024, 5 de noviembre). Ley N.º 32153, que modifica el Código Procesal Constitucional e incorpora el artículo 52-A. Diario Oficial El Peruano.

Tribunal Constitucional del Perú. (2001a). Sentencia recaída en el expediente N.º 00015-2001-AI/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. (2001b). Sentencia recaída en el expediente N.º 00016-2001-AI/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. (2002a). Sentencia recaída en el expediente N.º 00004-2002-AI/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. (2002b). Sentencia recaída en el expediente N.º 01042-2002-AA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. (2004a). Sentencia recaída en el expediente N.º 0090-2004-AA/TC (Juan Carlos Callegari Herazo).

Tribunal Constitucional del Perú. (2004b). Sentencia recaída en el expediente N.º 0518-2004-AA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. (2005a). Sentencia recaída en el expediente N.º 0023-2005-PI/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. (2005b). Sentencia recaída en el expediente N.º 04119-2005-AA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. (2005c). Sentencia recaída en el expediente N.º 00763-2005-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. (2005d). Sentencia recaída en el expediente N.º 8453-2005-PHC/TC (Joseph Anthony Pompei y otros).

Tribunal Constitucional del Perú. (2006a). Sentencia recaída en el expediente N.º 03593-2006-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. (2006b). Sentencia recaída en el expediente N.º 0582-2006-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. (2011). Sentencia recaída en el expediente N.º 4944-2011-PA/TC (Mateo Grimaldo Castañeda Segovia).

EL CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

Raúl CHANAMÉ ORBE*
Isaac VÁSQUEZ VILLANUEVA**

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** De la sociedad analógica a la sociedad digital. **3.** Los derechos fundamentales en entornos digitales. **4.** Inteligencia artificial, posverdad y democracia. **5.** El ciberderecho y la Carta Magna Digital. **6.** El Perú digital y la Carta Peruana de Derechos Digitales. **7.** Retos bioéticos y medioambientales. **8.** Conclusiones.

PRELIMINARES

La investigación examina cómo la revolución tecnológica, propia de la Cuarta Revolución Industrial, transforma las bases clásicas del derecho constitucional. La irrupción de la sociedad digital, la inteligencia artificial, el big data, la vigilancia algorítmica y la globalización informativa plantean desafíos inéditos para la protección de los derechos fundamentales y la vigencia del Estado constitucional. Los autores proponen la necesidad de repensar el pacto social, diseñar una Carta Magna digital y reconocer nuevos derechos que respondan a los entornos virtuales contemporáneos. El texto aborda problemáticas específicas como la identidad digital, la neutralidad de la red, el derecho al olvido, los juicios mediáticos, la protección frente al acoso digital, la privacidad, así como los impactos de la inteligencia artificial en la democracia y el medio ambiente. Asimismo, analiza la situación del Perú, con especial atención a la Carta Peruana de Derechos Digitales (2022). Se concluye que el constitucionalismo digital no constituye una ruptura con el constitucionalismo tradicional, sino una actualización impostergable frente a los retos de la era digital.

* Director Jurídico del Comité Internacional de Derecho Comunitario Andino del Parlamento Andino. Profesor Principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

** Asistente de Cátedra de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), columnista, investigador y estudiante de derecho en la UNMSM.

1. INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo ha demostrado a lo largo de la historia una extraordinaria capacidad de adaptación a los grandes cambios de la humanidad. Del constitucionalismo liberal de los siglos XVIII y XIX, centrado en las libertades individuales, se transitó hacia un constitucionalismo social que incorporó derechos colectivos y garantías sociales. En el siglo XX se consolidó la idea de un constitucionalismo democrático y pluralista, capaz de reconocer derechos de tercera y cuarta generación. Sin embargo, el siglo XXI ha traído consigo un desafío radicalmente distinto: la digitalización global. La sociedad digital redefine la forma de interactuar, producir, informarse y organizarse políticamente. Las nuevas tecnologías han transformado la noción de soberanía, han difuminado las fronteras estatales y han alterado la dinámica de los derechos fundamentales. Este contexto exige la construcción de un nuevo paradigma: el constitucionalismo digital.

2. DE LA SOCIEDAD ANALÓGICA A LA SOCIEDAD DIGITAL

La sociedad digital no es únicamente un cambio tecnológico, sino una transformación cultural y social de gran envergadura. El tránsito de la sociedad analógica a la digital ha modificado las formas de convivencia, de producción y de intercambio de información. En la era industrial, el petróleo fue el recurso estratégico; en la era digital, los datos constituyen la nueva materia prima. El poder de las corporaciones tecnológicas no radica únicamente en su capacidad económica, sino en el control masivo de información que les permite influir en decisiones políticas, económicas y culturales. Este fenómeno cuestiona los conceptos clásicos de soberanía, jurisdicción y control estatal. Los autores destacan que la 'aldea global', anticipada por McLuhan, se ha materializado en un ecosistema virtual donde los ciudadanos participan en comunidades digitales que trascienden las fronteras físicas y lingüísticas. La consecuencia inmediata es que los Estados ya no pueden garantizar por sí solos los derechos en un espacio globalizado y descentralizado.

3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ENTORNOS DIGITALES

Los derechos fundamentales, piedra angular del Estado constitucional, enfrentan una crisis de eficacia en los entornos digitales. Si bien las constituciones reconocen derechos como la libertad de expresión, la privacidad o la igualdad, su

aplicación en internet plantea problemas inéditos. Se deben analizar distintos casos como la identidad digital, donde la construcción de la personalidad se realiza en plataformas virtuales; la neutralidad de la red, amenazada por intentos de crear 'internet a dos velocidades'; la propiedad intelectual, cuestionada por las creaciones de inteligencia artificial; el derecho a la desconexión, frente a la hiperconectividad laboral; y el derecho al olvido, como mecanismo para limitar la perennidad de la información digital. A esto se suman fenómenos preocupantes como los juicios mediáticos y el acoso digital, que atentan contra la presunción de inocencia y el derecho a un ambiente digital pacífico. La conclusión es clara: los derechos fundamentales deben reinterpretarse y adaptarse para garantizar su vigencia en la realidad digital.

4. INTELIGENCIA ARTIFICIAL, POSVERDAD Y DEMOCRACIA

La IA, junto con el big data, posibilita prácticas de vigilancia masiva, manipulación psicológica y difusión de noticias falsas. El caso Cambridge Analytica es paradigmático: la explotación de datos privados permitió influir en procesos electorales decisivos. Los autores advierten sobre el riesgo de transitar de una democracia a una 'infocracia', en la que el poder se concentra en quienes controlan la información y los algoritmos. Este fenómeno se agrava con la proliferación de fake news y la posverdad, que erosionan la confianza ciudadana en las instituciones. Frente a ello, se plantea la necesidad de un 'derecho a la verdad' que garantice la calidad de la información y la transparencia en el ecosistema digital.

5. EL CIBERDERECHO Y LA CARTA MAGNA DIGITAL

El constitucionalismo digital no se limita a diagnosticar problemas; también ofrece soluciones. Entre ellas, los autores proponen la creación de una Carta Magna Digital. Este documento tendría como finalidad reconocer derechos específicos en el ciberespacio, asegurar la protección de la privacidad, establecer límites a la vigilancia y regular el poder de las corporaciones tecnológicas. El ciberderecho, como rama emergente, debe ofrecer un marco normativo coherente y global, capaz de responder a los retos transnacionales de la sociedad digital. La Carta Magna Digital se concibe no como una sustitución de la Constitución tradicional, sino como su actualización, necesaria para evitar la obsolescencia del pacto social.

6. EL PERÚ DIGITAL Y LA CARTA PERUANA DE DERECHOS DIGITALES

En el caso peruano, los autores destacan la aprobación de la Carta Peruana de Derechos Digitales en 2022 como un paso importante en la constitucionalización de la sociedad digital. Este documento recoge principios de acceso universal, protección de datos, neutralidad de la red y derecho al olvido. Además, la Secretaría de Gobierno y Transformación Digital de la Presidencia del Consejo de Ministros lidera los esfuerzos de modernización tecnológica del Estado. Sin embargo, los desafíos son enormes: la brecha digital, la falta de alfabetización tecnológica y la debilidad de la ciberseguridad limitan el alcance de estas iniciativas. Los autores subrayan que se requiere un esfuerzo sistemático para que el Perú pueda transitar hacia un constitucionalismo digital efectivo.

7. RETOS BIOÉTICOS Y MEDIOAMBIENTALES

El constitucionalismo digital también debe responder a retos bioéticos y medioambientales. El transhumanismo y la biotecnología plantean preguntas sobre los límites de la intervención tecnológica en la naturaleza humana. ¿Hasta dónde es legítimo manipular la genética o implantar dispositivos de inteligencia artificial en el cuerpo humano? Por otro lado, el uso masivo de inteligencia artificial y centros de datos genera una enorme huella ecológica, especialmente por el consumo energético y de agua para refrigeración. El derecho a un ambiente sano debe extenderse también a los impactos de la digitalización, planteando la necesidad de políticas de sostenibilidad digital.

8. CONCLUSIONES

A) Como puede colegirse del recorrido que hemos efectuado, el constitucionalismo en la sociedad digital enfrenta desafíos significativos que exigen la creación y adaptación de nuevos derechos constitucionales. La rápida evolución de la tecnología ha transformado la cultura y las subjetividades humanas, desdibujando las fronteras entre lo físico y lo virtual. En este contexto, es urgente que el Estado actúe proactivamente para establecer un marco normativo que no solo proteja los derechos existentes, sino que también reconozca y promueva nuevos derechos adaptados al ecosistema digital. La falta de una «Constitución digital» adecuada puede llevar a la vulneración de derechos en el ciberespacio, donde los algoritmos

y las plataformas digitales juegan un papel central en la configuración de nuestras experiencias vitales.

B) Constitucionalizar el algoritmo significa la necesidad de integrar principios, normas y valores constitucionales en el diseño y funcionamiento de algoritmos, especialmente en el contexto de la era digital. Esto implica que los algoritmos, que influyen en decisiones y comportamientos en plataformas digitales, deben ser regulados por un renovado derecho público, de manera que respeten y protejan los derechos fundamentales de las personas. La idea es que, desde la conciencia de las propias limitaciones de una constitución tradicional, se asegure que la tecnología no actúe como un medio para vulnerar derechos, sino que se utilice para promover la justicia, la equidad y la transparencia. En esencia, constitucionalizar el algoritmo busca establecer un marco normativo que garantice que las decisiones automatizadas sean justas y responsables, alineadas con los valores y principios consagrados en las constituciones modernas.

C) La transformación digital no conoce de fronteras ni sectores. En un mundo donde las tecnologías disruptivas han transformado la manera en que nos comunicamos, laboramos y vivimos, se hace evidente que las normas y principios que rigen la vida en el ámbito físico no son suficientes para abordar los desafíos emergentes del entorno digital. La digitalización ha creado espacios donde las interacciones pueden ser simultáneamente globales y locales, generando el nuevo concepto de *glocal*, donde el usuario tiene contacto anónimo y transfronterizo, lo que dificulta la regulación efectiva de derechos y responsabilidades nacionales. Esta dualidad plantea la necesidad urgente de una adaptación normativa que reconozca y proteja los derechos fundamentales en ambos contextos, para esto el Tribunal Constitucional tendrá el protagónico lugar de realizar dicha adecuación, en este caso, interpretativa. Asimismo, es menester la potencialización de la Defensoría del Pueblo, superintendencias e Indecopi en esta nueva Constitución Digital y los cuerpos normativos anexos.

D) Las redes sociales y los medios de información han transformado radicalmente la manera en que se difunde y consume el conocimiento, ofreciendo tanto oportunidades como desafíos. En este contexto, es crucial reconocer que, si bien estas plataformas facilitan la circulación de información y fomentan la participación ciudadana, también pueden ser vehículos de desinformación y manipulación. La inmediatez y el alcance global de las redes sociales permiten que la información se propague rápidamente, lo que puede influir en la opinión pública y en decisiones políticas de manera inmediata, sin precedentes en otras épocas. Sin embargo, esta

misma velocidad puede llevar a la difusión de noticias falsas (la posverdad) y a la polarización social, afectando la calidad del debate democrático. Por lo tanto, resulta urgente desarrollar una «democracia digital» mediante mecanismos de regulación que protejan los derechos de los usuarios y promuevan un entorno informativo plural, tolerante y emocionalmente saludable, garantizando así que las redes sociales actúen como herramientas para el empoderamiento ciudadano y no como instrumentos de control, desinformación o manipulación. La creación de un marco normativo adecuado es esencial para salvar la integridad del discurso público en la era digital.

E) La Carta Peruana de Derechos Digitales representa un avance sustancial en la protección de los derechos fundamentales en el contexto de la era digital. Al reconocer y sistematizar derechos específicos que emergen de la interacción en entornos digitales, esta carta busca garantizar que las libertades y prerrogativas de los ciudadanos sean respetadas y promovidas, independientemente del medio a través del cual se ejercen. En un mundo donde la tecnología y los algoritmos influyen profundamente en la vida cotidiana, la carta aborda la necesidad de una regulación que proteja a los individuos de posibles abusos y vulneraciones de sus derechos. Esto incluye aspectos como a) el acceso equitativo a Internet, b) la privacidad de los datos y c) la libertad de expresión en plataformas digitales. La implementación de esta carta no solo es un paso hacia la modernización del marco jurídico peruano, sino que también marca el derrotero para un equilibrio entre innovación tecnológica y protección de derechos. En este sentido, su éxito dependerá de una adecuada interpretación y aplicación por parte de las autoridades, así como del compromiso permanente de la sociedad civil para asegurar que estos derechos se respeten y fortalezcan en el cambiante entorno digital.

EL APRENDIZAJE VIVENCIAL COMO PRÁCTICA JURISDICCIONAL

A propósito del aseguramiento de la calidad educativa en Perú

José F. PALOMINO MANCHEGO*

La vida del Derecho no ha sido lógica;
ha sido experiencia.
Oliver Wendell Holmes

SUMARIO: 1. Planteamiento general y contextualización del problema. **2.** ¿Cómo nace y para qué sirve el aprendizaje vivencial? **3.** La experiencia jurídica como núcleo duro para la práctica jurisdiccional**. 4.** ¿Qué labor cumple la universidad en el aprendizaje vivencial? **5.** ¿Qué función desarrollan las escuelas judiciales? **6.** La práctica jurisdiccional como elemento configurador en la enseñanza-aprendizaje de los jueces. **7.** Consideraciones críticas y toma de posición (conclusiones).

PRELIMINARES

El documento a continuación presenta un análisis sobre el problema de la calidad educativa en Perú, particularmente en el ámbito universitario. Se argumenta

* Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales y doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Decano (e) y director académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Comité Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Magíster y doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Presidente del Consejo del Notariado (2007-2008). Email: HYPERLINK "mailto:palominomanchego@gmail.com" palominomanchego@gmail.com

que el enfoque tradicional de transmisión de conocimientos ha llevado a una desconexión entre la formación académica y las demandas del entorno social y laboral.

Para abordar esta problemática, se propone el aprendizaje vivencial como una estrategia pedagógica clave. Este modelo, en línea con la Ley Universitaria y los estándares de acreditación del Sineace, busca alinear el perfil de egreso de los estudiantes con las competencias necesarias para un desempeño profesional eficaz. El texto explora cómo este enfoque, al integrar la teoría con la práctica social, la experiencia y la reflexión, no solo mejora la formación profesional, sino que también fomenta el desarrollo de competencias genéricas como el liderazgo, el pensamiento crítico y la responsabilidad social.

Asimismo, se profundiza en el valor de la experiencia jurídica como un pilar fundamental para la práctica jurisdiccional, destacando el papel crucial de las universidades y las escuelas judiciales en la implementación de este modelo. Finalmente, se presentan una serie de conclusiones que refuerzan la importancia del aprendizaje vivencial para la educación superior en el contexto de la globalización y la digitalización, y se incluye la bibliografía utilizada en el análisis.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL Y CONTEXTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA.

El documento aborda la problemática de la baja calidad educativa en el Perú, un problema que se atribuye en gran medida al uso predominante de la pedagogía de transmisión de conocimientos en las universidades. Para contrarrestar esta situación, se propone la formación bajo el enfoque de competencias, una alternativa que se apoya en el aprendizaje vivencial. Este modelo, promovido por la Ley Universitaria (Ley N.º 30220) desde 2014, permite diseñar los currículos según módulos de competencia profesional y exige su actualización cada tres años o cuando sea necesario por los avances científicos y tecnológicos.

El Modelo de Acreditación para Programas de Estudios de Educación Superior Universitaria, publicado en 2016, establece que el perfil de egreso debe incluir competencias generales y específicas verificables. En Perú, la acreditación de la calidad educativa es obligatoria para carreras como Derecho, y está a cargo del Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa (Sineace). El modelo de 2022 para Derecho prioriza el perfil de egreso y el plan de estudios, ambos alineados con un modelo educativo

por competencias, donde el aprendizaje vivencial se ubica como una estrategia pedagógica clave.

La investigación se centra en cómo el aprendizaje vivencial se manifiesta en la práctica jurisdiccional, destacando su relevancia en el contexto de la judicatura. El texto explora su nacimiento y utilidad, la importancia de la experiencia jurídica, el rol de las universidades y escuelas judiciales, y finalmente, ofrece una postura crítica sobre el tema.

2. ¿CÓMO NACE Y PARA QUÉ SIRVE EL APRENDIZAJE VIVENCIAL?

El autor se basa en la obra *Didáctica Magna* de Juan Amós Comenio, quien sugiere que la educación debe privilegiar el razonamiento científico y la comprobación empírica de lo aprendido. Desde esta perspectiva, el proceso de enseñanza-aprendizaje no puede prescindir de la práctica ("el saber hacer"), ya que la teoría sin la posibilidad de comprobación carece de utilidad. La práctica, a su vez, nutre la teoría en una relación de retroalimentación, y cuando es reflexiva, se convierte en aprendizaje.

La formación profesional debe estar vinculada a la práctica social. El currículo se considera una construcción cultural que organiza prácticas educativas. El Modelo Educativo es un componente esencial que permite a la universidad evaluar su propuesta formativa y estructurar los estudios, garantizando que el desarrollo académico se guíe por una base humanística, científica y tecnológica.

La desconexión entre la formación profesional y el mercado laboral en Perú es un problema reconocido, ya que las competencias para un desempeño eficaz a menudo se adquieren en la práctica y no en las aulas. Esto se debe a que la mayoría de las universidades aún utilizan la pedagogía de transmisión, donde el "saber" es lo más importante, pero no suficiente para el éxito profesional.

El aprendizaje vivencial es un enfoque holístico que integra la experiencia, la cognición y el comportamiento, promoviendo la participación activa de los estudiantes en lugar de la pasiva de los modelos tradicionales. Este modelo responde a las necesidades de los universitarios en un mundo globalizado y en constante avance tecnológico. La Ley Universitaria de 2014 establece que uno de los fines de la universidad es formar profesionales de alta calidad de manera integral y con responsabilidad social.

La formación integral busca desarrollar una personalidad responsable, ética y crítica, promoviendo el crecimiento humano en aspectos como la inteligencia emocional, intelectual y ética-valoral. En este contexto, la práctica social (voluntariado, prácticas preprofesionales, responsabilidad social universitaria) es crucial para que los estudiantes dejen de ser meros observadores y se conviertan en actores activos en la sociedad. La demanda social debe ser analizada para que el currículo sea pertinente, especialmente en un país multicultural como el Perú, donde las particularidades regionales (costumbres, idioma) deben ser consideradas. En el ámbito del Derecho, el Saber hacer se vuelve indispensable, ya que el conocimiento teórico por sí solo es insuficiente para enfrentar problemas en una realidad concreta.

El aprendizaje vivencial, sin embargo, tiene un costo que las universidades y los estudiantes deben afrontar, siendo particularmente dramático para las universidades públicas con problemas presupuestarios. El texto sugiere que en el sistema judicial, gran parte de la responsabilidad de esta formación recae en las escuelas judiciales, encargadas de la preparación de jueces y fiscales.

3. LA EXPERIENCIA JURÍDICA COMO NÚCLEO DURO PARA LA PRÁCTICA JURISDICCIONAL

El concepto de experiencia jurídica es un "núcleo duro" para la práctica jurisdiccional, especialmente relevante en el *common law*. La educación judicial se entiende como un conjunto de criterios que se acentúan por las exigencias del mundo jurídico, sin descuidar la cultura jurídica, la experiencia y el cambio social.

El autor cita al juez Oliver Wendell Holmes, quien afirmó que "la vida del Derecho no ha sido lógica; ha sido experiencia". Antonio-Enrique Pérez Luño refuerza esta idea, indicando que el Derecho es la experiencia de la acción humana, que abarca el hecho, la norma y el valor, y que ninguno de estos elementos por sí solo agota la juridicidad. La praxis humana se convierte en experiencia jurídica cuando está en "tensión dialéctica con la justicia".

La experiencia jurídica influye en la práctica jurisdiccional a través del acto de juzgar, que se manifiesta mediante percepciones y expresiones sensoriales y experienciales. Las normas procesales hacen constantes referencias a estas dimensiones, como la vista, la audiencia y la oralidad. El texto ilustra esto con ejemplos históricos como el "juicio de Friné" y el carácter auditivo del juzgar en el derecho visigodo, así como la oralidad del proceso en la tradición jurídica.

4. ¿QUÉ LABOR CUMPLE LA UNIVERSIDAD EN EL APRENDIZAJE VIVENCIAL?

El aprendizaje vivencial dinamiza y completa el proceso de enseñanza-aprendizaje, permitiendo a la universidad enfocarse en brindar un servicio educativo relevante para la sociedad del conocimiento del siglo XXI. Para esto, las universidades deben considerar la actualización de su modelo educativo en el contexto de la renovación de la licencia institucional y la acreditación de la calidad.

El documento original detalla cómo la universidad, a través de convenios de cooperación interinstitucional con entidades como el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, promueve las prácticas preprofesionales como parte de la formación integral. Estas prácticas brindan a los estudiantes un acercamiento a la realidad laboral, facilitan su inserción en el mercado y refuerzan sus conocimientos académicos.

5. ¿QUÉ FUNCIÓN DESARROLLAN LAS ESCUELAS JUDICIALES?

El texto destaca la importancia de la globalización y la digitalización en la educación jurídica, un proceso acelerado por la pandemia de la COVID-19. Esto ha impulsado la formación judicial hacia un esquema de justicia abierta, donde la educación se basa en acciones e instituciones automatizadas.

En América Latina, se vive un proceso de constitucionalización de las escuelas judiciales. En Perú, la Academia de la Magistratura es la encargada de la formación y capacitación de jueces y fiscales, y la aprobación de estudios especiales es un requisito para el ascenso. El Tribunal Constitucional ha definido que la función de la Academia es la formación de profesionales del Derecho sin título judicial, y la capacitación y perfeccionamiento para los jueces y fiscales titulares.

6. LA PRÁCTICA JURISDICCIONAL COMO ELEMENTO CONFIGURADOR EN LA ENSEÑANZA-APRENDIZAJE DE LOS JUECES

La praxis jurisdiccional o práctica jurídica es vista como un complemento indispensable de la teoría. Mientras la teoría nos enseña a "conocer", la práctica nos enseña a "hacer". El derecho es un arte práctico y una técnica para producir efectos en la vida social, y no opera con realidades desnudas, sino con un compuesto de componentes fácticos y enfoques normativos.

Aunque en el sistema continental europeo (incluido España) y en Perú no se ha adoptado plenamente el *common law*, la praxis jurisprudencial es de máxima importancia en la enseñanza del derecho. A pesar de que la jurisprudencia no es una fuente de derecho vinculante, su autoridad diseña una praxis de aplicación general. La formación de los jueces en España, por ejemplo, incluye una fase de práctica jurisdiccional que es esencial tanto en la formación inicial como en la continua.

7. CONSIDERACIONES CRÍTICAS Y TOMA DE POSICIÓN (CONCLUSIONES)

a) El aprendizaje vivencial debe ser una parte fundamental del currículo, estructurado desde una perspectiva de competencias. Un conocimiento profundo de la sociedad y sus problemas (demanda social) es crucial para asegurar que la oferta académica sea pertinente.

b) La ciencia y la tecnología han transformado la educación y la formación universitaria, especialmente tras la pandemia de la COVID-19. El aprendizaje vivencial se adapta a esta realidad, conectando la universidad con un entorno epistémico globalizado.

c) El aprendizaje vivencial es una herramienta valiosa para la educación universitaria en Perú, particularmente en las facultades de Derecho. El rol del docente es clave para lograr las competencias del perfil de egreso y fomentar un pensamiento crítico en los estudiantes, junto con virtudes y conductas democráticas.

d) La implementación del aprendizaje vivencial exige un compromiso de capacitación continua para docentes y estudiantes, promoviendo el pensamiento crítico y la autonomía.

e) En la educación judicial, la praxis jurisprudencial es de suma importancia, y la jurisprudencia por autoridad es un elemento clave, a pesar de que no se adopte plenamente el sistema del *common law*.

BIBLIOGRAFÍA

Comenio, Juan Amós. (1998). *Didáctica Magna*. 8.ª edición, México: Editorial Porrúa, p. 15.

Domínguez Haro, Helder. (2021). «El Derecho Constitucional y la educación judicial». *Revista Oficial del Poder Judicial*, vol. 13, N.º 16, Julio-Diciembre, Lima, pp. 131-146.

DOXA, N.º 32, pp. 151-176.

Grundy, Shirley. (1987). *Producto o praxis del curriculum*. Madrid: Ediciones Morata S. L., p. 5.

Hernández Gil, Antonio. (1992). *De la experiencia jurídica*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Ley Universitaria. Ley N.º 30220. (2014).

López Ayllón, Sergio. *Globalización, Estado de Derecho y seguridad jurídica.* Una exploración sobre los efectos de la globalización en los Poderes Judiciales en Iberoamérica.

Martínez, P. et al. (2009). «Formación basada en competencias». *Revista de Investigación Educativa*, vol. 27, N.º 1, pp. 125-147. Asociación Interuniversitaria de Investigación Pedagógica Murcia, España, p. 129.

Modelo de Acreditación para Programas de Estudios de Educación Superior Universitaria.

Modelo de Calidad para la Acreditación de Programas de Estudios de Derecho.

Modelo de Calidad para la Acreditación Institucional de Universidades.

Modelo de Renovación de la Licencia Institucional. (2021).

Pérez Luño, A.-E. (2009). ¿Qué significa juzgar? *DOXA*. Cuadernos De Filosofía Del Derecho, (32), 151–176. https://doi.org/10.14198/DOXA2009.32.09

Pérez Luño, A. E. (2011). *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*. Madrid: La Ley & Wolters Kluwer.

Pérez Luño, Antonio-Enrique. (2008). *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la Experiencia Jurídica*. Lima: Cuadernos del Rectorado.

Pico i Junoy, Joan (Director). (2011). *El aprendizaje del Derecho Procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria*. Barcelona: Librería Bosch, S. L.

Política Nacional de Educación Superior y Técnico-Productiva (PNESTP). (2020)

Resolución de Consejo Directivo N.º 000017-2022-SINEACE/CDAH. (2022).

Sagüés, Néstor Pedro. «Las escuelas judiciales. Un balance institucional». En Ruvalcaba García, Gabriela D. / Mata Piñaza, Felipe de la / Herrera García, Alfonso (Coordinación): *Las escuelas judiciales en el Estado democrático. ¿Hacia dónde va la Escuela Judicial Electoral?*, obra citada, pp. 101 y 102.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. (2020). *Las escuelas judiciales en el Estado democrático. ¿Hacia dónde va la Escuela Judicial Electoral?* Ciudad de México, México, pp. 17-19.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA HONRA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Tensiones y reflexiones derivadas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Jorge Alejandro AMAYA*

SUMARIO: 1. Introducción**:** objeto del trabajo**. 2.** El *chilling effect* y las demandas SLAPPs. **3.** Evolución jurisprudencial de la Corte IDH y su aplicación de las doctrinas del "*chilling effect*" y "SLAPPs" frente a la tensión entre libertad de expresión y honra de los funcionarios públicos: dos etapas diferenciadas. 3.1. Primera Etapa. 3.2. Segunda etapa. **4.** Estándares consolidados. **5.** Nuestras conclusiones críticas.

1. INTRODUCCIÓN: OBJETO DEL TRABAJO

La consolidación en el mundo occidental, del modelo de la democracia constitucional ha reafirmado que la libertad de expresión – tal como sostenía en mi país Dalmasio Vélez Sarsfield en la constituyente de 1860 - excede el marco de protección de un derecho individual y se asienta en las bases mismas del modelo democrático.

En este sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos, cuya jurisprudencia ha constituido una guía para los tribunales Constitucionales y las Cortes Supremas de Latinoamérica, como también para la Corte IDH, fue edificando una jurisprudencia vigorosa en torno a la protección de la libertad de expresión, especialmente

* Doctor y posdoctor en Derecho (UBA) Profesor Ordinario de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Presidente del Instituto para el Desarrollo Constitucional Asociación Civil. Director para Latinoamérica de los programas jurídicos de la Universidad de Bolonia, Italia.

a partir de la década del sesenta con los recordados fallos "New York Times v. Sullivan[1]"; "Brandemburg v. Ohio"[2]; y "Texas v. Jhonson"[3].

El Sistema Interamericano de DDHH (SIDH) a través de la tarea de la Comisión y la Corte, han desarrollado también una férrea jurisprudencia en favor de la protección de la libertad de expresión protegida por el artículo 13 de la CADH[4]. Ya desde los primeros casos contenciosos como *La Última Tentación de Cristo* (O*lmedo Bustos c. Chile*) e *Ivcher Bronstein vs. Perú*, ambos del año 2001, la Corte IDH formulo valiosas consideraciones sobre el derecho a la libertad de expresión, destacando su rol de derecho preferente por abarcar la dimensión individual de derecho subjetivo, y la dimensión colectiva o social, protectora del propio modelo democrático[5].

1 376 US 254 (1964).

2 395 US 444 (1969).

3 491 U.S. 397 (*1989*),

4 Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de

5 Hemos trabajado esta triple dimensión de los que denominamos "derechos preferenciales" en varios trabajos. Entre ellos Jorge Alejandro Amaya: *Entre las fronteras del debate político y la libertad de expresión" en "Poder Político y Libertad de Expresión* (coordinado por el Instituto de Ciencia Política y Constitucional de la Sociedad Científica Argentina) editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, mayo de 2001; Jorge Alejandro Amaya "El sistema unitario de derechos y valores políticos en la democracia (reflexiones en torno a una teoría sobre los derechos de las minorías políticas en la democracia moderna)", en *El Derecho Constitucional para el siglo XXI*, Editores, Javier Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez y Manuel Carrasco Durán, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2006, volumen II, pp. 5067/5083.

Pero si bien es cierto que la libertad de expresión es uno de los derechos que menos interferencia del Estado admite, es conveniente reflexionar sobre el ejercicio moderno de la misma, y sobre las tensiones que de dicho ejercicio emergen frente a otros derechos consagrados en nuestras constituciones, y en los tratados de DDHH.

Así, no podemos dejar de reconocer la tensión que existe en la sociedad moderna entre la libertad de expresión y la igualdad, un principio esencial sobre el que se edifica el Estado de Derecho, que nos obliga a preguntarnos como bien señala Owen Fiss[6], considerando los efectos silenciadores de algunos discursos y su poder de imponerse, de intimidar al contrario de menor apoyo y representación, ¿Cuál es la libertad de expresión de alguien que no puede hacerse escuchar?

¿Debe el estado exigir a los medios que emitan los discursos de la oposición para cumplir con el papel de proteger el autogobierno que implica el concepto de libertad de expresión como pilar del sistema democrático?

Dentro de un estado social o liberal activo ¿debe este equilibrar las fuerzas naturalmente interesadas de los poderes privados?; ¿debe proteger y apoyar aquellos discursos y expresiones que de otro modo permanecerían inaudibles para no privar a la democracia de la plenitud y riqueza del pluralismo expresivo?

¿Hasta qué punto debe el Estado asegurar las condiciones del debate político? ¿cuáles son las garantías que el mismo debe asegurar en el marco de la libertad de los medios de comunicación? ¿Cómo debe equilibrar la protección de la libertad de expresión como derecho preferente frente a otros derechos como la intimidad o la honra?

¿Frente a comprobados abusos de la libertad de expresión es indistinto la condición privada o pública del sujeto afectado? ¿es indistinto en todos los casos, o solo en casos donde el funcionario público es sujeto pasivo del ejercicio de la libertad de expresión en ocasión de asuntos de interés público?

Estos interrogantes y muchos otros se vinculan íntimamente con temas diversos como los fondos de las campañas electorales; las subvenciones de actividades artísticas; y con el tema específico de este trabajo: la difamación, calumnias e injurias como conductas sancionables por parte de los Estados en protección al derecho a la honra, que consagra el artículo 11 de la CADH[7].

---

6 Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Editorial Gedisa, México, 1999.

7 Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o

Dentro de este tópico general, nos abocaremos a formular algunas reflexiones sobre la jurisprudencia de la Corte IDH cuando los sujetos pasivos de la crítica periodística son funcionarios públicos.

2. EL *CHILLING EFFECT* Y LAS DEMANDAS SLAPPS

Dos teorías se vienen aplicando y desarrollando, para reforzar a la libertad de expresión frente a otros derechos convencionalmente protegidos como la honra. La teoría del *chilling effect* o efecto disuasorio; y la teoría de las demandas SLAPPs. (demandas estratégicas contra la participación pública).

La primera tiene origen jurisprudencial en los EEUU. La doctrina coincide en señalar como *leading case* al caso "Wieman v. Updegraf", de 1952[8]. Se trató de un caso en el que la Corte Suprema de ese país declaró inconstitucional una ley de Oklahoma que establecía la obligatoriedad para distintos empleados públicos (entre ellos, profesores) de hacer un juramento de lealtad y declarar que no integraban organizaciones subversivas. En líneas generales, ese Tribunal determinó que esa ley, al no distinguir entre miembros conocedores y no conocedores de actividades ilegales, podía disuadir a personas inocentes de ejercer sus derechos constitucionales por temor a las consecuencias.

En ese caso, fue el juez Felix Frankfurter quien -en su voto concurrente- afirmó que esa normativa tenía una tendencia inequívoca a enfriar ese libre juego del espíritu que todos los maestros deben cultivar y practicar especialmente[9].

Fue, pues, una idea concebida jurisprudencialmente para atacar el "efecto paralizador" del ejercicio de las libertades de la Primera Enmienda de la Constitución de aquel país, generado por la vaguedad y amplitud de ciertas normas y la discreción excesiva a la hora de limitar el ejercicio de las libertades constitucionales[10].

---

abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

8 344 US 183, 195 (1952).

9 «*[U]nmistakable tendency to chill that free play of the spirit which all teachers ought specially to cultivate and practice*»

10 En sentido similar al del voto de Frankfurter, ver también "*Baggett v. Bullitt*", 377 US 360 (1964), en el que la Corte afirmó que un Estado no puede exigir a un empleado que preste un juramento excesivamente vago que contenga una promesa de conducta futura con el riesgo de ser procesado por perjurio o pérdida del empleo, particularmente cuando ello puede disuadir el ejercicio de las

Esta teoría surgió, para anular normas generales especialmente abiertas que pudieran refrenar a los ciudadanos en el uso de su libertad de expresión, ante el temor de resultar incluidos en su ámbito de acción. De este modo, se persiguió proteger no solo al litigante puntual, sino a todos aquellos que se encontrasen en una situación similar y que, en consecuencia, pudieran verse igualmente afectados por la existencia de la norma en cuestión.

Con el correr de los años esta doctrina del *chilling effect* fue ampliándose a supuestos vinculados con otras categorías abiertas como "difamación", "calumnias e injurias", "incitación", etc.

Un componente de esa sensación de temor se deriva, por ejemplo, de la probabilidad de imposición errónea de sanciones legales. La medida más evidente de ese daño es la severidad de la pena. La severidad del castigo potencial magnifica el peligro, y por ende el temor, a una decisión judicial errónea.

La doctrina del *chilling effect*, pues -tal como fue concebida y desarrollada por la Corte de los EE. UU - y seguida por los demás tribunales, importa la creación de una zona de protección estratégica para la expresión.

La teoría se sustenta, por ende, en la idea de que la libertad de expresión es una libertad preferente, como consecuencia del consenso social en torno a la idea de que es de la máxima importancia para una sociedad democrática y, por consiguiente, la expresión debe ser alentada[11].

Es por eso también que la doctrina del *chilling effect* no solo se refiere a un orador sancionado por expresar públicamente su opinión, sino que también busca abordar el efecto disuasorio en otras personas en una situación similar.

Porque la peor consecuencia del *chilling effect* es que priva a la sociedad en su conjunto de expresiones valiosas[12]. Por lo tanto, la teoría responde ofreciendo una sobreprotección de la expresión para remediar ese daño.

De todo lo expuesto surge que, entre los presupuestos que deben darse para acreditar el *chilling effect* se hallan:

---

libertades de la Primera Enmienda.

11 Penney, J. W. *Understanding chilling effect*, 106 Minnesota Law Review, 2022, pp. 1475/6 y 1512/3.

12 En expresión del TEDH: el *chilling effect* obra en detrimento de la sociedad en su conjunto ("Kyprianou v Cyprus", 15 de diciembre de 2005, No 73797/01).

Por ende, la vinculación del *chilling effect* con el ejercicio de la libertad de expresión y de prensa resulta evidente, ya que es una de las manifestaciones claras del principio que señala que los poderes públicos están obligados a facilitar la libre circulación de ideas y tienen vedadas conductas que la restrinjan indebidamente. Es decir, se trata de uno de los aspectos institucionales de las libertades de expresión y prensa.

Por su parte, la expresión "SLAPP" está tomada del inglés y refiere -en ese idioma- a las "Strategic Lawsuits Against Public Participation" (demandas estratégicas contra la participación pública).

La doctrina es conteste en señalar que fue acuñada por George W. Pring y Penelope Canan en la década de 1980.

Su nacimiento deriva de una constatación práctica: la existencia de una proliferación de demandas económicamente abultadas interpuestas no para obtener un resultado final favorable en el pleito sino, en realidad, para amedrentar a las voces críticas impidiendo así el ejercicio de derechos generalmente vinculados con la libertad de expresión, o de índole política, o ambiental, entre otros.

En ese sentido se ha señalado que la esencia de las SLAPPs consiste en que se trata de demandas interpuestas no para asegurar un alivio, sino para utilizar la carga que importa el litigio para silenciar las críticas o las oposiciones[13].

Según los autores creadores del concepto, las SLAPPs envían un mensaje claro: debe pagarse un precio por expresarse con respecto a determinadas cuestiones. El precio, afirman, es generalmente el derivado de una demanda multimillonaria y los costos, la pérdida de recursos y el estrés emocional que ese tipo de litigios conlleva[14].

Ahora bien, aun cuando ya ha transcurrido bastante tiempo desde la génesis de la idea, hoy no existe consenso acerca de cuáles son las características comunes de las demandas categorizadas como SLAPPs.

Para un sector de la doctrina, se trata, en general, de reclamos civiles, interpuestos contra individuos y/o grupos no gubernamentales; a raíz de sus comunicaciones

13 International Center for Non-Profit Law, *Protecting activists from abusive litigation. SLAPPs in the Global South and how to respond*, 2020, en www.icnl.org/post/report/slapps-in-the-global-south-report

14 Canan, P. y Pring, G. "Strategic Lawsuits Against Public Participation," en *Social Problems*, Oxford University Press, Vol. 35, N.º 5, pp. 506/519, año 1988.

a algún organismo gubernamental, sus agentes y/o al electorado; sobre un tópico de interés público[15].

Sin embargo, a lo largo de los años algunas de estas características han ido mutando, ya que, en la actualidad, por ejemplo, tienden a interponerse SLAPPs de naturaleza no solo civil, sino también penal. Y si bien han ido asumiendo diversas formas, en países como EE. UU., Canadá y Australia, por ejemplo, se han centrado principalmente en cuestiones ambientales, proyectos de desarrollos y prácticas corporativas y usualmente se han dirigido contra activistas y periodistas[16].

Tienen por objeto acallar la expresión crítica, intimidando a sus autores y haciéndolos incurrir en costosos procesos judiciales. En ese proceso, entonces, las discusiones y debates sobre responsabilidad social o corporativa se diluyen y las cuestiones que eran de interés público terminan convirtiéndose en disputas técnico-jurídicas de índole privada.

Por lo general, incluyen reclamaciones exorbitantes por daños y perjuicios, y acusaciones diseñadas para difamar, acosar y abrumar a los demandados y, por ende, socavan la capacidad de los actores de la sociedad civil para ejercer efectivamente sus derechos a la libertad de expresión, de reunión y de asociación.

Asumen formas muy diversas y se refieren a tópicos de lo más variados, pero, en líneas generales, tienen como común denominador el monto exorbitante que se reclama, el que, en realidad, solo está destinado a tener efecto disuasorio[17].

La doctrina señala reiteradamente, entonces, que se trata de demandas judiciales interpuestas por grupos de poder político o empresarial, cuyo objetivo real se centra en silenciar voces críticas y desincentivar el activismo ciudadano y el periodismo de investigación[18], lo que constituye una amenaza directa al núcleo fundamental de la democracia participativa[19].

---

15 Canan y Pring, op. cit., p. 515.

16 Scott, M. y Tollefson, C., *Strategic Lawsuits Against Public Participation. The British Columbia Experience*, RECIEL 19, N.º 1, 2010.

17 Ciampi, A., *Info Note of the UN Special Rapporteur on the Rights of Freedom of Peaceful Assembly and of Association*, en www.ohchr.org/Documents/Issues/FAssociation/InfoNoteSLAPPsFoAA.docx

18 Hernández Peribañez, M.E., *La libertad de expresión frente a los litigios estratégicos: análisis crítico de la Directiva anti-SLAPP*, UNED, Teoría y Realidad Constitucional, N.º 55, 2025.

19 De Pablo Serrano, *A. SLAPPs (denuncias abusivas o mordaza). La soga de las empresas sobre la libertad de expresión,* en De Pablo Serrano, A. (coord.), Del Carpio Delgado, J. y Holgado González, M. (dirs.), *La Libertad de expresión asediada: delitos de odio, delitos de opinión, censuras de gobiernos y de*

Por eso, es por lo que se trata de una herramienta para alentar la autocensura cuando se utiliza ejerciendo la presión necesaria para desactivar la denuncia de comportamientos corruptos, violaciones de derechos humanos y medioambientales, o incluso, la disidencia política o ideológica.

Estas demandas civiles o querellas penales, frecuentemente fundamentadas en presuntas vulneraciones del derecho al honor, la intimidad, la difamación de símbolos o acusaciones de enaltecimiento del terrorismo, atacan el ejercicio de la libertad de expresión, sirviéndose de una sutil forma de coacción[20].

3. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE IDH Y SU APLICACIÓN DE LAS DOCTRINAS DEL *CHILLING EFFECT* Y "SLAPPS" FRENTE A LA TENSIÓN ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y HONRA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS: DOS ETAPAS DIFERENCIADAS

A los fines de analizar metodológicamente la jurisprudencia del Tribunal Internacional de DDHH, dividiremos la misma en dos etapas:

La primera etapa, comprende la jurisprudencia del Tribunal hasta el caso "*Álvarez Ramos c. Venezuela*" (2019)[21].

Esta etapa se caracteriza, por una inclinación del Tribunal hacia la "interpretación casuística", ya que, a nuestro criterio, priva en la jurisprudencia de la Corte, la teoría de la interpretación que se enfoca en analizar los casos en el marco de un contextualismo jurídico.

Esta etapa muestra precedentes asentados del Tribunal[22], ya que la mayoría de los fallos contenidos son decididos por unanimidad de los jueces, o con votos concurrentes sin mayores distinciones.

---

empresas, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 513-540.

20 Pérez Aleda, A., Demandas SLAPP: la libertad de expresión al banquillo de los acusados. perspectiva latinoamericana y avances europeos, en *Revista Integración regional & Derechos Humanos*, N.º 12(1), pp. 85-104, año 2024.

21 Corte IDH "Álvarez Ramos c. Venezuela", 30 de agosto de 2019.

22 El criterio de análisis entre "Precedentes fuertes o débiles" que se utiliza en este escrito, no se circunscribe al debate en torno al grado de vinculatoriedad para los países del SIDH de la "ratio decidendi" de los fallos de la Corte IDH, sino de las tesis que sostienen que un precedente jurídico puede considerarse más débil cuando la decisión de un tribunal colegiado refleja divisiones doctrinales significativas o no hay un consenso solido sobre la interpretación jurídica adoptada. En estos casos,

La segunda etapa, comprende la jurisprudencia del Tribunal en los casos "Palacio Urrutia c. Ecuador" (2021)[23]; "Moya Chacón c. Costa Rica" (mayo 2022)[24]; y "Baraona Bray c/Chile" (noviembre 2022)[25].

Esta etapa se caracteriza por una inclinación hacia la argumentación jurídica, ya que priva en esta etapa de la jurisprudencia del Tribunal, la teoría de la argumentación jurídica, específicamente en la vertiente que se centra en el razonamiento basado en principios.

La teoría considera, que las decisiones jurídicas no solo se basan en la aplicación de reglas, sino también en la aplicación preferente de principios jurídicos, como normas más generales y abstractas que orientan la interpretación y aplicación del derecho.

Esta etapa evidencia precedentes más débiles del Tribunal y discutidos, ya que los fallos muestran votos divididos en sus argumentaciones y marcadas disidencias.

3.1. Primera etapa.

Luego de los valiosos casos contenciosos vinculados con el artículo 13 de la CADH, citados al inicio de este trabajo, la Corte entró a analizar la incidencia del derecho penal en las conductas protegidas por el derecho a la libertad de expresión ("Herrera Ulloa c. Costa Rica" -2004).

Esta sentencia sentó un precedente que será sostenido y reafirmado por el Tribunal en otros casos, generando un primer estándar:

La diferente protección de los derechos a la honra de las personas se asienta en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de estas.

Luego reiteró y profundizó su entendimiento sobre el uso de medidas penales contra la libertad de expresión en el caso "Kimel vs. Argentina" (2008), concluyendo**:**

> Tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra son acogidos por la Convención y es necesario garantizar el ejercicio de ambos. La prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a

las decisiones son menos persuasivas para otros tribunales que consideren el mismo asunto.

23 Corte IDH "Palacio Urrutia c. Ecuador", 24 de noviembre de 2021.

24 Corte IDH "Moya Chacón c. Costa Rica", 23 de mayo de 2022.

25 Corte IDH "Baraona Bray c. Chile", 24 de noviembre de 2022.

través de un juicio de proporcionalidad, requiriendo la solución del conflicto el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias.

Asimismo, determino que las normas penales deben ser precisas y claras, ya que las imprecisiones normativas pueden ocasionar "efectos disuasorios" afectando el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Aclaro que no es contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esa posibilidad se debe analizar con cautela, ponderando la gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la necesidad de utilizar excepcionalmente medidas penales.

En el caso "Fontevecchia c. Argentina" (2011) al condenar al país, dispuso que la precisión de una norma civil puede ser diferente a la requerida por el principio de legalidad en materia penal, concluyendo que no fue la norma en sí misma la que determinó el resultado lesivo e incompatible con la CADH, sino su aplicación en el caso concreto por las autoridades judiciales del Estado, la cual no observó determinados criterios de proporcionalidad.

En "Mémoli c. Argentina" (2013), consideró que las normas aplicables eran lo suficientemente claras como para que los particulares pudieran comprender las conductas que podían ser objeto de sanción, recordando que el Tribunal no consideraba contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones. Reitero el concepto expresado en "Kimel" en cuanto esa posibilidad se debía analizar con especial cautela.

Hizo fuerte hincapié en la ponderación razonable y suficiente de las autoridades nacionales de ambos derechos en conflicto, lo que tornaba justificable el establecimiento de responsabilidades ulteriores, dejando a salvo que en el caso no se trataba de cuestiones de interés público.

En el caso *"*Granier vs. Venezuela*" (2015)*, en lo tocante al *chilling effect*, sostuvo que el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales, constituía una restricción indirecta a la libertad de expresión prohibida por la CADH que generaba un "efecto de silenciamiento" en otros medios de comunicación, lo que impactaba severamente la libertad de expresión en su dimensión social.

Finalmente, en "Álvarez Ramos c. Venezuela" (2019) afirmo que la tutela penal no sería un medio convencionalmente idóneo para la responsabilización ulterior por afrentas al honor subjetivo materializadas en discursos sobre cuestiones de interés público.

Para la Corte, el uso de la ley penal por difundir noticias de esta naturaleza produciría directa o indirectamente un "amedrentamiento que, en definitiva, limitaría la libertad de expresión e impediría someter al escrutinio público conductas que infrinjan el ordenamiento jurídico", como, por ejemplo, hechos de corrupción y abusos de autoridad.

La conducta periodística puede generar responsabilidad en otro ámbito jurídico, como el civil, o la rectificación o disculpas públicas, en casos de eventuales abusos o excesos de mala fe.

3.2. Segunda etapa.

En "Palacio Urrutia c. Ecuador" (2021) se inicia la segunda etapa. *M*ás allá de que en él la Corte parece reiterar la línea jurisprudencial sentada en "Álvarez Ramos", comienza a darse a partir de este pronunciamiento una dispersión de fundamentaciones entre los integrantes del Tribunal, que dificultan la consolidación de estándares claros.

Se afirma que el temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más "intimidante e inhibidor" para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, haciendo una referencia a las *SLAPP* encuadrando las mismas en la recurrencia de funcionarios públicos ante instancias judiciales para presentar demandas por delitos de calumnias o injurias, no con el objetivo de obtener una rectificación, sino de silenciar las críticas realizadas respecto a sus actuaciones en la esfera pública.

El Juez Sierra Porto sostuvo que la línea argumental del fallo, en ciertos aspectos, no resultaba adecuada, ya que, en la jurisprudencia anterior de la Corte, la calificación de la validez de la imposición de responsabilidades ulteriores por publicaciones se había realizado a partir de la aplicación del test de proporcionalidad, permitiendo, con suficiente flexibilidad y prudencia, analizar casos que involucran la aplicación de sanciones penales o civiles por el ejercicio abusivo de la libertad de expresión, cuando constituyan delitos de calumnias o injurias.

Agregando que el artículo 13.2 de la Convención no excluye la posibilidad de una sanción penal para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de

los demás, sino que lo que prohíbe expresamente es la censura previa, lo que no puede ser extrapolado a otros aspectos sin trastocar el sentido de dicha protección.

Además, puso de resalto que resulta relevante no perder de vista que la posibilidad de que se apliquen sanciones penales en el caso de los atentados más graves a otros derechos fundamentales –como lo es la honra y la dignidad- resulta de especial relevancia para mantener un sano equilibrio entre los distintos derechos que reconoce la Convención Americana.

En cambio, los Jueces Ferrer Mac-Gregor Poissot y Pérez Marinque, profundizaron la línea del precedente "Alvarez Ramos" en dos temas puntuales: por un lado, en lo referido a las "SLAPPs" y, por el otro, al alcance de la protección a la libertad de expresión en el caso de discursos de interés público.

Consideraron que la jurisprudencia de la Corte tendiente al deber de los Estados de crear mecanismos alternativos a la vía penal para que los funcionarios públicos obtengan una rectificación o respuesta cuando su honor o buen nombre ha sido lesionado, puede entenderse como una protección para el ejercicio del periodismo en la lógica de las leyes anti-SLAPP, en la medida en que prohíbe la utilización del derecho penal para demandar la protección al honor o el buen nombre de funcionarios públicos, y establece que las sanciones civiles deben ser proporcionales.

Indicaron que la sentencia en el caso "*Palacio Urrutia*" planteaba una primera aproximación a la conceptualización en la jurisprudencia del Tribunal respecto de la obligación de los Estados de proteger la libertad de expresión a través de medidas o leyes anti-SLAPP.

El Juez Vio Grossi votó en disidencia, al igual que el Juez Zaffaroni, quien disintió con toda la sentencia.

Este último Juez indicó que la corriente que postula la supresión de los tipos penales de delitos contra el honor es discutible, señalando que América Latina no ha seguido esa línea, ni tampoco, a su criterio, la Corte dado que incumbe a cada Estado decidir sus propios criterios de política criminal, siempre que no violen la Convención Americana ni otros instrumentos de Derechos Humanos.

Remarcó que ante la contraposición de dos valores jurídicos: el derecho a la libertad de expresión y crítica y el derecho al honor del funcionario resulta menester ponderarlos en cada caso, tarea de ponderación difícil en contextos donde no existen pluralidad de medios o en situaciones de oligopolios o de monopolios.

En "Moya Chacón c. Costa Rica" (mayo de 2022) *la Corte IDH* parece retomar la senda casuística de la primera etapa. Con cita de su jurisprudencia en los casos "Kimel" y "Memoli", recuerda que para determinar la convencionalidad de una restricción a la libertad de expresión cuando este colisione con el derecho a la honra, es de vital importancia analizar si las declaraciones efectuadas poseen interés público, toda vez que en estos casos el juzgador debe evaluar con especial cautela la necesidad de limitar la libertad de expresión.

Y recordó su jurisprudencia según la cual el Tribunal considera de interés público aquellas opiniones o informaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes, lo que tiene consecuencias en el análisis de la convencionalidad de la restricción al derecho a la libertad de expresión, toda vez que las expresiones que versan sobre cuestiones de interés público gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático[26].

En relación con el carácter necesario y el riguroso análisis de proporcionalidad que debe regir entre la limitación al derecho a la libertad de expresión y la protección del derecho a la honra, la Corte afirmó que se deberá buscar aquella intervención que, siendo la más idónea para restablecer la reputación dañada, contenga, además, un grado mínimo de afectación en el ámbito de la libertad de expresión.

Y destacó la necesidad de que, en caso de estimarse adecuado otorgar una reparación a la persona agraviada en su honra, la finalidad de esta no debe ser la de castigar al emisor de la información, sino la de restaurar a la persona afectada, cuestión con respecto a la cual los Estados deben ejercer la máxima cautela al imponer reparaciones, de tal manera que no disuadan a la prensa de participar en la discusión de asuntos de legítimo interés público[27].

Sin perjuicio de lo expuesto, la sentencia muestra un distinto pensamiento entre los votos de los jueces Pérez Manrique y Sierra Porto.

"Baraona Bray c. Chile" (2022) evidencia una notoria dispersión argumentativa a través de los distintos votos de los integrantes del Tribunal.

La Corte IDH sostiene en este fallo que la protección penal del honor de los funcionarios públicos en contra de ofensas no tiene respaldo en la Convención.

26 P. 74.

27 Pp. 77 y 78.

Al definir la condición de funcionario público del presunto ofendido como criterio de prohibición convencional para perseguir delitos contra el honor, y no el carácter de interés público de las declaraciones consideradas ofensivas como venía sucediendo hasta este fallo, la Corte pretendió descartar de inmediato la posibilidad de abrir procesos penales contra quienes realizan crítica pública.

Asimismo, entendió probado el efecto amedrentador sobre Baraona Bray en consideración a la desproporción de la sanción, y en razón que, durante los dos años posteriores a la condena, el señor Baraona se había abstenido de realizar declaración alguna sobre asuntos de interés público general, y de participar en el debate público.

El criterio de la Corte en este fallo parece sostener que la sola promoción de la acción penal y sus repercusiones actúa automáticamente como un efecto amedrentador ("*chilling effect*") en el disfrute de la libertad de expresión de la comunidad.

Asimismo, aborda las SLAPPs sosteniendo que la recurrencia de funcionarios públicos ante instancias judiciales para presentar demandas por delitos de calumnia o injuria, no con el objetivo de obtener una rectificación, sino de silenciar las críticas realizadas respecto a sus actuaciones en la esfera pública, constituye una amenaza a la libertad de expresión.

Los Jueces Pérez Manrique, Ferrer Mac-Gregor Poisot y Mudrovitsch concurren en su voto, señalando que la sentencia abría un nuevo camino al ir más allá de los estándares vigentes hasta ese momento en el ámbito interamericano en materia de utilización del derecho penal para salvaguardar el honor a costa de la libertad de expresión, concretamente cuando están en juego declaraciones que versan sobre asuntos de interés público. Destacaron que el "efecto inhibidor o atemorizador" se observa no sólo cuando hay una condena, sino desde la mera posibilidad de persecución debido a la existencia de un tipo penal en la legislación nacional, agravándose a medida que avanza el proceso penal.

Por otra parte, en su disidencia parcial, el Juez Sierra Porto y la Jueza Hernández López, discreparon de las posiciones seguidas por la mayoría del Tribunal, por entender que, aunque las restricciones a la libertad de expresión deben tener carácter restringido, una vez que se está frente a un constatado ejercicio abusivo de la libertad de expresión, no puede sostenerse excepcionalidad alguna en la fijación de responsabilidades ulteriores.

Remarcaron que los ordenamientos jurídicos estatales deben tener los mecanismos apropiados y suficientes para determinar cabalmente si ha existido un ejercicio abusivo de la libertad de expresión y establecer responsabilidades de la

magnitud necesaria para sancionarlos y corregirlos en la medida de lo posible de acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto.

La prohibición del uso del derecho penal para imponer responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de la libertad de expresión en ciertos casos erosiona el principio de tutela judicial efectiva y reduce el núcleo de protección de los derechos de los funcionarios públicos en cuanto al derecho al honor y; genera un estándar de difícil cumplimiento para los Estados de la región.

Es que, según ellos, si bien es cierto que en materia de libertad de expresión hay un especial ámbito de protección y que la imposición de responsabilidades ulteriores debe cumplir criterios específicos con el fin de no generar un efecto amedrentador, eso no significa que el ejercicio abusivo de este derecho no deba ser sancionado y prevenido.

Añadieron que los efectos disuasorios -de la sede penal o la civil- serán deseables y beneficiosos cuando se trata de desestimular los ejercicios abusivos de la libertad de expresión, tanto los realizados por las vías tradicionales, como principalmente los surgidos de nuevas modalidades de abuso propiciadas por las nuevas tecnologías globales de comunicación e información.

Cuando la libertad de expresión y el derecho al honor entran en conflicto, existen múltiples aristas y variables de solución según las particularidades de cada caso concreto, con vista de todas las circunstancias, lo que requiere un juicio de ponderación que pasa por un test de razonabilidad y proporcionalidad.

4. ESTÁNDARES CONSOLIDADOS.

De lo expuesto, entendemos que solo pueden identificarse como estándares de la Corte IDH (en los términos de "estándar" que desarrollamos en el punto siguiente) en supuestos que enfrentan los derechos convencionalmente protegidos de libertad de expresión (artículo 13 CADH) y honra (artículo 11 CADH), los siguientes:

- Tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra son acogidos por la Convención y es necesario garantizar el ejercicio de ambos. La prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad, requiriendo la solución del conflicto el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias.

- La diferente intensidad de la protección de los derechos a la honra de las personas se asienta en el carácter de interés público de las actividades o actuaciones de estas.
- La ponderación razonable y suficiente de las autoridades nacionales de ambos derechos en conflicto, torna justificable el establecimiento de responsabilidades ulteriores.
- Las normas penales deben ser precisas. La imprecisión puede ocasionar efectos disuasorios.
- No es contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esa posibilidad se debe analizar con cautela, ponderando la gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la necesidad de utilizar medidas penales.
- La precisión de una norma civil puede ser diferente a la requerida por el principio de legalidad en materia penal.

5. NUESTRAS CONCLUSIONES CRÍTICAS.

Aunque el SIDH no tiene un sistema de *stare decisis* (como en el common law) la Corte ha sostenido que los Estados deben tomar en cuenta sus interpretaciones para cumplir con el principio de buena fe en la aplicación de los tratados (artículos 29 y 63 CADH).

Los estándares, por consiguiente, son criterios interpretativos generales desarrollados por la Corte o la CIDH, utilizados para orientar a los Estados y los operadores jurídicos sobre como cumplir con el contenido de la Convención Americana. Su naturaleza, es genérica y abstracta, ya que, si bien emanan de un caso o una serie de casos, tienen ambición de constituir una norma de carácter general para orientar la solución de casos específicos.

No cualquier opinión jurisprudencial de la Corte IDH constituye un estándar, como equivocadamente parece estar difundiéndose en la doctrina y las jurisprudencias nacionales.

En nuestra opinión, para que emerja un estándar del Tribunal el mismo debe ser aplicado por la Corte en diversos fallos en distintas situaciones fácticas; derivarse de una mayoría cuantitativa y cualitativa amplia del Tribunal, es decir adecuarse

al principio de congruencia de la sentencia; y ser aceptado mayoritariamente por los Estados.

Este último requisito, que podría ser cuestionado por algunos sectores doctrinarios, no es menor, a los fines de la consolidación y perfeccionamiento progresivo del SIDH, ya que para mejorar el índice de cumplimiento de las sentencias; y, especialmente, para lograr un aceptable consenso en torno a la aplicación de los estándares de la Corte IDH, es definitorio la convicción de los operadores jurídicos sobre la fortaleza y equilibrio de estos, considerando la ausencia de regla imperativa al respecto.

No puede ignorarse, que la cohabitación jurídica en materia de derechos humanos entre las Cortes Supremas y/o Tribunales Constitucionales y los órganos del SIDH, encontrándonos antes dos sistemas jurídicos independientes pero integrados (habitualmente por la cláusula de supremacía constitucional de los Estados) no ha sido pacífica, ya que la última palabra en cada uno de ellos esta signada a órganos distintos[28].

En algunos países (como Argentina) algunos Tratados de Derechos Humanos (TDDHH) tienen jerarquía constitucional[29] y deben entenderse complementarios de las declaraciones, derechos y garantías de la norma Nacional (habiendo dado origen esta situación a la interpretación sobre la existencia de un bloque de constitucionalidad homogéneo); y en otros (como Paraguay) los tratados internacionales poseen jerarquía infra constitucional (artículos 127 y 141 Constitución del Paraguay).

La propia Corte Suprema Argentina, un país donde los TDDHH poseen jerarquía constitucional, ha interpretado la obligatoriedad de las decisiones de los órganos del SIDH con distinta intensidad en diferentes momentos históricos, prueba acabada que el control de constitucionalidad/convencionalidad no solo es un acto jurídico, sino también el ejercicio del rol político que se atribuye a los Altos Tribunales.

Justamente fue en el caso "Fontevecchia c. Argentina" (2011), citado en este trabajo, por encuadrarse en un caso de libertad de expresión frente a la honra de un

28 Amaya Jorge Alejandro, "Fronteras del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, septiembre de 2023, ISBN: 978-987-706-465-0; "El debate sobre la última palabra. Un complejo equilibrio entre identidades constitucionales y diplomacia judicial", Buenos Aires, Argentina, Diario Editorial La ley, 28 de marzo de 2019.

29 Artículo 75 inciso 22 Constitución Argentina.

funcionario público, y tratándose curiosamente de un caso contra el país, situación en la cual existe una norma específica de cumplimiento obligatorio (artículo 68.1. CADU) donde la Corte Suprema Argentina, ejerciendo la conocida doctrina de los contra limites[30] considero que la Corte IDH, al no ser una cuarta instancia de revisión, carecía de la facultad de "dejar sin efecto" (revocar) decisiones judiciales internas del país, entendiendo que, si la pretensión del Tribunal Internacional era esa en el caso de referencia, contradecía los principios de derecho público (artículo 27 Constitucional Argentina) de los cuales surgía que la última palabra en el sistema constitucional argentino correspondía a ella y no a la Corte IDH.

A criterio del Tribunal Nacional, dichos principios constituían una "esfera de reserva soberana" y la posibilidad de un escrutinio del derecho internacional y de las decisiones de sus órganos, posición identificada también por la doctrina como resguardo de la identidad constitucional de los países[31].

Cabe considerar, por consiguiente, que tal como argumenta la disidencia del Juez Zaffaroni en la causa "Palacio Urrutia "la corriente que postula la supresión de los tipos penales de delitos contra el honor, para pasar a resolver la conflictividad resultante de esas lesiones a la justicia civil, conforme sostienen algunos Jueces de la Corte IDH, no solo es discutible doctrinaria y jurisprudencialmente, sino que no ha sido mayoritariamente seguida por los países que han ratificado la competencia de la Corte IDH, ya que corresponde a cada Estado decidir sus propios criterios de política criminal, siempre que no violen la Convención Americana ni otros instrumentos de Derechos Humanos.

Por ello, en este tipo de casos donde se contraponen dos valores jurídicos consagrados en la CADH y en las Constituciones de los Estados (el derecho a la libertad de expresión y crítica y el derecho a la honra) resulta más conveniente ponderarlos en cada caso concreto, que pretender una norma de carácter general que priorice uno sobre otro automáticamente.

Es que, si bien la libertad de expresión es un derecho reforzado por su rol individual e institucional, lo mismo sucede con los derechos políticos y su íntima

30 Amaya Jorge Alejandro "Los contra límites argentinos", Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Editorial La Ley diciembre de 2020.

31 Amaya Jorge Alejandro "Contra límites, identidad nacional, e identidad constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina", "Scrutti in onore di Giuseppe Franco Ferrari, Tomo I, Parte Primera, Forme di governo e assetti istituzionali, p. 23/38; EGEA S.p.A., Milano, giugno, 2023.

relación con el sistema democrático de gobierno[32]. Por ello han sido, correctamente definidos, como condiciones o precondiciones de la democracia[33].

No debemos olvidar, que cuando se lesiona injustamente el honor de un funcionario y se imputan hechos demostradamente falsos, no solo se afecta su dignidad, sino que dicha lesión se proyecta sobre la credibilidad del sistema democrático.

Es por ello, que cuando la libertad de expresión y el derecho al honor entran en conflicto, existen múltiples aristas y variables de solución según las particularidades de cada caso concreto, con vista de todas las circunstancias, lo que requiere un juicio de ponderación que pasa por un test de razonabilidad y proporcionalidad.

Sostener como lo hacen algunos votos de la jurisprudencia de la Corte IDH que la sola apertura de un proceso judicial genera un efecto inhibidor o de autocensura en el ejercicio de la libertad de expresión, no solo inhibe al estado de su capacidad legítimamente punitiva[34]; sino que además deja debilitada la protección de otros derechos de igual jerarquía constitucional y convencional; y blinda los eventuales abusos de la información en épocas de posverdad y fake news.

La teoría del chilling *effect* se basa predominantemente en una intuición, en vez de en un efecto medido empíricamente. Por ello, debe estar ligado a la teoría de la proporcionalidad aplicada al caso concreto.

La Corte IDH tiene establecido que se consideran de interés público, las noticias que se refieren a temas de relevancia social; informan sobre asuntos que afectan a la colectividad; contribuyen a la fiscalización del poder; y forman parte del debate democrático.

Estos enfoques, y la aplicación de la conocida doctrina de la real malicia, contribuyen, sin duda, al fortalecimiento de la libertad de expresión y prensa, al otorgarle una protección sustancial y procesal preferente frente a la tensión que el ejercicio critico de la libertad de expresión y prensa pueda presentar sobre los derechos que protegen la honra.

---

32 Amaya Jorge Alejandro "Los Derechos políticos" (segunda edición), Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, septiembre de 2020, ISBN 978-987-706-355-4. La Corte IDH sostiene esta interrelación y fortaleza de los derechos políticos en su jurisprudencia, de los casos "Yatama"; Castañeda Gutman"; Manuel Cepeda Vargas"; "Lopez Mendoza"; "Camba Campos"; "Lopez Leone" y "Gustavo Petro".

33 Posición sostenida inicialmente Norberto Bobbio y su discípulo Michelangelo Bovero, que ha tenido fuerte repercusión en decisiones jurisprudenciales y en la defensa de los derechos políticos.

34 A lo cual no parecen estar dispuestos a renunciar a la luz de la poca aceptación que ha tenido esta posición en las legislaciones de los Estados parte.

Pero, la libertad de expresión, como todo derecho, no es absoluta, y así como cede, en supuestos de la vida privada de personas no publicas sin relevancia social; también lo debería hacer en los casos de la comisión probada de un delito legalmente tipificado, como en el supuesto de calumnias, difamación o discursos de odio e incluso injurias.

Además de los daños generados a la vida personal, profesional y familiar, que producen sobre cualquier funcionario hechos probadamente falsos; también, en estos supuestos, deslegitiman los sistemas democráticos.

La línea jurisprudencial que evidencia el pensamiento de algunos jueces del Tribunal, en el sentido de establecer principios generales de protección de la libertad de expresión independizados del análisis del caso concreto, negando directamente el acceso de la tutela penal a los funcionarios públicos por el solo hecho de serlos, excede, el marco del "derecho preferente" para acercarlo al derecho "absoluto", muy riesgoso en épocas de posverdad; de noticias falsas y de campañas políticas arteras.

HACIA UNA INMEDIACIÓN JUDICIAL 4.0

Ramiro Antonio BUSTAMANTE ZEGARRA*

Diego Fernando Ángel ANGULO OSORIO**

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Las inteligencias artificiales. **3.** ¿Por qué es necesaria una inmediación judicial 4.0? **4.** IUDEX IA. **5.** CURIA. **6.** Conclusión: Reflexión sobre el uso de inteligencias artificiales y el deber de inmediación de los jueces.

1. INTRODUCCIÓN

> La pandemia del COVID19 ha sido, quizás "la mayor crisis de nuestra generación", en la cual el desarrollo tecnológico ha logrado una gran sofisticación, cuya aplicación práctica inmediata permitió el funcionamiento de la administración de justicia pese a las cuarentenas (Harari, 2021).

En este contexto se sancionó en el Perú el Protocolo Temporal para Audiencias Judiciales Virtuales durante el Periodo de Emergencia Sanitaria, aprobado por la Resolución Administrativa 173-2020-CE-PJ, con el objeto de "*asegurar la continuidad de los procesos judiciales*" respetando las garantías del debido proceso, y, a la vez garantizar la salud pública.

En la expresión de principios de este Protocolo se reiteró la presencia del principio de inmediación, que, si bien ya está positivizado en el artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo 017-93-JUS, y en el artículo V del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil,

* Abogado por la Universidad Católica de Santa María. Doctor en Derecho y Maestro en Derecho Constitucional y Tutela Jurisdiccional por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Juez Supremo titular de la Corte Suprema de la República. ORCID 0000-0003-0604-5093.

** Abogado por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Maestro en Derecho Público por la Universidad Abat Oliba CEU de Barcelona. ORCID 0000-0003-3605-779X

Resolución Ministerial 010-93-JUS. No significa de ninguna manera que se trata de una redundancia ociosa; en buena cuenta, porque a través de la digitalización de la administración de justicia se corre el gran riesgo de fracturar el contacto entre los justiciables y el juez.

Es universalmente conocido y aceptado que, la comunicación virtual a través de mensajería electrónica carece de los elementos de comunicación no verbal como son los gestos, la postura corporal, el contacto visual y el tono de voz que modela el mensaje, que permiten una comunicación activa. De esta manera se tienen los emoticones que "representa una expresión facial y se usa en los mensajes electrónicos para expresar el estado de ánimo del emisor o el tono del mensaje" (Real Academia Española, 2014), como un intento de humanizar la comunicación virtual.

Las reuniones virtuales tienen cuatro componentes, uno escrito a través de la mensajería instantánea, uno gamificado a través de reacciones lúdicas, uno auditivo y otro visual; con la finalidad de asemejarse a las reuniones físicas presenciales. No obstante, y conforme a la evidencia empírica cotidiana, no siempre se utilizan estos cuatro canales en todas las reuniones educativas y laborales; por lo general, son atendidas sin el medio visual, sólo a través de audio, y principalmente en el teléfono celular. Sin embargo, es el uso del medio visual el que asegura la inmediación en los entornos digitales (Baym, y otros, 2021, p. 11).

Este problema de mayor conexión, pero menor comunicación (Turkle, 2012), incipiente en la década pasada y endémico desde la pandemia, no ha sido completamente superado; y, aun así, ha aparecido un nuevo reto, las inteligencias artificiales de acceso público. A la fecha no han reemplazado el trabajo humano, y están evidenciando una gran dificultad en proporcionar información veraz y confiable (Lee, y otros, 2025, p. 2); por lo que no se ha extendido su uso generativo en el ámbito jurisdiccional, que exige precisión casi quirúrgica.

Como muestra, se tiene a Prometea en Argentina y Minerva – NOJ en España; la primera, generada en el marco de la Resolución General de la Nación 13/2018, busca simplificar labores repetitivas donde existe reiterada jurisprudencia (Estevez, Linares Lejarraga, & Fillottrani, 2020, p. 10); mientras que la segunda, es producto de un marco legal mucho más sólido conformado por la Ley 18/2011, del 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, y, el Real Decreto-ley 6/2023, del 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de

justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. Esta última esta referida a la automatización, digitalización y organización del trabajo judicial administrativo que incluye la estadística, carga laboral, control de plazos y soporte a jueces; quedando expresamente proscrito el uso de la inteligencia artificial para la generación de resoluciones finales definitivas (Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica, 2024, p. 12).

En el ámbito nacional, se tiene el proyecto piloto IUDEX IA para facilitar la calificación de las demandas en el Módulo Corporativo Civil de Litigación Oral de la Corte Superior de Justicia de Lima, generado en el marco de la Resolución Administrativa 000151-2025-CE-PJ y la Resolución Corrida 000554-2025-CE-PJ; y, el proyecto Mikuna IA en la Corte Superior de Justicia de Lima que busca acelerar y automatizar el análisis de los expedientes judiciales de alimentos.

En este panorama retador, ¿existe un nuevo contenido al deber de inmediación judicial?; su reconfiguración inició con la virtualidad forzosa como consecuencia de la pandemia; pero, ahora con la irrupción de las inteligencias artificiales generativas, es necesario reflexionar sobre un nuevo paradigma. Porque, es muy grande la tentación de delegar íntegramente la gestión judicial a las inteligencias artificiales.

2. LAS INTELIGENCIAS ARTIFICIALES

La disrupción de las inteligencias artificiales ha generado grandes expectativas, y, también grandes preocupaciones, principalmente vinculadas a la reducción de demanda laboral (Torres Cadillo, 2023, pp. 310-311). Esta "*primavera*", viene precedida por su correspondiente "*invierno*" provocado en buena cuenta por la decepción inicial en sus resultados en el mundo real en la década de 1960, pronosticándose su despegue en más de un cuarto de siglo (Lighthill, 1972, pp. 19-22).

La principal incidencia de las inteligencias artificiales se vendría dando sobre los trabajos intelectuales; sin embargo, no sería de forma uniforme, habría casos en que se darían completas superposiciones con las tareas humanas, otras serían parciales superposiciones, y otras se tratarían de complementación, donde se requeriría la supervisión activa y la culminación de la tarea por el ser humano (Tomlinson, Jaffe, Wang, Counts, & Suri, 2025, pp. 18-19). Tampoco el impacto en las diferentes actividades humanas ha sido homogéneo; el impacto proyectado sería intermedio en la rama jurídica en relación a ventas, computación y administración (Tomlinson, Jaffe, Wang, Counts, & Suri, 2025, p. 15).

Este impacto reducido en las actividades jurídicas se debe en buena cuenta, que las inteligencias artificiales se desarrollan sobre bases de datos existentes, volviéndose ineficaces en los escenarios donde los antecedentes son escasos; así como, en los casos en los cuales se requiere el concurso de habilidades blandas y duras, como es el litigio oral (Oppenheimer, 2018, p. 164). Resulta necesario aclarar que, las inteligencias artificiales no son completamente objetivas; puesto que, muchas veces arrastrarán los sesgos de las bases de datos con las que son alimentadas (Comisión Europea, 2020, p. 25), de tal manera que la inteligencia artificial hará suyos los sesgos del humano entrenador (Kissinger, Schmidt, & Huttenlocker, 2021, p. 62).

Dentro de las inteligencias artificiales, se les ha catalogado como "inteligencias artificiales fuertes" e "inteligencias artificiales débiles", donde éstas últimas, también llamadas "inteligencias artificiales estrechas" ya vienen conviviendo con el ser humano, son inteligencias artificiales que cumplen tareas programadas específicas, como el juego de ajedrez con diferentes niveles de dificultades o el traductor de Google; en cambio, las artificiales fuertes, aún no vistas por el ser humano, también llamadas "inteligencias artificiales generales", deberían asemejarse al pensamiento humano (Mitchell, 2019, pp. 46-47). Ahora bien, si bien Google Traductor es una inteligencia artificial débil, con su paulatina evolución ha dejado de ser una inteligencia artificial débil monovalente, para llegar a ser una inteligencia artificial polivalente que puede traducir una gran variedad de idiomas, sin necesidad de programación humana porque ya reconoce automáticamente el idioma del fragmento propuesto para su traducción. El mucho más desarrollado ChatGPT es también una inteligencia artificial débil polivalente, porque si bien puede incluso sostener conversaciones sumamente técnicas de forma sostenida, carece de la comprensión humana. Los ejemplos de inteligencias artificiales fuertes aún son privativos de la ciencia ficción como son Hal 9000 de 2001: A Space Odyssey, El Arquitecto y la matrix en The Matrix y Omnius y sus máquinas pensantes en Dune.

Para ilustrar mejor la inteligencia artificial fuerte y su diferencia con la inteligencia artificial débil, nótense los robots humanoides, también llamados sintéticos, del universo de Allien, Ash de Allien (1979), Bishop de Aliens (1986), David de Prometheus (2012), Walter de Covenant (2017) y Rook de Romulus (2022), y la administradora omnipresente en las naves espaciales de estas películas MU-TH-UR 6000 o Madre. Madre es un claro ejemplo de inteligencia artificial débil, porque si bien es una supercomputadora que administra en su totalidad todas las funciones de las naves espaciales, no tiene autonomía y obedece los comandos del sintético de turno o de la tripulación humana. De esta manera, durante los viajes

interplanetarios, Madre no se queda sola mientras la tripulación humana duerme en criohibernación; por su carencia de autonomía queda "despierto" y a cargo de la nave y de Madre, un sintético, que reemplaza a la tripulación humana en la administración de la nave con "autonomía" e "iniciativa".

¿Sería auténtica esta "autonomía"? Siguiendo este ejemplo futurista, la respuesta es incierta. Por ejemplo, aunque Ash mantiene autonomía ejecutiva, sus acciones ignoran los requerimientos de la tripulación humana y sólo obedecen a las instrucciones secretas dadas por la ficticia corporación Weyland Yutani; Bishop y Walter en cambio, siguen instrucciones de la tripulación humana conforme a su programación original que le predetermina como su asistente. El escenario problemático, o mejor dicho distópico, aparece con David, quien, a pesar de seguir órdenes, constantemente cuestiona filosófica y éticamente a la tripulación humana. Un aspecto muy interesante se tiene con Rook, quien, siguiendo los intereses de su empresa propietaria realiza una negociación con los humanos protagonistas de su propia película con cierta "autonomía".

Resulta imposible ahondar en esta "autonomía", por cuanto pertenece al campo de la ciencia ficción; sin embargo, este ejercicio ha servido para explicar gráficamente el comportamiento de la inteligencia artificial débil, y su necesidad de supervisión activa por un agente "autónomo" como es el ser humano, o, como en estas películas, una inteligencia artificial fuerte personificada por un sintético.

En segundo lugar, se tienen las inteligencias artificiales generativas, una variante de las inteligencias artificiales débiles; las cuáles, actualmente adolecen de un serio problema de fiabilidad; como el refranero popular reza, "*lo saben todo y sino, se inventan*":

> La inteligencia artificial generativa puede crear grandes cantidades de información falsa pero verosímil. La desinformación y la guerra psicológica facilitadas por la IA —incluido el uso de identidades, imágenes, videos y discursos creados artificialmente— están a punto de generar nuevas y preocupantes vulnerabilidades, especialmente para las sociedades libres. (Kissinger, Schmidt, & Huttenlocker, 2021, p. 115).

La inteligencia artificial generativa puede producir información de forma rápida y eficaz reemplazando profesionales intelectuales, de formas "creativas" (Kissinger, Schmidt, & Huttenlocker, 2021, p. 133); sin embargo, no es propiamente un "razonamiento", no soluciona problemas. La inteligencia artificial generativa ChatGPT-3, por ejemplo, es más bien reactiva, frente a estímulos que generan

respuestas derivadas de la información existente y disponible, generando respuestas semejantes a las que daría un ser humano, producto de un entrenamiento y no de un razonamiento propio (Kissinger, Schmidt, & Huttenlocker, 2021, p. 16). Para mayor muestra, no se trata de un pensamiento y mucho menos de un aprendizaje propiamente dicho, porque como toda inteligencia artificial débil, sus habilidades adquiridas mediante entrenamiento para una tarea concreta no pueden extenderse a otras tareas que no se le han enseñado (Mitchell, 2019, p. 169).

Por todo lo anteriormente expuesto, no se estaría ante un escenario de administración de justicia por "maquinas pensantes"; sino, un nuevo escenario, en el cual el uso de herramientas de inteligencia artificial débil debería servir para mejorar la administración de justicia.

3. ¿POR QUÉ ES NECESARIA UNA INMEDIACIÓN JUDICIAL 4.0?

El proceso judicial 1.0 sería la justicia tradicional, predigital, de procesos enteramente presenciales; el proceso judicial 2.0 sería la justicia digital básica, en el que se incorporaron los sistemas de gestión judicial electrónicos prepandémicos como son la Consulta de Expedientes Judiciales en Cortes Superiores de Justicia[1], el Sistema de Notificaciones Electrónicas – SINOE[2], el Sistema Integrado Judicial[3], los Remates Electrónicos Judiciales – REM@JU[4] y el Expediente Judicial Electrónico – EJE[5].

Actualmente, el escenario presente sería el proceso judicial 3.0, proliferando las firmas digitales de documentos públicos al haberse desenterrado en la pandemia la vetusta Ley 27269 cuyo uso era prácticamente inexistente (Comisión de Justicia y Derechos Humanos, 2020, p. 12), y prevaleciendo un litigio virtual completo con Mesa de Partes Electrónica[6], atención remota por jueces a los litigantes en El Juez te Escucha, Programa tu Cita[7] y audiencias virtuales por Google Meet[8]. El

1 Resolución Administrativa 180-2004-CE-PJ
2 Resolución Administrativa 214 2008 CE PJ
3 Resolución Administrativa 280-2010-CE-PJ
4 Resolución Administrativa 211-2016-CE-PJ
5 Resolución Administrativa 228-2017-CE-PJ
6 Resolución Administrativo 162-2024-CE-PJ
7 Resolución Administrativa 077-2021-CE-PJ
8 Resolución Administrativa 123-2020-CE-PJ

último escalón de este estadio sería la completa interconexión e interoperabilidad de aplicativos individuales y la intensificación de la tecnología *blockchain* en sustitución de la firma electrónica, puesto que de forma más transparente aseguraría la inalterabilidad y trazabilidad documental (Jia, Shao, Yang, & Bian, 2024, p. 18).

Entonces, ¿qué se espera de una justicia 4.0? En buena cuenta, mucho de lo que ya se está viendo, o sufriendo dependiendo de la perspectiva; inteligencias artificiales generativas, *chatbots* y procesos automatizados, que obviamente van a requerir un nuevo contenido axiológico en los principios que inspiran la garantía del debido proceso judicial.

La garantía del debido proceso legal, no es un recurso judicial estrictamente hablando, sino un conjunto de presupuestos y principios reconocidos en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo cumplimiento asegura una real justicia, los cuales son insustituibles e indispensables en todo proceso legal sin excepción. (Opinión Consultiva sobre las Garantías Judiciales en Estados de Emergencia solicitada por la República Oriental del Uruguay, 1987, p. 8). Estas son pues, garantías mínimas que se deben asegurar para que las decisiones jurisdiccionales sean realmente justas quedando descartada cualquier arbitrariedad (Caso Baena Ricardo contra Panamá, 2001, pp. 92-94).

Concretamente, el principio de inmediación judicial se encuentra reconocido expresamente en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este "[...]principio procesal que exige que las pruebas se practiquen en presencia del juez o tribunal" (Real Academia Española, 2025), está íntimamente vinculado con la oralidad del proceso judicial, porque en el proceso escrito muchas veces se le ha obviado (Cabanellas de Torres, 2006, pp. 249-250). En la reiterada jurisprudencia interamericana, la inmediación judicial ha sido graficada como una relación cuyos vértices son las partes procesales, sus abogados y las pruebas, y, en cuyo centroide se encuentra el juez con contacto directo con todas ellas de forma simultánea (Caso Palamara Iribame contra Chile, 2005, pp. 81-82) (Caso Herrera Espinoza contra Ecuador, 2016, p. 46) (Caso Girón contra Guatemala, 2019, pp. 32-33) (Caso Poggioli Pérez contra Venezuela, 2024, p. 38) (Caso Reyes Mantilla contra Ecuador, 2024, pp. 45, 63) (Caso García Rodríguez contra México, 2023, pp. 69-70).

A nivel nacional, se encuentra implícitamente reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú de 1993 y explícitamente en el artículo III del Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley 31307. Asimismo, se encuentra explícitamente reconocido en el artículo 6 del Texto Único Ordenado de

la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobada por el Decreto Supremo 017-93-JUS y el artículo V del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil aprobado por el Decreto Supremo 010-93-JUS.

No habrá inmediación, por ejemplo, cuando el juez de la causa fundamenta su decisión en pruebas actuadas en su ausencia (Acción de hábeas corpus de Marcelo Teodoro Barreto contra la Sala Mixta Permanente de la Corte Superior de Justicia de Pasco, 2019, p. 4)[9]. Puesto que, el principio de inmediación procesal está íntimamente vinculado al derecho a la prueba cuya actuación debe hacerla directamente el juzgador para ponderarla adecuadamente (Acción de amparo de Francisco Virgilio Castañeda Aguilar contra los Jueces de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, 2013, pp. 5-6)[10] (Acción de hábeas corpus de Cristóbal Silva Rosas contra el Primer Juzgado Mixto de Alto Amazonas, 2011, p. 3)[11].

Esta relación entre el principio de inmediación y la actuación probatoria tiene dos caras; una primera, que es la personal donde prima la capacidad perceptiva del juzgador sobre el lenguaje verbal y no verbal, que resulta opaca para la supervisión por el *Ad Quem*; mientras que, la segunda que es estructuralmente racional y objetiva derivada del propio contenido probatorio, que sí es abierta al control por una instancia superior sobre su incongruencia, imprecisión o contradicción interna o externa (Proceso penal por homicidio calificado en contra de Jhonny Javier Giraldo Romero, 2007, pp. 9-10)[12] (Acción de amparo de Francisco Virgilio Castañeda Aguilar contra los Jueces de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, 2013, pp. 5-6)[13].

Es a través del principio de inmediación, que, se ha logrado superar el tradicional proceso civil unívocamente escriturado donde las partes se interrelacionaban más con los servidores judiciales que con el propio juez, para llegar a un proceso con vocación oral y sustento escrito, en el cual el juez debe tener contacto directo

9 Fundamentos 11 y 14 del Auto del Tribunal Constitucional del Perú recaído en el expediente 04218-2018-PHC/TC

10 Fundamento 5 de la Sentencia de la Primera Sala del Tribunal Constitucional del Perú 02201-2012-PA/TC

11 Fundamento 6 de la Sentencia de la Primera Sala del Tribunal Constitucional del Perú 00849-2011-PHC/TC

12 Fundamento 7 de la Casación 00005-2007

13 Fundamento 5 de la Sentencia de la Primera Sala del Tribunal Constitucional del Perú 02201-2012-PA/TC

sin mediadores con las partes procesales, recogiendo así de primera mano sus intereses y examinando directamente sus pruebas (Ledesma Narváez, 2008, pp. 56-57). En este sentido, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado como un elemento central del principio de inmediación, el contacto directo entre las partes y el juzgador:

> El principio de inmediación postula la comunicación personal del Juez con las partes y el contacto directo de aquél con los medios probatorios, para llegar a una íntima compenetración entre los intereses en juego. El Juez debe hacer uso de la posibilidad que le brinda el proceso de obtener un total conocimiento mediante la percepción directa en la práctica de las pruebas, y de esta forma adoptar una decisión acertada. (Proceso de interdicto de retener de Histron Perú S.A. contra Inmobiliaria JPO 1970 S.A.C., 2018, p. 19)[14].

En un sistema procesal publicista como el peruano, el principio de inmediación judicial resulta neurálgico, en razón que, el constante contacto del juez con las partes, le permite apreciar directamente la controversia que se debe dilucidar; lo que lleva directamente al principio de concentración procesal y ulteriormente al principio de oralidad (Obando Blanco, 2016, pp. 66-67). Puesto que si el juez además de decidir la causa, debiera participar directa y activamente en el proceso, no es razonable un proceso diluido en varios actos procesales innecesariamente fragmentados; de esta manera, la inmediación exige la concentración procesal, que, preferentemente condensa los actos procesales en una audiencia, la cual es eminentemente oral. Es más, la oralidad es un mecanismo a través del cual se puede verdaderamente asegurar la efectividad de la inmediación judicial, porque le permite al juzgador no sólo escuchar a las partes sino también que ellas lo escuchen cuando tome alguna decisión como el de rechazar pruebas impertinentes (Bustamante Zegarra & Angulo Osorio, 2020, p. 38).

En conclusión, la inmediación procesal exige que se establezca un trato directo entre partes y juzgador, que no tenga intermediarios, para que de forma personalísima escuche a las partes procesales, actúe sus pruebas y dicte su decisión sobre la causa sobre la base de un contacto directo con el caso:

Que, en virtud al principio de inmediación el Juzgador debe establecer una relación directa con las partes, recabando y actuando de modo personal los medios probatorios, a efectos de que la decisión a dictar responda con mayor fidelidad a la

14 Fundamento 11 de la Casación 02217-2017

controversia jurídica suscitada, a lo actuado en el proceso y al derecho; razón por la cual, contemplado este principio en el artículo quinto del Título Preliminar del Código Procesal Civil, se establece luego, en el artículo cincuenta in fine, del mismo Código que el Juez que inicia la audiencia de pruebas concluirá el proceso; sin embargo, debe tenerse presente también que este principio contempla también excepciones, ello en caso de que el Juez que desarrolló el proceso sea separado o promovido, dado que resulta física y jurídicamente imposible que éste expida posteriormente resolución cuando ya se encontraba en dicho estado; [...]." (Proceso de alimentos de Anie Milagros Pérez Corrales contra Jaime Matías Pérez Pariona, 2002)[15].

Este estándar del principio de inmediación judicial, ¿puede lograrse en este nuevo escenario dominado por la virtualidad y la disrupción de las inteligencias artificiales débiles?

Como se ha señalado anterior y extensamente, las actuales inteligencias artificiales, aunque sean generativas como ChatGPT, aún pertenecen al catálogo de las inteligencias artificiales débiles; por lo que, difícilmente puede delegarse el juzgamiento en ellas. Por ejemplo, recientemente se ha actualizado ChatGPT a su quinta versión, consignándose expresamente que "ChatGPT puede cometer errores. Comprueba la información importante".

En este sentido, el juzgador mantendrá su posición central en el proceso como director del mismo en contacto directo con las partes, físicamente, o a través de medios telemáticos; pero asistido por herramientas de inteligencia artificial. Puesto que, el trabajo con inteligencias artificiales, no supone una automatización completa; sino que, "*sólo tendrán que supervisar los borradores de documentos legales producidos por los robots. Los algoritmos se encargarán de las tareas más tediosas de su trabajo.*" (Oppenheimer, 2018, pág. 163). Por ejemplo, en la actualidad, los proyectos de las inteligencias artificiales débiles generativas están enfocados en los documentos repetitivos de mero trámite, que pueden ser desarrollados eficaz y eficientemente; evitando que los auxiliares jurisdiccionales superen sus jornadas laborales por la excesiva carga procesal que soportan.

En el caso de los juzgadores, el uso de inteligencias artificiales más sofisticadas, permitirían la rápida revisión de estadísticas, datos y metadatos para asegurar el cumplimiento de plazos procesales y metas productivas. También permitiría la rápida corroboración de datos, hechos, legislación y jurisprudencia en tiempo real; por

15 Fundamento 1 de la Casación 00286-2002

ejemplo, no son pocos los casos en los que se han utilizado argumentos inexactos durante las audiencias con el ánimo de salir del paso; amparándose en que no son fácilmente corroborables durante la misma audiencia porque requeriría una búsqueda en expedientes que normalmente son voluminosos o los mecanismos de consulta de jurisprudencia aún adolecen de defectos técnicos y fluidez en su servicio. De esta manera, el uso de las inteligencias artificiales no debe significar un reemplazo de los jueces y del personal jurisdiccional, sino deben ser herramientas que permitan una revisión rigurosa de la información proporcionada, haciendo más eficaz y eficiente su labor de administración de justicia en bien de la nación y de los justiciables.

Hoy en día, en el Poder Judicial, con la implementación de la actualización del Expediente Judicial Electrónico hacia el 2027, se lograría una base de datos centralizada, un efectivo control de plazos procesales, estadísticas estructuradas, trazabilidad de la información, la automatización de tareas repetitivas, estandarización de modelos documentales frecuentes y la disponibilidad de expedientes digitales para todas las especialidades.

4. IUDEX IA.

A través del sistema IUDEX IA se buscaría estandarizar y facilitar el proceso de calificación de demandas civiles con el objetivo de reducir los tiempos de calificación de demandas; en razón que, uno de los más grandes cuestionamientos de la abogacía al Poder Judicial, es la demora en la calificación de demandas; situación que empeora cuando este proceso genera la inadmisibilidad de la demanda y requiere una segunda calificación de la subsanación.

Inicialmente, este proyecto se centraría en un análisis rápido en cuestiones que sí son automatizables como son la materia, la cuantía y la competencia; de esta manera, el borrador preliminar reduce el tiempo de calificación de demandas, uniformiza los criterios de calificación y racionaliza la jornada laboral de los juzgados.

La supervisión es necesarísima en este caso, no sólo porque como se ha indicado reiteradamente, la fiabilidad de las inteligencias artificiales, aún es baja, sino porque la inteligencia artificial no hace la labor jurisdiccional, sino que, como herramienta está sujeta a la revisión y aprobación humana.

Este caso sirve de oportunidad para explicar el uso ético de estas nuevas herramientas; así como, la computadora significó un avance tecnológico significativo en relación a la máquina de escribir, porque a diferencia de ella, permite la revisión

de ortografía, semántica básica y la rápida corrección de errores; las inteligencias artificiales también son un avance sobre los procesadores de texto ordinarios.

Un aspecto no menor, que también se hace necesario reseñar, es que, conforme se viene trabajando una moderna gestión del despacho judicial que requiere ya no solamente profesionales del derecho sino también multidisciplinarios; este nuevo escenario, se haría necesaria la integración de profesionales de la computación de forma intensiva al Poder Judicial para brindar soporte sobre las incidencias que siempre se generan en el uso de las tecnologías de la información.

5. CURIA.

El recientemente presentado asistente de inteligencia artificial CURIA de la Quinta Sala Suprema de Derecho Constitucional y Social constituye un hito en la gestión digital inteligente de las causas, "mejora la precisión en la identificación de antecedentes y optimiza la fundamentación jurídica al proyectar informes estructurados" (Poder Judcial del Perú, 2025).

Esta inteligencia artificial generativa, es un claro ejemplo del empleo de las inteligencias artificiales en el procesamiento de bases de datos existentes para la generación de informes y documentos predictivos con base a su entrenamiento. Así, CURIA puede identificar con eficacia y eficiencia precedentes aplicables al caso concreto para proyectar una posible solución al mismo, la cual está sujeta obviamente a la revisión y aprobación de los jueces humanos.

Resulta necesario destacar que, este exitoso y prometedor asistente de inteligencia artificial nació a iniciativa de la Quinta Sala Suprema de Derecho Constitucional y Social, aprobada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante la Resolución Administrativa 355-2024-CE-PJ. Mediante esta Resolución se aprobó el proyecto de Sistema Jurisdiccional de Trabajo para una eficiente búsqueda de jurisprudencia y gestión de votaciones.

6. CONCLUSIÓN: REFLEXIÓN SOBRE EL USO DE INTELIGENCIAS ARTIFICIALES Y EL DEBER DE INMEDIACIÓN DE LOS JUECES

La transformación del trabajo intelectual determinada por la irrupción de las inteligencias artificiales no debería suponer un reemplazo del juez; sino que, por el contrario, el juez y los auxiliares del juzgado estarán premunidos de herramientas sofisticadas que les permitirán absolver la excesiva carga procesal, de forma eficiente

con rigurosidad; porque en buena cuenta, estas herramientas "inteligentes" reducen los plazos de procesamiento de datos, de revisión de estadísticas y precedentes, y la proyección de resultados que necesariamente deben ser supervisados, revisados y hasta corregidos por los usuarios humanos. En buena cuenta, porque la inteligencia artificial no está en un lejano futuro, sino que se encuentra muy presente, como lo recuerda la Ley (31814) que Promueve el Uso de la Inteligencia Artificial en Favor del Desarrollo Económico y Social del País.

De esta manera, se hace mucho más vigente el principio de inmediación judicial, porque el juez no sólo estará en contacto directo con las partes para personalmente tomar conocimiento de sus intereses, alegatos y pruebas, sino que, mediante el auxilio de herramientas "inteligentes" podrá corroborar con mayor facilidad la veracidad o exactitud de las mismas. Lo que ulteriormente, hará que el juez no sólo esté presente físicamente, sino que pueda desempeñar un rol activo en las audiencias con mayor rigurosidad.

BIBLIOGRAFÍA

Acción de amparo de Francisco Virgilio Castañeda Aguilar contra los Jueces de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, 02201-2012-PA/TC[02647-2010-0] (Primera Sala del Tribunal Constitucional del Perú 17 de Junio de 2013).

Acción de hábeas corpus de Cristóbal Silva Rosas contra el Primer Juzgado Mixto de Alto Amazonas, 00849-2011-PHC/TC[00414-2010-0] (Primera Sala del Tribunal Constitucional del Perú 9 de Junio de 2011).

Acción de hábeas corpus de Marcelo Teodoro Barreto contra la Sala Mixta Permanente de la Corte Superior de Justicia de Pasco, 04218-2018-PHC/TC[00694-2018-0] (Primera Sala del Tribunal Constitucional del Perú 24 de Septiembre de 2019).

Baym, N., Bergmann, R., Coleman, A., Reyna Fernández, R., Rintel, S., Sellen, A., & Smith, T. (2021). Collaboration and Meetings. En J. Teevan, B. Hecht, & S. Jaffe, The New Future of Work: Research from Microsoft into the Pandemic's Impact on Work Practices (Primera ed., pp. 7-26). *Microsoft Corporation*.

Bustamante Zegarra, R. A., & Angulo Osorio, D. F. (2020). La oralidad en el proceso civil: Una realidad gestada por los propios jueces civiles del Perú. *Revista Oficial del Poder Judicial,* XI(13), 19-40.

Cabanellas de Torres, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental* (Décimoctava ed.). Buenos Aires: Heliasta.

Caso Baena Ricardo contra Panamá, C-72 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de Febrero de 2001).

Caso García Rodríguez contra México, C-482 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de Enero de 2023).

Caso Girón contra Guatemala, C-390 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 15 de Octubre de 2019).

Caso Herrera Espinoza contra Ecuador, C-316 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de Septiembre de 2016).

Caso Palamara Iribame contra Chile, C-135 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de Noviembre de 2005).

Caso Poggioli Pérez contra Venezuela, C-523 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de Abril de 2024).

Caso Reyes Mantilla contra Ecuador, C-533 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de Agosto de 2024).

Comisión de Justicia y Derechos Humanos. (2020). Dictamen de los Proyectos de Ley 5301, 5380 y 5427/2020-CR. Novena Sesión Ordinaria del miércoles 15 de julio de 2020. Lima: Congreso de la República.

Comisión Europea. (2020). *Libro blanco sobre la inteligencia artificial: Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*. Bruselas: Unión Europea.

Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica. (2024*). Política de Uso de la Inteligencia Artificial en la Administración de Justicia (Primera ed.).* Madrid: Ministerio de Justicia.

Estevez, E., Linares Lejarraga, S., & Fillottrani. (2020). Prometea: *Transformando la administración de justicia con herramientas de inteligencia artificial* (Primera ed.). Nueva York: Banco Interamericano de Desarrollo.

Harari, Y. N. (26 de Febrero de 2021). Lessons from a year of Covid. Financial Times. Recuperado el 20 de Julio de 2025, de https://www.ft.com/content/f1b30f2c-84aa-4595-84f2-7816796d6841

Jia, L., Shao, B., Yang, C., & Bian, G. (2024). *A Review of Research on Information Traceability Based on Blockchain Technology. Electronics*(13).

Kissinger, H., Schmidt, E., & Huttenlocker, D. (2021). *The Age of A.I.* London: John Murray.

Ledesma Narváez, M. L. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil* (Primera ed., Vol. I). Lima: Gaceta Jurídica.

Lee, H. P., Sarkar, A., Tankelevitch, L., Drosos, I., Rintel, S., Banks, R., & Wilson, N. (2025). The Impact of Generative AI on Critical Thinking: Self-Reported Reductions in Cognitive Effort and Confidence Effects From a Survey of KnowledgeWorkers. Microsoft Research, 1-22.

Lighthill, J. (1972). *Artificial Intelligence. Applied Mathematics.* Cambridge: Cambridge University.

Mitchell, M. (2019). *Artificial Intelligence*. Nueva York: Macmillan.

Obando Blanco, R. (2016). *Principios de inmediación, concentración, economía y celeridad procesales*. En R. I. Cavani Brain, Código Procesal Civil comentado (Primera ed., Vol. I, pp. 62-71). Lima: Gaceta Jurídica.

Opinión Consultiva sobre las Garantías Judiciales en Estados de Emergencia solicitada por la República Oriental del Uruguay, OC-9/87(A-91) (Corte Interamericana de Derechos Humanos 6 de Octubre de 1987).

Oppenheimer, A. (2018). *¡Sálvese quien pueda! El futuro del trabajo en la era de la automatización* (Primera ed.). México Distrito Federal: Pengüin Random House.

Poder Judicial del Perú. (14 de Marzo de 2025). Noticias del Poder Judicial. Recuperado el 9 de Agosto de 2025, de Poder Judicial: https://www.gob.pe/institucion/pj/noticias/1126720-poder-judicial-presenta-asistente-de-inteligencia-artificial-curia-que-optimizara-servicio-de-justicia.

Proceso de alimentos de Anie Milagros Pérez Corrales contra Jaime Matías Pérez Pariona, Casación 00286-2002 (Sala Suprema Civil Transitoria 25 de Septiembre de 2002).

Proceso de interdicto de retener de Histron Perú S.A. contra Inmobiliaria JPO 1970 S.A.C., Casación 02217-2017(11677-2012-0-1801-JR-CI-25) (Sala Suprema Civil Permanente 28 de Junio de 2018).

Proceso penal por homicidio calificado en contra de Jhonny Javier Giraldo Romero, Casación 00005-2007 (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú 11 de Octubre de 2007).

Real Academia Española. (2014). Diccionario de la Lengua Española. Recuperado el 20 de Julio de 2025, de XXIII Edición: https://dle.rae.es

Real Academia Española. (2025). Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. Recuperado el 31 de Julio de 2025, de https://dpej.rae.es/

Tomlinson, K., Jaffe, S., Wang, W., Counts, S., & Suri, S. (Julio de 2025). Work with AI: Measuring the Occupational Implications of Generative AI. Microsoft Research, 1-41. Recuperado el 22 de Julio de 2025, de https://www.microsoft.com/en-us/research/publication/working-with-ai-measuring-the-occupational-implications-of-generative-ai/

Torres Cadillo, R. I. (2023). Los riesgos y los desafíos que enfrentan los trabajadores frente al uso de la inteligencia artificial en el trabajo. Revista de Derecho Procesal del Trabajo, VI(7), 289-313.

Turkle, S. (Febrero de 2012). Connected, but alone? TED2012. Recuperado el 20 de Julio de 2025, de https://www.ted.com/talks/sherry_turkle_connected_but_alone

Estudio de Bases para la Reforma Constitucional.**13.** La reforma en el anteproyecto constitucional. **14.** Reflexiones sobre reforma de la designación de los magistrados del TC **15.** Planteamientos para una reforma constitucional. **16.** ¿Debemos pensar en una Reforma Constitu cional?

PROPUESTA DE REFORMA A LA ELECCIÓN DE MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Miguel P. VILCAPOMA IGNACIO*

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Reforma a la reforma constitucional.**3.** Posibilidad y propuesta de reforma. **4.** Congreso contra la educación universitaria de calidad. **5.** Elección de un Defensor del Pueblo sin perfil democrático menos defensor de derechos. **6.** Inestabilidad y carencia de control político del Congreso. **7.** Entes involucrados en la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional. **8.** Entes involucrados en la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional. **9.** Tribunal Constitucional de España. **10.** La Corte Constitucional de Italia. **11.** El Tribunal Constitucional Federal de Alemania. **12.** Ideas de la Comisión de Estudio de Bases para la Reforma Constitucional.**13**. La reforma en el anteproyecto constitucional. **14**. Reflexiones sobre reforma de la designación de los magistrados del TC **15**. Planteamientos para una reforma constitucional. **16**. ¿Debemos pensar en una Reforma Constitucional?

1. INTRODUCCIÓN

En esta ponencia para el XV Congreso Nacional de Derecho Constitucional que organiza la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (APDC) y la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, agradeciendo la invitación cursada por los señores organizadores, proponemos en estas líneas la necesidad reformar la Constitución para incrementar el número de integrantes del número de magistrados del Tribunal Constitucional en base a los diversos documentos y proyectos trabajados que forman parte de la historia de la reforma constitucional. Al mismo tiempo proponemos también modificar el monopolio establecido a favor del Congreso en la elección y nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional.

* Profesor Principal de la Universidad Peruana Los Andes de Huancayo, miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Expresidente y exvicepresidente del Consejo Directivo de la APDC.

2. REFORMA A REFORMA CONSTITUCIONAL.

El artículo 201 de la Constitución vigente (1993), antes de la reforma introducida por la Ley N.º 31988, establecía que los miembros del Tribunal Constitucional eran elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros; sin embargo, en la actualidad, que contaremos con un Congreso bicameral, a partir de las elecciones generales del 2026, por reforma del artículo 201, por tanto, la tarea de elegir a los miembros del Tribunal Constitucional, será exclusivamente responsabilidad de la Cámara de Senadores, no así, de la Cámara de Diputados. Obviamente las normas de la reforma constitucional referidas, que afecta a 58 artículos, ingresará a regir los destinos del país, después de las elecciones generales del 2026, mediante lo establecido por la Primera Disposición Complementaria final de la mencionada ley.

Por otro lado, el artículo 206 de la Carta del 93, también fue afectado por la reforma de la Ley N.º 31988, es decir, lo referido a la Reforma Constitucional. En el texto originario, se establecía que la reforma Constitucional, debe ser aprobada por el Congreso por mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Es la primera fórmula establecida por el dispositivo indicado. La segunda, consiste en que puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de Congresistas. Después de la instalación del Senado en julio de 2026, ambas cámaras votarán en la primera como segunda fórmula establecida por el artículo 206 reformado.

Luego, el dispositivo en comentario, establece la prohibición de la observancia de la reforma constitucional por parte del Presidente de la República de acuerdo a lo que estaba establecido originariamente.

Luego, se establece que la iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los diputados; y a un número de ciudadanos equivalentes al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral. Como el dispositivo se viene adecuando para una realidad bicameral del Congreso, se ha precisado que sólo los diputados tienen iniciativa de reforma constitucional, no así los senadores, conforme referimos.

El texto reformado que tendrá vigencia después de las elecciones próximas, establece que toda reforma constitucional debe ser aprobada con mayoría absoluta del número legal de miembros de cada cámara y ratificada mediante referéndum.

Esto significa que la reforma tiene que ser aprobada por la Cámara de Diputados y el Senado, es decir cada cámara en forma independiente. El dispositivo comentado establece que puede omitirse el referéndum; pero, en cada cámara el acuerdo se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso superior a los dos tercios del número legal de sus miembros en cada cámara.

Las demás disposiciones son reproducidas en el artículo en comento; sin embargo, es necesario reiterar que el Senado de la República no tiene iniciativa de reforma constitucional, pero sí, vota las reformas en ambas modalidades.

3. POSIBILIDAD Y PROPUESTA DE REFORMA

Mientras que nuestra Constitución continúa siendo rígida y no pétrea, es posible su reforma de acuerdo a ciertas circunstancias sociales y políticas del momento; sujetándose el trámite a un procedimiento especial que ya lo señalamos, obviamente que es diferente a la otra función del Congreso que es la producción de normas legales ordinarias.

El Congreso de la República, en su función constitucional e institucional no viene desempeñándose de acuerdo a las necesidades de la sociedad peruana, menos su actividad se orienta a consolidar la República Democrática conforme lo estable la Constitución, esto viene ocurriendo a partir del año 2016; por tanto, ha sido objeto de críticas por su desempeño, particularmente en relación con la estabilidad política y la gobernabilidad. Se le imputó de obstruir la labor del Poder Ejecutivo. Este órgano del Estado goza sólo con el 2% de aprobación en las encuestas periódicas de Datum que lo publican continuamente.

Señalaremos algunos aspectos del proceder congresal que nos permite observar una actitud contraria a los intereses superiores del Estado y la sociedad para proponer que el Congreso no debe monopolizar la función de nombrar y en aplicación de la nueva reforma, tampoco solo el Senado de la República.

4. CONGRESO CONTRA LA EDUCACIÓN UNIVERSITARIA DE CALIDAD

Indicaremos algunas actividades del Congreso que nos permiten señalar una actitud contraria a la superación de brechas que registra el Estado y la sociedad peruana; entre ellas podemos indicar la problemática de la educación universitaria, cuyos licenciamientos establecidos en la Ley universitaria N.º 30220, a través de

la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU), estableció objetivos claros para la superación del problema universitario. Sin embargo, la promulgación de la Ley N.º 31520 con fecha 2 de julio de 2022, aprobada por insistencia; es decir, una vez reconsiderada la ley por el Congreso, la promulgó la Vicepresidenta Camones Soriano encargada de la Presidencia del Congreso, de acuerdo al artículo 108 de la Constitución. Consistiendo tal hecho, el retorno de los rectores de las universidades a la estructura organizativa de la SUNEDU, sin tomar en cuenta la crítica del que fue objeto la Asamblea Nacional de Rectores (ANR) por la comisión parlamentaria que elaboró lo que hoy es la Ley Universitaria 30220. A la ANR se la imputó ser la causante de la proliferación de universidades sin condiciones mínimas de calidad. Posteriormente el licenciamiento otorgado por la SUNEDU a las universidades, de temporal se tornó a permanente, gracias a la Ley 32105 promulgada el 5 de agosto de 2024, significando que las instituciones universitarias no necesitan renovar su licenciamiento cada cierto tiempo, como se había establecido originariamente; una vez licenciadas permanecerán en tal situación.

5. ELECCIÓN DE UN DEFENSOR DEL PUEBLO SIN PERFIL DEMOCRÁTICO MENOS DEFENSOR DE DERECHOS

La elección del actual Defensor del Pueblo con fecha 17 de mayo de 2023, Josué Gutiérrez Cóndor, fue objeto de severas observaciones y críticas por parte de muchos medios de comunicación, de varios analistas políticos y personalidades del mundo académico, en el sentido de que el candidato Gutiérrez no reunía los requisitos para tal cargo, tampoco el perfil democrático y menos el de defensa de los derechos fundamentales y, luego, fue calificada de una elección partidarizada; a pesar de ello, el Pleno del Congreso lo eligió, sin que registre el perfil que exigía el alto cago defensorial, alcanzando los 88 votos a favor, 24 en contra y nueve abstenciones; obviamente, superó los dos tercios del número legal de congresistas que exigía 87 votos, conforme establece el artículo 161 de la Constitución y el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (Ley N.º 26520).

La candidatura fue propuesta por el partido Perú Libre; es decir, por el movimiento de la izquierda más radical; además se comentó haber sido abogado defensor del fundador de la organización política en mención. El Congreso no tomó en cuenta los cuestionamientos, menos reparó en la carencia de perfil del candidato.

6. INESTABILIDAD Y CARENCIA DE CONTROL POLÍTICO DEL CONGRESO

El Congreso de la República, ha sido señalado por los medios de comunicación como un órgano que ha contribuido a la inestabilidad política del país. Los congresistas, conscientes de que los últimos presidentes de la república en el país, tenían escasa o nula representación parlamentaria, apelaron al numeral 3 del artículo 113 de la Constitución; es decir, a la causal de permanente incapacidad moral con la finalidad de vacarlo; pero, eso no significa que los presidentes no estuvieron involucrados en actos ilícitos y de inconducta funcional; prueba de ello, algunos se encuentran investigados y, otros, condenados judicialmente. Este proceder con el Ejecutivo ha dificultado o frenado la materialización de políticas públicas y toma de decisiones importantes para el país.

En vez de ejercer control político al Ejecutivo; el Congreso con la actual Presidenta de la República, han llegado a un pacto político de una relación de protección mutua hasta las elecciones de 2026; de esta forma mantenerse cada órgano hasta la fecha señalada, concediéndose protección y tolerancia mutua. No se ha materializado un estricto control político. Es así que, se ha soportado a ministros totalmente ineptos e incompetentes para el cargo por períodos muy largos, sin aplicar oportunamente el correctivo necesario.

El diario *El Comercio* y otros medios de comunicación (RPP y Canal N), criticaron y critican constantemente al Congreso de pretender controlar, a su favor, los órganos autónomos del Estado como es el Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo, la Junta Nacional de Justicia, Contraloría General de la República, etcétera; y, en esa preocupación de controlarlo todo, pretenden reorganizar el Ministerio Público, inclusive el Poder Judicial. Se producen reiteradas denuncias a fiscales con fines de vacancias. Sin embargo, tenemos que tener presente que el 70% de miembros del Congreso se encuentran investigados por el Ministerio Público por haber cometido delitos de violaciones sexuales, implicados en red de prostitución, apropiarse parte del sueldo de sus trabajadores, por haber proporcionado información falsa ante Jurado Nacional de Elecciones, investigados por sus vínculos con la minería ilegal, por delito de lavado de activos y enriquecimiento ilícito, etcétera. etcétera. Lo que nunca sucedió en la historia peruana; la función e imagen parlamentaria, ha venido de mal en peor, ha decaído totalmente la figura del Congreso.

Es cierto que el Perú afronta una de sus peores crisis política y falta de valores éticos sobre todo en la función pública; frente a ella el Congreso de la República no cumple apropiadamente con su función de representación de los peruanos y peruanas, quienes perciben la labor que realiza como muy alejada de sus preocupaciones cotidianas. Por lo contrario, apruebas dispositivos legales que dificultan la persecución del crimen organizado o los favorecen.

7. ENTES INVOLUCRADOS EN LA ELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El profesor chileno Humberto Nogueira Alcalá (2004, 135) en relación a la elección o nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional latinoamericano, nos proporciona dato con respecto a la selección y nombramientos de magistrados del Tribunal Constitucional de Bolivia, Argentina, Chile y Perú; sin embargo, los datos nos proporciona han variado por reformas de cada país, conforme explicaremos a continuación.

Nos indica Nogueira (2004, p. 139) que, en Bolivia los cinco magistrados que constituyen el Tribunal Constitucional, eran elegidos y nombrados por el Congreso, en sesión conjunta de la Cámaras de Diputaos y Senadores, con el voto favorable de dos tercios de los parlamentarios presentes. Estaba permitido que el Ministro de Justicia, el Colegio de Abogados y las Facultades de Derecho estaban habilitados para presentar nóminas de candidatos a magistrados de la Corte Constitucional ante el Congreso, según determinaba el artículo 119 de la Constitución, párrafo II, en armonía con la Ley del Tribunal Constitucional N.º 1836, artículo 14.

Sin embargo, en la actualidad el Tribunal Constitucional se encuentra compuesto por nueve magistrados de acuerdo a la Ley del Tribunal Constitucional y se renueva por tercios, cada tres años. Ellos son elegidos a través de un proceso que involucra dos etapas: preselección de la Asamblea Legislativa Plurinacional y elección popular en circunscripción departamental. Los que obtienen mayor votación son los titulares, los que obtienen menor votación, suplentes. La Constitución vigente regula el funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional en los artículos 196 y siguientes. Con la disculpa de los amigos bolivianos, personalmente no somos partidarios de magistrados provenientes de elección popular.

Con respecto a la Corte Constitucional colombiana, el profesor Nogueira Alcalá (2004, p. 140) nos indica que está integrada por nueve magistrados, según determina la Ley N.º 5 de 1992 y la Ley N.º 270, Estatutaria de la Administración

de Justicia, los cuales son nombrados por el Senado, uno de cada una de las tres ternas presentadas por el Presidente de la República; uno de cada una de las tres ternas presentadas por la Corte Suprema de Justicia y uno de cada una de las tres ternas presentadas por el Consejo de Estado, de acuerdo a los dispuesto por el artículo 44 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de 1996. Agrega el profesor mencionado que la normativa impide que sean nombrados magistrados de la Corte Constitucional a quienes durante el año precedente a la elección hayan ejercido los cargos de Ministros de Estado, Magistrado de la Corte Suprema o del Consejo de Estado.

La Constitución colombiana establece la Corte Constitucional en el artículo 239.

El Congreso colombiano aprobó cuarenta y cinco reformas o enmiendas formales a la Constitución de 1991 desde que la misma entró en vigor el 4 de julio de 1991. La más importante de las reformas se produjo en el 2015 (la trigésima primera), en la que se modificó 22 artículos. La Corte Constitucional no fue afectada por ninguna de las reformas.

Actualmente el Tribunal Constitucional chileno está integrado por diez miembros, llamados Ministros, nombrados tres por el Presidente de la República sin control interorgánico, cuatro por el Senado, elegido por la mayoría absoluta de los senadores en ejercicio y tres por la Corte Suprema, por mayoría absoluta y en votaciones sucesivas y secretas.

Originariamente, según Nogueira (2004, p. 140) el Tribunal Constitucional de Chile tenía sólo siete miembros, según el artículo 81; es decir un magistrado elegido por el Presidente de la República, sin control interorgánico; un miembro elegido por el Senado por la mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio; la Corte Suprema elegía tres magistrados, por mayoría absoluta en votación sucesiva y secreta. Además, el Consejo de Seguridad Nacional, nombraba dos miembros del Tribunal.

La actual conformación del Tribunal Constitucional, rige a partir del año 2006 como resultado de una reforma constitucional que entró en vigencia el 26 de agosto del 2005. La modificación se produjo en el artículo 92 de la Constitución y cuenta con diez (10) Magistrados, tres nombrados por el Presidente de la República, cuatro por el Senado y tres (3) por Cámara de Diputados; magistrados que integran el alto tribunal chileno, conocidos como Ministros.

Después habernos referido a la elección de los Tribunales Constitucionales de Sudamérica; consideramos que es necesario hacer mención a los órganos que intervienen en la elección y nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional de España, de la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, con la finalidad de fundamentar de la presente ponencia.

8. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

El Tribunal Constitucional de España de acuerdo al artículo 159 de su Constitución del año de 1978, se compone de doce miembros, nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros, cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Francisco Fernández Segado (1992, 1054), al respecto expresa que el modelo que nuestros constituyentes adoptaron en el Título IX y con posterioridad se consolidaría con la Ley Orgánica del Tribunal, sería el modelo germánico – federal, matizado con serias variantes, alguna de ellas de inspiración italiana y de indudable importancia.

En el numeral 2 del dispositivo acotado, se establece que los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.

A continuación, el numeral 3 del artículo referido, establece que los miembros del Tribunal Constitucional son designados por un período de nueve años.

Mientras que, en el numeral 4, se establece que la condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de la carrera judicial y fiscal, y cualquier actividad profesional o mercantil.

El numeral en referencia, en su texto agrega: En lo demás, los miembros del Tribunal Constitucional tendrán la incompatibilidad propios de miembros del Poder Judicial.

Por último, los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato.

En España está establecida la renovación por tercios de los miembros del Tribunal Constitucional a la conclusión de sus mandatos; es decir, cada cierto tiempo se renuevan cuatro magistrados.

9. LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA

La Constitución Italiana del año 1947, en su artículo 135 establece la Composición y nombramiento de los jueces de la Corte Constitucional, el que se halla integrada por quince (15) magistrados. Las elecciones o designaciones de producen de la siguiente manera: un tercio es nombrado por el Presidente de la República, otro tercio por el Parlamento en sesión conjunta y el tercio restante por las supremas magistraturas ordinarias y administrativas.

La segunda parte del dispositivo citado, establece que los magistrados del Tribunal Constitucional serán seleccionados entre los magistrados, incluso los jubilados de las jurisdicciones superiores ordinarias y administrativas, los catedráticos titulares de universidades en disciplinas jurídicas y los abogados con veinte años de ejercicio.

Los magistrados son nombrados por nueve (9) años. El dispositivo indica que, el término de ejercicio empezará a correr para cada uno de ellos desde el día del juramento, y no podrán ser nuevamente designados.

También se señala que, a la expiración de su período de mandato, cada magistrado constitucional cesará en el cargo y en el ejercicio de sus funciones.

Luego, establece que el Tribunal elegirá entre sus integrantes, con arreglo a lo dispuesto por la ley, a su Presidente, quien permanecerá en el cargo por un trienio y será reelegible, sin perjuicio en todo caso de los términos de expiración del cargo de juez.

Se establece también que el cargo de magistrado de la Corte Constitucional será incompatible con el de miembro del Parlamento, de un Consejo Regional, con el ejercicio de la profesión de abogado y con cualquier cargo y puesto determinados por ley.

10. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA

El Tribunal Constitucional Federal se encuentra regulado por el artículo 93 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) aprobada el 8 de mayo de 1949 y que entró en vigencia el 23 de mayo del mismo año. La Constitución alemana, establece las

respectivas competencias del Tribunal en la interpretación de la Ley Fundamental, la resolución de conflictos entre la Federación y los Länder, entre los Länder, o dentro de un Land, siempre que no exista otra vía judicial. También tiene la competencia para conocer de leyes federales o de Länder, para pronunciarse sobre compatibilidad con la Ley Fundamental (Constitución).

El *Bundesverfassungsgericht,* abreviado **BVG** o **BVerfG,** es el órgano constitucional encargado del control constitucionalidad de las leyes en la República Federal de Alemania. Está compuesto por dos senados, cada uno de los cuales tiene ocho miembros, de los que cuatro son elegidos por un Comité del Bundestag (Cámara baja del Parlamento) y los otro cuatro por el Bunderat (Cámara alta del Parlamento), siempre por mayoría de dos tercios.

La característica principal de la organización del **BVerfG** es su estructura dividida en dos Salas (Senado); al mismo tiempo, las salas se componen en secciones, establecidas sobre todo para hacer frente al gran número de recursos de amparo. En necesario señalar que el pleno decide en casos excepcionales previsto por ley y por su Reglamento Interno.

El profesor Bettina Schöndorf (2016, p. 3) expresa que, el artículo 92 de la GG establece que el BVerfG es un órgano del poder judicial. A diferencia de otros tribunales constitucionales, es un tribunal compuesto exclusivamente por juristas. Consta de dos Salas de ocho jueces cada una (Apartados 1 y 2 del artículo 2 de la Ley del BVerfG). Los magistrados del BVerfG son nombrados, cada uno, en una Sala determinada. Cada una de las dos Salas se pronuncia por separado como "Tribunal Constitucional Federal". Por otra parte, las llamadas decisiones plenarias, en las que participan ambas cámaras, son excepcionales.

Es necesario aclarar que, en el Tribunal Constitucional Federal alemán, o en el sistema alemán, se denomina "senador" a uno de los 16 jueces que componen el tribunal, divididos en dos senados de ocho miembros cada uno. Estos senados o cámaras son los encargados de resolver los casos que llegan al tribunal, cada uno con su propia área de especialización.

Los requisitos para ser miembro del Tribunal Constitucional son: ser ciudadano alemán, tener cuarenta (40) años, cumplir con las exigencias para ser elegible para el Bundestag (Cámara baja del Parlamento) y tener habilitación para el cargo de juez de conformidad de la Ley de Judicatura. Además, es necesario tener una trayectoria personal y profesional intachable, compromiso con la defensa de los

derechos fundamentales y el Estado de Derecho y una formación jurídica especializada. Son nombrados por el período doce años.

Además del Tribunal Constitucional Federal, los estados federados (Länder) tienen también sus respectivos Tribunales Constitucionales, estamos haciendo referencia de que Alemania es un Estado Federal.

Konrad Hesse (2012, p. 177) refiere que la justicia constitucional es, de entre las instituciones creadas por la Ley Fundamental de la República Federal, la que más atención ha concitado, tanto en la teoría del estado, como en la literatura política, sea en Alemania como en el extranjero[1].

11. LOS ANTECEDENTES DE LA ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional tiene sus antecedentes en el Tribunal de Garantía Constitucionales que institucionalizó por primera vez el texto Constitucional de 1979, en el artículo 296, como órgano de control de la Constitución, integrado por nueve (9) miembros que procedían, tres designados por el Congreso, tres por el Poder Ejecutivo y tres por la Corte Suprema de Justicia de la República. Se les nombra por el período de seis años. Al mismo tiempo, se establecía la renovación por tercios de los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales, cada dos años, estableciéndose la reelección.

La Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (Ley N.º 23385), dictada en aquella época, establecía que el Poder Ejecutivo designa a los magistrados que le corresponde mediante Resolución Suprema, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. El Congreso lo hacía mediante Resolución Legislativa y la Corte Suprema de Justicia, mediante acuerdo de Sala Plena.

Los nombramientos de los magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales eran extendidos por los correspondientes Poderes del Estado que los designaban.

Estos magistrados continuaban en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes han de sucederle en el cargo. Así lo establecía la última

1 En esta la publicación de profesor alemán Konrad Hesse, han trabajado en la selección y traducción de los textos los profesores españoles Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez.

parte del artículo 11 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales de entonces.

Después del Golpe de Estado del 5 de abril de 1992, el gobierno de Alberto Fujimori, al dictar la Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional (D.L. 25418, publicado el 6 de abril) dispuso la reorganización integral del TGC. De acuerdo con ello, el D.L. 25422, publicado el 9 de abril, cesó a todos sus magistrados, conforme afirma Samuel Abad Yupanqui (1995, p. 191)[2]. Esto ocurrió cuando el Tribunal estaba a punto de cumplir diez años de funcionamiento desde que se instaló en la ciudad de Arequipa en noviembre de 1982. De esta manera, se paralizó las acciones de un órgano que había comenzado a funcionar en defensa de la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales.

12. IDEAS DE LA COMISIÓN DE ESTUDIO DE BASES PARA LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Con respecto al Tribunal Constitucional la Comisión formada por Valentín Paniagua propuso que el Tribunal Constitucional esté compuesto con nueve miembros al igual que el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de 1979, luego proponía la conformación de salas para conocer procesos constitucionales y la figura de magistrados suplentes.

Con respecto a su elección de los miembros del Tribunal Constitucional, indicaba que debía ser a propuesta del Senado, dentro de una concepción bicameral del Congreso por acuerdo de los dos tercios de sus miembros. La propuesta, debe contener un número total de candidatos que triplique a los que deben ser elegidos.

Con respecto a la propuesta la Comisión de Estudio de Bases para la Reforma Constitucional (2001, p. 51) indicaba: "El Senado debe seleccionar solamente a aquellos candidatos que demuestren una clara trayectoria democrática, probada defensa de los derechos humanos, independencia en el desempeño de la labor judicial y/o calidades de jurista. La edad mínima requerida es de cuarenta años".

La potestad de la elección de los miembros del Tribunal siempre se consideró que sea el Parlamento, sin advertir posiblemente la circunstancia por la que afrontaría el Congreso con posterioridad; obviamente, la propuesta está realizada dentro

2 El artículo de Samuel B. Abad Yupanqui se titula en la publicación colectiva: "La jurisdicción Constitucional en la Carta Peruana de 1993: antecedentes, balances y perspectivas", p. 197.

de la concepción bicameral del Congreso en el que funcionaría las dos Cámaras, por tal razón la propuesta estaría en manos del Senado.

13. LA REFORMA EN EL ANTEPROYECTO CONSTITUCIONAL

Al final del gobierno transitorio del Presidente Valentín Paniagua, la Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional, le entregó el documento final de su trabajo, a mediados de julio 2002, en el cual le propuso lineamientos normativos para su reforma total de la Constitución, así como tres alternativas para desarrollar dicho proceso, conforme lo señaló César Landa (2003, p. 305) oportunamente. Refiere que dicho documento se plantearon tres vías: en primer lugar, declarar la nulidad de la Constitución de 1993 y declarar la vigencia de la Carta de 1979, sostenida por el sector político-jurídico radical; en segundo lugar, utilizar los mecanismos previstos por la Constitución de 1993 para su reforma, apoyada por el sector jurídico-constitucional; y, en tercer lugar, celebrar un referéndum con el propósito de consultar al pueblo si prefería que se retorne a la Constitución de 1979 o que se elabore una nueva Constitución, propuesta por el sector jurídico-político - moderado.

En el informe final, la Comisión de Estudio de las Bases para la Reforma Constitucional (2001, pp. 75-76), con el título de Procedimiento para una reforma constitucional, se desarrolla detalladamente lo que Landa resume. El informe final de la mencionada Comisión, fue publicada en la Revista *Pensamiento Constitucional Año VIII, N.º 8,* en la sección Documentos con título: *Comisión de Estudio de las Bases para la Reforma Constitucional en el Perú,* a partir de la página 731 al 839.

Alejando Toledo, instalado en el gobierno el 28 de julio de 2001, el informe final de la Comisión de Estudio de la Bases de la Reforma Constitucional, lo derivó al nuevo Congreso de la República. Luego después de varios meses de debate parlamentario en la Comisión de Constitución, así como de audiencias y seminarios con académicos acerca de cómo llevar a cabo el proceso de reforma constitucional, el Congreso de la República, dictó la ley 27600, el 14 de diciembre de 2001. La Ley referida dispuso lo siguiente:

Mediante el artículo 1, dispuso la supresión de la Firma de Alberto Fujimori, del texto de la Constitución Política del Estado de 1993, sin perjuicio de mantener su vigencia, en aplicación de la Resolución Legislativa N.º 009-2000-CR, que declaró su permanente incapacidad y, en consecuencia, la vacancia de la Presidencia de la República.

Transcurrido más veinte años, el actual Congreso de la República aprobó la Ley N.º 32265 promulgada con fecha 7 de mayo 2025, por la que se deroga la Ley 27600 y se restituye la firma de Alberto Fujimori; es decir, el Congreso se olvidó o ignoró que el mencionado mandatario fugó el país y renunció a la presidencia, por fax; que en su gobierno ocurrieron las ejecuciones extrajudiciales (mostrada por las fosas comunes) y la corrupción extrema que se materializó en su gobierno. Se restituye la firma con el fundamento de que fue un error histórico retirar la firma; obviamente, esas no fueron las ideas de los congresistas en aquella época. A nuestro parecer el retirar como el restituir son actitudes más político – morales, pero sin ninguna significación jurídica, menos constitucional.

La votación registrada en el Congreso con ocasión de la restitución de la firma del expresidente Fujimori, fue la siguiente: 57 votos a favor, 25 en contra y 19 abstenciones; es decir no hubo una votación unánime.

Continuando con nuestro comentario de la Ley N.º 27600, a través del artículo 2, se disponía que la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, proponga un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y en particular el texto de la Constitución de 1979. Luego, indicaba que tras su aprobación por el Congreso será sometido a referéndum. Finalizaba, indicando que, de ser aprobada en consulta, quedará abrogada la Constitución de 1993.

En el artículo 3 de la Ley en mención, establecía que el proceso de reforma se llevará a cabo, promoviendo el más amplio debate nacional, mediante la permanente realización de eventos académicos como fórums, conversatorios, entre otros actos que tiendan a la difusión y discusión de las propuestas para el cambio constitucional.

A través del artículo 4, ordenaba que, la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, centralice los proyectos y difunda las iniciativas que se sometan a su conocimiento para los fines a que se refiere la presente ley.

En el Anteproyecto de la Ley de Reforma Constitucional (texto para el debate) de 5 de abril de 2002 elaborada por la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales (2002, p. 129) se observa que se proyectó, en el sentido de que, la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional, debe realizarse dentro de las mismas ideas formuladas por la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, es de decir, dentro de una concepción bicameral del Parlamento o Congreso. En el artículo 231 del Anteproyecto se

formula que el Tribunal Constitucional como órgano autónomo e independiente de los poderes del Estado, es el titular fundamental de la justicia constitucional y supremo intérprete de la Constitución. Se señala también que está integrado por nueve magistrados. El criterio fue siempre retornar a la bicameralidad y a un Tribunal de nueve miembros.

El artículo 232 del Anteproyecto, establecía que la potestad de elección de los miembros del Tribunal Constitucional radicaba en el Congreso de la República que tenía que hacerlo con dos tercios de sus miembros y a propuesta del Senado, debiendo serlo por siete años, prohibiéndose la reelección inmediata de sus miembros.

En el Proyecto de Ley de reforma Constitucional (2002, p. 109), publicado posteriormente, artículo 254, se proyecta que la reforma lo aprueba el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros y ratificada mediante referéndum. Continúa la fórmula de reforma sin referéndum. Lo notorio es que en el Proyecto se deja de lado la concepción bicameral del anteproyecto y se opta por la permanencia del unicameralismo.

En cuanto respecta a la iniciativa de reforma constitucional se mantiene el texto constitucional de la Constitución de 1993.

En el artículo 233 del Anteproyecto, además de señalar los requisitos habituales en su inciso 5), indicaba como otra de las condiciones "Tener una probada trayectoria democrática y de defensa de los derechos humanos, independencia en el desempeño de la labor judicial y/o calidades de jurista". En el Proyecto, publicado posteriormente con la denominación *Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución,* este dispositivo se encuentra en el artículo 207, con los mismos alcances.

14. REFLEXIONES SOBRE REFORMA DE LA DESIGNACIÓN DE LOS MAGISTRADOS DEL TC

Un hecho muy notorio es que en algunas circunstancias los miembros del Tribunal han excedido con demasía el plazo para el que han sido elegidos, sin que el Congreso los reemplace en forma oportuna o dentro de un plazo razonable, conforme es su obligación. Ha sido un hecho muy anecdótico, la renuncia de Ricardo Beaumont Callirgos a su condición de miembro del Tribunal, expresando a los medios de comunicación que no era ético continuar gozando del sueldo, del carro, etcétera, etcétera; además, señaló en la entrevista que, también había renunciado

a su cargo de magistrada del Tribunal, la doctora Delia Revoredo, a quien sí le aceptaron la renuncia durante la presidencia de Javier Alva Orlandini.[3]

Por otro lado, el nombramiento de los miembros del Tribunal, han sido calificado como repartija entre las tendencias partidarias al interior del Congreso; es decir, cada uno de los miembros del Tribunal representaba a un grupo político determinado, por cuanto no se alcanzaba el voto de los dos tercios del número legal de congresistas.

En otras oportunidades, no obstante recibir la comunicación del Presidente del TC de acuerdo al artículo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el Congreso incumplía porque es difícil llegar a un consenso de los dos tercios que establece el artículo 201 de la Constitución. Además, el Congreso tampoco ha demostrado voluntad política en renovar inmediatamente a sus miembros.

Lo que ha ocurrido en el Perú, desde la aprobación de la Constitución de 1993 por el Congreso Constituyente Democrático, se ha establecido que el Congreso sea el único y exclusivo órgano monopolizador de la designación de los miembros del Tribunal Constitucional con los aspectos críticos que presenta.

Conforme vimos, el Tribunal constitucional español está compuesto por doce miembros, nombrados por el Rey, de ellos, cuatro son a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros, cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. No hay monopolio de un solo órgano como competente para elegir o designar a los miembros del Tribunal español.

De igual manera, la Constitución italiana ha establecido que en la designación de los miembros de la Corte Constitucional interviene el Presidente de la República, el Parlamento y los magistrados de la Suprema Magistratura Ordinaria y Administrativa; cada órgano o institución nombra a un tercio de los quince magistrados que integran el Tribunal italiano. En el sistema italiano, tampoco monopoliza el Parlamento en la designación de los miembros de la Corte Constitucional.

En Bolivia el Tribunal Constitucional Plurinacional se encuentra compuesto por nueve magistrados de acuerdo a la Ley del Tribunal Constitucional y se renueva por tercios, cada tres años. Ellos son elegidos a través de un proceso que involucra dos etapas: primero, la preselección de la Asamblea Legislativa Plurinacional y, luego, la elección popular en circunscripción departamental. Los que obtienen

3 La Ley, mensuario del grupo Gaceta Jurídica del 1 al 30 de abril, Año 6/N.º 63, página 8.

mayor votación, son designados titulares; los que obtiene menor votación suplentes. Personalmente no soy partidario de la elección popular de magistrados de cualquier naturaleza nacen en nuestro medio politizados.

En Colombia participa en la selección de magistrados de la Corte Constitucional, el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, quienes presentan ternas de los cuáles son nombrados por Senado, uno de cada una de las tres ternas presentadas, según dispone el artículo 44 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de 1996. La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia ha sido reformada mediante Ley Estatutaria 2430 del año 2024; sin embargo, no ha afectado directamente a la Corte Constitucional,

Por lo argumentado hasta el momento, nos permite sostener que debe quebrarse el monopolio del Congreso en la designación y nombramiento de los miembros del Tribunal Constitucional, optando por una fórmula totalmente diferente al existente en la actualidad. De igual formo debe recuperarse del número de magistrados establecidos por el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de 1979.

15. PLANTEAMIENTOS PARA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

La Constitución de 1979 establecía que la reforma constitucional correspondía al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los Senadores y Diputados; a la Corte Suprema, por acuerdo de la Sala Plena, en materia judicial; y a cincuenta mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones, conforme lo establecía el artículo 306 de la mencionada Carta. Además, se establecía que la aprobación y ratificación requería la mayoría absoluta de los votos del número legal de miembros de cada una de las Cámaras.

La Constitución vigente establece que la reforma corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los Congresistas; y a un número de ciudadanos equivalentes al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmadas comprobadas por la autoridad electoral. Pero, después de las elecciones del 2026, habiéndose establecido la bicameralidad del Parlamento o Congreso, hay que señalar que la iniciativa de reforma corresponde a los diputados, no así a los senadores; pero eso sí, ambas Cámaras aprueban la reforma con mayoría absoluta del número legal de miembros y ratificada mediante referéndum. Se mantiene la fórmula de reforma sin referéndum, cuando la votación favorable en dos legislaturas ordinarias, en cada caso, es superior a los dos tercios del número legal de sus miembros.

La Comisión de Estudio de las Bases para la Reforma Constitucional (2001, pág. 73), con respecto a la reforma constitucional, propuso: "3. La iniciativa para la reforma constitucional. Se debe establecer que la iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros, un quinto del número legal de los parlamentarios; y el uno por ciento del número de votantes en el último proceso electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral"

El Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución (artículo 286) ha reproducido el texto vigente de la Constitución de 1993 en cuanto se refiere a la iniciativa de reforma constitucional (artículo 206). Mientras que en el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución (artículo 254) se mantiene el texto del anteproyecto sin ninguna variación.

16. ¿DEBEMOS PENSAR EN UNA REFORMA CONSTITUCIONAL?

Considero que debe introducirse una reforma en cuanto respecta al número miembros del Tribunal Constitucional de siete (7) a nueve (9) que le permita abordar los trabajos con más prontitud y eficiencia; además este órgano nació dentro del marco constitucional de 1979, con nueve miembros. Habiendo transcurrido desde aquella fecha a la actualidad, más de 46 años; es comprensible que la carga procesal se haya incrementado en la medida al aumento del número de habitantes.

Durante la discusión de la Constitución de 1993 por el Congreso Constituyente Democrático para reducir a siete miembros el número de magistrados del Tribunal Constitucional fueron argumentos carentes de solidez los que permitieron reducir el número de magistrados a siete, como el señalar que un mayor número de miembros produce más gastos al erario nacional. Hoy, la mayor carga procesal existente en el Tribunal, es una realidad indiscutible que justifica el incremento a nueve miembros.

La Comisión de Estudio de las Bases para la Reforma Constitucional (2001, p. 51) "Se propone ampliar el número de magistrados integrantes del Tribunal Constitucional de siete a nueve. Se permitirá la conformación de salas para conocer procesos constitucionales. La acción de inconstitucionalidad será conocida por el Pleno. Finalmente se ha admitido la figura de magistrados suplentes. De esta manera, para cada caso en especial se convoca a los que siguieron en votación en el Congreso de la República".

El Congreso de la República tramitó el proyecto de Ley N.º 9350/2024-CR; con la finalidad de reformar el artículo 201 con lo que respecta al número de

miembros del Tribunal de siete a nueve; sin embargo, en el pleno del Congreso del Congreso no alcanzó los dos tercios en la votación del dictamen. Como no se alcanzó una votación superior a los tercios del número legal de Congresistas; sin embargo, nadie toma interés para convocar a referéndum desde diciembre del año pasado.

En conclusión, conviene que, mediante una reforma constitucional se reforme el artículo 201 de la Constitución en cuanto respecta al número de integrantes del Tribunal Constitucional de siete a nueve integrantes; de igual forma, en cuanto se refiere a los órganos que deben intervenir en la designación conforme a lo que establecía el Tribunal de Garantías Constitucionales; es decir, tres por el Poder Ejecutivo, tres por el Poder Legislativo (sólo Senado) y tres por el Poder Judicial.

BIBLIOGRAFÍA

Comisión Andina de Juristas y Konrad –Adenauer– Stiftung, *Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes,* Serie de Lecturas Constitucionales Andinas N.º 4, Lima – Perú 1995.

Congreso de la República, Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, *Anteproyecto de Ley de Reforma Constitucional (texto para el debate),* Fondo Editorial del Congreso, serie documentos parlamentarios Lima – Perú, 2002.

Congreso de la República, Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, *Proyecto de Ley de Reforma Constitucional.* Fondo Editorial del Congreso, serie documentos parlamentario, Lima – Perú, 2002.

Fernández Segado, Francisco. *El sistema constitucional español.* Dykinson, Madrid – España, 1992.

Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional.* Democracia y Derecho, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid – España, 2012.

Landa Arroyo César. *Tribunal Constitucional y Estado de Derecho.* Segunda Edición corregida y aumentada, Palestra Editores, Lima – Perú, 2003.

Ministerio de Justicia, Comisión de Estudio de Las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, *Informe Final,* Miraflores, Julio 2001.

Nogueira Alcalá, Humberto. *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales en Sudamérica en la alborada del siglo XXI.* Editorial Porrúa, México. 2004.

Schöndorf-Houbold, Bettina. *El papel de los Tribunales Constitucionales en la gobernanza multinivel. Alemania: El Tribunal Constitucional Federal.* EPRS/Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, Biblioteca de Derecho comparado, noviembre de 2016.

Huancayo, julio 2025.

EL ABANDONO DE FUNCIONES
El caso de Dina Boluarte y sus implicancias constitucionales

Luis Andrés ROEL ALVA*
Carlos Rodrigo DE LA TORRE GRADOS**

SUMARIO: 1. Antecedentes fácticos del caso. **2.** Análisis Constitucional del cargo de Presidente de la República. **3.** Principio de Continuidad en el Ejercicio de la Función Presidencial. 3.1. Doctrina Constitucional. 3.2. Jurisprudencia constitucional. **4.** Análisis sobre los supuestos de suspensión e impedimento temporal de ejercer el cargo de Presidente de la República. **5.** Procedimiento y Sanciones Aplicables**.** 5.1. Limitaciones Constitucionales a la Acusación Presidencial. 5.2. Facultades del Congreso ante las infracciones constitucionales**.** 5.2.1. Facultades complementarias de control. 5.2.2. Responsabilidad Política y Control Parlamentario.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla–La Mancha (España). Maestro en Gestión Pública por la USMP. Con Diploma en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario por la American University Washington College of Law (EE. UU.) en su Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Con Diploma de Especialización en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales por la Universidad de Castilla–La Mancha (España). Director Fundador de la Revista Estado Constitucional. Docente universitario. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Autor y coautor de diversos artículos de derecho constitucional, derecho procesal constitucional y derechos humanos. Árbitro en diferentes Centros de Arbitrajes. Congresista de la República y Segundo vicepresidente del Congreso de la República del Perú en el período 2020–2021. Presidente de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales durante el periodo 2020. Correo electrónico: luis.roelalva@gmail.com. Código ORCID: 0000-0002-9784-137X.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios concluidos de la Maestría en Derecho Constitucional por Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Abogado del Estudio Ghersi & Abogados desde 2013-2020/2021-2022. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Asesor del despacho del Congresista de la República para el periodo 2020-2021, Luis Andrés Roel Alva. Asesor de la Segunda Vicepresidencia de la Mesa Directiva el Congreso Republica, periodo noviembre de 2020 a julio 2021. Asesor de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales de octubre de 2022 a agosto de 2024. Asesor Principal de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República periodo 2024-2025.Código ORCID: 0009-0000-5044-9728. Correo: carlosrodrigodelatorre@gmail.com.

tario. 5.3. Comisiones Investigadoras y Repercusiones Políticas. 5.4. Efectos de la Omisión Presidencial. **6.** Posible procedimientos Judiciales Posteriores al mandato – Precisión del Posible Delito incurrido: Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales. 6.1. Artículo 377 del Código Penal. 6.2. Artículo 276 del Código Penal (Abuso de autoridad).

PRELIMINARES

El presente trabajo analiza las implicancias jurídicas y constitucionales en el que incurrió la Presidente de la República Dina Boluarte al ausentarse de sus funciones como máxima funcionaria del Estado y representante del Poder Ejecutivo, ello como consecuencia una serie de procedimientos quirúrgicos estéticos a la que fue sometida en el año 2023 y cuya figura de abandono del cargo está regulada en la Constitución Política de 1993 y que, cuyas actuaciones pudieron haber generado un vacío de poderes por el lapso de 12 (doce) días, transcurso en el que fue intervenida quirúrgicamente y luego estuvo con descanso médico. Se evaluará dicha ausencia prolongada a la luz de las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales para comprender el alcance de esta figura y si se configura un incumplimiento grave de sus deberes presidenciales.

1. ANTECEDENTES FÁCTICOS DEL CASO

Entre el pasado 28 de junio y el 09 de julio de 2023, la presidenta de la República, Dina Boluarte, se ausentó de sus funciones para someterse a una serie de procedimientos quirúrgicos estéticos. Revelado en un primer momento por el semanario "Hildebrant en sus trece"[1] y que, posteriormente fue el programa "Cuarto Poder"[2], quien obtuvo el reporte médico, destacando que las intervenciones incluyeron una rinoplastia con septumplastía funcional, blefaroplastia inferior transconjuntival bilateral, injertos grasos en el rostro y la colocación de hilos de sustentación facial. Estas cirugías se realizaron en la clínica del cirujano Mario Cabani Ravello, y la presidenta Dina Boluarte estuvo internada por dos noches y una mañana para su recuperación. (Gómez, 2024, p. 1)

Durante este período, la agenda oficial de la Presidencia no registró actividades públicas oficiales de la mandataria, con excepción de una sesión virtual del

1 Emitido el viernes 05 de mayo de 2023.

2 Reporte operatorio de la Presidenta Dina Boluarte. Emitido el pasado 18 de marzo de 2025.

Consejo de Ministros el 05 de julio en el que la Presidente participó de manera virtual como consta en el Acta de Consejo de Ministros, mientras que en la segunda sesión de Consejo de Ministros realizada el 07 de julio la presidenta estuvo ausente. Además, se detectó que la cuenta oficial de la Presidencia publicó el 01 de julio en redes sociales imágenes y videos de actividades realizadas como el encuentro con estudiantes del COAR Lambayeque previo a participar en una competencia internacional representado al Perú, pero que en realidad correspondían a un encuentro llevado a cabo el 23 de junio, lo que sugiere un intento de ocultar la ausencia de la presidenta en el ejercicio de sus funciones y generando por consecuencia un grave vació de poderes.

La presidente Dina Boluarte admitió públicamente haberse sometido a una intervención quirúrgica durante ese período, aunque negó que se tratara de una cirugía estética, afirmando que fue por razones de salud y que no le generó incapacidad para ejercer sus funciones. Sin embargo, la Fiscalía de la Nación inició una investigación preliminar por presuntos delitos de omisión de actos funcionales y abandono del cargo, debido a que la presidente Dina Boluarte no comunicó oficialmente su impedimento temporal ni delegó sus funciones, como lo establece la normativa constitucional vigente.

2. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL CARGO DE PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

El artículo 110 de la Constitución señala que el Presidente de la Republica "*es el Jefe del Estado y personifica a la Nación*". Al respecto nos remitimos al comentario del profesor Ballesteros:

> La primera parte del enunciado proviene de la Constitución de 1933 que se repite en las Constituciones de 1979 y 1993 que convierte al Presidente de la República en Jefe de Estado. En la tradición de las constituciones peruanas del siglo XIX, la fórmula empleada era la de considerarlo como "jefe del Ejecutivo". La tesis subyacente en esta denominación era de inspiración ortodoxamente liberal al concentrar las atribuciones del cargo en las atribuciones ejecutivas, elemento que incidía en la separación de poderes y no otorgándole primacía al presidente en relación con los presidentes de los otros poderes del Estado, razón por la que, como se deduce, no se le atribuía al Presidente la calidad de jefe de Estado. Esta opción, desde un punto de vista de la teoría constitucional es correcta, pero no reparó en que en un país acostumbrado al poder de los Incas y luego de los virreyes, la vocación popular proveniente de tradiciones tan jerárquicas, siempre ha tendido a considerar al Presidente de

> la República como un cargo absolutamente superior al de todos los demás; es decir, un jefe de Estado y no solo del Ejecutivo, en este sentido nos parece preferible que las constituciones del siglo XX hayan entregado al Presidente de la República los atributos de jefe de Estado. (Bernales, 2016, p. 5)

De este modo, se refleja una evolución histórica, antes se consideraba al Presidente solo como jefe del Ejecutivo, en línea con una visión liberal y de estricta separación de poderes. Sin embargo, debido a la tradición jerárquica del país, la ciudadanía tiende a verlo como una figura superior. Por eso, resulta acertado que las constituciones del Siglo XX lo reconozcan formalmente como Jefe de Estado y personificación de la Nación.

Por tanto, existe un desarrollo de dicha afirmación en la Ley orgánica del Poder ejecutivo, la cual en su artículo 7 señala que:

> *El Presidente de la República es el Jefe del Estado, Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, personifica a la Nación, y dirige y aprueba la política general del Gobierno en su calidad de Jefe del Poder Ejecutivo.* Sus demás atribuciones y funciones están establecidas en la Constitución Política del Perú y la ley. (MINJUS, 2023, artículo 7, las cursivas son nuestras).

Es así como, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo amplía lo establecido por la Constitución, al señalar que el Presidente cumple funciones tanto como Jefe de Estado como Jefe del Poder Ejecutivo, marcando una distinción entre ambos roles. Esta diferenciación es importante, incluso la propia Constitución en su artículo 118 desarrolla un listado de atribuciones, entendidas como funciones y deberes a ser ejercidos por la persona que ejerza el cargo de Presidente de la República, cabe mencionar que en el referido artículo no existe una distinción de aquellas competencias en mérito de ser "*jefe del Estado*" y cuales como "*jefe del poder ejecutivo/gobierno*". Distinción que la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo si realiza en su artículo 8.[3]

---

3 Ley Orgánica del Poder Ejecutivo
Artículo 8.- Funciones del Presidente de la República
Corresponde al Presidente de la República, el ejercicio de las siguientes funciones:
1. En su calidad de Jefe de Estado:
(...)
2. En su calidad de Jefe del Poder Ejecutivo:
(...)

Cabe mencionar que ni la Constitución ni la Ley orgánica del Poder Ejecutivo tienen algún dispositivo referido a la exclusividad de la función (que por ejemplo los parlamentarios sí tienen en el artículo 92 de la Constitución) del cargo del Presidente de la República, y tampoco mencionan o desarrollan la posibilidad de que la persona que ejerza dicho cargo pueda realizar otras actividades, existe un silencio normativo en ese extremo.

La falta de una regulación en concreto no puede entenderse como una autorización para que la Presidente ejerza libremente otras actividades o se ausente del puesto sin limitaciones, pues la función presidencial necesita una presencia firme. En ese sentido, aunque no exista una prohibición expresa, ello no excluye la obligación implícita de conservar una dedicación continua y exclusiva, inherente a la responsabilidad de dirigir el Estado y representar a la Nación. Asimismo, Omar Cairo, sostiene respecto a las atribuciones del Presidente de la República que:

> Al Presidente de la República le corresponde dirigir la política general de gobierno (inciso 3), velar por el orden interno y la seguridad exterior de la República (inciso 4), dirigir mensajes al Congreso en cualquier época y, obligatoriamente, al instalarse la primera legislatura anual (inciso 7), reglamentar las leyes, sin transgredirlas ni desnaturalizadas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones (inciso 8), cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales (inciso 9), cumplir y hacer cumplir las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (inciso 1 0), dirigir la política exterior y las relaciones internacionales; y celebrar y ratificar tratados (inciso 11), nombrar embajadores y ministros plenipotenciarios, con aprobación del Consejo de Ministros, y con cargo de dar cuenta al Congreso (inciso 12), presidir el Sistema de Defensa Nacional; y organizar, distribuir y disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (inciso 14), adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, de la integridad del territorio y de la soberanía del Estado (inciso 15), declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso (inciso 16), administrar la hacienda pública (inciso 17), negociar los empréstitos (inciso 18), regular las tarifas arancelarias (inciso 20) y autorizar a los peruanos para servir en un ejército extranjero (inciso 23). También le corresponde convocar a elecciones presidenciales, parlamentarias y municipales (inciso S), convocar al Congreso a legislatura extraordinaria (inciso 6), conceder indultos, conmutar penas y ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados, cuando la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria (inciso 21), recibir a los agentes diplomáticos extranjeros, y autorizar a los cónsules el ejercicio de sus funciones (inciso 13) y conferir condecoraciones en nombre de la nación, con aprobación del Consejo de Ministros (inciso 22). (Cairo, 2008, p. 3)

Ahora, en la práctica y por la naturaleza de las atribuciones, se entiende que la función de Presidente de la República, es de carácter permanente, no sujeta a un horario prestablecido ni se ha delimitado a ciertos días (también a diferencia de los parlamentarios, en donde se prevé periodos de tiempo en donde no ejercen la integridad de sus funciones).

Cabe mencionar, que en forma complementaria y por razones de la aplicación del principio de transparencia[4], la Presidencia de la Republica informa a través de la publicación de sus agendas diarias, los actos, reuniones y actividades que el referido despacho viene realizando. Sin embargo, también por la naturaleza de sus funciones aquellos actos relacionados con actividades declaradas reservadas, secretas o confidenciales no podrían ser objeto de ser comunicadas a la población. Cabe señalar que, la Defensoría del Pueblo con respecto al cargo de Presidente de la Republica señala que:

> (...) la Presidencia de la República es el cargo y la institución que ejerce la jefatura de Estado y de Gobierno, lo cual denota un sistema de gobierno republicano. *Es por ello que, el presidente es el representante máximo del Estado y desempeña un papel clave en la gobernabilidad y la representación del país tanto a nivel nacional como internacional. Asimismo, la institución presidencial es fundamental para la estabilidad y la continuidad del Estado,* y su titular puede influir significativamente en la dirección política y social del país. El presidente debe equilibrar diversas responsabilidades y trabajar en colaboración con otras ramas del gobierno para lograr los objetivos nacionales. Es así que, no es solo un alto funcionario, sino es la máxima autoridad de la nación". (Defensoría del Pueblo, 2025, pp. 8 y 9, las cursivas son nuestras).

Cabe recalcar que, esta visión institucional de la Presidencia, que destaca su rol como centro de la gobernabilidad democrática, refuerza la necesidad de fortalecer su legitimidad y claridad ante la ciudadanía. En ese sentido, tanto la difusión de sus actividades públicas como la comprensión de su cargo constitucional son elementos cruciales para conservar su autoridad y el equilibrio entre poderes.

Ahora, es importante detenerse un momento en esta última afirmación, dado que en los periodos recientes la institución de la Presidencia de la República ha sido

---

4 Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Título Preliminar:
*"**Artículo IV.- Principio de participación y transparencia.** Las personas tienen derecho a vigilar y participar en la gestión del Poder Ejecutivo, conforme a los procedimientos establecidos por la ley. Para ello, las entidades del Poder Ejecutivo actúan de manera que las personas tengan acceso a información, conforme a ley."*

objeto de un "debilitamiento" por parte del Parlamento, al reafirmar este último sus funciones exclusivas y excluyentes, además de limitar el uso de herramientas como la cuestión de confianza por parte del Poder Ejecutivo[5].

Por otro lado, también es el hecho que en reciente jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha asumido una interpretación más abierta del artículo 79 de la Constitución[6], ya que, referente a la iniciativa de gasto en proyectos de ley y como debe compatibilizarse y complementarse la función legisladora y representativa en el Parlamento con las competencias y funciones del Poder Ejecutivo con respecto a los actos de gobiernos, la determinación de políticas públicas y el manejo y administración del tesoro público. Al respecto, el artículo 79 de nuestra Constitución Política, menciona que:

> **Artículo 79.-** Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto. El Congreso no puede aprobar tributos con fines predeterminados, salvo por solicitud del Poder Ejecutivo. En cualquier otro caso, las leyes de índole tributaria referidas a beneficios o exoneraciones requieren previo informe del Ministerio de Economía y Finanzas. Sólo por ley expresa, aprobada por dos tercios de los congresistas, puede establecerse selectiva y temporalmente un tratamiento tributario especial para una determinada zona del país.

De este modo, se confirma la importancia de compatibilizar la iniciativa exclusiva del Poder Ejecutivo en temas de gasto con la labor legislativa del Congreso, lo cual revela tensiones inherentes entre ambas ramas del poder. Mantener ese equilibrio es fundamental para prevenir interferencias en sus respectivas competencias y garantizar que la formulación de políticas públicas y el manejo de los recursos del Estado se realicen con responsabilidad fiscal y coherencia institucional.

Todos estos hechos implican que la figura del Presidente de la Republica se encuentra en un debate sobre su reinterpretación existiendo posiciones que buscan "regresar" a un modelo Presidencial fuerte, y posiciones que buscan que las competencias del Poder ejecutivo se reinterpreten de forma que se complementen con los otros poderes públicos y que las garantías o protecciones excepcionales de la constitución sean reinterpretadas en función a la satisfacción de la optimización de

5 Cuando nos refiramos al Poder Ejecutivo en esta investigación haremos referencia al Gobierno Nacional, es decir, a la Presidencia de la República y su Consejo de Ministros.

6 Tribunal Constitucional. (2024). STC N.º . Exp. N.º 006-2023-PI-TC. En: LP. Obtenido de: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/09/Expediente-00006-2023-PI-TC-LPDerecho.pdf

otros bienes jurídicos constitucionales (transparencia, lucha contra la corrupción, eficiencia en la gestión de la Administración pública, etc.).

En síntesis, el debate actual sobre el papel de la Presidente de la República pone en evidencia un conflicto entre dos formas de entender el poder. Por un lado, hay una postura que busca reinstaurar un presidencialismo fuerte y concentrado; por otro, una visión que propone un Ejecutivo más funcional, equilibrado y en sintonía con los demás poderes del Estado. Es más, esta última apuesta por una lectura más moderna de la Constitución, donde las prerrogativas presidenciales se analicen bajo principios como la transparencia, la lucha contra la corrupción y la eficiencia en la gestión pública, con el fin de fortalecer de manera real y sostenible nuestra democracia.

3. PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PRESIDENCIAL

El principio de continuidad en el ejercicio de la función presidencial constituye un mandato constitucional implícito que se deduce de la estructura normativa de la Constitución Política del Perú, particularmente de los artículos 114 y 115, que regulan los supuestos de suspensión y reemplazo temporal del Presidente de la República.

Este principio exige que el cargo de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno no quede vacante en su ejercicio ni siquiera de forma transitoria, sin el cumplimiento de los procedimientos establecidos para garantizar la continuidad del poder ejecutivo. La razón de fondo radica en la necesidad de preservar la conducción del Estado, la seguridad jurídica y la gobernabilidad democrática, principios fundamentales del orden constitucional.

3.1. Doctrina Constitucional

En la teoría del Derecho Constitucional, este principio se inscribe dentro de los denominados principios estructurales del poder ejecutivo. Sobre el particular, el constitucionalista Carlos Hakansson Nieto, en su obra *Constitución y régimen presidencial*, sostiene lo siguiente:

> La Presidencia de la República, como órgano unipersonal que ejerce la Jefatura del Estado y del Gobierno, está sometida a reglas estrictas de continuidad, precisamente para asegurar que el poder no quede acéfalo ni siquiera por razones accidentales o personales. [...] La inactividad sin comunicación es

> una forma de quiebre del principio de responsabilidad política y continuidad institucional. (Hakansson, 2017, p. 212)

Esto sustenta que la temporal imposibilidad de ejercer funciones debe ser inmediatamente canalizada a través de los mecanismos de delegación y sustitución que contempla el orden constitucional, sin que la discrecionalidad personal o política pueda sobreponerse al deber institucional. En relación con lo señalado, el Profesor Ballesteros, al desarrollar la figura del "encargo del despacho presidencial" señala que:

> La expresión "encargo del despacho" tiene diversas interpretaciones. Enrique Chirinos Soto por ejemplo sostenía que "encargo" significaba atender cuestiones de mero trámite, pero no asumir a plenitud las funciones del Presidente de la República (Chirinos 1994). No coincido con esta interpretación, porque gramaticalmente el término "encargo" si bien reconoce que la titularidad de una cosa corresponde a una persona, admite también que esa titularidad puede ser temporalmente delegada a una tercera persona que asume las funciones del principal. *En el caso de la ausencia temporal del Presidente, es obvio que el encargo comprende también las funciones, pues el Estado y el Gobierno del país no se paralizan por ausencia del Presidente de la República.* Si por determinadas situaciones personales o por gestiones o representación en el exterior el Presidente viaja, es obvio que el Vicepresidente lo remplaza con las funciones inherentes al gobierno. *No obstante, los partidarios del limitativo no son pocos; alegan algunos que al viajar el Presidente lo hace en ejercicio de sus funciones de representación del país, por lo que el encargo tiene que ser solo de despacho, en el sentido de tramitación de cosas, pero no de capacidad de toma decisiones.* No falta inclusive quienes señalan que son varios los presidentes que al viajar al exterior dejan instrucciones expresas para que se habilite al vicepresidente una oficina, pero no la presidencial que es de uso exclusivo del titular. ¿Celo excesivo, temor, desconfianza? Difícil saberlo, pero lo concreto es que los vicepresidentes en el régimen político peruano carecen de funciones propias, tienen un cargo, pero no funciones. (Bernales, 2016, p. 7, las cursivas son nuestras).

De este modo, se entiende que, la evolución del concepto de "encargo del despacho presidencial" revela discrepancias sobre su verdadero alcance. Por otro lado, mientras una postura lo limita a funciones meramente administrativas, una interpretación más funcional (y alineada con el principio de continuidad del poder estatal) plantea que dicho encargo incluye también el ejercicio completo de las atribuciones presidenciales. Por lo mismo, esta segunda visión resulta más coherente con la lógica institucional, ya que el funcionamiento del Estado no puede detenerse ante una ausencia temporal del presidente, lo que resalta la necesidad de contar con mecanismos efectivos de sustitución transitoria.

3.2. Jurisprudencia Constitucional

Aunque no existe hasta la fecha un pronunciamiento específico del Tribunal Constitucional del Perú sobre la figura de "continuidad presidencial" como principio autónomo, sí se ha pronunciado reiteradamente sobre la necesidad de asegurar la operatividad regular y permanente de los órganos del Estado. Cabe mencionar que en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 0006-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional señaló que:

> Ello, desde luego, no podría significar que el más alto cargo de la Nación pueda quedar vacante como consecuencia de mayorías simples, pues ello sería atentatorio del principio de razonabilidad, pudiéndose presentar supuestos absolutamente inaceptables en un Estado social y democrático de derecho. (TC, 2003, f.j 26).

Más recientemente, en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 00011-2023-PI/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

> 28. Como se puede observar, el primer párrafo del artículo 115 de la Constitución, se refiere al supuesto en que el presidente de la República deja de ejercer sus funciones (en forma temporal o permanente) y, en tal caso, el primer vicepresidente (o el segundo a falta de éste) asume el cargo, es decir, ocupa el lugar del presidente electo. A falta de ambos vicepresidentes, y en caso de que el impedimento sea permanente, asume el presidente del Congreso y convoca de inmediato a elecciones. 29. Cuando se produzca la sucesión del Presidente, de acuerdo con lo previsto en el primer párrafo del artículo 115 de la Constitución, el primer vicepresidente (o, en su defecto, el segundo vicepresidente) asume inmediatamente el cargo de jefe de Estado y de jefe del Poder Ejecutivo, con las mismas prerrogativas contempladas en la Constitución y la LOPE. Evidentemente, en dicho supuesto el presidente de la República ha sido separado del cargo, temporal o permanentemente, según el tipo de impedimento que se hubiese configurado. 30. *Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 115 de la Constitución regula la figura del encargo del despacho presidencial al primer vicepresidente (o en su defecto al segundo vicepresidente) a causa de la salida del presidente de la República al exterior. En este supuesto, el presidente de la República continúa ejerciendo el cargo, ya que la Constitución no ha previsto que cese por esta razón, ni existe impedimento alguno para que así sea.* 31. De lo expuesto se deriva que se configuran supuestos jurídico-constitucionales distintos: en el primero, el Presidente deja el cargo. En cambio, en el segundo, continúa ejerciéndolo, pero sólo se ha previsto la posible inexistencia de vicepresidentes en el primer supuesto. (TC, 2023, FJ 28, 29, 30, 31, las cursivas son nuestras).

Como expone el Tribunal Constitucional, la lógica de los dispositivos constitucionales que regula la Presidencia de la República y su sucesión, no implica de forma alguna que se pueda permitir espacios en donde no sé tenga claridad quien ejerce el cargo, o en su defecto, quien se encuentra encargado del mismo por un periodo limitado.

De esta manera, el nuestro Tribunal Constitucional confirma que, la Constitución establece escenarios claros para la sucesión y el encargo presidencial, evitando cualquier vacío o incertidumbre sobre quién ejerce el poder en cada situación. Es así como, esto sienta la base para una interpretación que permita la continuidad del despacho presidencial incluso en contextos no previstos expresamente, siempre con el fin de asegurar la estabilidad institucional.

Ello es así, que aun reconociendo la ausencia de un dispositivo constitucional que permita a la persona que ejerce la Presidencia de la República, que continue ejerciendo el cargo y el despacho, aun fuera del país, con el auxilio de las tecnologías digitales y virtuales. Debemos precisar que el Tribunal Constitucional, de manera indirecta opta por validar un desarrollo normativo del legislador siempre que optimice el hecho de que no se permitirán vacíos en el poder relativo a la Presidencia de la Republica y su despacho.

4. ANÁLISIS SOBRE LOS SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN E IMPEDIMENTO TEMPORAL DE EJERCER EL CARGO DE PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

La Constitución Política de 1993 establece en su artículo 114 que el ejercicio de la Presidencia de la República se suspende por incapacidad temporal del presidente, declarada por el Congreso. Mismo que lo establece en los siguientes términos:

> **Artículo 114.–** Suspensión del ejercicio de la Presidencia:
>
> El ejercicio de la Presidencia de la República se suspende por:
>
> 1. Incapacidad temporal del presidente, declarada por el Congreso, o
> 2. Hallarse éste sometido a proceso judicial, conforme al artículo 117 de la Constitución.

Asimismo, el artículo 115 de la Constitución Política (1993) dispone que:

> **Artículo 115.-** Impedimento temporal o permanente del ejercicio Presidencia
>
> Por impedimento temporal o permanente del presidente de la República, asume sus funciones el Primer vicepresidente. En defecto de éste, el Segundo vicepresidente. Por impedimento de ambos, el presidente del Congreso.

> Si el impedimento es permanente, el presidente del Congreso convoca de inmediato a elecciones.
>
> Cuando el presidente de la República sale del territorio nacional, el Primer vicepresidente se encarga del despacho. En su defecto, lo hace el Segundo vicepresidente.

Por tanto, debido al impedimento temporal del presidente, quien asume sus funciones es el Primer vicepresidente, y en su defecto, el Segundo vicepresidente. Estas disposiciones buscan garantizar la continuidad del ejercicio del Poder Ejecutivo ante situaciones que impidan al presidente ejercer sus funciones y así no causar o generar un vacío de poder dentro del Estado.

Sin embargo, como se evidenció entre el 28 de junio y el 09 de julio de 2023, la presidenta Dina Boluarte se sometió a una serie de procedimientos quirúrgicos estéticos, durante los cuales no realizó actividades oficiales, por el contrario las cuentas oficiales de la Presidencia de la República hizo publicaciones cuyas fechas no corresponden con la fecha en que fueron realizadas realmente, como el encuentro entre la Presidenta y los estudiantes del COAR – Lambayeque realizado oficialmente el 23 de junio pero cuyas fotografías fueron publicadas el 01 de julio de 2023, lo que sugiere un intento de ocultar la presunta ausencia de la presidenta.

La presunta ausencia en las funciones de la presidenta Dina Boluarte durante este período, que no fueron comunicadas al Congreso de la República, sino que, además, no se llevó a cabo ninguna delegación de funciones al vicepresidente, constituyéndose por tanto una omisión de los procedimientos establecidos en los artículos 114 y 115 de la Constitución y que, además en ese lapso se habría incumplido el numeral 1 del artículo 118 de la Constitución[7]. Por lo que, esta omisión podría ser interpretada como una infracción constitucional, al no garantizar la continuidad del ejercicio del Poder Ejecutivo conforme a lo dispuesto por la norma suprema.

Sin embargo, es importante señalar que el artículo 117 de la Constitución limita las causales por las cuales un presidente en funciones puede ser acusado, restringiéndolas en los siguientes términos. En efecto, el presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su período, por:

- Traición a la Patria;
- Impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales;

7 Constitución Política del Perú: **Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:** 1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.(...)

- Disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución;
- Impedir la reunión o funcionamiento del Congreso, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral.

Por lo tanto, aunque la conducta de la presidenta Dina Boluarte podría constituir una infracción constitucional, no encajaría dentro de las causales específicas que permitirían su acusación durante el ejercicio del cargo.

En suma, la presidenta Dina Boluarte incurrió en una infracción constitucional al no comunicar su impedimento temporal ni delegar sus funciones durante el período en que se sometió a procedimientos quirúrgicos. Sin embargo, debido a las limitaciones establecidas en el artículo 117 de la Constitución Política, esta infracción no constituye una causal que permita su acusación constitucional durante el ejercicio del cargo. Corresponde al Congreso de la República evaluar las acciones pertinentes dentro del marco legal y constitucional vigente.

5. PROCEDIMIENTO Y SANCIONES APLICABLES

5.1. Limitaciones Constitucionales a la Acusación Presidencial

La Constitución Política del Perú, en su artículo 117, establece que el presidente de la República solo puede ser acusado, durante su mandato por 4 delitos específicos, pero que no limitan las investigaciones realizadas por parte de la Fiscalía de la Nación, cuyo antecedente más cercano data desde las investigaciones contra el expresidente Pedro Castillo mientras se encontraba en funciones, y que dichas atribuciones actualmente se viene discutiendo ante el Tribunal Constitucional, materializados en una demanda competencial presentada por el Procurador Público de la Procuraduría General del Estado para poder limitar los alcances de dichas investigaciones realizadas por la Fiscalía de la Nación.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha dispuesto en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 04044-2022-HC/TC el Tribunal Constitucional, los parámetros exigibles actualmente al Parlamento para una acusación constitucional por juicio político no vulnere derechos fundamentales, entre ellos el de la debida motivación. Así en la referida sentencia, el Tribunal Constitucional afirma que:

> *"Es importante recordar que los estándares probatorios no son necesariamente los mismos en un procedimiento de índole parlamentario que los que pueden exigirse en un proceso judicial de índole penal" y que "incluso en esta etapa del procedimiento de acusación constitucional, Resulta indispensable que la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales precise de manera prolija cuáles hechos sustentan la procedencia de la denuncia (...) debe delimitar de manera adecuada las razones que conducen a la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales a calificar las conductas cuestionadas como pasibles de ser sometidas a un antejuicio o juicio político"*; señalando en específico al juicio político que "en el modelo constitucional peruano, no existe propiamente un catálogo o cuerpo normativo que regule cuáles son las infracciones a la Constitución y qué clase de sanciones ameritaría su comisión. *Este solo hecho genera que el deber de motivar una sanción en el marco de un juicio político tenga que ser ejercido de forma especialmente prolija.* (TC, 2022, f.j. 21, 36 y 46, las cursivas son nuestras).

En ese sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no se limita a requerir una motivación formal en las acusaciones constitucionales, sino que además exige una mínima coherencia entre los hechos atribuidos y las disposiciones constitucionales supuestamente transgredidas. Esto significa que no es suficiente señalar una conducta irregular, sino que debe acreditarse de forma concreta cómo dicha conducta vulnera una norma constitucional. Solo con esta vinculación clara se podrá dar inicio al proceso de calificación de una infracción constitucional, garantizando el respeto al debido proceso parlamentario.

De lo que se desprende que todo análisis para determinar si se incurrió o no en infracción constitucional, debe partir inicialmente en la determinación de la conducta o conductas imputadas, y si las mismas tienen relación directa en el incumplimiento de una obligación dispuesta en la constitución o el incurrir en una de sus prohibiciones. Al respecto, Víctor Montoya, menciona que:

> La infracción constitucional, algo similar a la *impeachable offense,* es un injusto típico que delimita correcta y concretamente las conductas que se hacen reprochables por afectar un "interés del Estado", a efectos de ser luego sancionadas. A través de un acto atentatorio contra dicho interés, el detentador del poder está violando la exclusiva y privativa confianza de la población puesta en él, al haberse aprovechado de sus potestades con el fin —exclusivo o no— de afectar el orden constitucional. (Montoya, 2005, p. 13).

Así, en el caso específico se deberá determinar si la Presidenta de la República al no haber hecho público que se sometería a una serie de actos quirúrgicos y que por consecuencia de estos se habría encontrado por unos días impedida de ejercer

el cargo de Presidente de la República impidió o limito la capacidad del Congreso de la Republica de declarar la suspensión temporal en el ejercicio del cargo de dicha persona.

Además, se deberá determinar si existe algún mandato constitucional de que la Presidencia deberá informar previamente al Congreso de un supuesto de impedimento temporal, dado que el artículo constitucional en mención solo señala que el competente para declararlo es el Congreso de la República, el cual lo puede hacer solo por la constatación de la causal, independientemente de algún tipo de comunicación previa u oficial de parte del Poder Ejecutivo.

De esta manera, aunque no haya una obligación clara y directa para que el Poder Ejecutivo informe de antemano, el no hacerlo puede dificultar que el Congreso cumpla a tiempo con su función de declarar un impedimento. Por lo tanto, esta falta de comunicación podría ser considerada como una conducta importante desde el punto de vista constitucional, y su importancia se evaluará más adelante según la gravedad y naturaleza de la posible infracción.

Finalmente, en el supuesto que se determine que efectivamente se incurrió en la infracción de uno o más artículos de la constitución el congreso deberá determinar si las referidas infracciones constitucionales son de gravedad o no y determinar el tipo de sanción a proponer al pleno del Congreso. Siendo ya esta etapa final, aplicable cuando la persona que ejerce el cargo de Presidente ya haya cesado en el mismo.

Ahora bien, dado que, la omisión en comunicar su impedimento temporal no se encuentra expresamente entre las causales señaladas en nuestra Constitución, queda pendiente que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre si este hecho pudiera dar lugar o no a una acusación constitucional durante el mandato presidencial.

5.2. Facultades del Congreso ante las infracciones constitucionales

El Congreso de la República cumple un papel crucial en garantizar que se respete el orden constitucional. Al respecto, artículo 117 de la Constitución menciona:

> **Artículo 117.-** El Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su período, 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, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral.

En otras palabras, a través de este artículo se limita los casos en los que se puede acusar al presidente en funciones, eso no significa que el Congreso esté atado de manos frente a conductas graves, como que la presidenta no comunique una incapacidad temporal. Por ende, en estos casos, aunque no sea posible iniciar una acusación constitucional, el Congreso sí cuenta con la potestad de declarar la suspensión del cargo por incapacidad temporal, tal como lo permite el artículo 114 de la Constitución:

> **Artículo 114.-** El ejercicio de la Presidencia de la República se suspende por:
> 1. Incapacidad temporal del Presidente, declarada por el Congreso, o
> 2. Hallarse éste sometido a proceso judicial, conforme al artículo 117 de la Constitución.

Ahora, esta atribución permite al Congreso actuar para asegurar que el país no quede sin dirección en caso de que el jefe del Estado no pueda ejercer sus funciones. Así, se garantiza la continuidad del gobierno y el respeto al marco constitucional.

5.2.1. Facultades complementarias de control

Cabe recalcar que, de esa función específica, el Congreso cuenta con diversos mecanismos de control político indirecto sobre el Poder Ejecutivo. Por ejemplo, puede establecer comisiones investigadoras en virtud del artículo 97 de nuestra Constitución, que menciona:

> **Artículo 97.-** El Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público. Es obligatorio comparecer, por requerimiento, ante las comisiones encargadas de tales investigaciones, bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial. Para el cumplimiento de sus fines, dichas comisiones pueden acceder a cualquier información, la cual puede implicar el levantamiento del secreto bancario y el de la reserva tributaria; excepto la información que afecte la intimidad personal. Sus conclusiones no obligan a los órganos jurisdiccionales.

De este modo, se entiende que las comisiones investigadoras tienen la potestad de indagar actos u omisiones que comprometan el interés público, incluso los relacionados con la Presidencia de la República. Además de ello, puede ejercer presión política mediante el control del gabinete, como ocurre con la interpelación y censura de ministros.

Aunque el presidente no puede ser interpelado directamente, estos instrumentos parlamentarios permiten generar efectos políticos significativos que pueden afectar la estabilidad o legitimidad del gobierno. Al respecto, César Landa, menciona que:

> [L]as comisiones investigadoras pueden solicitar el levantamiento del secreto bancario. Entonces, si una comisión investigadora lleva a cabo su labor investigadora y encuentra que es necesario levantar el secreto bancario del titular, pero también de las personas que puedan estar vinculadas al hecho de una investigación. (Landa, 2015, p. 5).

Entendiendo así que, las comisiones investigadoras del Congreso tienen la facultad de pedir el levantamiento del secreto bancario, no sólo del funcionario directamente investigado, sino también de otras personas relacionadas con los hechos. Por lo tanto, esto les permite acceder a información clave para entender mejor el caso y cumplir con su labor de fiscalización de manera más efectiva. Asimismo, nuestra Constitución Política, complementa señalando:

> Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
>
> 5. (...) El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

De este modo, tenemos en claro que, las comisiones investigadoras, pueden solicitar el levantamiento del secreto bancario no sólo del funcionario investigado, sino también de otras personas vinculadas a los hechos, siempre que exista relación con el caso. Es así como, esto les permite acceder a información crucial para cumplir eficazmente su labor. Además, herramientas como la interpelación y la censura a ministros refuerzan su capacidad de ejercer presión política, contribuyendo a la transparencia y al equilibrio entre los poderes del Estado.

En síntesis, aunque la presidenta Dina Boluarte no pueda ser acusada mientras esté en funciones por no haber comunicado su impedimento temporal, el Congreso sí puede tomar medidas para proteger el orden constitucional. Entre ellas, está la posibilidad de declarar la suspensión del cargo si se confirma una incapacidad temporal, así como iniciar investigaciones que permitan evaluar la gravedad de lo ocurrido.

Esto demuestra que el papel del Congreso va más allá de hacer leyes; también tiene la responsabilidad de asegurar el equilibrio entre poderes y la continuidad

del gobierno, incluso ante hechos que no puedan ser sancionados de inmediato por la vía judicial.

5.2.2. Responsabilidad Política y Control Parlamentario

En el sistema político peruano, la figura del Presidente de la República es considerada con una protección especial durante su mandato. Según el anteriormente mencionado artículo 117 de nuestra carta magna, sólo puede ser acusado en casos muy específicos: traición a la patria, impedir elecciones, disolver el Congreso fuera de los límites constitucionales u obstaculizar el trabajo de los organismos electorales. No obstante, esta limitación no significa que el Congreso carezca de herramientas para ejercer cierto control sobre el Ejecutivo. Al respecto, Juan Sosa, respecto al artículo 117 de la Constitución Política sostiene que:

> El artículo 117 de la Constitución inicialmente parece claro en lo que dispone, ciertamente dentro de las limitaciones propias del lenguaje. De una rápida revisión, se verifica que establece una inmunidad en favor del presidente de la República. Esta inmunidad, conforme a la Teoría del Derecho, equivale a establecer una competencia restringida para el Congreso de la República, de tal modo que dicha institución solo podría 'acusar' al presidente en los cuatro supuestos allí previstos. (Sosa, 2022, párr. 7)

Si bien los parlamentarios no pueden interpelar ni censurar directamente al presidente, sí pueden hacerlo con los ministros o con el Consejo de Ministros en su conjunto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 132 de la Carta Magna:

> **Artículo 132.-** El Congreso hace efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros, o de los ministros por separado, mediante el voto de censura o el rechazo de la cuestión de confianza. Esta última sólo se plantea por iniciativa ministerial.
>
> Toda moción de censura contra el Consejo de Ministros, o contra cualquiera de los ministros, debe ser presentada por no menos del veinticinco por ciento del número legal de congresistas. Se debate y vota entre el cuarto y el décimo día natural después de su presentación. 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.
>
> El Presidente de la República acepta la dimisión dentro de las setenta y dos horas siguientes.

> La desaprobación de una iniciativa ministerial no obliga al ministro a dimitir, salvo que haya hecho cuestión de confianza de la aprobación.

De esta manera, el Congreso ejerce una forma de control político indirecto sobre el Ejecutivo, ya que una constante censura o la salida de varios ministros puede debilitar políticamente al gobierno, incluso si no existen sanciones legales inmediatas.

En consecuencia, aunque no pueda actuar de forma directa contra el jefe de Estado, el Congreso puede ejercer presión política mediante herramientas como la interpelación o la censura a sus ministros. Asimismo, si el presidente no informa debidamente sobre un impedimento temporal para ejercer sus funciones, esa omisión puede ser investigada por el Parlamento. Si bien dicha investigación no acarrea consecuencias penales o jurídicas directas, sí podría generar un impacto político significativo y afectar la legitimidad del gobierno.

5.3, Comisiones Investigadoras y Repercusiones Políticas

En el caso de omisiones o conductas del Presidente que no constituyen causal de acusación constitucional inmediata, como la no comunicación de un impedimento temporal, el Congreso puede actuar dentro del marco del mencionado artículo 97 de la Constitución, que le permite conformar comisiones investigadoras para examinar "cualquier asunto de interés público". Al respecto, nuestra Constitución Política, menciona que:

> **Artículo 97.-** El Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público. Es obligatorio comparecer, por requerimiento, ante las comisiones encargadas de tales investigaciones, bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial.
>
> Para el cumplimiento de sus fines, dichas comisiones pueden acceder a cualquier información, la cual puede implicar el levantamiento del secreto bancario y el de la reserva tributaria; excepto la información que afecte la intimidad personal. Sus conclusiones no obligan a los órganos jurisdiccionales.

Asimismo, estas comisiones pueden citar funcionarios, acceder a información pública e incluso solicitar el levantamiento del secreto bancario y tributario, lo que permite una indagación exhaustiva. Dichas comisiones no tienen capacidad sancionadora directa, pero sus conclusiones pueden ser políticamente devastadoras. En contextos de alta conflictividad institucional, los informes de estas comisiones han generado renuncias, acusaciones post-mandato o incluso la pérdida de legiti-

midad del gobierno ante la ciudadanía. Como señala Leopoldo Gamarra, respecto al Centro de Investigación Parlamentaria (CIP):

> Como objetivos que el CIP tenía, podemos mencionar: contribuir a la mejor calidad de la labor legislativa, al fortalecimiento del Congreso frente a otros poderes públicos y la relación del Parlamento con la ciudadanía dentro del esquema de distrito electoral múltiple, brindando a las diversas áreas del Congreso, asistencia técnica, información especializada, alerta de seguimiento en la ejecución de normas y políticas públicas; finalmente, contribuir a la modernización del Congreso de la República, fortaleciendo institucionalmente el centro de investigación parlamentaria, mediante el impulso de un sistema integrado de información y formando recursos humanos calificados para la labor parlamentaria. (Gamarra, 2008, p. 3)

De este modo, entendemos que, las comisiones investigadoras del Congreso juegan un rol importante cuando se trata de revisar acciones u omisiones del Presidente que no pueden ser sancionadas de inmediato, pero que generan preocupación pública. Ahora, gracias al artículo 97 de la Constitución, estas comisiones tienen la facultad de investigar a fondo, acceder a información sensible y convocar a funcionarios para rendir cuentas. Aunque no pueden castigar directamente, sus informes pueden generar consecuencias políticas muy serias, como renuncias, acusaciones posteriores o pérdida de credibilidad del gobierno.

5.4. Efectos de la Omisión Presidencial

Cuando el Presidente de la República no informa sobre un impedimento temporal para ejercer sus funciones (como sucedió con Boluarte entre el 28 de junio y el 09 de julio del año 2023) puede estar incurriendo en una infracción constitucional. Cabe recalcar que, esto se debe a que esa omisión impide que el Congreso active los mecanismos previstos en los artículos 114 y 115 de la Constitución, que están diseñados para garantizar la continuidad del Poder Ejecutivo. Asimismo, la Constitución Política, señala:

> Artículo 115.- Por impedimento temporal o permanente del Presidente de la República, asume sus funciones el Primer Vicepresidente. En defecto de éste, el Segundo Vicepresidente. Por impedimento de ambos, el Presidente del Congreso. Si el impedimento es permanente, el Presidente del Congreso convoca de inmediato a elecciones. Cuando el Presidente de la República sale del territorio nacional, el Primer Vicepresidente se encarga del despacho. En su defecto, lo hace el Segundo Vicepresidente.

De este modo, se precisa quién debe asumir la presidencia en caso de que el mandatario no pueda ejercer sus funciones, sea de manera temporal o permanente. De hecho, define una línea de sucesión que empieza con el Primer Vicepresidente, sigue con el Segundo y, si ambos están impedidos, recae en el Presidente del Congreso. Además, señala que, si el presidente sale del país, debe delegar formalmente sus funciones, lo que garantiza que el Poder Ejecutivo siga operando con normalidad y que haya orden y claridad en la conducción del gobierno.

Ahora, si bien esta falta no puede ser sancionada mientras el mandatario está en funciones, sí puede ser investigada por el Congreso. Aparte, estas investigaciones, aunque no tengan consecuencias inmediatas, pueden tener un fuerte impacto político e institucional: erosionan la confianza en el gobierno, debilitan el liderazgo presidencial y pueden dejar al Ejecutivo en una posición de mayor aislamiento. Al respecto, Castillo Córdova, menciona que:

> Si bien es cierto una acusación presupone una investigación, no toda investigación (penal o constitucional) termina en una acusación (penal o constitucional). Si fuese verdad que toda investigación irremediablemente termina en una acusación, entonces, podría ser argumentado que ahí donde se alude a la acusación necesariamente se debe incluir a la investigación. Además, en un proceso (penal o constitucional) la investigación y la acusación son dos momentos procesales distintos con una naturaleza y finalidad propias que impide confundirlos. (Castillo, 2025, párr. 9)

Además, si se comprueba que se violaron normas constitucionales o se incurrió en delitos funcionales, como la omisión de actos de función contemplada en el artículo 377 del Código Penal, podrían abrirse procesos de acusación una vez finalizado el mandato. En este sentido, nuestro Código Penal, señala que:

> Artículo 377.- Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa. Cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales esté referido a una solicitud de garantías personales o caso de violencia familiar, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

De este modo, nuestro código penal sanciona a los funcionarios públicos que incumplen sus deberes de forma injustificada, especialmente en situaciones

sensibles como pedidos de protección personal o violencia familiar, resaltando la responsabilidad que implica el ejercicio de la función pública.

En conclusión, cuando el presidente no informa un impedimento para ejercer sus funciones, aunque no se le pueda sancionar de forma inmediata, el Congreso puede investigarlo. Por lo tanto, estas investigaciones, si bien no imponen castigos, pueden afectar gravemente la imagen del gobierno y, si se confirma una falta constitucional o un delito, podrían dar lugar a una acusación una vez terminado el mandato.

6. POSIBLE PROCEDIMIENTOS JUDICIALES POSTERIORES AL MANDATO − PRECISIÓN DEL POSIBLE DELITO INCURRIDO: OMISIÓN, REHUSAMIENTO O DEMORA DE ACTOS FUNCIONALES

6.1. Artículo 377 del Código Penal

> El funcionario público que ilegalmente omite, rehúsa o retarda algún acto propio de su función, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

En el presente caso, la conducta cuestionada no mantiene vínculo con la omisión de un acto en especial como la firma de un indulto, sino con la falta de comunicación formal por parte de la presidente Dina Boluarte ante el Congreso sobre su impedimento temporal para ejercer el cargo. Es así como esta omisión impidió que se activen los mecanismos constitucionales previstos para garantizar la continuidad en el ejercicio de la Presidencia. Por tanto, se trataría de una omisión funcional relevante, al no cumplir con un deber constitucional vinculado al correcto funcionamiento del Poder Ejecutivo. Cabe recalcar que, esta figura penal está orientada a sancionar la inacción funcional injustificada, es decir, cuando un funcionario (en este caso, la presidenta) no realiza un acto que es exigible en virtud de su cargo.

En el caso analizado, resulta necesario evaluar si la presidente incumplió con su deber de informar o advertir oportunamente sobre su situación médica que le impedía ejercer plenamente el cargo, ya que dicha comunicación habría permitido al Congreso activar los mecanismos establecidos en los artículos 114 y 115 de la Constitución. Ahora bien, si bien la declaración formal de incapacidad temporal

corresponde al Congreso, dicho órgano requiere contar con información oficial por parte del Poder Ejecutivo para poder adoptar tal decisión. En ese sentido, la omisión de esta comunicación, de ser considerada injustificada e ilegal por contravenir deberes funcionales establecidos en normas constitucionales, podría constituir eventualmente un supuesto subsumible en el tipo penal previsto en el artículo 377 del Código Penal.

6.2. Artículo 276 del Código Penal (Abuso de autoridad)

> El funcionario público que, abusando de sus funciones, comete u ordena un acto arbitrario en perjuicio de alguien, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años...

Si se prueba que hubo una utilización del cargo para ocultar su ausencia y simular actividades oficiales mediante la difusión de videos pregrabados, podría analizarse bajo esta figura, aunque su subsunción sería más compleja y requeriría prueba de afectación concreta.

En suma, el tipo penal más claro y aplicable al caso sería el artículo 377 del Código Penal: Omisión de actos funcionales, si se prueba que la presidenta tenía la obligación funcional y jurídica de comunicar su ausencia e impedir que el despacho presidencial quedara sin conducción. Este delito no puede investigarse ni sancionarse mientras la mandataria esté en funciones, conforme al artículo 117 de la Constitución, pero sí puede activarse una vez finalizado su mandato, si la Fiscalía encuentra mérito.

7. CONCLUSIONES

La presidenta de la República, Dina Boluarte Zegarra, presuntamente incurrió en una infracción constitucional, al omitir su deber funcional de comunicar su impedimento temporal por motivos médicos durante los días comprendidos entre el 28 de junio y el 9 de julio de 2023, contraviniendo lo dispuesto por los artículos 114 y 115 de la Constitución Política del Perú.

Dicha omisión habría vulnerado el principio de Continuidad en el Ejercicio de la Función Presidencial, y generó un vacío en la conducción formal del Poder Ejecutivo durante al menos 48 horas, sin que se activaran los mecanismos de sucesión temporal previstos en la Carta Magna. La utilización de comunicaciones oficiales simuladas, imágenes y mensajes emitidos por redes sociales, para aparentar

presencia activa en funciones, agrava la falta de transparencia gubernamental y representa una desnaturalización del principio de responsabilidad pública.

No obstante, por mandato del artículo 117 de la Constitución, esta infracción no constituye causal válida para una acusación constitucional en ejercicio del cargo. Ello no impide que el Congreso de la República ejerza su función de control político, incluyendo la apertura de una comisión investigadora que permita esclarecer institucionalmente los hechos y sus consecuencias.

Además, concluido el mandato presidencial, podría iniciarse una investigación penal por la presunta comisión del delito previsto en el artículo 377 del Código Penal (Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales), y eventualmente otros delitos conexos, si se demuestra la existencia de actos dolosos orientados a encubrir la inactividad funcional.

En consecuencia, se acredita constitucionalmente una afectación al deber de ejercicio pleno y permanente de la función presidencial, que, sin perjuicio de las limitaciones procesales vigentes, exige una respuesta institucional en defensa del principio de legalidad y del equilibrio de poderes.

BIBLIOGRAFÍA

Bernales Ballesteros, E. (2016). El Régimen Presidencial en la Constitución de 1993 (p. 5). En: *Ius et Veritas.* 24(53), 344–357. https://doi.org/10.18800/iusteveritas.201701.02

Cairo, O. (2008). El Poder Ejecutivo en el Perú (p. 3). En: *Dialnet.* https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7792919.pdf

Castillo, L. (2008). La inmunidad presidencial no prohíbe la investigación preliminar. *En Polemos*. https://n9.cl/ggutik

Defensoría del Pueblo. (2025). DOCUMENTO DEFENSORIAL N.º 001-2025-DP/SDHPA (pp. 8-9). En: LP. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2025/04/Doc.-Defensorial-001-2025-DP-SDHPA-LPDerecho.pdf

Gamarra, L. (2008). Necesidad de un Centro de Investigación Parlamentaria. *En Derecho & Sociedad.* (31), 129–137. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17398

Gómez, R. (2024). Dina Boluarte acepta que se operó en secreto sin comunicarlo ni dejar presidente encargado. En: El País. https://elpais.com/america/2024-12-14/dina-boluarte-acepta-que-se-opero-en-secreto-sin-comunicarlo-ni-dejar-presidente-encargado.html

Hakansson, C. (2021). *El neopresidencialismo: La forma de gobierno de la Constitución peruana (3.ª ed.)*. Yachay Legal. https://goo.su/DXlarO

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2016). Decreto Legislativo N.º 635 - Código Penal (artículo 377). Gob.pe. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3621138/C%C3%93DIGO%20PENAL.pdf.pdf?v=1663014332

Landa, C. (2015). Las Comisiones Investigadoras y las diferencias entre las Sentencias Tineo Cabrera y Toledo (p. 5). En: *Ius et Veritas*. 24(51), 390–396. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15670

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2023). Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y normas de organización y funciones (artículo 7). https://n9.cl/jl4zd

Montoya, V. (2005). La denuncia constitucional (p. 13). *En: Pensamiento Constitucional*. 11(11), 379–432. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7689/7935

Redacción RG. (2024). Dina Boluarte acepta que se operó en secreto sin comunicarlo ni dejar presidente encargado. El País. https://elpais.com/america/2024-12-14/dina-boluarte-acepta-que-se-opero-en-secreto-sin-comunicarlo-ni-dejar-presidente-encargado.html?utm_source=chatgpt.com

Sosa, J. (2022). Acusación al presidente: ¿cómo interpretar el artículo 117 de la Constitución? *Ventana jurídica*, Lima, 17 de octubre de 2022. https://facultad-derecho.pucp.edu.pe/ventana-juridica/acusacion-al-presidente-como-interpretar-el-articulo-117-de-la-constitucion/

Tribunal Constitucional del Perú. (2003). Sentencia del Exp. N.º 0006-2003-AI/TC. Fundamento jurídico 26. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00006-2003-AI.pdf

Tribunal Constitucional. (2022). STC N.º . Exp. 04044-2022-HC/TC, FJ 21, 36 y 46. Gob.pe. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/04044-2022-HC.pdf

Tribunal Constitucional. (2023). STC N.º . Exp. 00011-2023-PI/TC, FJ 28, 29, 30, 31. Gob.pe. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/00011-2023-AI.pdf

Tribunal Constitucional. (2024). STC N.º . Exp. 006-2023-PI/TC. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/09/Expediente-00006-2023-PI-TC-LPDerecho.pdf

EL RECURSO DE AMPARO EN ÁFRICA

Carlos RUIZ MIGUEL*

SUMARIO: 1. Prerrequisito conceptual. Propuesta de un concepto de amparo. **2.** El amparo en el derecho constitucional africano. 2.1. Amparo en países africanos anglófonos. 2.2. Amparo en los países africanos iberófonos. 2.3. Amparo en los países africanos francófonos. 2.4. Países anglofrancófonos del Océano Índico. **3.** Amparo en el derecho internacional africano de los derechos humanos. 3.1. El reconocimiento progresivo de los derechos humanos a nivel africano. 3.2. La Corte Africana de derechos humanos y la difícil aceptación de la capacidad de demandar de las personas. 3.3. Un amparo internacional regional vigente (la Corte de la CEDEAO) y otro aún pendiente (la Corte de África Oriental). 3.3.1. Amparo internacional regional efectivo: el Tribunal de la CEDEAO. 3.3.2. Un amparo internacional regional pendiente: el Tribunal de África Oriental. **4.** Interacciones jurisdiccionales en áfrica para la protección de los derechos humanos. **5.** Conclusiones y perspectivas.

PRELIMINARES

El amparo es la institución constitucional de origen hispano más extendida en el mundo, sin ninguna duda. Es bien conocido su desarrollo en Europa y en América, pero no en África. En este trabajo quisiera cubrir esa laguna. Tras algunas aclaraciones conceptuales (1), examinaremos su posible presencia en el Derecho Constitucional de los Estados africanos (2), su posterior reconocimiento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos Africano (3), para analizar después las interacciones jurisdiccionales existentes (4) y formular algunas conclusiones (5).

1. PRERREQUISITO CONCEPTUAL. PROPUESTA DE UN CONCEPTO DE AMPARO

La doctrina parece concordar en una definición teórica de la institución jurídica del amparo más allá de cuál sea la denominación jurídico-positiva que reciba en

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela (USC) y director del Centro de Estudios sobre el Sáhara Occidental (CESO) de esta Universidad.

cada ordenamiento. En este sentido, podemos definir el amparo como «un procedimiento judicial específico para la protección de los derechos fundamentales». Esta definición contiene tres elementos que permiten identificar diferentes regulaciones como pertenecientes a esta institución, incluso si se expresan en diferentes idiomas.

En primer lugar, el amparo es un procedimiento «judicial», lo que significa que la protección de los derechos por medios no judiciales, como el Defensor del Pueblo (o Mediador en el lenguaje jurídico francés), queda excluida de este concepto. En este sentido, es irrelevante si la vía «judicial» la ofrecen los tribunales ordinarios, un tribunal constitucional (que, por definición, es externo al poder judicial) o un tribunal internacional. Por lo tanto, lo esencial es que la vía de protección sea judicial.

En segundo lugar, se requiere que este procedimiento judicial sea una vía específica y no una vía ordinaria común a otros casos. La base para calificar esta vía como específica puede variar. La especificidad de la vía judicial puede basarse en una amplia variedad de circunstancias. En primer lugar, puede existir una garantía judicial específica para ALGUNOS derechos fundamentales, excluyendo otros. Además, puede existir una garantía judicial específica determinada por una especialidad procesal. En el Derecho Comparado se pueden encontrar diversas especificidades: primero, un requisito particular para la admisibilidad del caso (subsidiariedad); segundo, que la tutela se asigne a un tribunal distinto del que habitualmente conoce de los casos en primera instancia; tercero, la especificidad puede consistir en una reducción de los plazos previstos para los procedimientos ordinarios (procedimiento de urgencia); cuarto, el procedimiento puede describirse como específico porque se examina siguiendo un procedimiento diferente que tiene en cuenta otras circunstancias, como las personas con capacidad para demandar en este tipo de casos. En quinto lugar, el procedimiento puede diferenciarse porque finaliza con una sentencia con efectos específicos (efecto limitado a los particulares de la anulación de una norma general).

Finalmente, el amparo protege los “derechos fundamentales”. Un “derecho fundamental” debe ser un verdadero “derecho” subjetivo garantizado. Por lo tanto, no basta con encontrar la palabra “derecho” en un texto; el “derecho” debe estar protegido por una garantía judicial. Este derecho también debe estar reconocido en una norma “fundamental”. En sentido estricto, “norma fundamental” debe significar claramente una “Constitución”. Así, la protección “judicial” específica de los “derechos” constitucionales puede caracterizarse como “amparo”. Pero, en términos generales, también puede considerarse que una norma distinta a la constitucional, pero superior a la ley, a la que se atribuye una importancia fundamental

dentro del sistema, como un tratado internacional de derechos humanos, también puede caracterizarse como una norma "fundamental".

2. EL AMPARO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL AFRICANO

El derecho constitucional africano surgió tardíamente, no sólo porque los Estados (si podemos emplear este término) africanos tradicionales desconocían los conceptos de derechos subjetivos y la Constitución, sino también debido a la colonización. Fue en 1971 cuando quizás por primera vez se promovió la introducción del amparo (*expressis verbis*) en el derecho constitucional africano. La Conferencia Africana de Juristas, celebrada en Adís Abeba en abril de 1971, adoptó varias resoluciones. En su segunda resolución, que reafirmó la resolución previamente adoptada en un seminario celebrado en México en 1961 bajo los auspicios de las Naciones Unidas, la Conferencia declaró el amparo como uno de los medios para fortalecer la protección de los derechos humanos[1].

Existen recursos de amparo en doce países africanos, aunque con contornos diversos, y que pueden agruparse en cuatro categorías: primero, los países anglófonos ya sea del África Occidental (Sierra Leona, Liberia, Ghana) o ya sea del África Meridional (Zimbabue, Namibia, Sudáfrica); luego, los países iberófonos (Guinea Ecuatorial, Cabo Verde); los países francófonos (Benín, Togo y, muy discutiblemente, Guinea Conakry y Gabón); y, finalmente, los países mixtos anglo-franceses del Océano Índico (Mauricio, Seychelles).

2.1. Amparo en países africanos anglófonos

El amparo aparece en Sierra Leona en 1978, en Zimbabwe en 1979, en Liberia en 1986, en Namibia en 1990, Ghana en 1992 y Sudáfrica en 1993.

Quizás el primer Estado africano en reconocer un procedimiento especial para la protección de los derechos humanos fue un país anglófono, *Sierra Leona*. En el artículo 18 de su Constitución de 1978, otorgó al Tribunal Supremo la jurisdicción original para juzgar las violaciones de los derechos fundamentales consagrados en

1 « Resolution 2: The Judicial Process: Access to courts, trial review, judicial remedies and the Ombudsman Reaffirms the resolutions of the United Nations Seminar held at Mexico (1961) stressing that amparo, habeas corpus, mandado de seguaranca and other means of defending human rights are enduring and essential juridical institutions for the survival of any civilized community (...) ». Cfr. « Conference of African Jurists on African Legal Process and the Individual: Addis Ababa, April, 1971 », *Journal of African Law*, Volume 15 / Issue 3 (1971), pp. 237-239 (p. 237).

dicha Constitución (artículos 6-17)[2]. Este amparo aún está presente en la Constitución de 1991 (Artículo 28), que sustituyó al texto de 1981 y sigue vigente.

Tras la caída del régimen de segregación racial y el reconocimiento de la independencia por parte del poderoso administrador de iure del territorio, el Reino Unido, se aprobó la Constitución de *Zimbabue* de 1979. Este texto presta especial atención a los derechos fundamentales, lo cual es lógico dada la historia del territorio. La Constitución de Zimbabue va más allá de la de Sierra Leona. El Artículo 24 de la Constitución establece el marco jurídico para fortalecer los derechos constitucionales y garantizar su aplicación[3]. En este sentido, la Sala de Apelaciones tiene jurisdicción originara para considerar demandas basadas en violaciones de derechos constitucionales. Si, en un caso presentado ante los tribunales de primera instancia, una de las partes plantea la cuestión de una violación de derechos fundamentales, el tribunal de primera instancia debe remitir el asunto al Tribunal de Apelaciones. El Tribunal de Apelaciones tiene la facultad de ordenar cualquier medida apropiada

---

2 « Article 18.*(1) Subject to the provision of subsection (6) of this Section if any person alleges that any of the provisions of Sections 6 to 17 (inclusive) has been, is being or will probably be contravened in relation to him, then, without prejudice to any other action with respect to the same matters which is lawfully available, that person may apply by motion to the High Court for redress.(2) The High Court shall have original jurisdiction –*

a) to hear and determine any applications made by any person in pursuance of subsection (1); (...) ».

3 «Article 24

(1) If any person alleges that the Declaration of Rights has been, is being or is likely to be contravened in relation to him (or, in the of case of a person who is detained, if any other person alleges such a contravention in relation to the detained person), then, without prejudice to any other action with respect to the same matter which is lawfully available, that person (or that other person) may, subject to the provisions of subsection (3), apply to the Appellate Division for redress.(2) If in any proceedings in the General Division or in any court subordinate to the General Division any question arises as to the contravention of the Declaration of Rights, the person presiding in that court may, and if so, requested by any party to the proceedings shall, refer the question to the Appellate Division unless, in his opinion, the raising of the question is merely frivolous or vexatious.(...) (4) The Appellate Division shall have original jurisdiction-

(a) to hear and determine any application made by any person pursuant to subsection (1) (...) and may make such orders, issue such writs and give such directions as it may consider appropriate for the purpose of enforcing or securing the enforcement of the Declaration of Rights

(...) (6) If in any proceedings it falls to be determined whether any law is in contravention of the Declaration of Rights, the Attorney-General shall be entitled to be heard by the court on that question and if in any such proceedings any law is determined by the court to be in contravention of the Declaration of Rights, then, whether or not he has exercised his right to be heard in those proceedings, the Attorney General shall have the Iike right with respect to an appeal from that determination as if he had been a party to the proceedings ».

para garantizar los derechos fundamentales. Sin embargo, existe otra característica sumamente interesante que recuerda vagamente al sistema español: si, en un caso de violación de derechos constitucionales, se determina que la fuente de la violación es una ley presuntamente inconstitucional, el fiscal tiene derecho a presentar sus alegaciones. En 1981, se modificó el artículo 24 de la Constitución para transferir la jurisdicción primaria del tribunal de apelación al Tribunal Supremo, en lugar del Tribunal de Apelación.

La Constitución de Zimbabwe de 2013 en su artículo 85 mantiene el amparo, pero define de forma diferente las particularidades del proceso de protección de los derechos humanos[4]. En primer lugar, elimina la jurisdicción original del Tribunal Supremo para este tipo de casos, que se delega en los tribunales ordinarios. Sin embargo, introduce una particularidad que parece inspirada en la Constitución de Seychelles de 1993 en cuanto a la capacidad de emprender acciones legales para la protección de los derechos fundamentales. Así, se ofrece protección judicial para contrarrestar incluso las amenazas, y no solo para reparar las violaciones efectivamente cometidas. Finalmente, la Constitución ordena practicar un mínimo de formalidades para estos procesos.

---

4 « Article 85. Enforcement of fundamental human rights and freedoms

1. Any of the following persons, namely--
   a. any person acting in their own interests;
   b. any person acting on behalf of another person who cannot act for themselves;
   c. any person acting as a member, or in the interests, of a group or class of persons;
   d. any person acting in the public interest;
   e. any association acting in the interests of its members;

   is entitled to approach a court, alleging that a fundamental right or freedom enshrined in this Chapter has been, is being or is likely to be infringed, and the court may grant appropriate relief, including a declaration of rights and an award of compensation.2. The fact that a person has contravened a law does not debar them from approaching a court for relief under subsection (1).3. The rules of every court must provide for the procedure to be followed in cases where relief is sought under subsection (1), and those rules must ensure that--
   a. the right to approach the court under subsection (1) is fully facilitated;
   b. formalities relating to the proceedings, including their commencement, are kept to a minimum;
   c. the court, while observing the rules of natural justice, is not unreasonably restricted by procedural technicalities; and
   d. a person with particular expertise may, with the leave of the court, appear as a friend of the court.4. The absence of rules referred to in subsection (3) does not limit the right to commence proceedings under subsection (1) and to have the case heard and determined by a court ».

Liberia es otro país anglófono que ofrece una garantía judicial especial para los derechos reconocidos en su Constitución. La Constitución de 1986, vigente desde el 6 de enero de 1986, establece un procedimiento especial para todas las demandas interpuestas contra el gobierno por violaciones de derechos constitucionales. Por lo tanto, el Tribunal de Reclamaciones tiene jurisdicción de primera instancia en todos estos casos. Las decisiones de este tribunal pueden apelarse directamente ante el Tribunal Supremo[5].

La Constitución de *Namibia*, aprobada tras su independencia en 1990, también prevé un procedimiento judicial especializado para la protección de los derechos fundamentales, que se limita a otorgar a los tribunales amplias facultades para aprobar todo tipo de medidas que se consideren necesarias para proteger al titular de los derechos, además de la facultad de ordenar una compensación económica a la víctima[6].

Ghana ha introducido un procedimiento judicial especializado para la protección de los derechos constitucionales. El artículo 33 de la Constitución de 1992 otorga a los ciudadanos cuyos derechos son violados un recurso directo ante un Tribunal Superior. Las decisiones de este tribunal pueden apelarse ante un Tribunal de Apelaciones y, en última instancia, pueden impugnarse ante el Tribunal Supremo[7].

---

5 « Where any person or any association alleges that any of the rights granted under this Constitution or any legislation or directives are constitutionally contravened, that person or association may invoke the privilege and benefit of court direction, order or writ, including a judgment of unconstitutionality; and anyone injured by an act of the Government or any person acting under its authority, whether in property, contract, tort or otherwise, shall have the right to bring suit for appropriate redress. All such suits brought against the Government shall originate in a Claims Court; appeals from judgment of the Claims Court shall lie directly to the Supreme Court ».

6 « Article 25 Enforcement of Fundamental Rights and Freedoms
(...) (2) Aggrieved persons who claim that a fundamental right or freedom guaranteed by this Constitution has been infringed or threatened shall be entitled to approach a competent Court to enforce or protect such a right or freedom, (...).(3) Subject to the provisions of this Constitution, the Court referred to in Sub-Article (2) hereof shall have the power to make all such orders as shall be necessary and appropriate to secure such applicants the enjoyment of the rights and freedoms conferred on them under the provisions of this Constitution, should the Court come to the conclusion that such rights or freedoms have been unlawfully denied or violated, or that grounds exist for the protection of such rights or freedoms by interdict.(4) The power of the Court shall include the power to award monetary compensation in respect of any damage suffered by the aggrieved persons in consequence of such unlawful denial or violation of their fundamental rights and freedoms, where it considers such an award to be appropriate in the circumstances of particular cases ».

7 « Article 33
(1) Where a person alleges that a provision of this Constitution on the fundamental human rights and

El artículo 7 de la Constitución de Transición de *Sudáfrica* de 1993 preveía un régimen especial para la protección judicial de los derechos fundamentales, que consistía en ampliar (al igual que la Constitución de Namibia) el número de personas que podían interponer dichos procedimientos ante un tribunal[8]. La Constitución de 1996, actualmente en vigor, mantiene este régimen especial en su artículo 38[9].

2.2. Amparo en los países africanos iberófonos

El amparo también aparece en dos países africanos iberófonos: Cabo Verde, de lengua portuguesa y Guinea Ecuatorial, de lengua española.

El primer país africano iberófono que estableció el amparo, incluso utilizando el término español ("amparo"), fue *Cabo Verde*, antigua colonia portuguesa. En

---

freedoms has been, or is being or is likely to be contravened in relation to him, then, without prejudice to any other action that is lawfully available, that person may apply to the High Court for redress.(2) The High Court may, under clause (1) of this article issue such direction or orders or writs including writs or orders in the nature of *habeas corpus*, certiorari, *mandamus*, prohibition, and *quo warranto* as it may consider appropriate for the purposes of enforcing or securing the enforcement of any of the provisions on the fundamental human rights and freedoms to the protection of which the person concerned is entitled.(3) A person aggrieved by a determination of the High Court may appeal to the Court of Appeal with the right of a further appeal to the Supreme Court ».

8 «Article 7. Application
(...)4) (a) When an infringement of or threat to any right entrenched in this Chapter is alleged, any person referred to in paragraph (b) shall be entitled to apply to a competent court of law for appropriate relief, which may include a declaration of rights. (b) The relief referred to in paragraph (a) may be sought by-
(i) a person acting in his or her own interest;
(ii) an association acting in the interest of its members;
(iii) a person acting on behalf of another person who is not in a position to seek such relief in his or her own name;
(iv) a person acting as a member of or in the interest of a group or class of persons; or
(v) a person acting in the public interest. ».

9 « Article 38. Enforcement of rights
Anyone listed in this section has the right to approach a competent court, alleging that a right in the Bill of Rights has been infringed or threatened, and the court may grant appropriate relief, including a declaration of rights. The persons who may approach a court are -
a. anyone acting in their own interest;
b. anyone acting on behalf of another person who cannot act in their own name;
c. anyone acting as a member of, or in the interest of, a group or class of persons;
d. anyone acting in the public interest; and
e. an association acting in the interest of its members ».

su primera Constitución de 1980, de orientación más socialista, esta garantía no existía. Sin embargo, en su segunda Constitución, la de 1992, entonces vigente y de inspiración liberal-democrática, el artículo 19.1 (renumerado como artículo 20.1 tras la reforma constitucional del 3 de mayo de 2010) introdujo el amparo como garantía de los derechos constitucionales[10].

Tras el golpe de Estado que derrocó al tirano Francisco Macías Nguema en 1979, *Guinea Ecuatorial*, país hispanohablante del África Central Occidental, adoptó la Constitución del 7 de septiembre de 1982 (conocida como la «Constitución de Akohibe»). El artículo 39 de esta Constitución prevé un modelo de amparo similar al mexicano[11]. Esta Constitución fue sustituida por la Constitución de 1991, que matiza el modelo y se acerca más al modelo español. Si bien menciona el derecho al corpus y al amparo (artículo 13.i), en esta ocasión la competencia para juzgar estos casos se asigna al Tribunal Constitucional (artículo 94.2.b). El modelo permanece inalterado en la Constitución del 16 de febrero de 2012, que sustituye a la Constitución de 1991-1995. Tras la reforma de 2011, el derecho al amparo sigue reconocido en el artículo 13.i, pero la competencia del Tribunal Constitucional se sitúa ahora en el artículo 101.2.b[12].

---

10 « A todos os cidadaos é reconhecido o direito de requerer ao Supremo Tribunal de Justica, através de recurso de amparo, a tutela dos seus direitos, liberdades e garantías fundamentais constitucionalmente reconhecidos, nos termos da lei e com observancia do disposto nas alíneas seguintes:

a) O recurso de amparo só pode ser interposto contra actos ou omissoes dos poderes públicos lesivos dos direitos, liberdades e garantías fundamentais, depois de esgotadas todas as vias de recurso ordinário;

b) O recurso de amparo pode ser requerido em simples peticao, tem carácter urgente e o seu processamento deverá ser ser baseado no princípio da sumariedade ».

11 « Se reconoce el derecho de amparo. Toda persona injuriada o cualquiera en su nombre, tiene derecho a interponer el recurso para que se le mantenga o restituya en el goce o disfrute de los derechos que esta Ley fundamental establece. Asimismo, puede interponer para que se le declare, en casos concretos, que una resolución, acto o hecho de autoridad, no obliga al recurrente ni es aplicable, por contravenir, disminuir o tergiversar cualquiera de los derechos constitucionales ».

12 « Artículo 13
Todo ciudadano goza de los siguientes derechos y libertades:
(...) i. Al derecho de corpus y de amparo. »
« Artículo 101
(...) 2. Compete al Tribunal Constitucional :

a. Conocer de los recursos de la institucionalidad de las leyes. b. Conocer los recursos de amparo contra las disposiciones y actos que violen los derechos y libertades reconocidos en la ley Fundamental ».

2.3. Amparo en los países africanos francófonos

Aunque el Derecho Constitucional de los países francófonos está muy influido por el de la antigua potencia colonial, Francia, que no tiene un "amparo" en su ordenamiento, dos Estados francófonos (Benín y Togo) han introducido el amparo. Más discutible es calificar de amparo ciertos procedimientos introducidos en Guinea Conakry y en Gabón.

Benín fue el primer Estado francófono en establecer un recurso ante el Tribunal Constitucional para la protección de los derechos fundamentales en su Constitución del 11 de diciembre de 1990. El artículo 114 establece que «*El Tribunal Constitucional es el tribunal supremo del Estado en materia constitucional*» y que «*juzgará la constitucionalidad de la ley y garantizará los derechos humanos fundamentales y las libertades públicas*». El artículo 120 de la Ley Fundamental establece un plazo especial para dictar sentencia en esta materia:

> El Tribunal Constitucional debe resolver dentro de los quince días siguientes a la recepción de un texto legislativo o una queja que alegue una violación de los derechos humanos y las libertades públicas. No obstante, a petición del Gobierno, en casos de urgencia, este plazo se reducirá a ocho días. En este caso, la remisión al Tribunal Constitucional suspende el plazo para la promulgación de la ley.

Los recursos de amparo en Benín han tenido un éxito relativo: cuantitativamente, estos recursos de amparo son la fuente de la mayoría de las decisiones en materia de derechos humanos, pero desde su creación en 1993, el Tribunal Constitucional ha reconocido sistemáticamente que las quejas pueden referirse a cualquier acto o hecho[13]. Si bien en sus inicios, el Tribunal emitió sentencias con efecto únicamente declaratorio, desde 2002 también exige una indemnización, aunque no fija la cuantía. Sin embargo, el juez constitucional no tiene la facultad de revocar las sentencias y resoluciones de los tribunales ordinarios[14].

Togo, poco después de Benín, se convirtió en el segundo Estado francófono en establecer un recurso ante el Tribunal Constitucional para la protección de los derechos fundamentales. Su Constitución del 14 de octubre de 1992 declaró en

13 Dario DEGBOE, « Les vicissitudes de la protection des droits et libertés par la Cour constitutionnelle du Bénin », *Les Annales de droit* [En ligne], 10 (2016), p. 124. Consulté le 16 mars 2022. URL : http://journals.openedition.org/add/336 ; DOI : 10.4000/add.336.

14 DEBOE, *op. cit.*, p. 125, 130.

su artículo 99 que el Tribunal Constitucional «*garantiza los derechos fundamentales de la persona humana y las libertades públicas*». Esta norma suprema no preveía un procedimiento específico para el ejercicio de esta jurisdicción. Habrá que esperar a la reforma constitucional de 2019 para encontrar una disposición más precisa al respecto[15]. El octavo párrafo del artículo 104, en su nueva redacción, establece que «*Una ley orgánica determinará las demás autoridades y personas jurídicas que podrán remitir asuntos al Tribunal Constitucional en materia de protección de los derechos fundamentales*». Sin embargo, esta ley orgánica aún no ha sido aprobada.

Guinea (Conakry) es el segundo país francófono que ha encomendado a su Tribunal Constitucional la misión de proteger los derechos fundamentales, pero esto se ha hecho de forma muy matizada, dista mucho de ser un verdadero amparo. Este órgano se introdujo en el sistema político guineano en su Constitución del 7 de mayo de 2010, redactada tras el Acuerdo de Uagadugú, cuyo objetivo era democratizar el país. El artículo 93 (segundo párrafo) establece que el Tribunal Constitucional «*garantiza el ejercicio de los derechos humanos fundamentales y las libertades públicas*». Sin embargo, en lo que respecta a la implementación de esta garantía, el artículo 96 establece que «*El Tribunal Constitucional es el juez de las violaciones de los derechos fundamentales y las libertades públicas cometidas por las autoridades públicas, los agentes del Estado y los ciudadanos. Podrá remitir su caso a la Institución Nacional de Derechos Humanos*». Esto significa que los ciudadanos no pueden remitir sus derechos al Tribunal Constitucional, y solo la Institución Nacional de Derechos Humanos puede hacerlo. La Ley Orgánica L/2011/06/CNT, de 10 de marzo de 2011, sobre la organización y el funcionamiento del Tribunal Constitucional, preveía el carácter contradictorio del procedimiento en materia electoral, las violaciones de los derechos y libertades fundamentales y la potestad reguladora de los órganos estatales, pero en cualquier caso prohibía la remisión directa por parte de las personas afectadas por violaciones de sus derechos.

La Constitución guineana de 2010 fue derogada por la Constitución del 6 de abril de 2020, que mantuvo la existencia del Tribunal Constitucional. El nuevo texto continúa considerando el papel de este órgano en materia de derechos humanos. El artículo 103 establece que «*El Tribunal Constitucional es la jurisdicción competente en materia constitucional, electoral y de derechos y libertades fundamentales. (...) Garantiza el ejercicio de los derechos humanos fundamentales y las libertades públicas*».

15 15 mai-Loi N.º 2019-003 portant modification des dispositions des articles 13, 52, 54, 55, 59, 60, 65, 75, 94, 100, 101, 104, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 115, 116, 117, 120, 125, 127, 128, 141, 145, 155 et 158 de la Constitution du 14 octobre 1992

La Constitución tuvo una corta vigencia debido a su suspensión durante el golpe de Estado de septiembre de 2021.

Finalmente, *Gabón* instituyó, con la reforma constitucional de 2018[16], un procedimiento similar a la «Cuestión Prioritaria de Constitucionalidad» francesa. La reforma reformuló el artículo 86. Ahora, «*cualquier litigante puede, durante un juicio ante un tribunal ordinario, plantear una excepción de inconstitucionalidad contra una ley u ordenanza que viole sus derechos fundamentales*». Sin embargo, es el juez de primera instancia quien «remite el asunto al Tribunal Constitucional mediante una cuestión prejudicial». Sin embargo, una persona no puede remitir el asunto al Tribunal Constitucional; Corresponde al juez decidir si remite el asunto a dicho Tribunal.

2.4. Países anglofrancófonos del Océano Índico

La presencia del amparo también se puede detectar en dos Estados africanos situados en el Océano Índico y que son anglo-francófonos: Mauricio y Seychelles.

La Constitución de *Mauricio*, del 12 de marzo de 1968, es quizás la primera en África en establecer un procedimiento judicial especial para la protección de los derechos fundamentales. El artículo 17, párrafo 1, establece que toda persona que alegue que alguna de las disposiciones que contienen derechos constitucionales *"ha sido, está siendo o es probable que sea violada en su contra, podrá, independientemente de cualquier otro recurso legalmente disponible, recurrir al Tribunal Supremo para hacer valer sus derechos*". Como se indica en el párrafo 2 del mismo artículo, el Tribunal Supremo "*podrá dictar los mandatos y órdenes que considere apropiados para hacer valer o garantizar el cumplimiento*" de los derechos constitucionales[17]. Aquí encontramos tres elementos especiales: primero, la competencia original del Tribunal Supremo para examinar denuncias sobre violaciones de derechos fundamentales; segundo, la posibilidad de interponer denuncias contra amenazas a los derechos

16 Loi N.º 001/2018 du 12 janvier 2018 portant révision de la Constitution de la République Gabonaise.

17 « Article 17. Enforcement of protective provisions
(1) Where any person alleges that any of sections 3 to 16 has been, is being or is likely to be contravened in relation to him, then, without prejudice to any other action with respect to the same matter that is lawfully available, that person may apply to the Supreme Court for redress.
(2) The Supreme Court shall have original jurisdiction to hear and determine any application made by any person in pursuance of subsection (1), and may make such orders, issue such writs and give such directions as it may consider appropriate for the purpose of enforcing, or securing the enforcement of, any of sections 3 to 6 to the protection of which the person concerned is entitled (...) ».

constitucionales, y no solo para reparar violaciones ya cometidas; y, finalmente, las amplias facultades del Tribunal para hacer valer los derechos.

La Constitución de *Seychelles*, del 8 de junio de 1993, establece una garantía judicial especial para los derechos reconocidos en su texto, lo que muestra cierta influencia de la Constitución de Zimbabue de 1979. El artículo 46, párrafo 1, de la Constitución establece que «*Toda persona que alegue haber sido o pueda llegar a ser víctima de una violación de la Carta por razón de una norma jurídica, un acto o una omisión podrá, con sujeción a las demás disposiciones de este artículo, solicitar reparación al Tribunal Constitucional*»[18]. El amparo de Seychelles, que funciona eficazmente, presenta varias particularidades que merecen atención. En primer lugar, nos encontramos ante el amparo con la más amplia capacidad de interponer un recurso, ya que «*si el Tribunal Constitucional considera que la víctima no puede hacerlo por sí misma, podrá interponerlo un tercero en nombre de la víctima, con o sin su autorización*» (artículo 46.2). El recurso de amparo puede interponerse directamente ante el Tribunal Constitucional[19], pero «*si considera que existen otros recursos satisfactorios a disposición del solicitante ante otro tribunal con arreglo a otra norma jurídica, podrá decidir examinarlo o remitirlo al tribunal competente*» (artículo 46.4); sin embargo, si el solicitante ha presentado su recurso ante un tribunal distinto del Tribunal Constitucional y, durante cualquier caso, este otro tribunal debe decidir si considera que se ha producido —o es probable que se produzca— una vulneración de la Carta de Derechos, el tribunal «*levantará inmediatamente la sesión y devolverá el asunto al Tribunal Constitucional*», si considera que no es frívolo ni vejatorio y no ha sido ya objeto de una decisión del Tribunal Constitucional o del Tribunal de Apelación (artículo 46.7). Esto significa que el Tribunal Constitucional siempre tiene la última palabra en materia de derechos fundamentales.

El artículo 46.5 de la Constitución faculta al Tribunal Constitucional para adoptar diversas medidas si considera que se ha vulnerado un derecho fundamental. En primer lugar, puede declarar que el presunto acto u omisión es contrario a la Carta de Derechos. En segundo lugar, puede declarar nula una norma jurídica o cualquier disposición contraria a la Carta. En segundo lugar, el Tribunal puede conceder una indemnización por daños y perjuicios a la víctima. Finalmente, la

18 Debemos comprender la Carta de Derechos y Libertades de Seychelles (artículos 15 a 39 de la Constitución).

19 En Seychelles, el Tribunal Constitucional significa el Tribunal Supremo que actúa en asuntos relacionados con la aplicación, violación o interpretación de la Constitución (artículo 129 de la Constitución).

Constitución le otorga facultades discrecionales para hacer las declaraciones, emitir las órdenes, conceder los recursos y dar las instrucciones que considere pertinentes para dar efecto a la Carta y para la resolución de todas las cuestiones derivadas de la solicitud, así como para dictar las demás órdenes previstas por esta Constitución o por la ley.

3. AMPARO EN EL DERECHO INTERNACIONAL AFRICANO DE LOS DERECHOS HUMANOS.

3.1. El reconocimiento progresivo de los derechos humanos a nivel Africano

África se incorporó después de América y Europa al Derecho Internacional de los derechos humanos. De hecho, los documentos fundacionales de las organizaciones regionales americanas y europeas ya muestran una mayor atención a los derechos humanos que la Carta de la Organización para la Unidad Africana de 1963.

Varias razones explican este retraso. Algunas son culturales, otras circunstanciales. Desde una perspectiva cultural, algunos han enfatizado que la concepción tradicional africana del hombre no es individualista, lo cual no encaja bien con la concepción occidental de los derechos humanos[20], aunque otros autores han argumentado lo contrario. A esto se suman varias circunstancias históricas. En primer lugar, cuando se aprobaron la Carta de la Organización de los Estados Americanos (30 de abril de 1948) y el Estatuto del Consejo de Europa (5 de mayo de 1950), la gran mayoría de los países africanos estaban colonizados. En segundo lugar, desde su fundación, las primeras décadas de la OUA se dedicaron a la erradicación del colonialismo y a la lucha contra el subdesarrollo económico y social. La indiferencia de la Carta de la OUA hacia los derechos humanos fue subsanada por el Acta Constitutiva de la Unión Africana, adoptada en Lomé, Togo, el 11 de julio de 2000, que entró en vigor el 9 de julio de 2001. Así, el Acta Constitutiva establece, en su preámbulo, que los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros están «*resueltos a promover y proteger los derechos humanos y de los pueblos*»[21].

En *América* la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), de 1948, en su preámbulo, proclama que los Estados americanos «*convencidos de que el verdadero sentido de la solidaridad y la buena vecindad americanas solo puede*

20 Keba MBAYE, *Les droits de l'homme en Afrique*, Pêdone, Paris, 1992, p. 163.

21 Rafaâ BEN ACHOUR, « Les protocoles normatifs à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », *Annuaire africain des droits de l'homme* n. 4 (2020), p. 83-98 (p. 84-85).

concebirse consolidando en este hemisferio, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y justicia social basado en el respeto de los derechos humanos fundamentales». En este contexto, según el artículo 5.j "*Los Estados americanos reafirman los siguientes principios (...) los derechos fundamentales de la persona humana sin distinción alguna de raza, nacionalidad, religión o sexo*" y el artículo 13 establece que "*el Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal*".

En *Europa* el Estatuto del Consejo de Europa de 1949, su Preámbulo proclama que los Estados signatarios están «*inquebrantablemente apegados a los valores espirituales y morales que constituyen el patrimonio común de sus pueblos y que están en el origen de los principios de libertad individual, libertad política y Estado de derecho, sobre los que se fundamenta toda democracia genuina*». El Artículo 3 reitera que «*cada miembro del Consejo de Europa reconoce el principio del Estado de derecho y el principio de que toda persona bajo su jurisdicción gozará de los derechos humanos y las libertades fundamentales*». De hecho, el Artículo 1 especifica que el propósito de la organización se perseguirá «*mediante la salvaguardia y el desarrollo de los derechos humanos y las libertades fundamentales*».

En *África*, la Carta de la Organización para la Unidad Africana (OUA), de 1963, también contiene referencias a los derechos humanos, pero les otorga menos peso que la Carta de la OEA y el Estatuto del Consejo de Europa. El Preámbulo de la Carta de la OUA establece que los Estados fundadores están «*convencidos de que la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, a cuyos principios reafirmamos nuestra adhesión, constituyen una base sólida para una cooperación pacífica y fructífera entre nuestros Estados*», y el Artículo II.1.e afirma que entre los objetivos de la Organización se encuentra «*promover la cooperación internacional, con el debido respeto a la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos*». De hecho, si en la misma fecha de aprobación de la Carta de la OEA, esta organización proclamó la «Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre» (transformada 21 años después en la «Convención Americana sobre Derechos Humanos») y un año y medio después el Consejo de Europa aprobó la «Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales», la OUA no aprobaría su declaración de derechos hasta 17 años después de su adopción, el 27 de junio de 1981 en Nairobi por la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno: la «Carta Africana de Derechos

Humanos y de los Pueblos»[22], en vigor desde el 21 de octubre de 1986. A pesar de las Convenciones Europea (1950) y Americana (1969) previas, la Carta Africana crea, dentro de la Organización de la Unidad Africana, una Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, encargada de promover los derechos humanos y de los pueblos y garantizar su protección en África. (Artículos 30-63), pero a diferencia de las convenciones europea y estadounidense, no prevé ningún tribunal que garantice los derechos que proclama: se necesitarán otros 17 años para establecer dicho tribunal.

Cabe destacar que del total de Estados africanos miembros de la Unión Africana (55) todos han ratificado la Carta de derechos humanos, con la excepción de Marruecos. Dado que Marruecos ocupa la mayor parte del Sáhara Occidental, un Territorio No Autónomo (colonia) según las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, es probable que esta negativa se deba a un esfuerzo por evitar una nueva fuente de presión para descolonizar el territorio, lo que aumentaría la resistencia de Marruecos a cumplir con las resoluciones pertinentes de la ONU relativas al Sáhara Occidental.

La Carta no pretende ser un instrumento definitivo. Así, el Artículo 60 dispone que «*protocolos o acuerdos específicos podrán, de ser necesario, complementar las disposiciones de la presente Carta*». Se han adoptado varios protocolos al respecto. La Carta se complementará con cuatro protocolos: tres protocolos sustantivos para ampliar los derechos incluidos en su ámbito de protección, y otro protocolo institucional, que establece la creación de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

3.2. La Corte Africana de derechos humanos y la difícil aceptación de la capacidad de demandar de las personas

Si bien se ha señalado que la ausencia de una corte de derechos humanos podría explicarse por la reticencia del pensamiento africano tradicional a resolver conflictos mediante tribunales, prefiriendo sistemas de conciliación[23], la idea de una corte dentro del sistema africano no es nueva. Un Congreso convocado por iniciativa de la Comisión Internacional de Juristas en enero de 1961 respaldó la posibilidad de crear dicha corte; sin embargo, esta iniciativa fue rechazada por los

22 *United Nations Treaty Series*, vol. 1520, I-26363, p. 268-281 (OAU Doc. CAB/LEG/67/3).

23 MBAYE, *op. cit.*, p. 164.

Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA, quienes, celosos de su (aparente) soberanía, se resistieron a someterse a las decisiones de una corte regional[24].

Relegada a un segundo plano entre las preocupaciones de los gobiernos africanos, la idea resurgió durante los trabajos preparatorios para la adopción de una Carta africana de derechos humanos, en el contexto de un debate recurrente entre quienes favorecían la creación de una corte y quienes se oponían firmemente a ella. En esta ocasión, la oposición al proyecto se basó en la idea de que la justicia africana tradicional es esencialmente conciliadora[25]. Tras la adopción de la Carta Africana de Derechos Humanos, se necesitarían aún 17 años para el establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos. El "Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos"[26], adoptado en la 34.ª Sesión Ordinaria de la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA, reunida en Uagadugú (Burkina Faso) del 8 al 10 de junio de 1998 (sesión en la cual treinta Estados miembros ya lo firmaron), establece un modelo más cercano a la Corte Americana de Derechos Humanos que al Tribunal Europeo[27]. El protocolo entró en vigor el 25 de enero de 2004, tras ser ratificado por más de 15 países, pero no fue hasta 2009 que la Corte emitió su primera sentencia (una decisión de incompetencia), debido a problemas con la ubicación de la sede, con la instalación del

24 Laurence Burgorgue-Larsen, *Les 3 Cours regionales des droits de l'homme in context. La justice qui n'allait pas de soi*, Pedone, Paris, 2020, p. 36-42.

25 Fatsah Ouguergouz, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples - une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité : une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité* (en ligne), Graduate Institute, Genève, 1993 (consulté, 16 mars 2022; disponible à l'adresse: http://books.openedition.org/iheid/2184); Olivier Degas et Eugene Ntaganda, « La création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: mécanisme efficace de protection des droits de l'homme? », *Revue québécoise de droit international,* vol. 12.2 (1999), p. 99-124 (p. 101-102).

26 OAU Doc. OAU/LEG/EXP/AFCHPR/PROT (III)

27 Degast Et Ntaganda, *op. cit.*, p. 109-110.

tribunal y con la elaboración de su reglamento interno[28]. Recién en 2013 la Corte Africana emitirá su primera sentencia sobre el fondo del asunto[29].

En 2014, se expresó la opinión de que la Corte Africana era un tribunal "nacido muerto", "libertad condicional" o "transitorio", ya que la Ley de la Unión Africana prevé el establecimiento de una "Corte de Justicia" separada de la "Corte Africana de Derechos Humanos", lo que significa que la primera (ya establecida) tendría que fusionarse con la segunda (tras su creación)[30], lo que plantearía un problema adicional para determinar la sede de la Corte fusionada[31]. Sin embargo, estamos en 2025, y la Corte Africana sigue existiendo a pesar de todas las dificultades.

Existe un debate sobre este tema en torno a la cuestión de si la Corte Africana de Derechos Humanos debería formar parte de la UA. En primer lugar, cabe señalar que, a diferencia de lo ocurrido con la Comisión Africana, el Parlamento Panafricano o la Corte de Justicia (esta última prevista en el Acta Constitutiva de la UA, pero aún no establecida), la Corte Africana de Derechos Humanos no se menciona en el Acta de la UA[32]. Para Khamis, se trata más bien de un órgano de

28 Stéphane Doumbé-Billé, «La juridictionnalisation des droits de l'homme en Afrique: much ado about nothing», *L'homme dans la société internationale, Mélanges en l'honneur du professeur Paul Tavernier* sous la coordination de J.F. Akandji Kombe, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 693-706 (p. 699). Resulta sorprendente leer que Hennebel y Tigroudja, en su monumental obra, afirman, por un lado, que la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno suspendió la aplicación del protocolo que establece la Corte Africana de Derechos Humanos (p. 94), pero, por otro lado, que el protocolo entró en vigor el 25 de enero de 2004 (p. 397) y que la Corte Africana emitió su primera sentencia en 2009 (pp. 434-435). Cfr. Ludovic HENNEBEL et Hélène Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l'homme*, Pedone, Paris, 2019, 2ème édition).

29 Alain Didier Olinga, « La première décision au fond de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Arrêt du 14 juin 2013 sur les affaires jointes Tangayika Law Society & The Legal and Human Rights Centre c. Tanzanie et Révérend Christopher R. Mtikila c. Tanzanie) », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne] 6 (2014), Online since 16 November 2014, consulté le 15 mars 2022. URL : http://journals.openedition.org/revdh/953

30 Abdou-Khadre Diop, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ou le miroir stendhalien du système africain de protection des droits de l'homme », *Les Cahiers de droit*, 55(2) (2014), p. 529–555 (p. 532).

31 Décision sur les lieux d'établissement des sièges des intitutions de l'Union africaine, Assembly/AU/Dec. 45 (III) Rev. 1.

32 Sybil Sakle Thompson, « The African Human Rights System: Comparison, Context, and Opportunities for Future Growth », dans Michael Wodzicki (ed.), *The Fight for Human Rights in Africa Perspectives on the African Commission on Human and Peoples' Rights*, Rights and Democracy, Montréal, 2008, p. 31-44 (p. 42).

un tratado de la organización africana, "que es el Protocolo de Uagadugú"[33]. Sin embargo, para Ouguergouz, es evidente que la Corte opera en el marco de la UA[34]. No obstante, la Corte Africana ha sido objeto de un protocolo de fusión —que aún no ha sido ratificado— con la Corte de Justicia, para formar una única Corte, a saber, la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Según el artículo 5 del Protocolo, la Corte Africana puede ser interpuesta ante la Comisión Africana de Derechos Humanos, un Estado Parte que haya interpuesto previamente un caso ante la Comisión, el Estado Parte contra el que se haya presentado una denuncia, el Estado Parte cuyo nacional sea víctima de una violación de derechos humanos, o las organizaciones intergubernamentales africanas. Esta redacción impide que los ciudadanos de los Estados Parte interpongan un recurso ante la Corte a menos que el Estado Parte lo autorice explícitamente. En efecto, según el párrafo 3 del artículo 5, «*La Corte podrá permitir que tanto particulares como organizaciones no gubernamentales (ONG) con estatus de observador ante la Comisión presenten demandas directamente ante ella*» si el Estado emite una declaración de acuerdo con el artículo 34(6) del Protocolo. Por lo tanto, el Estado demandado debe consentir expresamente el acceso directo de la persona a la Corte mediante una declaración facultativa de aceptación de la jurisdicción obligatoria. Según Ouguergouz, es evidente que esta solución demuestra la extrema prudencia de los redactores del protocolo, ya que la mentalidad política imperante en aquel momento en el continente africano no permitía la adopción de una fórmula más liberal. La creación de la Corte probablemente se produjo a este precio[35]. Pero también es cierto que, como señaló Hoeffner, el Protocolo ofrece una fórmula más avanzada que las convenciones americana y europea en materia de acceso de la persona a los tribunales para la protección de los derechos humanos, ya que no exige que el solicitante sea «víctima» de la violación denunciada[36].

33 Mostafa Khamis, *La Cour africaine des droits de l'homme : Quelles restrictions à l'accès à la justice ?*, Mémoire en vue de l'obtention du L.L.M., Faculté de droit, Université de Montréal, 2018, p. 21.

34 Fatsah Ouguergouz, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples - Gros plan sur le premier organe judiciaire africain à vocation continentale », *Annuaire français de droit international*, volume 52 (2006), pp. 213-240; (p. 218).

35 Ouguergouz, *op. cit.*, p. 228.

36 Werner Hoeffner, « L'accès de l'individu a la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *Revista Jurídic*a vol. 02, N.º 43 (2016), pp. 825-883 (p. 830-831).

Desde 1998, doce Estados africanos[37] han formulado la declaración que permite que personas particulares puedan presentar demandas ante la Corte, aunque cinco de ellos la han retirado desde entonces[38]. Si bien la revocación de la autorización es un acto unilateral, sigue sujeta a ciertos límites que garantizan la seguridad jurídica de los demandantes[39]. Así pues, siete Estados aún reconocen la capacidad de sus nacionales para presentar demandas ante la Corte Africana (Burkina Faso, Malawi, Malí, Ghana, Gambia, Níger y Guinea Bissau).

La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos emitió su primera decisión en 2009 y, desde entonces, hasta julio de 2025, ha emitido 276 sentencias y 179 autos, la mayoría de las cuales se derivan de demandas individuales. Cabe destacar una característica muy notable de las sentencias de la Corte y es que gozan expresamente de fuerza ejecutiva, según el texto del Artículo 30 del Protocolo[40].

3.3. Un amparo internacional regional vigente (la Corte de la CEDEAO) y otro aún pendiente (la Corte de África Oriental).

La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no es la única institución donde se ha desarrollado el amparo a nivel internacional africano. Existe una institución donde también existe el amparo con cierto éxito, el Tribunal de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO), y otra que aún espera ver si la posibilidad, ya abierta, de tener jurisdicción sobre violaciones de derechos humanos (el Tribunal de África Oriental) se materializará algún día. Evitaremos mencionar al Tribunal de la Comunidad de Desarrollo de África Meridional (SADC), ya que se disolvió en 2012 tras las consecuencias de un fallo de 2008 que dictaminó que Zimbabue había violado ciertos derechos humanos

37 En orden cronológico de declaraciones que aceptan la remisión individual: Burkina Faso (14 de julio de 1998), Malawi (9 de septiembre de 2008), Malí (5 de febrero de 2010), Tanzania (9 de marzo de 2010), Ghana (9 de febrero de 2011), Ruanda (22 de enero de 2013), Costa de Marfil (19 de junio de 2013), Benín (22 de mayo de 2014), Túnez (13 de abril de 2017), Gambia (23 de octubre de 2018), Guinea Bissau (14 de octubre de 2021) y Níger (28 de octubre de 2021).

38 Por orden cronológico: Ruanda (24 de febrero de 2016), Tanzania (14 de noviembre de 2019), Benín (24 de marzo de 2020), Costa de Marfil (28 de abril de 2020), Túnez (7 de marzo de 2025).

39 Cour AfDHP, *Ingabire Victoire Umuhoza c. République du Rwanda*, requête N.º 003/2014, arrêt sur la compétence du 3 juin 2016, §§ 60-61.

40 «Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a cumplir las decisiones que dicte la Corte en cualquier controversia en que estén involucrados y a asegurar su ejecución dentro del plazo que la Corte fije».

y el principio del Estado de derecho[41]. En 2014, se estableció un nuevo tribunal, excluyendo el acceso individual a la Corte.

3.3.1. Amparo internacional regional efectivo: el Tribunal de la CEDEAO

La primera versión del Tratado de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO), celebrado en Lagos el 28 de mayo de 1975[42], no contenía ninguna referencia a los derechos humanos, siendo la Comunidad de naturaleza claramente económica. La arquitectura institucional de la CEDEAO preveía un Tribunal Comunitario (Artículos 4.1.d y 11). La creación de este Tribunal tardaría 16 años con la firma de un nuevo tratado, publicado en el Diario Oficial de la CEDEAO: el Protocolo relativo al Tribunal de Justicia de la Comunidad, firmado en Abuya el 6 de julio de 1991 y que entró en vigor el 5 de noviembre de 1996[43]. Sin embargo, dado que los derechos humanos no estaban contemplados en el Tratado, el Tribunal carecía de jurisdicción sobre ellos.

Sin embargo, el Tratado Revisado de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO), firmado en Cotonú el 24 de julio de 1993[44], incorpora los derechos humanos en su contenido. En su preámbulo, los firmantes afirman tener presente la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Las Altas Partes Contratantes, en pos de los objetivos establecidos en el tratado revisado, afirman y declaran solemnemente su adhesión a ciertos principios fundamentales, entre ellos el respeto, la promoción y la protección de los derechos humanos y de los pueblos, de conformidad con las disposiciones de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 4.g del tratado revisado). Esta declaración se reitera al recordar que los Estados miembros signatarios de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos convienen en cooperar para garantizar el logro de los objetivos de dichos Acuerdos (artículo 56.2 del tratado revisado).

La inclusión de los derechos humanos como uno de los objetivos y principios fundamentales de la CEDEAO no fue resultado de la presión de la Corte, como en el caso de la Comunidad Europea, sino del activismo doctrinal y la práctica de

41 *Mike Campbell (Pvt) Ltd and 78 Others versus the Republic of Zimbabwe* [2008] SADCT 2. Voir: *Mike Campbell (Pvt) Ltd and 78 Others versus the Republic of Zimbabwe* [2008] SADCT 2. Voir :http://www.saflii.org/sa/cases/SADCT/2008/2.pdf

42 *United Nations Treaty Series* vol. 1010, I-14843, 1976, p. 41-66.

43 Protocole A/P1/7/91 relatif à la Cour de Justice de la Communauté.

44 *United Nations Treaty Series* vol. 2373, I-42835, 1993, p. 41-80.

las organizaciones internacionales de derechos humanos[45]. Esta inclusión condujo a una redefinición de la jurisdicción de la Corte de la CEDEAO. Esto se logró mediante un nuevo protocolo que modificó el anterior de 1991 y que entró en vigor provisionalmente el 19 de enero de 2005, fecha de su firma en Accra[46]. Dentro de este nuevo marco regulatorio, la Corte de la CEDEAO tuvo la oportunidad de convertirse en un tribunal internacional de derechos humanos.

La transformación de la Corte de la CEDEAO en un tribunal internacional de derechos humanos se produjo en dos etapas.

En primer lugar, el artículo 3 del Protocolo de 2005 sustituye al artículo 9 del Protocolo de 1991 sobre el Tribunal de Justicia de la Comunidad y, con la nueva redacción, el apartado 4 del artículo 9 establece que «*La Corte será competente para conocer de los casos de violación de los derechos humanos en cualquier Estado miembro*». Se ha señalado que, por la naturaleza y los efectos de sus decisiones, el Tribunal de Justicia parece ser un auténtico recurso de apelación, incluso un Tribunal de Casación. Sin embargo, ni el Protocolo ni el propio Tribunal exigen el agotamiento de los recursos internos para remitir un asunto al Tribunal de la CEDEAO; es subsidiario, en el sentido de que es la incapacidad de los tribunales nacionales, una vez probada, lo que le autoriza —e incluso le obliga— a intervenir, limitando su acción únicamente a las necesidades del litigio de derechos fundamentales[47].

A continuación, el Artículo 4 del Protocolo de 2005 sustituye al Artículo 10 del Protocolo de 1991 para establecer que cualquier persona que sea víctima de violaciones de los derechos humanos podrá recurrir ante la Corte. El nuevo Artículo 10.d especifica los requisitos para las solicitudes de denuncia de estas violaciones: la solicitud (i) no debe ser anónima; y (ii) no debe presentarse ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea cuando ya se haya presentado ante otro tribunal internacional competente. El Protocolo de 2005 añade una norma de especial importancia a este respecto: «*Las sentencias de la Corte que imponen una obligación pecuniaria a particulares o Estados constituyen un título ejecutivo*» (nuevo Artículo 24). El Tribunal de la CEDEAO ha dictaminado que la Carta Africana de Dere-

45 Bachirou Amadou Adamou, *Le constitutionnalisme à l'épreuve de l'intégration dans l'espace CEDEAO : contribution à l'étude de la protection des droits fondamentaux depuis l'"ouverture démocratique " en Afrique*, thèse doctoral, Université de Toulon / Université Abdou Moumouni, 2018, p. 36.

46 Protocole additionnel A/SP.1/01/05 portant amendement du Préambule, des articles 1er, 2, 9, 22 et 30 du Protocole A/P1/7/91 relatif à la Cour de Justice de la Communauté, ainsi que de l'article 4 paragraphe 1 de la version anglaise dudit Protocole.

47 Amadou Adamou, *op. cit.*, p. 159.

chos Humanos y de los Pueblos se ha incorporado al acervo de la CEDEAO, y, sin embargo, puede pronunciarse sobre las violaciones de los derechos contenidos en dicha Carta[48].

Es importante advertir que el 29 de enero de 2025, Burkina Faso, Níger y Malí dejaron oficialmente de ser miembros de la CEDEAO que pasó de 15 a 12 Estados miembros. Los tres países conocieron golpes de Estado y tienen serios problemas de seguridad por causa de grupos terroristas.

3.3.2. Un amparo internacional regional pendiente: el Tribunal de África Oriental

Además del amparo ante el Tribunal de la CEDEAO, otra posibilidad, abierta pero aún no materializada, es el Tribunal de la Comunidad de África Oriental (CAO). El Tratado constitutivo de la Comunidad de África Oriental, firmado en Arusha (Tanzania) el 30 de noviembre de 1999[49], considera el respeto de los derechos humanos como uno de los principios fundamentales de la Comunidad (artículo 6.d). Este respeto es un requisito para cualquier Estado que desee solicitar su adhesión a la Comunidad (artículo 3.3), así como una obligación para los Estados que ya son miembros (artículo 7.2).

El Tribunal establecido para garantizar el cumplimiento del Tratado tendría jurisdicción, y cualquier persona residente en un Estado miembro podría solicitarle que se pronuncie sobre la legalidad de cualquier acto, reglamento, directiva, decisión o acción de un Estado miembro o de una institución de la Comunidad, alegando su ilegalidad o su violación de las disposiciones del Tratado (artículo 30). Sería lógico, por lo tanto, que las personas pudieran solicitar al Tribunal que este también decidiera sobre violaciones de los derechos humanos, que constituyen uno de los principios fundamentales de la Comunidad. De hecho, el Tribunal ha resuelto algunos casos considerando el respeto a los derechos humanos. Para el Tribunal, los derechos humanos son uno de los diversos criterios normativos para determinar la conformidad de un caso con el Tratado, pero el asunto controvertido no puede ser una violación de los derechos humanos en sentido estricto[50]. No obstante, el

48 Una sentencia que expresa claramente esta doctrina es la dictada en el caso de Jerry Ugokwe c. Nigeria, de 7 de octubre de 2005, reproducida en *Community Court of Justice of ECOWAS Law Report (2004-2009)*, Abuja, CCJ-ECOWAS, 2011, pp. 37-53.

49 *United Nations Treaty Series*, vol. 2144, I-37437, págs. 255-327 (inglés, texto auténtico) y 328-399 (francés).

50 Ally POSSI, « The East African Court of Justice: Towards Effective Protection of Human Rights in

artículo 27.2 establece que, en materia de derechos humanos, solo el Consejo de la Comunidad, "*en una fecha apropiada*", podrá decidir atribuir competencia al Tribunal sobre la materia. A tal efecto, los Estados miembros "*deberán celebrar un protocolo*" para hacer efectiva esta competencia.

En 2009, se propuso ampliar la jurisdicción de la Corte a casos de derechos humanos, pero los Estados miembros la rechazaron, argumentando que ya eran signatarios del Protocolo de 1998 por el que se establece la Corte Africana de Derechos Humanos[51], con sede en Arusha (Tanzania), donde también se encuentra la Corte de la Comunidad de África Oriental. Posteriormente, en 2011, el Parlamento de la Comunidad de África Oriental debatió un proyecto de ley comunitario sobre la Declaración de Derechos Humanos y de los Pueblos de la Comunidad de África Oriental[52]. El artículo 49 del proyecto de ley establece que la Corte de África Oriental tendrá jurisdicción sobre las violaciones de derechos humanos y que los Estados de la Comunidad deberán promulgar legislación nacional para que los tribunales nacionales tengan jurisdicción sobre las violaciones de derechos humanos reconocidas en esta ley comunitaria. De esta manera, esta ley obligó a los Estados miembros de la Comunidad a interponer el recurso de amparo a nivel nacional[53]. En cualquier caso, a la fecha (julio de 2025), la Comunidad de África

---

the East African Community », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 17, 2013, p. 173-195 (p. 184-185); Emmanuel ELAU, Human Rights in the East African Community (July 24, 2019). Available at *SSRN*: https://ssrn.com/abstract=3426050

51 POSSI, *op. cit.*, p. 182-183.

52 The East African Community Bill supplement, n. 5, 12th August, 2011, en el *East African Community Gazette* No. 11 of 12th August, 2011.

53 « (1) The Court has jurisdiction to hear applications for redress for violation of a right or a fundamental freedom under this Act.(2) National Parliaments shall enact legislation to give original jurisdiction in appropriate cases to subordina te courts lo hear applications for redress for contravention of this Act.(3) In any matter brought before it under this section, a court may grant appropriate relief, including-

(a) a declaration of rights
(b) an injunction;
(c) conservatory orders;
(d) a declaration of invalidity of any law that infringes this act;
(e) an order of compensation against the Partner State or any person responsible for the violation of a right or fundamental freedom; and
(j) an order of judicial review.(4) In proceedings against a public authority for a contravention of this Act, a court may not award costs against the plaintiff, or applicant, unless the court determines that the case was frivolous, vexatious or without merit ».

Oriental no ha aprobado ni el protocolo para ampliar la jurisdicción de la Corte ni la ley comunitaria que indirectamente le confiere dicha jurisdicción.

4. INTERACCIONES JURISDICCIONALES EN ÁFRICA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Varios autores han estudiado la interacción normativa sustantiva en materia de derechos humanos entre el sistema constitucional y el sistema regional africano[54], de la cual sólo los tribunales superiores rara vez han extraído conclusiones, como fue el caso del Tribunal Constitucional de Benín[55] o el Tribunal Constitucional de Seychelles[56], que dictaminaron invocando la Carta Africana de Derechos Humanos, además de los derechos consagrados en la Constitución.

Sin embargo, el objetivo aquí es examinar las posibilidades de interacción jurídica procesal, más que la de tipo sustantivo. Como se mencionó anteriormente, encontramos protección jurisdiccional específica para los derechos humanos a nivel nacional e internacional, e incluso dentro de este último existe un subnivel internacional continental y un subnivel internacional regional. Dados los Estados que, a través de sus normas constitucionales y compromisos internacionales, han aprobado normas sobre amparo, podemos realizar una clasificación de los Estados africanos en cuanto a la protección de los derechos humanos.

1) Estados con amparo constitucional y amparo internacional dual (continental y regional)

   La primera categoría incluye a los Estados que brindan protección jurídica específica a los derechos humanos tanto a nivel constitucional como internacional, tanto en el nivel continental como en el regional. Actualmente, sólo Ghana podría incluirse en esta categoría.

2) Estados con amparo constitucional y amparo internacional regional

54 Véanse las contribuciones de Kamto, Viljoen, Lambert-Abdelwagad, Boukongou, Ouguergouz y Flauss en Jean-François Flauss y Elisabeth Lambert-Abdelwagad (eds.), *The National Application of the African Charter on Human and Peoples' Rights,* Bruylant, Bruselas, 2004; más recientemente Burgorgue-Larsen, *op. cit.,* págs. 382-286.

55 Alioune Badara Fall, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : entre universalisme et régionalisme », *Pouvoirs* n. 129 (2009), p. 77-100 (p. 97-98).

56 C*hang-tave Percy & Ors v The Republic & Anor* (CP 13/2019) [2020] SCCC 394 (7 July 2020).

El segundo nivel incluye a los Estados que ofrecen amparo constitucional y también protección internacional africana a nivel regional de África Occidental. Este sería el caso de Sierra Leona, Liberia, Cabo Verde, Benín. La inclusión de Guinea Conakry en este grupo sería cuestionable porque, a la espera de los acontecimientos políticos en ese país, la Constitución se encuentra actualmente suspendida. Además, cabe señalar que, entre 2016 y 2020, Benín también reconoció la jurisdicción de la Corte Africana de Derechos Humanos para recibir remisiones de particulares, aunque ya no lo hace. La relación entre estos dos amparos es casi competitiva, ya que la remisión a la Corte de la CEDEAO no requiere el agotamiento de los recursos internos[57].

3) Estados sólo con amparo constitucional

Aquí se incluyen los Estados que sólo ofrecen amparo constitucional, pero no permiten el amparo internacional. Se identifican dos países en esta situación: Guinea Ecuatorial y Seychelles.

4) Estados con amparo dual internacional, continental y regional

Esta categoría considera a los Estados que no han instituido un amparo constitucional, pero han aceptado el amparo dual internacional, reconociendo el derecho de sus nacionales a apelar ante uno de dos tribunales internacionales: el Tribunal regional de la CEDEAO o la Corte Africana de Derechos Humanos. Estos son los casos de Gambia y Guinea Bissau.

Hasta hace poco Burkina Faso y Mali entraban en esta categoría. Sin embargo, en ambos países se ha producido un cambio de liderazgo como consecuencia de cambios de liderazgo que la Unión Africana ha declarado que no son conformes con la Constitución (es decir, un "golpe de Estado"). En cualquier caso, a diferencia de lo ocurrido en Guinea Conakry, la Constitución en Malí no ha sido suspendida, pero no debemos olvidar la situación de guerra en el país.

5) Estados sólo con amparo internacional continental

El quinto nivel corresponde a los Estados que ofrecen únicamente amparo internacional continental. Este es el caso de los países africanos que han aceptado la jurisdicción de la Corte Africana de Derechos Humanos para examinar las solicitudes presentadas por particulares. Actualmente sólo se encuentra en

57 Cour de Justice de la CEDEAO, Hadijatou Mani Koraou c. République du Niger, requête N.º ECW/CCJ/APP/0808, arrêt ECW/CCJ/JUD/06/08, 27 octobre 2008, *African Human Rights Law Reports*, 2008, pp. 186-188, §§ 36-45.

este grupo Malawi, pero anteriormente formaron parte del mismo Ruanda y Túnez.

6) Estados sólo con amparo internacional regional

Finalmente, una última categoría puede estar compuesta por países que aceptan el amparo internacional regional (el de la CEDEAO), pero se niegan a aceptar el amparo continental africano y no han consagrado el amparo constitucional: Costa de Marfil, Níger, Nigeria y Senegal. Costa de Marfil también reconoció la jurisdicción de la Corte Africana para considerar casos de amparo durante un período (2013-2020).

5. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

Primero.

El respeto de los derechos humanos en África sigue mejorando, aunque muy lentamente. Sin duda, persisten problemas estructurales que ya no existen en Europa ni en África. El más importante, que es la fuente de otros problemas, es la guerra. Todos los esfuerzos a nivel regional (Unión Africana) y universal (Naciones Unidas) para poner fin a los numerosos conflictos armados en África han fracasado, y si bien algunos de los conflictos más sangrientos parecen haber terminado (Sierra Leona, por ejemplo), otros no ofrecen perspectivas de terminar (Congo, Sudán, Mali, Sahara Occidental). En este contexto, sería poco realista exigir a África el nivel de protección jurídica de los derechos humanos que existe en Europa o África.

En cualquier caso, se observa una evolución lenta pero positiva en el establecimiento de mecanismos jurídicos para la protección de los derechos humanos. Entre estos mecanismos se encuentra el amparo, entendido como una protección judicial especial de los derechos fundamentales, independientemente de su denominación.

Segundo.

Al menos doce de los cincuenta y cinco Estados africanos (es decir, el 21,8 % de los países africanos) han establecido el amparo constitucional. La tesis del "transconstitucionalismo" sostiene que la disposición de las decisiones constitucionales en un Estado las hace atractivas para Estados vecinos con sistemas jurídicos similares[58]. Si este es el caso y el amparo resulta ser una técnica eficaz, cabe esperar

58 Pierre Foucher, « Contrôle de constitutionalité au nom des droits fondamentaux dans les États de droit: convergence des solutions en Occident et idées pour l'Afrique », dans Jacques-Yves Morin (ed.), *Les droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 345-370 (p. 370).

cierta expansión del sistema, pero no debemos olvidar que esta expansión a menudo se ve obstaculizada por los problemas estructurales (políticos, militares, económicos y sociales) de estos países.

Tercero.

En una de las comunidades africanas más activas, la CEDEAO, compuesta por 12 países, también se ha establecido un amparo internacional regional. En otra comunidad, la CAO (compuesta por seis Estados), el tratado fundacional dejó abierta la puerta a un amparo internacional regional, que, a pesar de algunos intentos, no parece materializarse. Finalmente, existe un amparo continental que había logrado ser aceptado por 12 Estados africanos (del Norte, Oeste y Este del continente), pero que ahora solo está garantizado para siete Estados, pues un Estado del Norte (Túnez), dos Estados del Oeste (Benín y Costa de Marfil) y dos del Este (Ruanda y Tanzania) han retirado su aceptación de que la Corte Africana pueda conocer de demandas individuales. Si bien es cierto que esta retirada pone de relieve las dificultades para llevar a la práctica la protección de los derechos humanos en África, también es cierto que constituye una prueba convincente de la seriedad del trabajo del Tribunal Africano de Derechos Humanos. Además, se ha argumentado que, dada la situación africana, conviene proceder paso a paso sin forzar la situación[59].

Cuarto.

Entre las diversas vías y modelos constitucionales para consagrar eficazmente la protección judicial de los derechos humanos, el modelo de Seychelles parece ser el más exitoso y el que presenta la arquitectura más interesante. Sin embargo, no debe olvidarse que este modelo se aplica a un Estado que goza de paz y un alto nivel socioeconómico. A nivel regional, el modelo del Tribunal de la CEDEAO ha tenido un impacto muy positivo, pero enfrenta serias dificultades políticas debido a la retirada de Mali, Burkina y Guinea Conakry de la Comunidad a la inestabilidad causada por la combinación del terrorismo islamista y los golpes de estado. La jurisdicción continental es el centro de todas las esperanzas, pero su tarea es la más difícil.

59 José Pina-Delgado, « The African Court on Human and People's Rights and its Position in the International and African Judicial Architectures », en Dário Moura Vicente (ed.), *Towards a Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective*, Brill Nijhoff, Leiden, 2016, p. 98-135 (p. 130).

Quinto.

Dado el pequeño número de Estados donde existe un amparo (constitucional o internacional) y el menor número donde existen ambos, el estudio de la interacción entre estos diferentes niveles dificulta la extracción de conclusiones.

Se ha sugerido que, si no se controla, la proliferación de tribunales internacionales africanos con jurisdicción sobre la protección de los derechos humanos podría ser una fuente de desorden y contraproducente para el sistema africano establecido en este ámbito, ya que esta situación probablemente genere un alboroto judicial en el que cada juez intentará forjar una posición de precedencia sobre los demás; por otro lado, existe la inevitable tentación de buscar el foro más conveniente[60].

Sin embargo, lo que sí está demostrado es que la coexistencia del amparo nacional e internacional no ha generado ninguna tensión, lo que nos permite defender esta posibilidad para la mejora del respeto de los derechos fundamentales.

60 Diop, *op. cit.*, p. 554.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA EN MÉXICO

La historia de los acordeones

Rafael RODRÍGUEZ CAMPOS*

SUMARIO: 1. Preliminares. **2.** Introducción. 2.1. La reforma constitucional de la justicia en México. 2.2. ¿Cuáles son los puntos clave de la reforma? 2.3. ¿Por qué la reforma es inconstitucional, inconvencional y políticamente peligrosa para la democracia y el estado constitucional en México? **3.** Análisis 3.1. ¿Qué cargos debían elegirse? 3.2. ¿Qué problemas presentó esta elección? 3.3. El partido oficialista manipula la elección. 3.4. El partido oficialista inclina la balanza. 3.5. Los nuevos ministros de la SCJN. 3.6. la constitución en peligro. 3.7. La labor del INE. **4.** Conclusiones.

1. PRELIMINARES

En este artículo el autor resume lo que fue el proceso de reforma constitucional de la justicia en México para luego, centrarse en el análisis de los resultados del Proceso Electoral Extraordinario del Poder Judicial 2024-2025, llevado a cabo el pasado 01 de junio, identificando los problemas que presentó dicha elección,

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Maestro en Derecho constitucional por la Universidad Castilla – La Mancha en Toledo/España (UCLM). Posgrado en Ciencia Política y Gobierno por la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP. Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución por la UCLM. Especialista en Elecciones, Representación Política, Gobernanza Electoral, Reglas, Actores, Procesos e Innovación Democrática por la Universidad Autónoma de México (UNAM). Especialista en Derechos Humanos por la Suprema Corte de Justicia de México. Especialista en Gobernabilidad e Innovación Pública por la CAF/Banco de Desarrollo de América Latina y la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP. Ha sido Observador Electoral Internacional desde 2016 en países como Colombia, Ecuador, Uruguay, Bolivia y México. Es miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional desde 2017.

apuntando la mirada en la manera como MORENA (Movimiento de Regeneración Nacional), el partido oficialista, haciendo uso y abuso de su poder gubernamental, logró que sus 9 candidatos a ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sean los que finalmente resulten elegidos, violando los principios básicos de neutralidad e integridad electoral, poniendo en peligro los principios básicos de la democracia y el Estado Constitucional en México.

2. INTRODUCCIÓN

Previamente, quiero agradecerles a los organizadores del XV Congreso Nacional de Derecho Constitucional por darnos la oportunidad de compartir algunas reflexiones sobre un tema tan importante para la democracia y el Estado Constitucional en América Latina como han sido "Las Elecciones Judiciales en México 2025", en este breve artículo que presento ante ustedes y que está relacionado -en perspectiva comparada- con dos de los ejes temáticos sobre los cuales girará este Congreso: a) Eje 1: Reforma política y democracia representativa: análisis y propuestas; y b) Eje 2: Órganos constitucionales autónomos: ¿fortalecimiento o reforma?

Del mismo modo, y antes de entrar de lleno en el desarrollo del tema planteado en el resumen del presente artículo, consideramos oportuno recordar algunos de los apuntes que expusimos en un artículo titulado "AMLO 2024: LA POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA EN MÉXICO"[1]:

2.1. La reforma constitucional de la justicia en México[2]

El presidente de México, Andrés Manuel López Obrador (AMLO), a menos de tres semanas de que concluyera su mandato, logró el pasado 11 de setiembre de 2024 que su polémica "Propuesta de Reforma Constitucional al Poder Judicial" (en adelante, reforma), sea aprobada por el Senado, luego de que en la Cámara Baja los parlamentarios de MORENA y sus aliados la ratificaran sin ninguna observación.

1 Rafael, Rodríguez Campos. AMLO 2024: La politización de la justicia en México. Artículo publicado en Diario Constitucional de Chile el día 14 de setiembre de 2024. https://www.diarioconstitucional.cl/2024/09/14/amlo-2024-la-politizacion-de-la-justicia-en-mexico-por-rafael-rodriguez/

2 En este punto reproducimos y actualizamos lo expuesto en Rafael, Rodríguez Campos. AMLO 2024: La politización de la justicia en México. Artículo publicado en Diario Constitucional de Chile el día 14 de setiembre de 2024. https://www.diarioconstitucional.cl/2024/09/14/amlo-2024-la-politizacion-de-la-justicia-en-mexico-por-rafael-rodriguez/

Como era de esperarse, la batalla política decisiva para MORENA estaba en la Cámara Alta, ya que solo necesitaban el voto de un senador para lograr aprobar la reforma por mayoría. Sobre ello, durante la sesión, diferentes personalidades de la oposición denunciaron que sus colegas en la Cámara Alta habían sido objeto de amenazas y hasta detenciones, desde el oficialismo, como parte de una campaña de amedrentamiento para obtener el voto faltante para aprobar la reforma.

Así, minutos después de la medianoche, ese voto decisivo llegó de la mano de Miguel Ángel Yunes, el cuestionado senador del PAN acusado por delitos de corrupción, quien, a pesar de haberse enfrentado durante años con AMLO, terminó sometiéndose ante el poder presidencial avivando, aún más, la polémica desatada en torno a esta votación.

Luego, el 13 de setiembre -como último paso para dar luz verde a esta reforma- la misma debía ser ratificada (al menos por 17 Congresos Estatales), tal y como ocurrió, ya que este último paso fue un mero trámite para AMLO y MORENA, teniendo en consideración que controlan 24 de los 32 Congresos Estatales, gracias a su arrollador triunfo en las elecciones del pasado 02 de junio.

2.2. ¿Cuáles son los puntos clave de la reforma?[3]

No obstante, lo antes señalado, consideramos necesario recordar los puntos clave que trajo consigo esta reforma por la importancia que la misma tiene para la administración de justicia mexicana, y porque a nuestro juicio esta reforma no solo es inconstitucional e inconvecional, sino también políticamente peligrosa para la democracia y el Estado Constitucional en México.

Primero, la reforma propone la elección popular de más de 1600 cargos judiciales: Ministros de la Suprema Corte, Consejeros del Consejo de la Judicatura Federal, Magistrados del Tribunal Electoral Federal, Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito[4].

---

3 En este punto reproducimos y actualizamos lo expuesto en Rafael, Rodríguez Campos. AMLO 2024: La politización de la justicia en México. Artículo publicado en Diario Constitucional de Chile el día 14 de setiembre de 2024. https://www.diarioconstitucional.cl/2024/09/14/amlo-2024-la-politizacion-de-la-justicia-en-mexico-por-rafael-rodriguez/

4 Las elecciones se darán en 2 fases: a) En 2025 se elegirían tanto a los ministros de la Suprema Corte, como a los magistrados del nuevo Tribunal de Disciplina Judicial, del nuevo Órgano de Administración y a la mitad de los jueces de distrito y magistrados de circuito; y b) En 2027 se culminaría con la mitad restante. Cabe precisar que las elecciones serían organizadas por el Instituto Nacional Electoral (INE).

Segundo, la reforma prevé reducir de 11 a 9 el número de los ministros que integran la Suprema Corte. Así, la presidencia sería renovada cada dos años de forma rotativa en función del número de votos obtenidos por cada candidatura. Siendo que el periodo de permanencia en el cargo de los ministros será de 8, 11 y 14 años, según el número de votos obtenidos por cada uno: a más votos más tiempo en el cargo.

Tercero, la reforma señala que los ministros en ejercicio que no resulten electos en 2025 no serán merecedores de la pensión vitalicia, el haber por retiro (seguro de vida, aguinaldo, pago vacacional y bono por riesgo, entre otros beneficios). Además, la reforma fija que ningún ministro, magistrado o juez podrá ganar un salario superior al que tiene el presidente de la república.

Cuarto, la reforma dispone que los jueces y magistrados tendrán un periodo de 9 años en el cargo (con una reelección consecutiva), y establece los siguientes requisitos: 1) Tener título de abogado; 2) Tener un promedio de 8 a 9 años en las materias afines; 3) Tener experiencia (mínimo 5 años) en la actividad jurídica; y 4) Entregar ensayos o 5 cartas de referencia entre vecinos y colegas, que respaldan su idoneidad para el cargo.

2.3. ¿Por qué la reforma es inconstitucional, inconvencional y políticamente peligrosa para la democracia y el Estado Constitucional en México?[5]

Dicho ello, corresponde ahora exponer algunos argumentos sobre la inconstitucionalidad, inconvencionalidad y peligrosidad política que presenta esta reforma para la democracia y el Estado de Constitucional en México:

1. La reforma ha sido aprobada en un procedimiento que desconoce los estándares mínimos de deliberación pública que una reforma constitucional de este tipo exige. En otras palabras, la reforma no fue el resultado de una amplia e informada discusión en la que hayan participado todos los actores vinculados con la administración de justicia sino la consigna impulsada por una mayoría parlamentaria hiperideologizada que terminó silenciando y justificando la persecución a sus opositores, negándole a la ciudadanía el derecho a contar

5 En este punto reproducimos y actualizamos lo expuesto en Rafael, Rodríguez Campos. AMLO 2024: La politización de la justicia en México. Artículo publicado en Diario Constitucional de Chile el día 14 de setiembre de 2024. https://www.diarioconstitucional.cl/2024/09/14/amlo-2024-la-politizacion-de-la-justicia-en-mexico-por-rafael-rodriguez/

con una transformación judicial progresiva, razonable y respetuosa del Estado de Derecho.

2. La reforma trae consigo medidas como los denominados "jueces sin rostro", cuyo uso ha sido declarado contrario a la Convención Americana de Derecho Humanos por la propia Corte de San José. Además, la reforma incorpora la figura de un Tribunal de Disciplina Judicial que compromete la independencia de quienes administran justicia y desconoce las garantías del debido procedimiento en el régimen disciplinario. Más aún la reforma abre el camino para el cese de la totalidad de los cargos judiciales del país desconociendo las dignas trayectorias que muchos profesionales presentan.
3. La reforma, al dejar en manos de los partidos/organizaciones políticas la conformación de las listas de los candidatos que aspiran a los cargos judiciales, no cuenta con sistemas de selección y nombramiento que garanticen el principio de igualdad y no discriminación, así como tampoco privilegia criterios de selección basados en el mérito y capacidades profesionales, pues antepone "la suma de los votos", a las calificaciones jurídicas idóneas que deben tener quienes administrando justicia garantizan los derechos humanos de los ciudadanos, haciéndole frente al poder político de turno.
4. La reforma adolece de mecanismos o criterios que garanticen, entre otras cosas, la igualdad de género en el acceso a la carrera judicial, o que determinen mandatos con una duración de tiempo definido en los cuales la permanencia en dichos cargos esté definida por la solvencia en la administración de justicia y no en la capacidad para "comprar votos".
5. La reforma no parte de un diagnóstico real sobre los verdaderos déficits en el acceso a la justicia en México, ni ha logrado despejar las dudas existentes en torno a cómo influirá en los procesos de elección popular de jueces la fuerte presencia del narcotráfico y crimen organizado en un país que se ha convertido en "una extensa fosa común".
6. La reforma, en otras palabras, por las razones constitucionales, convencionales y políticas que hemos resumido, termina facilitando que los partidos/organizaciones políticas (sobre todo el oficialista que tiene el control del aparato estatal y del erario público) capturen al Poder Judicial violando el principio de independencia judicial, separación, equilibrio y control de poderes, y defensa de los derechos humanos.

Hemos creído oportuno hacer este breve recuento a lo que ya habíamos señalado hace algunos meses pues, como veremos a continuación, el desarrollo del Proceso Electoral Extraordinario del Poder Judicial 2024-2025, no ha hecho otra cosa que darnos la razón en torno a los peligros que para la democracia y el Estado Constitucional de México traería consigo esta reforma constitucional de la justicia en México.

3. ANÁLISIS

El domingo 01 de junio casi 100 millones de mexicanos debían concurrir a las urnas para participar en el Proceso Electoral Extraordinario del Poder Judicial 2024-2025, el mismo que fue dispuesto por la Reforma al Poder Judicial impulsada por el ex presidente Andrés Manuel López Obrador (AMLO) y aprobada por su partido MORENA en setiembre de 2024 (casi en las postrimerías del mandato presidencial), en la cual se estableció que los cargos de las personas juzgadoras se elegirían mediante voto popular.

3.1. ¿Qué cargos debían elegirse?

Al respecto, es importante recordar que en este novedoso proceso –único en su naturaleza a nivel mundial- las personas mexicanas debían elegir 881 cargos judiciales: 9 cargos (5 ministras y 4 ministros) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), 2 cargos (magistraturas) de las Salas Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), 15 cargos (magistraturas) de las Salas Regionales del TEPJF, 5 cargos (magistraturas) del Tribunal de Disciplina Judicial, 464 cargos (magistraturas) de Circuito y 386 cargos (personas juzgadoras) de Distrito.

3.2. ¿Qué problemas presentó esta elección?

Según informó el Instituto Nacional Electoral (INE), en este proceso apenas participó el 13% del padrón electoral cifra que pone en entredicho la legitimidad social de la reforma y, por supuesto, enciende las alarmas sobre los múltiples problemas que esta elección trajo consigo y que afectaron severamente el derecho a la participación y sufragio de los mexicanos[6]. Así, por ejemplo, los especialistas

6 Emiliano Rodríguez y otros. La abstención de casi 90% genera críticas contra las elecciones judiciales en México. Publicado el 02 de junio de 2025 en The New York Times en Español. El artículo puede ser consultado en el siguiente enlace https://www.nytimes.com/es/2025/06/02/espanol/america-latina/elecciones-judiciales-mexico-abstencion.html

electorales mexicanos indican que los principales problemas que presentó este proceso fueron los siguientes[7]:

1) Los candidatos no podían recibir recursos privados ni públicos para hacer campaña.
2) Los candidatos no podían hacer proselitismo en medios de comunicación[8].
3) En algunas regiones -tomadas por el crimen organizado- el miedo se apoderó del escenario electoral reduciendo drásticamente los índices de participación.
4) Los mexicanos residentes en el extranjero no podían ejercer su derecho de sufragio. Tampoco las personas privadas de libertad (en condición de procesadas) que esperan el dictado de una sentencia judicial.
5) El material electoral era complejo pues cada elector recibió entre 6 y 10 boletas. Ello generó que el votante promedio demore entre 10 y 15 minutos para ejercer su derecho de sufragio.
6) Al haber flexibilizado los requisitos de formación académica y experiencia profesional para aspirar a la carrera jurisdiccional muchos candidatos fueron vistos como inexpertos por parte de los electores. A eso debemos añadir que a otros tantos se les encontró vínculos directos y/o indirectos con el narcotráfico, sobre todo en las regiones en las cuales el crimen organizado viene doblegando a las fuerzas del Estado.

3.3. El partido oficialista manipula la elección

Más allá de ello, lo cierto es que la joya de la corona en este proceso era ganar la elección de los 9 miembros de la SCJN (el Tribunal Constitucional de México, si buscamos un símil en la región), que fue el origen y el trofeo de la reforma judicial

7 Juan Manuel Ramírez. Más problemas que ventajas en la elección judicial de México, advierten los especialistas. Publicado el 29 de mayo de 2025. El artículo puede ser consultado en el siguiente enlace https://www.swissinfo.ch/spa/m%C3%A1s-problemas-que-ventajas-en-la-elecci%C3%B3n-judicial-en-m%C3%A9xico%2C-advierten-especialistas/89431684

8 Es importante precisar que los candidatos no pudieron hacer campaña en medios de comunicación, a pesar de que la ley sí lo prevé, pues en el tiempo que manejaba el INE este resultó insuficiente para tantas candidaturas. Por ese motivo el INE puso en práctica la "Estrategia Institucional Conócelos, Practica y Ubica", un espacio web que le permitía a la ciudadanía conocer a las personas candidatas, practicar su voto y ubicar su casilla seccional y así participar de manera informada en las elecciones judiciales. El sitio web puede ser visitado en el siguiente enlace https://ine.mx/conoceles-practica-y-ubica/

que impulsó AMLO y aprobó MORENA (el partido oficialista) en las últimas semanas del gobierno del ex presidente.

Por ello, no sorprende que MORENA, haciendo uso y abuso de su poder gubernamental, haya propuesto en las hojas de instrucciones que repartía a lo largo y ancho de todo el territorio nacional mexicano -conocidos popularmente como "los acordeones"- 9 nombres para ser los próximos integrantes de la SCJN. ¿Y qué pasó? Justamente lo que MORENA quería: los 9 candidatos que el gobierno propuso han sido, en efecto, los más votados en este proceso y se convertirán en los 9 ministros del máximo tribunal de justicia de México[9].

3.4. El partido oficialista inclina la balanza

Sumado a ello, es necesario resaltar que los acordeones que repartía MORENA no solo contenían los nombres de los candidatos del oficialismo para copar la SCJN, sino también nombres para los cargos del Tribunal Electoral, para el Tribunal de Disciplina y también, a veces, para algunos cargos locales. Todas estas irregularidades explican el aluvión de recursos que se han presentado y que tienen como objetivo impugnar una buena parte de los resultados de esta primera elección de jueces, magistrados y ministros en México[10].

En suma, el uso de la difusión masiva de estas guías para dirigir el voto fue la forma grosera que encontró MORENA para violar los principios básicos de neutralidad e integridad electoral que todo gobierno debe observar en el marco de una elección democrática. Pero estas consideraciones éticas no importaron pues lo único que contaba para MORENA era que los acordeones ganen la SCJN y los otros cargos de alcance nacional, sobre todo.

En otras palabras, MORENA presentó una conducta que violó flagrantemente el principio de neutralidad e integridad electoral, entendida como *"el postulado ético, dirigido al proceso electoral en total, a los individuos y colectivos involucrados en él,*

9 Günther Maiholdh. Los "acordeones" y la elección judicial de México. Publicado el 03 de junio de 2025. El artículo puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dw.com/es/los-acordeones-y-la-elecci%C3%B3n-judicial-en-m%C3%A9xico/a-72778438

10 Elia Castillo. Los "acordeones" desatan más de 180 impugnaciones ante el Tribunal Electoral. Publicado el 19 de junio de 2025 en El País (México). El artículo puede ser consultado en el siguiente enlace: https://elpais.com/mexico/2025-06-20/los-acordeones-desatan-mas-de-180-impugnaciones-ante-el-tribunal-electoral.html

de comportarse de forma íntegra, es decir, honesta, conforme a los valores y las normas que sustentan las elecciones democráticas"[11].

Así, como era de esperarse, el uso de los acordeones y de otras formas de promoción gubernamental terminaron definiendo e inclinando la balanza en esta compleja y acelerada elección, en la que cada elector debía decidir entre decenas de candidatos sin contar con el tiempo suficiente para revisar sus respectivas hojas de vida. Entones, si los candidatos del gobierno (con todo el apoyo de la maquinaria estatal) eran los que tenían mayor exposición era lógico prever que serían los más votados como efectivamente ocurrió[12].

Entonces, si a ello le sumamos -como ya lo hemos dicho- que la campaña en esta elección presentó serias limitaciones ya que los aspirantes no podían tener financiamiento público ni privado, ni tampoco contratar publicidad, es obvio que estos aspirantes que contaron con la maquinaria estatal para empujar sus candidaturas tuvieron una enorme ventaja frente al resto.

A eso hay que sumarle que MORENA fue el único partido que tuvo la posibilidad real de direccionar el voto ya que el resto de partidos no hizo acordeones porque habían rechazado participar en esta elección a la que acusaron de estar hecha a la medida de los apetitos del partido oficialista. En todo caso es importante subrayar que el marco normativo vigente para esta elección "prohibía expresamente" a los partidos políticos intervenir en esta elección promoviendo candidaturas o direccionando el voto. Dicho ello, queda claro que la conducta de MORENA no solo fue contraria a la más elemental ética pública sino también abiertamente ilegal.

Todo ello no hizo otra cosa que convertir a esta elección judicial en el más claro ejemplo de cómo desde el poder de turno se pueden adoptar malas prácticas (antiéticas e ilegales) que hacen imposible contar con elecciones libres y honestas negándole a la ciudadanía su derecho a participar en elecciones auténticamente íntegras desde el punto de vista estrictamente electoral[13].

---

11 Alberto Guevara y Fernando Rodríguez. Integridad Electoral (página 562 a 573). Diccionario CAPEL. Publicado en 2017 por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

12 Elia Castillo. El 90% de los votos al Tribunal de Disciplina coincidió con la lista de los acordeones. Publicado en El País (México) el 18 de junio de 2025. El artículo puede ser consultado en el siguiente enlace https://elpais.com/mexico/2025-06-19/el-90-de-los-votos-al-tribunal-de-disciplina-coincidio-con-las-listas-de-los-acordeones.html

13 Alberto Guevara y Fernando Rodríguez. Integridad Electoral (página 562 a 573). Diccionario CAPEL. Publicado en 2017 por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Por ende, no debería sorprender el hecho de que haya sido el propio INE el que públicamente haya manifestado que antes de la jornada electoral ya había recibido casi 30 denuncias en contra de los llamados "acordones" o guías de votación a favor de candidaturas que contendieron en estas elecciones judiciales[14].

3.5. Los nuevos ministros de la SCJN

Dicho ello, como una pequeña muestra de lo que venimos afirmando, vamos a brindar algunos datos sobre los flamantes miembros de la SCJN[15]:

1) Los 9 candidatos fueron presentados e impulsados como los aspirantes de AMLO y MORENA.
2) Hugo Aguilar, quien ocupará la presidencia de la SCJN, es actualmente el coordinar general de Derechos Indígenas del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas, siendo designado por AMLO y ratificado por MORENA.
3) Lenia Batres, quien se convirtió en ministra de la SCJN en 2023, lo fue gracias a la designación de AMLO y MORENA para sustituir al ministro en retiro Arturo Zaldívar.
4) Yasmín Esquivel, actual ministra de la SCJN, también fue designada por AMLO y MORENA. Es la ministra que se hizo famosa por haber sido acusada de haber cometido plagio en sus tesis de licenciatura y doctorado.
5) Loretta Ortiz, quien se convirtió en ministra de la SCJN en 2021, también lo fue gracias a la designación de AMLO y MORENA.
6) María Ríos, ministra electa, también es una figura cercana a AMLO y MORENA, ya que durante su gobierno se desempeñó como su consejera jurídica.
7) Giovanni Figueroa, quien será uno de los ministros más jóvenes de la SCJN, es un académico especialista en Derecho Constitucional cuya candidatura también fue aprobada por la presidenta Claudia Sheinbaum, razón por la cual

14 INE. Comunicado N.º 198. Publicado el 04 de junio de 2025. El comunicado puede ser consultado en el siguiente enlace https://centralelectoral.ine.mx/2025/06/04/recibe-ine-29-denuncias-en-contra-de-los-llamados-acordeones-o-guias-de-votacion-a-favor-de-candidaturas-que-contendieron-en-la-eleccion-judicial/

15 Valeria Ordoñez. ¿Quiénes serán los ministros de la Suprema Corte de Justicia tras la elección judicial en México? Publicado el 05 de junio en CNN en Español. El artículo puede ser consultado en https://cnnespanol.cnn.com/2025/06/05/mexico/quienes-magistrados-suprema-corte-justicia-eleccion-judicial-orix

es considerado como una persona cercana al régimen, aunque él ha señalado que es un estudioso del derecho sin colores partidarios.

8) Irving Espinosa, es el ministro que logró ser electo siendo un abogado completamente desconocido para los mexicanos, pero que durante toda la campaña se la pasó diciendo que apoyaba la "transformación del país", en clara alusión al lema que hizo famoso a AMLO y MORENA, recibiendo, como era de esperarse, el apoyo directo del gobierno.
9) Arístides Guerrero, es el ministro más joven que llegará a la SCJN. Durante toda la campaña se la pasó diciendo que era el "ministro de las juventudes", y que simbolizaba el rostro de un "nuevo México", aunque también fue promovido por AMLO y MORENA.
10) Sara Herrerías, quien ocupa el noveno lugar en el recuento de votos, es actualmente la titular de la Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos (FEMDH) de la Fiscalía General de la República (FGR), y también fue promovida por AMLO y MORENA, a pesar de no haber obtenido logros importantes en los casos emblemáticos que ha tenido a su cargo como las denuncias de tortura, o haber sido acusada de usar el caso Ayotzinapa desde su puesto en la fiscalía para obtener votos a su favor.

3.6. La Constitución en peligro

Frente a esta realidad, hoy más que nunca, quienes estamos comprometidos con la defensa de las instituciones democráticas en México y América Latina, debemos recordar con suma preocupación el tenor del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que a la letra dice lo siguiente: "Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución". Debemos hacerlo porque muchas veces la mal entendida voluntad popular (aunque sea de tan solo el 13% del padrón electoral) puede ser instrumentalizada (a través de prácticas tramposas como los "acordeones" de MORENA) para acabar con los principios constitucionales que como el de separación de poderes forman parte del corazón de la Constitución de México.

3.7. La labor del INE

Llegando al término de este breve artículo no puedo cerrar el mismo sin antes reconocer el enorme esfuerzo y gran trabajo realizado por el INE de México que, a pesar de la adversidad, los ataques del gobierno y los recortes presupuestales

que padecieron, como bien lo advirtiera desde 2022 el ex Consejero Presidente del INE, Lorenzo Córdova Vianello[16], trataron de sacar adelante la elección más compleja de la historia política mexicana (y quizá, latinoamericana), preservando los estándares mínimos de integridad electoral que toda democracia que busca ser reconocida como tal debe observar. Para el INE y sus trabajadores mi más sincero respeto, reconocimiento y admiración.

En esa línea, es sumamente importante resaltar que de los 11 miembros (consejeros y consejeras) que integran el Consejo General del INE, en la Sesión Extraordinaria Urgente del 15 de junio, 5 de sus integrantes votaron por no declarar la validez de las elecciones judiciales. A ello debemos sumarle que una de las consejeras, a pesar de identificar públicamente los múltiples vicios presentados en estas elecciones, terminó votando a favor de la validez de estos comicios, a pesar de que dichas irregularidades también fueron reconocidas en el acuerdo aprobado[17].

Sobre este punto, voy a reproducir algunas de las reflexiones hechas por dos de los integrantes del Consejo General del INE pues considero que grafican de forma clara lo que significa para la democracia y el Estado Constitucional en México la declaratoria de validez de estas elecciones judiciales.

Primero, el consejero Arturo Castillo manifestó que estaba preocupado por el retorno de prácticas profundamente antidemocráticas que creían desterradas de del sistema electoral mexicano, por lo que planteó no declarar la validez de la elección judicial. Además, precisó que las irregularidades presentadas durante la jornada electoral como "la inexplicable participación de 100 por ciento o más de los electores, boletas no extraídas de la urna, casos de candidaturas que obtuvieron el 100 por ciento de los votos en casillas sin Lista Nominal, tiempos de votación muy superiores al periodo de recepción de votos", hacían imposible convalidarla, más cuando *"todos habían sido testigos de la evidente inducción de voto mediante el uso de los "acordeones" que constituye una conducta sumamente grave que vulnera directamente la certeza de que los votos emitidos en esas casillas reflejen la voluntad ciudadana[18]"*.

16 INE. Comunicado 270. Publicado el 01 de junio de 2022. Este Comunicado puede ser consultado en el siguiente enlace https://centralelectoral.ine.mx/2022/06/01/ataques-a-organos-electorales-un-fenomeno-global-preocupante-lorenzo-cordova/

17 El video de la referida Sesión Extraordinaria Urgente del 15 de junio puede ser revisada en el siguiente enlace https://x.com/INEMexico/status/1934280193343885657

18 La intervención del referido consejero puede ser visualizada en el siguiente enlace https://x.com/INEMexico/status/1934280193343885657

Por último, y no menos contundente, la consejera Claudia Zavala oralizó en la referida sesión una reflexión ética y jurídicamente poderosa: *"¿Qué mensaje tendríamos que dar a la ciudadanía cuando vemos una realidad como la que tuvimos en este proceso electoral extraordinario? ¿Se vale violar la ley sin que haya una consecuencia de derecho? La respuesta es no, por ello voto en contra de declarar la validez de la elección"*. Además, y de manera contundente sobre los "acordeones" dijo lo siguiente: *"La estrategia de difusión y distribución de acordeones vulneró principios electorales fundamentales como la autenticidad, la equidad y la certeza. Frente a ello, debemos reflexionar sobre el tipo de democracia que queremos en nuestro país"*[19].

4. CONCLUSIONES

Por lo antes expuesto, podemos concluir afirmando lo siguiente:

1. El debilitamiento institucional: MORENA, el partido de gobierno, con AMLO y Claudia Sheinbaum como sus máximos referentes, logró -gracias a la estrategia tramposa de los acordeones- un categórico triunfo en las elecciones judiciales logrando colocar a los 9 aspirantes que aparecían en sus acordeones en los 9 cargos de la SCJN, aunque ello haya supuesto la violación más grosera del principio de neutralidad e integridad electoral.
2. Los pesos y contrapesos: luego de una elección manipulada por el partido de Gobierno, el principio de separación de poderes ha sido herido de muerte en México, ya que MORENA de la mano de AMLO y Claudia Sheinbaum, ha logrado copar tramposamente a una de las pocas instituciones que durante el gobierno del ex presidente se esforzó por defender de la Constitución frente a los embates autoritarios de los autodenominados "próceres de la cuarta transformación".

Finalmente, resulta claro esta elección judicial abre una nueva etapa en la historia política mexicana, marcada por el debilitamiento de las instituciones y el relajamiento del sistema de pesos y contrapesos tan necesario en una democracia constitucional. Espero estar equivocado, pero hoy, en México, asistimos al nacimiento de una nueva "dictadura perfecta", por si queremos evocar el término que en 1990 el genial Mario Vargas Llosa acuñara para calificar a los Gobiernos mexicanos del Partido Revolucionario Institucional (PRI), que vistiendo un manto de dudosa

19 La intervención de la referida consejera puede ser visualizada en el siguiente enlace https://x.com/INEMexico/status/1934280193343885657

democracia logró atornillarse en el poder durante 70 años ininterrumpidos: *"La dictadura perfecta no es la Cuba de Fidel Castro: es México, porque es una dictadura de tal modo camuflada que llegó a parecer que no lo es, pero que de hecho tiene, si uno escarba, todas las características de una dictadura"*[20], señaló el Nobel peruano.

20 Fernando García. *Sobre la dictadura perfecta*. Publicado el 16 de abril de 2025 en Letras Libres. El artículo puede ser consultado en el siguiente enlace: https://letraslibres.com/ideas/garcia-ramirez-dictadura-perfecta-mario-vargas-llosa-octavio-paz/

POPULISMO Y REFORMA DEL SISTEMA DE JUSTICIA

Los casos de México y del Perú

Miguel Alejandro ESTELA LA PUENTE*

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** El concepto de reforma del sistema de justicia. **3.** El impacto del populismo en los sistemas de justica**. 4.** Aproximaciones al caso mexicano **5.** Apuntes sobre el caso peruano. 5.1. La provisionalidad de los magistrados. 5.2. La actual estructura de la Junta de Fiscales Supremos. 5.3. La saturación o carga procesal excesiva de la Corte Suprema como máxima instancia de la justicia ordinaria. 5.4. La incapacidad de la Junta Nacional de Justicia. **6.** Conclusiones. **7.** Recomendaciones.

PRELIMINARES

El presente artículo desarrolla una aproximación al concepto de reforma del sistema justicia y el impacto que recibe en aquellos casos en los que una corriente política populista llegue al poder dentro de la estructura de un determinado Estado. Asimismo, a partir de tales nociones se plantea un examen sobre la situación en la que se encuentran los sistemas de justicia tanto en México como en Perú.

Se analiza el contexto mexicano, en tanto, está enfrentando un cambio radical en la estructura de su sistema de impartición de justicia por la última reforma constitucional introducida en la última parte del año 2024; por su parte, el Perú lidia con exceso de magistrados (jueces y fiscales) supernumerarios o provisionales

* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, Magíster en Derecho Constitucional por la misma Casa de Estudios, profesor de derecho constitucional, miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y autor de diversos textos científicos en materia jurídico-constitucional en diversas revistas especializadas.

quienes, por su forma de designación y escasa formación jurídica, generan desconfianza tanto en los operadores del sistema como en los justiciables.

1. INTRODUCCIÓN

En la primera parte de este trabajo, abordamos la idea, generalmente aceptada, que se tiene del concepto de *reforma del sistema de justicia*. En nuestros días, en América Latina, de manera extendida, se cuestiona la legitimidad de las instituciones y su efectividad en la protección de los intereses de los ciudadanos y justiciables. El sistema de justicia, que tiene como institución destacada al Poder Judicial, pero no única ni exclusiva, enfrenta diversos problemas que hace pensar en su posible reforma, tales propuestas de reforma es lo que requiere, justamente, un análisis detallado a fin de corroborar si la cura es peor que la enfermedad.

En la segunda parte, observamos como desde la clase política o, fuera de ella, surgen esquemas que pretenden tener más que una mejora efectiva en el funcionamiento de las instituciones del sistema de justicia, un copamiento de las mismas sobre la base del aprovechamiento de su popularidad provisoria; de tal manera, que se inicia un proceso de *politización* al punto que pone en grave riesgo la estabilidad o continuidad del Estado social y constitucional de Derecho.

No podemos soslayar la forma en la que estos discursos que tienen como sustento de divulgación al populismo como forma de hacer política, impactan en la impartición de justicia y la dotan de elementos que buscan proteger a un determinado sector político en detrimento de otro.

En la tercera parte, se formularán algunas reflexiones sobre la reforma de justicia que viene implementándose en México a propósito del predominio de un discurso populista ejercido desde el poder legislativo y ejecutivo.

En la cuarta y última parte, analizaremos algunos elementos que desacreditan el sistema de justicia en el Perú, desde la perspectiva no sólo de sus operadores jurídicos sino también de la ciudadanía o justiciables; ante tal escenario, se busca alternativas que hagan al sistema más eficiente, pero reduciendo o evitando su politización orgánica.

2. EL CONCEPTO DE REFORMA DE SISTEMA DE JUSTICIA

No vamos a entrar a debatir la ingente cantidad de perspectivas que han abordado la idea de justicia porque eso desnaturalizaría el objetivo del presente trabajo. Sin embargo, consideramos que sí resulta oportuno hace alusión a qué nos referimos cuando hablamos de *reforma del sistema de justicia*.

En efecto, la Real Academia de la Lengua Española, estipula que por *reforma* puede entenderse a "aquello que se propone, proyecta o ejecuta como una innovación o mejora en algo" (RAE, 2025). Asimismo, por sistema, se entiende al "conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto" (RAE, 2025) y, finalmente, por justicia a "aquello que debe hacerse según derecho o razón" (RAE, 2025).

De tales definiciones gramaticales o lingüísticas, podríamos aseverar que cuando hablamos de *reforma del sistema de justicia,* estamos enfatizando en proponer y ejecutar un cambio sobre la forma en que se otorga razón o derecho a alguna persona o colectividad. Evidentemente, esa forma en la que se administra le mejor razón o el mejor derecho para cada persona dentro de una causa concreta está a cargo, principalmente, del Poder Judicial, el cual es uno de los órganos que, en conjunto con otros, compone al sistema de justicia.

Existe una percepción negativa respecto al funcionamiento operativo del Poder Judicial o Ministerio Público (Fiscalía); así como, distintas variables que apuntan a que lo existe no está dando los resultados esperados; por consiguiente, se habla de una reforma, un cambio o innovación que permita que los resultados satisfagan las expectativas de la comunidad, aunque sea mínimas. Tal reforma puede ser materializada en i) la constitución, ii) ley orgánica o iii) ley ordinaria y, como es normal, siempre dependerá de la arista desde la cual se bosqueje la reforma.

En algunos casos, ni siquiera es imprescindible una reforma constitucional, pues como afirma Bermúdez (2022):

> [E]s necesario que la reforma judicial que se pretenda iniciar aborde la reforma de las leyes orgánicas del PJ, MP, y CNM para efectos de definir los marcos generales de una carrera pública en la magistratura, que permita la operatividad de funciones en las instituciones y no genere los vacíos y provisionalidad existentes en la actualidad.

En otros casos, como el mexicano, veremos que, dada la envergadura de la reforma en la que se modifica la estructura sustancial *in toto* del sistema de justicia, la activación del mecanismo de revisión constitucional era un camino irrevocable.

3. EL IMPACTO DEL POPULISMO EN LOS SISTEMAS DE JUSTICIA

En la misma secuencia que se hizo en el apartado anterior, estimamos provechoso iniciar con una definición de populismo a efectos de cumplir con el objetivo de este acápite. Así pues, Gratius y Rivero (2018, p.36), señalan lo siguiente:

> En esencia, entendemos el populismo como un proyecto político antiliberal que altera la agenda de gobierno y las estructuras del poder, para refundar la democracia en torno a la unidad líder-pueblo sin necesidad de contar con instituciones representativas ni separación de poderes. Más allá de la escala izquierda-derecha, calificamos al populismo como ideología porque satisface las funciones propias de esta al explicar y evaluar la realidad política.

Los autores enfocan su idea en que el populismo se construye de manera directa entre el líder y pueblo sin que existen intermediarios; de tal manera, que se la identificación entre el pueblo, siempre virtuoso y auténtico, según el discurso, se intensifique porque mientras más profunda sea la identificación del pueblo con su líder, mayor será la legitimidad de éste para emprender sus reformas, entre ellas, por supuesto, la reforma del sistema de justicia.

Por otro lado, tenemos la perspectiva de Laclau (como se citó en Retamozo, 2017), quien apunta que "hay populismo siempre que las identidades colectivas se construyen en términos de una frontera dicotómica que separa a 'los de arriba' de 'los de abajo".

Nótese que la materialización del fenómeno populista si bien debe tener como elemento una profunda identificación entre el pueblo y su líder; el discurso que ese líder o caudillo desarrolla siempre está orientado a resaltar las diferencias entre aquellos que tienen más privilegios o riqueza frente a quienes han sido despojados y tienen menos. Ahondar en esas diferencias y exacerbar las contradicciones no es privativo de las ideologías radicales como el comunismo o fascismo sino, pues, el populismo, como dijimos, al ser *una forma de hacer política* tiene una narrativa que busca atacar a las élites con la masa popular aparentemente despojada de oportunidades de superación por esa élite a la cual se le quiere arrebatar el poder.

4. APROXIMACIONES AL CASO MEXICANO

El caso mexicano es paradigmático; puesto que, es el segundo país de América Latina, después de Bolivia, en haber optado por una reforma de su sistema de justicia que implica la elección popular de sus ministros (jueces supremos); así como, magistrados de circuito y de distrito; en otras palabras, elección popular *in toto* de todo el Poder Judicial.

El día 15 de septiembre de 2024, se aprobó la reforma judicial en el Diario Oficial de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos, la cual, dicho sea de paso, no fue una reforma ordinaria, sino que se trató de una reforma constitucional que, como ya se dijo, modificaba la selección de jueces de mérito por carrera judicial por jueces elegidos por voto popular.

La controversia inicial se suscitó cuando la medida implicaba que los magistrados debían cortar su mandato una vez instaurada la reforma y elegidos los nuevos jueces; por ello, se presentaron diversos recursos de amparo para suspender sus efectos hasta que la Suprema Corte de Justicia resolviera la demanda de inconstitucionalidad que los partidos opositores plantearon frente a dicha reforma aprobada por un senado federal, cuya mayoría está conformada por el partido de gobierno, que tiene, por cierto, un discurso populista.

Una vez recibida la demanda de inconstitucionalidad, se empezó a debatir si la Suprema Corte debía decidir sobre la constitucionalidad de la reforma; toda vez, que tal medida afectaba el mandato de los propios ministros supremos quienes eran jueces y partes. Esta polémica, considero, no debió haber existido si hubiera habido un Tribunal Constitucional autónomo que garantice la separación de poderes.

Está claro, que, desde la reforma constitucional mexicana de 1994, la Suprema Corte de Justicia de México es, al mismo tiempo, un Tribunal Constitucional al decidir sobre la constitucionalidad de las leyes que se someten a su conocimiento; así como, un órgano protector de derechos fundamentales, pero al no ser un órgano separado del Poder Judicial, es decir, autónomo, las controversias puramente constitucionales pueden confundirse.

La presión social y la amplia legitimidad actual del partido de gobierno que controla dos poderes del Estado, luego de que la reforma no fuera rechazada por la Suprema Corte, ahora apunta a aprovechar sus bases sociales para elegir la mayor cantidad de ministros supremos, magistrados de circuito y jueces de distrito a fin de que le sean favorables. En pocas palabras, esta reforma ha politizado la totalidad de la estructura orgánica del Poder Judicial, obliga a los candidatos a jueces

a hacer campaña política, a recaudar fondos y a solicitar apoyo, el cual, una vez brindado, como no puede ser de otra forma, debe ser devuelvo cuando se inicien las funciones jurisdiccionales. En buena cuenta, se prostituyó y mercantilizó con agentes políticos la vocación de la magistratura.

En esa misma línea, como señala Aguiar (2024, p. 14), es de la idea que:

> La idea de hacer más democrático al poder judicial no pasa por la elección popular de los jueces, sino por hacer el poder judicial más transparente, responsivo, independiente y profesional. Es fundamental comprender que la democracia mayoritaria tiene sus limitaciones, particularmente, cuando se configura bajo el auspicio de un gobierno con tendencias hegemónicas y autocráticas. En esos contextos, los principios de la democracia liberal son esclarecedores: solo los contrapesos preservarán las reglas del juego democrático, el respeto por la diversidad de opiniones y los derechos fundamentales de las minorías.

No cabe duda, que la democratización de la justicia, como afirma la autora, no implica apelar a la participación directa de la ciudadanía, entendiendo que la voluntad popular no direcciona su decisión en base al mérito específico de cada candidato sino a la simpatía y conexión que logre quien aspira a ejercer el cargo. Además, el gasto público resulta excesivo y la politización del sistema es notoria.

Tal panorama, nos obliga a pensar en alternativas distintas; sobre todo, en aquellos países que están promoviendo reformas de su sistema de justicia, el caso mexicano es un ejemplo que no debe ser mirado con admiración sino con preocupación; puesto que, el discurso populista del partido de gobierno que ha copado dos poderes del Estado, impacta en la proyección de su influencia sobre la totalidad de los poderes u órganos autónomos y eso incluye al Poder Judicial.

5. APUNTES SOBRE EL CASO PERUANO

Actualmente, en la academia peruana se viene debatiendo, desde hace varios lustros, la tan anhelada reforma del sistema de justicia frente a las palpables deficiencias inherentes al funcionamiento del mismo.

Empecemos por resaltar, pues, los elementos que más incentivan el debate de la mejora del sistema i) la provisionalidad de magistrados (jueces y fiscales), ii) la actual estructura de la Junta de Fiscales Supremos, iii) La saturación o carga procesal excesiva de la Corte Suprema como máxima instancia de la justicia ordinaria

y iv) la incapacidad de la Junta Nacional de Justicia para que todos los cargos sea ocupados por titulares.

5.1. La provisionalidad de los magistrados

Cuando hablamos de magistrados nos referimos tanto a jueces, quienes imparten justicia, como ha fiscales, quienes representan a la sociedad y persiguen el delito. No debe confundirse esto. Actualmente, más del cincuenta por ciento de magistrados son provisionales, esto significa que son designados a dedo por los mismos jueces o fiscales superiores o supremos sin cumplir con el estándar constitucional mínimo de ser designados por concurso público de méritos.

De tal manera, que aquí se producen dos cuestiones; en primer lugar, si los mismos jueces y fiscales designan a los jueces y fiscales de menor rango, éstos últimos le deben su cargo a quien los designó; con lo cual, se vulnera el principio de independencia de la magistratura. En segundo lugar, tal modalidad de designación no garantiza la adecuada formación jurídica mínima que deben tener este tipo de funcionarios; con ello, se vulnera el principio de predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales.

5.2. La actual estructura de la Junta de Fiscales Supremos

La Junta de Fiscales Supremos en la persona de su presidente, representa la Ministerio Público todo como órgano constitucional autónomo que forma parte del sistema de justicia. Esta Junta, compuesta por seis fiscales supremos, lamentablemente tiene una clara orientación política por parte de todos sus miembros, aunque tres tienen una perspectiva y los otros tres otra radicalmente contraria. Tal situación, podría romperse, al menos temporalmente, si se amplía el número de fiscales supremos a nueve; en ese sentido, se quiebra el predominio de una y otra posición con tres nuevos fiscales supremos que no provengan de ningún partido político ni hayan sido capacitados por ninguna organización no gubernamental cuestionada.

5.3. La saturación o carga procesal excesiva de la Corte Suprema como máxima instancia de la justicia ordinaria

La Corte Suprema de Justicia de la República, máxima instancia del Poder Judicial, conoce de todos los casos a nivel nacional que llegan de las distintas cortes superiores de justicia. Esto ha llevado a su excesiva saturación; por lo que, aquí se propone el debate de una Corte Suprema de Justicia Nacional, pero con capacidad

de *certiorari*; lo cual, requeriría la creación de Cortes Supremas regionales o macrorregionales para que no se pierda la oportunidad de los justiciables de recurrir en vía extraordinaria a la Corte Suprema, sea en vía de casación o apelación.

5.4. La incapacidad de la Junta Nacional de Justicia

La Junta Nacional de Justicia como órgano constitucional autónomo que se encarga de la selección de jueces y fiscales titulares, a la fecha, no ha dado la talla ni ha cumplido las expectativas que se esperaban luego de su creación en el 2018. Este órgano, sucesor del extinto Consejo Nacional de la Magistratura, ha fracasado porque no cumplió con la designación de magistrados titulares en cada rincón del Perú. Sin embargo, no ha pasado ni un año desde que asumió responsabilidades el nuevo colegiado, no se puede ser recalcitrante tampoco y debe dársele un tiempo de gracia para que cumpla con su mandato constitucional; no obstante, debe pensarse en una fórmula que empuje a sus miembros a cumplir con su obligación y funciones antes de que culmine su periodo.

6. CONCLUSIONES

La reforma del sistema de justicia no sólo es necesaria en la civilización occidental, sino de manera particular en los países de América Latina, los cuales están sometidos continuamente al peligro de los discursos populistas que aprovechan la manipulación efímera de su respaldo popular para capturar o politizar a su favor el funcionamiento del Poder Judicial.

El caso mexicano, representa el segundo país de Latinoamérica que ha ejecutado una reforma por medio de la cual se eligen a sus magistrados; por consiguiente, se ha profundizado en la politización de la justicia en lugar de despercudirla de elementos externos a la administración o impartición de justicia.

El Perú enfrenta deficiencias tan arraigadas y sostenidas en el tiempo que el contexto está propicio para la aparición de discursos populistas, los cuales, como el caso mexicano, tienen como razón de ser la captura de los órganos jurisdiccionales *in toto*.

7. RECOMENDACIONES

La reforma de justicia en el Perú, continúa en debate sin resultado concreto alguno; por lo que, debe procederse a un debate más intenso que parte desde las

instituciones del Estado, convocando a la academia y sociedad civil comprometida con hacer del mérito el norte de todas las instituciones estales.

La reforma del sistema de justicia peruano, no debe seguir el camino de fórmulas que apelen a la democracia directa como Bolivia y México, tal alternativa podría generar un escenario propenso a la concentración y posterior captura de los poderes del estado por medio del liderazgo populista.

BIBLIOGRAFÍA

Aguiar, Azul. (2024). Reforma judicial ¿Cuál poder para la democracia? *Análisis plural*, (7). https://analisisplural.iteso.mx/index.php/ap/article/view/119

Bermúdez, M. (2022). La reforma judicial en el contexto de la reforma del estado peruano. *Revista Aportes Andinos, AA (18).* https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/aa/article/view/3589/3574

Gratius, S., & Rivero, Á. (2018). Más allá de la izquierda y la derecha: populismo en Europa y América Latina. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals,* (119), 35-61. https://doi.org/10.24241/rcai.2018.119.2.35

Real Academia de la Lengua Española. (2025). *Diccionario de la lengua española*. https://dle.rae.es/reforma

Real Academia de la Lengua Española. (2025). *Diccionario de la lengua española*. sistema | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE

Real Academia de la Lengua Española. (2025). *Diccionario de la lengua española*. justicia | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE

Retamozo, M. (2017). La teoría del populismo de Ernesto Laclau: una introducción. *Estudios Políticos*, (41), 157-184. https://www.redalyc.org/journal/4264/426452780007/?utm_source=chatgpt.com

THE WINNER TAKES (IT) ALL
El ganador se (lo) lleva todo*

Christian GUZMÁN NAPURÍ**

SUMARIO: 1. Introducción**. 2.** Los juegos de suma-cero en el presidencialismo. 2.1. El equilibrio Nash. 2.2. El juego presidencial. **3.** La competencia política. **4.** Las paradojas del Voto. **5.** Algunas propuestas de solución

1. INTRODUCCIÓN

Suecia es uno de los países que más música de calidad ha producido en el mundo, luego de los países anglosajones. Uno de los grupos más recordados es sin duda ABBA, que ha generado canciones que son recordadas y cantadas por lo menos por dos generaciones. Entre ellas tenemos la exitosa canción que tiene el título del presente trabajo, que trata acerca de un amor fallido, donde es otra persona la goza del amor de la persona amada. Así, efectivamente como resultado de ello el ganador/a del juego se lleva todo el premio[1].

En el régimen presidencial ocurre algo muy similar, que complica su viabilidad tal y como se encuentra diseñado. Las elecciones en un sistema presidencial se caracterizan por implicar el obtener la casi totalidad del poder político, en caso de ganar aquellas, o, en caso de perderlas, simplemente conformarse con la oposición

* Consideramos que ambas formas de escritura son correctas. La canción del grupo ABBA emplea la frase con i*t*, mientras que autores como Linz, al cual citamos en este texto a propósito de este tema, la emplean sin ella.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro. Socio de GNS Guzmán Napurí & Segura Abogados. Director de la Maestría de Derecho Administrativo Económico y de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Continental. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 "The winner takes it all/The loser's standing small/Beside the victory/That's her destiny".

parlamentaria[2]. Los juristas y políticos estadounidenses, entre otros, denominan a esto *the winner takes it all* ("el ganador se lo lleva todo")[3], término proveniente en realidad de la teoría de los juegos.

Y es que, las teorías políticas y económicas han establecido la pertinencia de aplicar los conceptos de la teoría de los juegos a la ciencia política y, en consecuencia, al derecho constitucional, a fin de explicar determinados fenómenos que las teorías jurídicas y políticas tradicionales no pueden explicar con suficiente eficacia[4]. Entre ellos se encuentra el empleo y regulación de los sistemas de gobierno, como es el caso del régimen presidencial.

La teoría de juegos es un tipo de análisis matemático que está orientado a predecir cuál será el resultado cierto o el resultado más probable de una disputa entre dos individuos. La Teoría de Juegos fue diseñada y elaborada por el matemático John von Neumann y el economista Oskar Morgenstern en 1939, con el fin de realizar análisis económicos de ciertos procesos de negociación. Es así como Von Neumann y Morgenstern escribieron conjuntamente el libro *The Theory of Games and Economic Behavior* (1944), texto fundamental para la comprensión de una rama de las matemáticas cuyo empleo es cada vez más amplio[5].

2. LOS JUEGOS DE SUMA-CERO EN EL PRESIDENCIALISMO.

Ahora bien, en términos de la teoría de juegos, el presidencialismo genera resultados propios de los juegos de suma cero[6], que son aquellos en que todo lo

2 Linz, Juan – "Democracia Presidencial o Parlamentaria ¿Qué diferencia implica?" En: *Las Crisis del Presidencialismo*. Madrid: Alianza Editorial, 1997, p. 46.

3 Shugart, Matthew y Carey, John – *Presidents and Assemblies*. New York: Cambridge University Press, 1992, pp. 30 y ss.

4 Sobre el particular: Riker, William H. Teoría de los juegos y de las coaliciones políticas. En: *Diez Textos de Ciencia Política*. Barcelona: Ariel, 1992, p. 151 y ss.

5 Sobre el particular: Monsalve, Sergio. Teoría de Juegos ¿Hacia dónde vamos? En: *Revista de Economía Institucional, Vol. 4, N.º 7.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 114 y ss.

6 Linz, Juan. Los Peligros del Presidencialismo. En: *Formas de Gobierno, Relaciones Ejecutivo Parlamento*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1993, p. 17. Una posición que consideramos matiza esto la podemos encontrar en: Mainwaring, Scott y SHUGART, Matthew – Presidencialismo y democracia en América Latina. *Paidós*, Buenos Aires, 2002, pp. 47-48. Y es que no es enteramente cierto que únicamente el presidencialismo genere resultados de juegos de suma cero. De hecho, el modelo Westminster de parlamentarismo, propio de Gran Bretaña, puede generar también dicho efecto, como lo hemos señalado en el capítulo anterior.

que gana un jugador A lo pierde un jugador B, y viceversa. De esa manera, por ejemplo, si A gana 10 dólares en un negocio, y B gana pierde 10 dólares (o gana –10 dólares) tenemos que en realidad el resultado total del negocio es cero.

Quizá el ejemplo de juego de suma cero más ilustrativo es el *dilema del prisionero*[7]. A y B son apresados por presumiblemente haber cometido un crimen. La Policía debe establecer un mecanismo para determinar quién es el culpable del delito, o en todo caso, obtener una confesión. Se les coloca en celdas separadas y se establece en consecuencia que, si ninguno de los dos delata al compañero, el período de encarcelamiento se reduce en dos meses. Si uno delata al otro, su período de prisión se reduce en tres meses, y el de su compañero aumenta en tres meses, por no haber hablado. Si ambos delatan al compañero, sus períodos de encarcelamiento aumentan en dos meses.

Es obvio que el escenario más eficiente para ambos prisioneros es aquel en el cual ambos se mantienen leales al otro, lo cual implica necesariamente que cada uno de ellos conozca como el otro va a decidir y asuma que dicha decisión no va a cambiar al momento de tomarla. Esto ocurre cuando ningún jugador tiene un incentivo para desviarse de su estrategia, siempre que los demás no se desvíen de la de ellos. A este resultado eficiente se le denomina *equilibrio Nash*[8]. De los demás escenarios, el segundo y el tercero son resultados suma-cero y el cuarto más bien genera resultados negativos para ambas partes.

En términos económicos y políticos, y a nivel del cuerpo social, los juegos de suma cero resultan ser ineficientes, puesto que no generan beneficio total alguno. En el ámbito de entes de naturaleza social, y en especial en el ámbito electoral, los juegos de suma cero perjudican a los competidores y desincentivan la participación de estos en las contiendas que se generan. Como si ello fuera poco, generan beneficio social nulo. En consecuencia, cuando se realizan elecciones políticas los resultados de suma cero dificultan la participación democrática.

7 Sobre el particular: Rasmusen, Eric – Juegos e Información. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 32-33.

8 El Premio Nobel de Economía de 1994, John Forbes Nash, estableció la idea del equilibrio en el ámbito de los juegos no cooperativos en los cuales fuera necesario llegar a acuerdos mínimos para que los resultados sean más eficientes.

2.1. El equilibrio Nash

Dada una situación cualquiera definida por una elección de A y una elección de B, si ocurre que A supone que B no modificará su elección y opta por no modificar la suya propia y, simultáneamente, B supone que A no modificará su elección y opta también por no modificar la suya, se dice que tal situación es un Equilibrio Nash[9]. Como se ve, el Equilibrio Nash es una situación que presenta ventajas simultáneas para los dos jugadores, y en razón de tales ventajas, ni el jugador A ni el jugador B cambiarán de decisión.

La noción de equilibrio de Nash no es otra cosa que la situación generada cuando la elección estratégica de cada jugador es la respuesta óptima a las elecciones estratégicas de los otros jugadores. Este concepto es de particular importancia en la competencia política, donde el conocimiento de la estrategia de los demás candidatos permite tomar las mejores decisiones[10]. Así, el *equilibrio Nash*, corresponde a una situación en la que dos partes rivales están de acuerdo con determinada situación del juego o negociación, cuya alteración ofrece desventajas a ambas partes[11].

Sin embargo, puede ocurrir que A observe que puede ganar un poco más de beneficios si defrauda a B. Tal sería el caso de un punto solución inestable. La atracción ejercida por las decisiones de A y B convierte a este punto en una solución, mientras que la repulsión ejercida por ellas lo convierte en un punto inestable. En consecuencia, defraudar a B significa aprovechar la posición del óptimo social para elevar aún más los beneficios obtenibles del juego.

En este orden de ideas, debemos señalar que la rigidez del sistema presidencial dificulta los consensos, dado que no genera incentivo alguno para que los acuerdos se respeten ni para que los grupos políticos sean leales entre sí. Los gobiernos de coalición multipartidarios en los sistemas presidenciales han sido raros, pues los costos de la participación en la coalición para quienes no tienen el poder directo pueden ser muy altos, máxime si esta participación proviene de la oposición.

Es por ello por lo que, en sistemas como el peruano, y como muchos regímenes presidenciales de Iberoamérica, resulta tan complicado obtener acuerdos de gobernabilidad[12]. Eso se manifiesta por ejemplo en la inmensa cantidad de partidos

9 Rasmusen, Eric – *Op. cit.*, p. 38 y ss.

10 Riker, William H. – *Op. cit.* p, 152

11 Rasmusen, Eric – *Op. cit., loc. cit.*

12 Sobre el particular, Linz, Juan – Democracia Presidencial o Parlamentaria ¿Qué diferencia implica?, *Op. cit.,* p. 53-54.

políticos que se encuentran en carrera para participar en las próximas elecciones presidenciales, siendo pocas las alianzas que se han podido inscribir en el Jurado Nacional de Elecciones[13].

En el presidencialismo resulta muy difícil la obtención del equilibrio Nash. Nada asegura que aun cuando un partido o grupo político pueda conocer las estrategias y fines de los otros los mismos no van a modificarse intempestivamente. Por ello las relaciones entre mayoría parlamentaria – que normalmente pertenece a quien está en el poder - y oposición, se caracterizan por una evidente superioridad de la primera. Si a ello le sumamos la extensa batería de atribuciones de las que goza el Presidente en Latinoamérica, resulta sencillo entender cómo es que, al final, todos los actores políticos y sociales, incluyendo al electorado, terminan siendo seriamente perjudicados.

2.2. El juego presidencial

Ahora bien, las elecciones generales en regímenes presidenciales son siempre elecciones de suma cero, puesto que el ganador de las elecciones asume la totalidad del Gobierno mientras que el perdedor – o perdedores – deben resignarse a mantenerse como oposición, sin tener mayor participación que la posible minoría parlamentaria, con las dificultades que ello conlleva[14]. Nuevamente, el ganador de la elección presidencial se lo lleva todo.

En general, la participación de dicha minoría en el gobierno es improbable, a menos que surja como resultado de coaliciones, las mismas que en general no resultan ser estables y se restringen a alguna participación en el gabinete ministerial. En el escenario presidencialista iberoamericano, además, esta situación se agrava si notamos que la funcionalidad de la oposición se haya fuertemente limitada por el personalismo del/la Jefe/a de Estado[15].

En cambio, en esquemas parlamentarios o más bien mixtos (como es el caso del régimen semipresidencial) resulta posible la obtención del Equilibrio Nash, toda vez que las reglas son conocidas por todos y el resultado de la elección va a beneficiar, en mayor o menor medida, a todos los competidores. Ello ocurre porque en dichos diseños incluso los grupos políticos minoritarios poseen representación

13 https://canaln.pe/actualidad/cinco-alianzas-electorales-solicitan-inscripcion-rumbo-al-2026-n485805

14 Guzmán, Christian - La Constitución Política: Un análisis funcional. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, p. 566.

15 Linz, Juan - "Los Peligros del Presidencialismo**"**. Op. cit., p. 21.

en el Parlamento – con ciertas limitaciones, es cierto -, que es el organismo político que goza de legitimidad democrática directa en los sistemas parlamentarios.

Si a ello le agregamos el hecho de que en el sistema parlamentario el líder o líderes de la oposición son a la vez parlamentarios, la obtención de equilibrio resulta ser aún más favorecida, dentro de determinadas condiciones claro está. En los sistemas presidenciales, en cambio, el líder de la oposición, dado que en general postula a la presidencia en representación de su partido, no pertenece al Parlamento, hecho que complica la posibilidad de obtención de consensos, así como el uso de mecanismos de control.

3. LA COMPETENCIA POLÍTICA

En este orden de ideas, debemos notar que, para asegurar la calidad de un producto, en todo mercado, debe asegurarse también un adecuado sistema de libre competencia. En tal sentido, la competencia en el mercado resulta similar a la que genera el político durante las elecciones. En una democracia, las presiones a las que se ven sometidos los políticos para sobrevivir son similares a las del empresario privado. Los políticos compiten entre sí para obtener el apoyo del electorado de la misma forma como el empresario compite con otros para obtener clientes.

Sin embargo, la competencia del político se centra únicamente al momento de las elecciones. Lo indicado es precisamente la principal diferencia entre la competencia a la que se ve sometido el político y la de un empresario común y corriente, no obstante, las múltiples similitudes existentes[16]. La competencia en el mercado es continua, ocurre sin interrupción puesto que la interacción entre consumidores y proveedores es permanente.

En contraposición, la competencia política es intermitente: Una decisión resulta vinculante por un tiempo determinado. En el mercado patrimonial más bien coexisten competidores que sobreviven. Uno de los principales problemas de los regímenes políticos rígidos y en particular en el Presidencialismo, es que la competencia, en general, tiende a destruir al competidor. La competencia política es jugar al todo o nada. La captura del mercado da el mercado entero a un solo oferente[17].

16 BARTOLINI, Stefano. Partidos y Sistemas de Partidos. En: *Manual de Ciencia Política*. Madrid: Alianza Editorial, 1998, p. 230.

17 Al respecto: Linz, Juan. Los Peligros del Presidencialismo. *Op. cit.*, *loc. cit.* Asimismo: Buchanan y Wagner. La Economía Keynesiana en la Política Democrática. En: *Déficit del Sector Público y Democracia*. Madrid: Ediciones Rialp S.A., 1983.

Ello se nota claramente en la proporción entre el resultado a obtener y el porcentaje de votación en términos electorales. En este orden de ideas, es necesario tener en cuenta que las elecciones presidenciales carecen de proporcionalidad de manera natural. El partido que gana la presidencia obtiene todos los escaños – es decir, el único existente – y los partidos perdedores no ganan ninguno. El grado de desproporcionalidad en las elecciones presidenciales es siempre sustancialmente más elevado que en las elecciones legislativas[18].

A ello debemos agregar el hecho de que en los sistemas presidenciales las elecciones del presidente tienden a ser consideradas más importantes que las parlamentarias, sea por el electorado, sea por los partidos políticos. Cuando las elecciones del Congreso y del Presidente son concurrentes existe una alta posibilidad que la campaña presidencial domine los mensajes en los medios de comunicación y en la opinión pública en general[19]. Consideramos que esta es una deficiencia adicional que genera el fenómeno que venimos describiendo.

Los estadounidenses han podido paliar las serias dificultades generadas por este efecto "el ganador se lo lleva todo" o "todo o nada", en cuanto a la representación parlamentaria, creando un sistema de elecciones cada dos años. Ahora bien, justo es reconocer que en lo concerniente al Gobierno no existe mecanismo alguno que asegure la competencia a la que hemos hecho referencia en el párrafo precedente. Lo antes expresado se nota por ejemplo en el hecho de que muchas veces, los presidentes norteamericanos que vuelven a postular son reelegidos en forma inmediata[20]. Finalmente, en el caso de los Estados Unidos un elemento crucial es el bipartidismo existente, el cual genera una importante alternancia en el poder.

---

18 Lijphart, Arend. Modelos de Democracia. Barcelona: Ariel, 2000, p. 155.

19 Colomer, Joseph y NEGRETTO, Gabriel. La gobernanza de la democracia presidencial. CIDE, México, 2002, p. 15.

20 Esto explica, por ejemplo, el hecho que el presidente Franklin D, Roosevelt haya sido elegido cuatro veces, y como resultado de ello, que la XXII Enmienda a la Constitución Norteamericana limitara la posibilidad de reelección a únicamente un período de gobierno adicional. Al respecto: Duverger, Maurice – Instituciones políticas y Derecho Constitucional. Ariel, Barcelona, 1962, p. 347; Biscaretti Di Rufia, Paolo – Introducción al Derecho Constitucional comparado. Fondo de Cultura Económica, México, 1997, p. 177.

4. LAS PARADOJAS DEL VOTO

En el presidencialismo, cualquiera sea la etiología de este, se generan las paradojas del voto que han sido estudiadas por autores como Condorcet, Duncan Black o Keneth Arrow[21]. De hecho, ocurre en muchas oportunidades que el candidato elegido finalmente no responde a las preferencias del electorado y posee, en consecuencia, un apoyo minoritario que luego se expresa en la falta de aceptación popular de la mayoría de los presidentes en los sistemas presidenciales una vez transcurrido cierto período en el poder.

Conforme al Teorema de la Imposibilidad de Arrow, no es posible establecer un mecanismo de elección que asegure la elección del candidato idóneo, en todos los casos[22]. Ello se agrava en el contexto del sistema de segunda vuelta propio de la mayor parte de los sistemas presidenciales, en los cuales puede ocurrir que quien obtenga el poder no sea necesariamente aquel que fuera preferido por la mayoría.

La razón de ello es muy clara. La ausencia de transitividad en las preferencias del electorado permite que en determinados supuestos pase a segunda vuelta un candidato por la cual una gran mayoría no votaría, pero que sin embargo obtuvo suficiente votación como para asegurar su participación en la misma. En muchos de estos casos, dado que el candidato que obtiene el triunfo no resulta ser necesariamente el más idóneo, el mismo rápidamente pierde representatividad, como lo hemos señalado anteriormente.

Esta situación ha ocurrido varias veces en el Perú. Tenemos por ejemplo el caso de la segunda vuelta entre Alejandro Toledo y el expresidente Alan García en las elecciones del año 2001. Pero un ejemplo aún más claro es el más reciente en la elección entre Keiko Fujimori y Pedro Castillo, lo cual además dio como resultado un fallido golpe de estado, por el cual el segundo se encuentra en prisión, siendo reemplazado por Dina Boluarte, luego de haber sido declarada la vacancia por el Congreso.

Incluso, si existe un amplio sector de la población que tampoco votaría por el candidato que posee mayoría relativa, resulta probable que el candidato que obtuvo la menor mayoría relativa triunfe en la segunda vuelta. Ello incluso puede generar serios inconvenientes en el ámbito de la eficiencia del régimen, puesto que el mismo carecería de mayoría, incluso relativa, en el Parlamento. Un caso patente

21 Arrow, Keneth – Social Choice and Individual Values. New York: Cowles Foundation. 1966, p. 59.

22 Arrow, Keneth – *Op, cit.*, p. 46 y ss.

de lo que venimos describiendo es el de las elecciones de 1990 en el Perú, donde más bien el candidato minoritario en la segunda vuelta es que se alza con el triunfo.

De hecho, en primera vuelta, el FREDEMO obtiene el 27.6% de los votos mientras que Cambio 90 obtiene el 24.6% de los mismos. En segunda vuelta, el FREDEMO obtiene el 33.9% de los votos mientras que Cambio 90 obtiene el 56.5%, que le otorgan el triunfo. Es interesante notar, además, que dicho porcentaje se obtuvo además mediante el endose de votos efectuado por el APRA, que había alcanzado un porcentaje de 19.2% en primera vuelta.

De hecho, a partir de año 2000, se había estado mostrando una interesante tendencia en las elecciones presidenciales en el Perú. En la elección de dicho año, Alberto Fujimori obtiene la presidencia por tercera vez consecutiva, ganándole en segunda vuelta a Alejandro Toledo. En el año 2001, Alejandro Toledo logra vencer a Alan García. En el año 2006, Alan García vence a Ollanta Humala. Finalmente, en el año 2011, Ollanta Humala es elegido Presidente del Perú, venciendo a Keiko Fujimori.

Esta interesante situación no es casualidad, sino que puede justificarse conforme a lo que venimos señalando, e incluso, a través de la teoría de juegos, como ya lo hemos descrito. El conocimiento de la regla del juego, así como el conocimiento de la tendencia del candidato por el electorado, otorgaría a quien perdió en la segunda vuelta precedente una clara ventaja que hasta el momento ha sido aprovechada por los diversos candidatos.

Sin embargo, esa tendencia cambió de manera importante en la elección del año 2016, donde Pedro Pablo Kucynski derrotó de manera ajustada a Keiko Fujimori. Pero ocurrió que Fuerza Popular, el partido de esta última, gozó de una importante mayoría en el Congreso, lo cual generó un conjunto de problemas de gobernabilidad que llevaron a la renuncia del presidente y su reemplazo por Martín Vizcarra, que hubo de sufrir una vacancia presidencial luego de una controvertida disolución parlamentaria.

Excede la finalidad del presente trabajo explicar el conjunto de situaciones políticas que se generaron posteriormente en el régimen peruano, pero varias de ellas han sido el resultado de los problemas de aplicación del peculiar sistema de gobierno peruano, entre los que debemos incluir la deficiente regulación de la vacancia presidencia y la permanencia de la disolución parlamentaria que es más bien propia de los regímenes parlamentarios y que requiere un diseño más eficiente.

No obstante, los efectos perniciosos de estas paradojas no pueden ser eliminados por completo, considerando además que el resultado depende demasiado del mecanismo electoral que se emplee. El hecho de preferir, por ejemplo, la elección directa a la elección indirecta en el caso norteamericano modifica sustancialmente el resultado, en especial cuando las diferencias de apoyo popular entre los candidatos no son muy grandes[23].

Por otro lado, el hecho de recurrir a sistemas de segunda vuelta puede dar el triunfo a un candidato más bien minoritario, efecto que es distinto al que se generaría si es que la elección en segunda vuelta fuera determinada por el Congreso o si más bien bastara con la elección en primera vuelta[24]. Esta situación empeora si es que el mecanismo de elección de la representación congresal es proporcional, puesto que es perfectamente posible que quien gobierne no tenga siquiera mayoría relativa, mucho menos absoluta. Ello genera la figura del gobierno dividido, cuya utilidad es también materia de discusión en el derecho constitucional comparado.

5. ALGUNAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

En el sistema parlamentario clásico esta situación se corrige dado que el líder de la oposición normalmente forma parte del Parlamento, manteniendo una importante cuota de poder político. Ahora bien, en el caso del régimen presidencial una medida que podría ser útil es permitir al candidato presidencial postular de manera simultánea al Congreso, con lo cual se reduce el efecto "todo a ganador" que hemos venido refiriendo en este trabajo.

Ello se ha implementado en el caso peruano a través de la reforma constitucional que restablece la Bicameralidad en el Congreso de la República del Perú, y que ha modificado entre otros el artículo 90 de la Constitución que establece que los candidatos a la Presidencia o vicepresidencias de la República pueden ser simultáneamente candidatos a senador o diputado. Es interesante analizar los efectos que esta reforma va a generar en las próximas elecciones presidenciales,

23 Flores, Imer B. Gobernabilidad y Representatividad: Hacia un sistema democrático electoral mayoritario y proporcional. En: *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 2002, p. 223.

24 Para un análisis en este punto: Nohlen, Dieter. Sistemas electorales presidenciales y parlamentarios. En: Nohlen, Dieter – *Tratado de derecho Electoral comparado de América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 330 y ss.

puesto que lo más probable es que el candidato presidencial encabece la lista que el partido presentará para el Senado.

Asimismo, como lo hemos señalado anteriormente, un mecanismo correctivo respecto de varias de las inconsistencias del régimen presidencial estriba en la redistribución del poder presidencial al interior del Gobierno, otorgándole una mayor cuota de poder al Gabinete Ministerial. Ello no reduce el efecto que estamos describiendo en este artículo, generando incentivos para la existencia de coaliciones que permitan gobernar con mayor eficiencia.

Finalmente, debemos señalar finalmente que los efectos de las paradojas de voto que se han anotado en este trabajo pueden ser menguados de manera plausible en sistemas en los cuales el poder presidencial se encuentra controlado o morigerado por mecanismos intraorgánicos o interorgánicos de control, que en el sistema presidencial clásico se encuentran limitados.

TRES MOMENTOS CONSTITUCIONALES PARA LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA DEL PERÚ (1979-1993-2002)

Ángel DELGADO SILVA*

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** La pragmática opción por el centralismo unitario. **3.** Un prolongado y disruptivo interregno**. 4.** Hacia una nueva configuración descentralista y municipal del Perú contemporáneo. 4.1. El retorno a la democracia mediante el camino constituyente. 4.2. El giro descentralista de la Constitución Política de 1979. 4.3. La reconversión del municipio como gobierno de la localidad. 4.4. La regionalización para descentralizar. El modelo constitucional de 1979. 4.5. La descentralización puesta a prueba en las postrimerías del Siglo XX, 4.6. La descentralización según la Constitución Política de 1993. 4.7. ¿Por qué se congelo el proceso descentralista en la última década del siglo XX? 4.8. ¿La regionalización otra vez? La Ley de Reforma Constitucional del 2002. 4.9. El impase a la regionalización, en el siglo XXI. **5.** Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Tras la decisión de los habitantes del Virreinato del Perú de romper sus vínculos coloniales con la Monarquía Hispana, se abrió un lento, complejo y durísimo proceso de gestación de una entidad estatal alternativa, capaz de sustituir a la anterior formación política. Como no podía dejar de suceder, esto conllevó múltiples contradicciones, apasionados debates y cruentas luchas en torno a la naturaleza del poder que debería erigirse, a sus rasgos institucionales y su destino comunitario.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Maestría en Derecho Constitucional y Derecho Internacional Económico, y especialización en Gestión Pública en ESAN. Ha sido profesor en la PUCP y conferencista en eventos nacionales e internacionales. En su trayectoria pública fue regidor de Lima Metropolitana, Secretario General de la PCM, Vicepresidente de CONADE, asesor de la Presidencia de la República y jefe de gabinete en distintos ministerios. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Municipal. Actualmente es Jefe de la Oficina Legal y Constitucional del Congreso.

Todo ello, en el nuevo concierto de naciones alumbrado entre fines siglo XVIII y comienzos del XIX.

Sin duda, la polémica más trascendente se dio en torno a la forma de gobierno que el Perú independiente haría finalmente suya. A pesar que la historiografía no dan suficiente cuenta del drama político suscitado, apenas al año siguiente a la proclamación del 28 de julio de 1821, la coyuntura se inundó por una aguda y creciente polarización, mientras se iban decantando las posiciones. La pugna giraba en torno a la monarquía constitucional, como forma de gobierno. Era la tesis oficialista promovida por San Martín y los demás libertadores, con la anuencia mayoritaria de la aristocracia peruana. Razón por la cual, el exiguo grupo republicano tenía que bregar mucho en una batalla política, que se pintaba manifiestamente desigual.

Sin embargo, en vez de una confrontación de proporciones –a semejanza de la trágica entronización de Iturbide como Agustín I, emperador de México– el debate peruano tuvo una rápida resolución. Es verdad que poco tuvo que ver el debate constitucional, propiamente dicho, que se venía desarrollando en el seno de la flamante Sociedad Patriótica. La explicación desciende de los nimbos filosóficos para recular en situaciones más pedestre: 1) la incapacidad sanmartiniana para concluir la guerra contra los realistas, 2) la procacidad autoritaria de Monteagudo que culmina en su exilio, tras las jornadas populares de julio de 1822 y 3) el fracaso de las negociaciones con Bolívar, en Guayaquil, que hicieron incómoda la presencia de San Martín. La convergencia de estos tres hechos desmoronó al Protectorado como régimen e hicieron inviables las posturas pro-monárquicas.

La instalación del Congreso Constituyente dos meses después de la renuncia de San Martín y la aprobación de las Bases de la Constitución, el 17 de diciembre de 1822, constituyeron el cierre definitivo del primer gran debate político nacional del Perú independiente.

Ahora bien, el advenimiento triunfal de la República supuso nuevos retos políticos y programáticos, para sus fundadores. Las preocupaciones se trasladaron al diseño de la forma estatal por adoptar: una república unitaria o federal. Las disputas en torno a este eje surgieron no obstante la profundidad de la crisis política del año 1823. Estuvimos *ad portas* de una guerra civil, antes de culminarse la Independencia. Por ello, la dictadura de Bolívar se consideró imprescindible. Y, por lo mismo, el territorio peruano devino en el escenario bélico, por excelencia, de la libertad americana, durante todo el año de 1824, con las victoria memorables

de Junín y Ayacucho. Todos estos acontecimientos asordinaron la polémica entre unitarios y federalistas; muy fuerte en otros país del continente.

A diferencia de la confrontación monarquía y república, cuyo debate concluyó tempranamente con la instalación de la República peruana, la cuestión descentralista o, cómo distribuir el poder en el territorio estatal, persistirá hasta nuestros días con una terca recurrencia, a pesar del tiempo transcurrido. Lo que evidencia que las soluciones alcanzadas, a pesar del tiempo transcurrido o carecieron de arraigo suficiente o ante el advenimiento de circunstancias novedosas, afloraban viejas problemáticas, superadas sólo en apariencia.

El propósito de estas líneas versa sobre el itinerario de la idea descentralista, dentro de la tradición constitucional peruana reciente. Es decir, durante los últimos cuarentaicinco años, a caballo entre los siglos XX y XXI; en el período de vigencia de las Constituciones Políticas de 1979 y 1993. Circunstancia histórica en que el Estado peruano abandona su forma unitaria y centralista de los inicios de la República, para asumir una definición política descentralizada, concordante con las modernas tendencias de reforma estatal que se postular por todo el orbe.

Se trata de ofrecer una explicación sumaria tan solo, cuya pretensión es dibujar un panorama general de la época en que la cuestión descentralista alcanza su momento cumbre. Así mismo busca proporcionarnos un esquema básico de su derrotero, que nos permita comprender sus avances y retrocesos, los retos que tuvo que afrontar y las ilusiones que en determinados momentos despertó. Esta visión, aún inacaba, tentativa y provisoría, debe llevarnos a entender, también, el por qué sus sucesivas formulaciones han encontrado barreras casi insalvables. Y las razones por la que sus resultados han sido siempre magros e insatisfactorios. Por último, aspira a dar cuenta de las causas que explican la persistencia de expectativas múltiples –aunque quizá ya no entusiasmos– que aún provocan esta clase de reformas descentralizadoras del poder, ya adentrados en el siglo XXI.

2. LA PRAGMÁTICA OPCIÓN POR EL CENTRALISMO UNITARISTA, QUE IMPREGNA LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL PERUANA.

Como sabemos, el triunfo republicano sobre las posiciones pro-monárquicas se plasma, jurídicamente hablando, con la promulgación de las *Bases de la Constitución Política de la República Peruana,* por la Suprema Junta Gubernativa el 17 de diciembre de 1822, después que el Soberano Congreso Constituyente la hubiese aprobado un día antes, sin mayor oposición y mucha algarabía.

A partir de ese momento, quedaba expedito el proceso de elaboración de la primera Carta Política de la República, bajo los principios orientadores contenidos en el documento de *Bases.* Sin embargo, el año 1823, el segundo de la República según la cronología utilizada entonces, el año constituyente por antonomasia, fue también el período de las más terribles convulsiones que asolaron al naciente régimen republicano. No resulta exagerado manifestar que el país estuvo en jaque y la propia Independencia a punto de fallecer, apenas año y medio atrás de su formal proclamación, en la antigua Ciudad de los Reyes, aquel histórico 28 de julio.

En consecuencia, jamás se produjo el necesario sosiego para alumbrar lo que sería la primera Constitución del Perú independiente. No existieron las condiciones políticas para el debate constitucional, en sí. Tampoco para concitar las expectativas requeridas en una opinión pública comprometida con el proceso. En efecto, 1) la derrota de la primera expedición de Puertos Intermedios; 2) el motín de Balconcillo, el primer golpe de estado en nuestra procelosa vida republicana; 3) la toma de Lima por el ejército realista de Canterac y su permanencia durante casi un mes; 4) la consiguiente huida de las autoridades al puerto del Callao, primero y a Trujillo después; 5) la ulterior división del Congreso y 6) la coexistencia del dos mandatarios –Riva Agüero y Torre Tagle– en franca beligerancia, disiparon cualquier atisbo de clima constituyente. Tan grave era la situación que incluso el ansiado arribo de Bolívar, no fue capaz de disipar el ya convulso, agrio y devastado ambiente político nacional.

Esos fueron los principales y dramático sucesos que recorrieron al país durante aquel fatídico año. Y en este cuadro –sin duda, el menos propicio para la elaboración de un texto constitucional– advino nuestra primera Carta Política republicana, la Constitución de 1823.

De ahí que no resulte extraño que varios tópicos quedasen pendientes. El más importante, sin duda, la adopción de una postura clara frente al federalismo que, por el entonces, estaba muy presente en los encendidos debates vinculados a la construcción de los nuevos estados en la América liberada. La Constitución norteamericana de 1787 era la indiscutible fuente inspiradora de las posturas federales, que debatieron con las tesis unitarias, por todo el continente y terminaron imponiéndose en México, Venezuela y Argentina.

Por ello, no fue casualidad que ni las *Bases* de 1822 ni la Constitución de 1823 definieran de modo explícito la forma de organización territorial del estado. El

gobierno fue definido como "popular representativo" (Art. 3 de las *Bases* y Art. 27 de la Constitución), sin alusión alguna a su carácter unitario o federal.

Ciertamente no fue por desconocimiento de los diputados constituyentes. Era claro que muchos de ellos tenían posiciones al respecto. Hubo un deliberado silencio, un tácito consenso que resultó conveniente para todos y concordante con las circunstancias políticas del momento. Fue menester, entonces, esperar un lustro y mejores condiciones para que en la Constitución Política de 1828 –según el jurista Manuel Vicente Villarán "la madre de todas la constituciones"– recién apareciera el célebre Art. 7, con la fórmula completa:

> La nación peruana adopta para su gobierno la forma popular representativa **consolidada en la unidad**" (Las negritas son nuestras).
>
> ¡He ahí el origen del centralismo unitario histórico que ha hegemonizado a lo largo de la mayor parte de nuestra tradición constitucional!

A pesar de ello, el federalismo no era un *avis raris* ni una planta exótica, en el pensamiento político y constitucional de la época. En verdad fue todo lo contrario. Para muchos ideólogos peruanos que adherían al liberalismo político, la visión hegemónica del siglo XIX, el modelo federal resultaba congruente y les parecía especialmente atractivo. Su propia concepción de contener la expansión estatal con el objetivo de ampliar los espacios para la libertad ciudadana, muy propia de la ideología liberal, los conducía, espontáneamente, a simpatizar con cualquier forma de descentralización del poder político.

Pero no eran los únicos. Las tentaciones federales también pululaban en los predios conservadores, por lo menos, los que tenían asentamiento provinciano y en la propiedad terrateniente. Dada la abrupta geografía nacional, con sus vastas extensiones, territorios incomunicados, muy distantes de Lima y su modernidad cosmopolita, no era infrecuente el fomento de sentimientos regionalistas de marcado signo conservador.

Es decir que había razones fundadas que podían justificar la alternativa federal, sin problema alguno para los universos ideológicos en pugna. Ya sea por la adhesión a un ideario político abstracto o por los dictados de la cruda realidad que recelaba de los poderes centralizados, se podía abrazar el ideal descentralista.

Sin embargo, lo curioso fue que, a pesar de la ideología liberal dominante y del realismo geográfico, el federalismo jamás fue esgrimido como una alternativa

inminente y práctica, por los padres fundadores de la República, ya adhirieran al credo liberal o conservador.

El que las tendencias objetivas hacia la federalización del Perú Independiente no prevalecieran, se debió a que los actores del momento tuvieron la grandeza de dejar atrás sus posturas idealistas, en aquella época auroral de la República. Por el contrario, desarrollaron una subjetividad muy perspicaz, para leer los acontecimientos con enjundia realista y no dejarse ganar por los espejismos que el giro de la historia producía en abundancia. Pensaron con moderación, sin radicalismos, y actuaron con suma prudencia, evaluando las circunstancias, cotejando el discurso doctrinario con los imperativos de la realidad. Jorge Basadre, el historiador de la República, por antonomasia, percibió como nadie este talante de nuestros patricios liberales y concluyó que gracias a su sagacidad y tino, el flamante Perú libre no estalló territorialmente.

Dolorosas fueron las perdidas territoriales del Alto Perú, de Guayaquil y la costa de lo que hoy es el litoral ecuatoriano, que nos llevaron a guerras con los vecinos países y a las primeras frustraciones nacionales, también. A partir de esta experiencia –intuye Basadre– que la fragmentación del territorio nacional por la implementación de un régimen federal, podría haber tenido consecuencias desastrosas e irreparables. Por eso destaca la conducta eficiente de los primeros Prefectos republicanos, representantes del poder nacional en territorios lejanos. En ningún momento alentaron alguna clase de veleidad separatista, contribuyendo, a su manera, a mantener la cohesión del Estado peruano, en medio del tronar de las tormentas disolventes. Aunque parezca paradójico, el centralismo unitario fue, en ese momento dramático, la fórmula política idónea para la sobrevivencia del Perú estatal y como Nación.

Alguien podría sostener que estas reflexiones se encuadran dentro de lo meramente especulativo. ¡Cierto, podría ser, es una posibilidad! Pero también es verdad que cinco años después de la afirmación unitaria y centralista de la Carta Política matriz de 1828, en el calor de la discusión de su revisión prevista y diera lugar a la Constitución de 1834, los anhelos federalistas volvieron a asomar peligrosamente. Y fue así, que en una nefasta coyuntura signada por el caos gubernativo a nivel nacional, Andrés de Santa Cruz, que fuera Presidente del Perú en 1829 y lo era ahora de Bolivia, decidió la reintegración de su país con el *Bajo Perú,* a través de una estructura federal.

De esta manera, el 28 de octubre de 1836, a dieciocho años de la proclamación de la Independencia del Perú, nació en la América Meridional un nuevo estado que, por el lapso de tres años, fue conocido como la *Confederación Perú-Boliviana*. Bajo esta denominación se reunían tres estados independientes: 1) la República de Bolivia, creada el 6 de agosto de 1825, autora de la iniciativa del pacto federal, autorizado mediante Ley del 22 de julio de 1835; más los estados que surgieron de la división expresa del Perú, a lo largo del año 1836: 2) el *Estado Sud Peruano* y 3) el *Estado Nor Peruano.*

Esta separación se perfeccionó, primero, en la sala de sesiones de la villa de Sicuani, donde el 17 de marzo de 1836 los representantes de los departamentos sureños del Perú, acordaron separarse de éste y constituirse como un nuevo estado en el concierto de una Hispanoamérica independiente:

> "Art. 1 Los departamentos de Arequipa, Ayacucho, Cuzco y Puno se erijen (sic) y **constituyen en un estado libre e independiente bajo la denominación de *Estado Sud Peruano*,** adoptando para su gobierno la forma popular representativa". (La negrita es nuestra).

Y cinco meses después, el 11 de agosto del mismo año de 1826, en el pueblo de Huara, los personeros de los departamentos de Amazonas, Junín, Libertad y Lima, decretaron la formación del *Estado Nor Peruano*, para confederarse con Bolivia y el Sud Peruano. Con el objeto que no hubiera alguna vacilación en torno a este propósito, en el Art. 2 de este acuerdo se señaló que:

> "El Estado Nor Peruano **reconoce la separación e independencia** del Estado Sud Peruano". (Las negritas son nuestras).

¡Qué no quede duda alguna! La Confederación implicaba la ruptura previa del Estado peruano, para confluir con Bolivia en un segundo momento.

Ciertamente, La reunificación del Alto y Bajo Perú, de los dos Perú es, en un gran Perú, ha recabado la simpatía de historiadores de la talla de José de la Riva Agüero. Pero la admiración nostálgica de la extensión territorial del Tahuantinsuyo y la de los tiempos Virreinales, apostando por el retorno a su antigua grandeza, no basta para preterir los inmensos riesgos que entrañaba el proyecto confederal, para la unidad nacional. Su eventual fracaso posterior, como efectivamente acaeció, pudo arrancarnos de la heredad de la Nación lo que hoy es el sur peruano, con Arequipa a la cabeza.

Para que no se crea que estamos exagerando ahí están los libelos de la época, las declaraciones explicitas de Juan Gualberto Valdivia, el célebre arequipeño conocido como el Deán Valdivia y muchos otros intentos secesionistas, que jamás debieran ser olvidados de nuestro registro histórico. En aquellos tiempos, que alumbraron una nueva entidad política independiente, que retuvo el nombre del Perú de la época colonial, dado por su conquistador Francisco Pizarro, los sentimientos de sus habitantes sureños, de lejos, no estaban imbuidos por una peruanidad incontestable. Al contrario, se percibían oprimidos por el burocratismo de Lima, la capital; a pesar que el sur peruano tenía una dinámica económica y demográfica más rica e intensa que los territorios ubicados en el norte del país, durante la iniciación de la República.

Esta convicción era tan masiva y evidente que no tuvo dificultades en plasmarse jurídicamente en el primer considerando de la Declaración de Sicuani por la Asamblea de Sud del Perú:

> "Que convencidos los pueblos del Sud **por una larga y triste experiencia,** de que su asociación con los del Norte, **bajo el régimen (sic) de unidad, hace difícil, si no imposible su organización,** y por lo mismo **más difícil la felicidad** que esencialmente depende de la forma de gobierno;" (Las negritas son nuestras).

La vocación separatista fue un hecho imposible de negar, en el sur peruano y por aquellos años. El proceso confederal acentuaba dichas tendencias centrifugas y quizá –nunca lo sabremos– el desenlace de la Confederación Perú-Boliviana pudiese haber sido otro muy distinto y con gravísimas consecuencias para la propia existencia del Perú como Nación. Jorge Basadre expresa esa angustia vital, por la aprensión que tal eventualidad sucediese. Por eso, en el campo de la historiografía nacional se coloca en las antípodas del autor de *Paisajes Peruanos.*

Tampoco se puede obviar que la tentativa confederal causó escozor en los países de la región, especialmente en Chile. Bajo la astuta conducción de Diego Portales financió expediciones contra Santa Cruz, hasta derrotarlo en la batalla de Yungay, el 20 de enero de 1939. De esta manera, se puso fin al proyecto y con él a la única experiencia federal del Perú republicano.

Igualmente es cierto que los peruanos opositores (Gamarra, Castilla, Vivanco, etc.) a la Confederación fueron acogidos y financiados por el gobierno de Chile; en lo algunos historiadores denominan la "primera guerra del Pacífico". Todo esto es

verdad. Como también lo fue la posibilidad que la Patria peruana se desintegrase, especialmente por los departamentos del Sur.

La consecuencia de esta veleidad, que puso en vilo al Perú y pudo cambiar su destino histórico, fue una drástica reacción que se condensó en la Constitución de 1839, elaborada en la ciudad de Huancayo e impulsada por el nuevo hombre fuerte nacido de esas circunstancias: Agustín Gamarra.

Dicha Carta de tesitura conservadora inobjetable, no sólo restaura el centralismo unitario, sino que lo potencia en su Art. 2 al prohibir expresamente:

> Hacer con otro Estado pacto alguno **que se oponga a su independencia y unidad.** (Las negritas son nuestras)

Así mismo, declara en su Art. 183 que:

> Es **inalterable** la forma de gobierno popular representativo, consolidada en la unidad. (Las negritas son nuestras)

Y termina eliminando todo atisbo de institucionalidad que contrapesara al poder central: las Juntas Departamentales y las propias Municipalidades, a pesar de la dilatada existencia de estas últimas, remontadas a los años germinales de la Conquista.

El régimen de los municipios, tan hondamente enraizado en nuestra historia que logró superar el tránsito del Virreinato a la República, quedó totalmente proscrito. Las municipalidades fueron reemplazadas por las *Intendencias policiales,* a cargo de subprefectos y gobernadores, que con el solitario concurso de dos síndicos procuradores (único rescoldo del municipalismo). Estas intendencias se encargarían de los asuntos locales, vecinales y edilicios. Este mandato constitucional importó el desmontaje de inmediato de los Concejos municipales, produciendo una insólita reconcentración del poder que por más de diez años desmunicipalizó al Perú, rompiendo una antiquísima tradición para el gobierno de los pueblos.

Por cierto, el municipalismo fue redivivo por el imperio de la Constitución de 1856, otra apuesta de raigambre liberal y descentralista. Y, desde entonces, golpeado y con poca fortuna muchas veces, el régimen municipal se enraizó en la tradición del constitucionalismo peruano. Ninguna dictadura, por violenta y brutal que fuese –aunque recortara sus funciones e incluso aboliera la elección democrática

de sus cargos (como se llevó a cabo durante el oncenio de Leguía)– jamás puso en cuestión su existencia histórica y constitucional.

Pero de hecho, no ocurrió lo propio con el federalismo. Incluso en su palidísima versión de las *Juntas Departamentales;* que, por cierto, jamás fueron conceptuadas como instancias de gobierno. La idea de una Federación como forma de estado, para el gobierno de una realidad compleja, con territorios inhóspitos, distantes y desconectados, se diluyó completamente del es escenario político. Sin duda, la traumática experiencia de la Confederación frenó de modo concluyente a las posturas federalistas que pudieron sobrevivir. Nunca más el federalismo gravitó con alguna fuerza y sus ecos fueron cada vez más débiles y lejanos. De esta manera, militarmente derrotado y tachonado bajo el peso de la Constitución ultracentralista de 1839, la posibilidad de algún estado federal y con él, de cualquier alternativa de descentralización genuina, capaz de articular la gobernanza territorial y desafiar, en serio, al obsoleto centralismo unitarista, se disipó para siempre de horizonte político e intelectual peruano.

3. UN PROLONGADO Y DISRUPTIVO INTERREGNO.

Aunque la apuesta por federalizar al Estado peruano perdió toda vigencia y prestigio, los reclamos contra el centralismo imperante jamás fueron acallados del todo. Era una queja persistente y real que, de alguna manera, aparecía en el debate político sobre la administración del territorio. Sin duda, se apoyaba en postular un rol más activo de los municipios y la necesidad de reformarse para tal objetivo, pero se anhelaban instituciones más contundentes para descentralizar al país, realmente.

Debieron pasar 140 años para que las cosas cambiaran. Casi un siglo y medio transcurrió entre la Constitución de 1839, aprobada en Huancayo, que colocó una lápida a las tentaciones federalistas, cerrando definitivamente el ciclo descentralista de los primeros tiempos republicanos, hasta la puesta en vigor de la Constitución Política de 1979, que finalmente modificó la tradicional forma de estado del Perú independiente: unitario y centralista, por un régimen auténticamente descentralizado.

Durante ese dilatado interregno la matriz centralista del Estado peruano continuó agudizándose, no solamente por la extirpación del federalismo en tanto alternativa para descentralizar al país, sino por la casi y práctica liquidación del municipalismo, que había logrado recuperarse de su ocaso institucional, a partir de la Constitución liberal de 1856.

En efecto, luego de los momentos estelares alcanzados mediante dos *Leyes Orgánica de Municipalidades:* 1) la del 9 de abril de 1873*,* aprobada a instancias del gobierno de Manuel Pardo, modelo de descentralización administrativa y 2) la del 14 de octubre de 1892, la más importante, sin duda, por su luenga duración, pues prolongó insólitamente su vigencia hasta el 15 de marzo de 1981, fecha de promulgación del Decreto Legislativo N.º 051; acaeció el eclipse municipal más extenso y penoso de la historia republicana.

Tras el golpe de Augusto B. Leguía, origen de la Constitución de 1920, la cual irónicamente alude a la autonomía municipal, se suspendieron los comicios municipales so pretexto de adecuarlos a los flamantes preceptos constitucionales. Esta cancelación de la democracia edilicia, de transitoria devino en permanente. En la década de los 60 del siglo XX, bajo el primer gobierno de Fernando Belaunde se restauró este elemental derecho de los pueblos. Pero esta apertura fue violentamente clausurada por el golpe militar de 1968. Y cuestión curiosa, el influjo modernizante de las estructuras estatales, que proclamaba dicho gobierno, no contó para nada, ni por asomo, con las municipalidades. Estas siguieron bajo la dependencia del Ministerio del Interior, así como el nombramiento a dedo de las autoridades edilicias, tal como mandaba el ukase del Oncenio.

Fue menester esperar hasta el retorno a la democracia en 1980 y la celebración de elecciones municipales, en octubre de ese año, para que este derecho ciudadano se restableciera plenamente. Felizmente, desde entonces, la democracia municipal no se ha visto nuevamente hollada, a pesar del tiempo transcurrido y las dramáticas vicisitudes de la política peruana.

4. HACIA UNA NUEVA CONFIGURACIÓN DESCENTRALISTA Y MUNICIPAL DEL PERÚ CONTEMPORÁNEO.

En todo el ciclo histórico al cual nos hemos referido, el Estado peruano fue recentralizando sus competencias y funciones cada vez más. En especial, cuando a mediados del siglo XX asumió las orientaciones de política económica recomendadas por la CEPAL, para el desarrollo económico y social de los países de la región. Dichas políticas postulaban un modelo de *industrialización por sustitución de importaciones*, el cual, indirectamente tendía a la concentración del crecimiento económico en las grandes ciudades, principalmente del litoral peruano. Todo ello en detrimento objetivo del campo y las provincias del interior y la sierra, provocando una inexorable postergación del Perú profundo.

Los desequilibrios territoriales se acentuaron como nunca, merced a este neo-centralismo de cuño modernizante. O, si se prefiere, por una modernización inducida que pretendía desplazar al patrón productivo tradicional de naturaleza agro-minero exportador, pero que aparejaba como resultado una estructura económica centralista y vocación re-concentradoras. Y, si esto no fuera suficiente, durante ese dilatado período el país, en paralelo, se fue desmunicipalizando como jamás había ocurrido en su largo devenir; incluyendo los tiempos coloniales.

Paradójicamente, el largo interregno que combinada un exacerbado centralismo estatal y una evidentes desmunicipalización tuvo su cima, durante la década de los 70' del pasado siglo. En efecto, bajo la égida de un gobierno militar que rompió el orden constitucional, autoproclamándose revolucionario, con la intención de llevar a cabo una panoplia de reformas institucionales profundas –los llamados "cambios estructurales", se lleva adelante el ambicioso ensayo de impulsar, desde la cúpula estatal, un programa para movilizar a la población, bajo criterios verticales y autoritarios. A pesar que adoptó el pomposo nombre de "democracia social de participación plena", por muchos fue tipificado de corporativismo fascistizante.

A la distancia y transcurrido más de media centuria, los ambiciosos objetivos revolucionarios han fracasado rotundamente y sin ambages. Es un hecho incontestable. La modernización capitalista-desarrollista, teniendo como eje a la acumulación estatal, chocó con las limitaciones del mercado interno. Y, por ende, abrió brechas insalvables en las balanzas comercial y de pagos, en el exterior; y produjo déficit fiscal e inflación monetaria, en el interior. No debió sorprender que a fines de los 70´ del pasado siglo, la crisis económica se desatará con violencia, por lo que la situación se tornó insostenible, para el mismo régimen militar.

En paralelo al deterioro económico la naturaleza vertical y autoritaria de las políticas de participación, se iba acentuando peligrosamente. El SINAMOS condujo a resultas fascistoides como el MLR y corporativos como la CTRP, la CNA, el COCOMI, etc. La respuesta ciudadana y popular acicateada por crisis y la imposición dictatorial, fue la insurgencia de un movimiento desde abajo y desde el interior del país, que apuntó hacia una democratización activa y profunda, que terminó por liquidar a la dictadura militar. Este objetivo encontró plasmación en la Asamblea Constituyente de 1978, que independientemente de las maniobras castrenses para paliar el temporal y garantizar su propia salida, fue el caldo de cultivo para una reforma constitucional de largo alcance –a pesar de los cambios ulteriores– en varios aspectos, especialmente en lo referente al imperativo de renunciar a la matriz centralista de nuestra tradición constitucional.

Esta afirmación es paradójica, pero objetiva. No se puede negar que durante los "gloriosos años revolucionarios", la cuestión descentralista destacó por su ausencia total. Ni en el denominado *Plan Inca* que monitoreó el proceso, vamos a encontrar alguna línea al respecto. Quizá, porque para el modelo político castrense el interés iba por las reformas económicas modernizantes y tecnocráticas. No así, por la apuesta de apuntalar una democracia en serio. Reparemos que la descentralización política y el rol de las municipalidades tienen que ver con fortalecer la ciudadanía y la apertura de canales de participación democrática. Ello implica el control del estado y la toma de decisiones por la población participante, cosas que no sintonizaba con el verticalismo marcial de los gobernantes uniformados.

4.1. El retorno a la democracia mediante el camino constituyente.

El 19 de julio de 1977, el país entero fue convulsionado por un paro nacional decretado por la CGTP y las principales centrales sindicales. No sólo la producción silenció las máquinas, sino todo el comercio y cualquier actividad dejaron de funcionar. Las poblaciones que ocupaban las periferias de Lima y las grandes ciudades, se movilizaron por las calles y los diferentes accesos, paralizando la vida cotidiana. Otro tanto ocurría en el campo provinciano donde las carreteras fueron bloqueadas, impidiendo el transporte cotidiano de personas y mercaderías.

De forma inusitada, el Perú profundo despertada súbitamente de un letargo de años. La actuación autocrática del gobierno castrense, que supo mezclar con relativo éxito medidas represivas, ofertas populistas y soflamas socializantes, había conseguido atemperar al descontento ciudadano. Tuvo éxito al descabezar a las organizaciones sociales, ya sean sindicatos o colegios profesionales, reduciendo su combatividad. Al perseguir y desterrar a la oposición democrática, tildada de "contrarrevolucionaria", la excluyó del juego político institucional. En simultaneo, los sectores fascistizantes del régimen quebraban a las organizaciones independientes, para corporativizarlas con todo tipo de amenazas, lograban atemorizar desalentando cualquier protesta.

Mas ese día, ocho años y medio después del golpe de estado que llevó a los militares al poder, se rompieron las esclusas del miedo y cual epítome de todo el abuso, maltrato, vejación y resentimiento acumulados, el país se puso de pie. Entonces rugieron las clavijas de los aparatos de dominación, descomponiéndose de modo inexorable. Ya no fue posible sostener al régimen castrense, a pesar del viraje político conservador desde mediados de 1976. Incluso la brutal represión que siguió al paro nacional de 1977, despidiendo a más de 5 mil dirigentes gremiales,

careció del élan y la eficacia para frenar la ola de protestas, en la capital y en el interior, durante el año siguiente.

Fue en ese clima violento y ante el peligro de perder el dominio de la situación, que los estrategas militares comprendieron que ya era hora de volver a sus cuarteles; para lo cual convocaron a una *asamblea constituyente*, como paso previo para retornar a la institucionalidad política. Los comicios constituyentes se realizaron en junio de 1978 y demostraron el grado de aislamiento del gobierno militar, pues prácticamente no hubo ninguna representación afín. Al cabo de una década de cambios revolucionarios y de intensa campaña ideológica por los medios de comunicación estatizados, el proceso de Octubre de 1968, sin embargo, careció de herederos políticos. Ni "velasquismo" ni nada que se le pareciera, a pesar que el apoteósico sepelio del general revolucionario pudo alentar ilusiones. Fue el último acto de la revolución militar y el entierro definitivo de cualquier expectativa política, al respecto.

4.2. El giro descentralista de la Constitución Política de 1979.

La *Asamblea Constituyente* con sus cien integrantes se instaló el 28 de julio de 1978 y terminó sus funciones un año después, aprobando lo que sería la Constitución de 1979. El gobierno de Morales Bermúdez vetó su ejecución inmediata, siendo menester que el nuevo gobierno de Fernando Belaunde, la promulgara, el 28 de julio de 1980.

En materia de descentralización y municipalidades esta Carta Política conlleva innovaciones radicales. Para empezar, el punto de partida se puede localizar en el Art. 79, cuando precisa que el gobierno de la República será "unitario, representativo y descentralizado", fórmula que se repetirá en el Art. 43 de la Constitución de 1993.

A pesar que el articulado hace referencia a lo gubernamental, la mejor doctrina y la jurisprudencia ulterior del Tribunal Constitucional han interpretado dicho texto como una variante de las posibles *formas de estado,* que considera la teoría. Tanto así que en el años 2005, el *Supremo Interprete de la Constitución* acuñó la noción de *Estado Unitario y Descentralizado* para aludir a la actual forma política-jurídica del Estado peruano. Esta definición ha alcanzado un éxito incontrovertible, al igual en ámbitos políticos como académicos. E implica una ruptura radical con la tradición constitucional que siempre apostó por un estado unitario y centralizado.

Cabe señalar que no estamos ante una fórmula meramente retórica, pródigas en nuestros ordenamientos jurídicos. Por el contrario, el diseño descentralizado

del nuevo Estado peruano tiene connotaciones expresas, fuertes y mandatorios, plasmadas en el texto de la Constitución de 1979, tanto en lo programático, como en la dimensión procedimental.

En efecto, el programa descentralizador se encuentra desarrollado en el Capítulo XII –correspondiente al Título IV de la Carta Política de 1979, sobre la *Estructura del Estado*– que responde a la sugestiva denominación: *De la Descentralización, Gobiernos Locales y Regionales.* Tres concepto unidos inextricablemente para alcanzar el propósito de cerrar el itinerario unitario y centralista del Perú republicano.

Esto quiere decir que la descentralización política del Estado peruano se llevará a cabo mediante la puesta en funciones de Gobiernos Locales y Gobiernos Regionales en las diferentes circunscripciones del territorio patrio. Ambas vías –la constitución de poderes locales, por lado, y poderes regionales, por la otra– conjuntamente con el Gobierno Nacional, conforman la nueva estructura descentralizada del Perú estatal, que a partir de entonces, contará con tres niveles de gobierno, debidamente articulados: el local, el regional y el nacional. Empecemos por el análisis del gobierno local.

4.3. La reconversión del municipio como gobierno de la localidad

El Art. 252 constitucional resulta fundamental para el cumplimiento del primer propósito descentralizador.

En efecto, parte de recuperar la vieja institución colonial: el cabildo, que devino luego en municipalidad, la cual fue desvencijada paulatinamente en diferentes períodos republicanos, en la medida que avanzaba la idea del Estado-Nación. Desde la segunda década del siglo XX, durante los albores de nuestra modernidad política, los municipios habían perdido su naturaleza electiva y fueron despojadas de sus competencias básicas, por lo que tuvieron una nula importancia para política institucional. Por casi medio siglo dimanaron en entidades de paja, meramente decorativas e irrelevantes para la marcha de la República. El mérito de la revolución constitucional de los años1978-1979 fue haber reconceptualizado a las municipalidades como "órganos del Gobierno Local". Por lo que al dejar de ser instancias meramente administrativas, deberán gozar de "autonomía económica y administrativa en los asuntos de su competencia", tal como le corresponde a todo genuino órgano gubernamental.

Por virtud de esta norma contenida en la nueva Constitución Política atrás quedaron las fórmulas que negaban la sustancia política de los municipios y su

papel gubernativo que tenían en algunos momentos virreinales. Tanto el concepto del *Poder Municipal* de los inicios de la República –que reducía la capacidad municipal solamente a asuntos de la esfera doméstica–, así como la *descentralización administrativa* francesa –ajena a cualquier connotación política de las funciones edilicias– quedaron obsoletos y erradicados del horizontes municipalista, de modo definitivo.

El nuevo poder gubernativo municipal le atribuye al *concejo edilicio*, al cuerpo que representa políticamente al vecindario, la facultad más amplia para configurar sus propias decisiones, con la mayor libertad posible y sin la limitación de ceñirse a la mera administración de lo legalmente establecido. Por eso, las normas que aprueba dicha asamblea de regidores más el alcalde incluido, las llamadas *ordenanzas municipales* poseen el mismo rango, valor y fuerza de las leyes de la República. Claro está, validez jurídica que únicamente se aplica a los territorios, materias y competencias municipales, exclusivamente. Jamás a otros ámbitos ajenos, sean regionales o nacionales.

A esta capacidad se refiere la *autonomía municipal*: el dictarse con libertad sus propias normas teniendo como parámetro de dicha actividad sólo a las disposiciones constitucionales, que regulan la distribución de las competencias entre los órganos de los distintos niveles de gobierno.

Recordemos que un estado descentralizado, como el nuestro, el ejercicio de la *soberanía* les corresponde a las autoridades del gobierno de la Nación. Ellas representan al Estado peruano en el concierto internacional y ejercen esa supremacía en el interior del territorio nacional. En tanto que los gobiernos subnacionales y locales que concurren a estructurar el orden estatal, gozan de poderes de naturaleza *autonómica*, no *soberana*, pues sus actos de gobierno en sus respectivas circunscripciones, deberán estar en consonancia con los mandatos competenciales definidos directamente por la propia Constitución Política.

En consecuencia, el municipio redivivo por el Art. 252 constitucional, abandona su arrumbamiento pretérito y se convierte en un genuino gobierno de su localidad. Para ello, ha sido menester que esté dotado de plena *autonomía*, merced a la cual determina sus políticas y decisiones en los asuntos de su competencia- De esta manera –con estas características de derecho público– se erige como el primer nivel del flamante *Estado Unitario y Descentralizado,* que inauguró la Constitución Política de 1979, renunciando a la arcaica tradición centralista, que se remonta a sus orígenes.

Sin embargo, la vía de la reconversión municipal para descentralizar al país es muy importante, pero jamás será suficiente. Para dar cumplimiento cabal al objetivo descentralista era imprescindible promover un plexo de reformas adicionales, de mayor envergadura, complejidad e incluso riesgo. Se requería explorar otras rutas distintas de la municipalista, aunque no tuvieran antecedentes prácticos en la historia política del Perú.

Así se arribó a la *regionalización,* mecanismo para formar *regiones,* a pesar de no contar con referentes en nuestro bicentenario derrotero constitucional. En efecto, no había elementos anteriores que inspiraran el cometido de armar el nivel *regional,* el segundo del futuro Estado descentralizado.

4.4. La Regionalización para descentralizar. El modelo constitucional de 1979.

La respuesta acerca del camino procedimental seguido se encuentra en el mismo Capítulo XII de la Constitución de 1979. Específicamente, su denominación: *De la Descentralización, Gobiernos Locales y Regionales,* nos proporciona las pistas adecuadas. En esta búsqueda localizamos al Art. 259 constitucional, que nos dice con nitidez meridiana y sin ambages que:

> "La descentralización se efectúa de **acuerdo con el plan nacional de regionalización** que se aprueba por ley". (Las negritas son nuestras).

Por lo tanto, la formación de *regiones* del Perú descentralizado seguirán el diseño contenido en un *plan nacional de regionalización*, que deberá ser aprobado por una ley específica.

Mientras que la descentralización municipalista se fundamenta en una entidad preconstituida y con vasta solera histórica: el cabildo colonial, no existe referente para el *Gobierno regional.* Como ya lo hemos explicado, las *Juntas departamentales* fueron otra cosa; algo muy distinto a la misma idea gubernativa*,* tanto a su naturaleza política, como a la configuración de su territorio. Entonces, el reto para el constituyente de 1978 que debía regionalizar el territorio nacional y, a reglón seguido, constituir gobiernos en esas nuevas demarcaciones territoriales, partía del cero absoluto. El proceso de r*egionalización*, la creación circunscripciones llamadas *regiones*, se sostendría en la únicamente en la inventiva, de la imaginación humana.

Empezando por el territorio en sí. En efecto, *la región* no guarda analogía con el *departamento*. Este último se concibió como un espacio para la mayor presencia estatal y control sobre el territorio; una forma de organizar al estado centralizado.

En cambio la *región* responde a un telos muy diferente: distribuir los poderes públicos, inicialmente concentrados en algún ámbito capital, por todo el territorio estatal, en forma equitativa y razonable. Por esa razón, el Art. 259 de la Carta Política de 1979 exige que:

> "Las regiones se constituyen sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, económica, administrativa y culturalmente".

Y remata la idea afirmando que éstas: "Conforman unidades geoeconómicas".

Obsérvese que estamos en la antítesis de la noción de *departamento* (podríamos incluir a las provincias, distritos u otros similares, que difieren por los tamaños de sus áreas). Es decir, ámbitos geográficos vacíos, carentes de alguna determinación histórica o cultural. Todo lo contrario a la idea de *regió*n, donde deberán primar elementos que estructuran política y culturalmente a dicho territorio.

Mientras el *departamento* y sus análogos tienen el exclusivo propósito de ejercer un poder uniforme, cuyo norte sea el garantizar la centralidad y subordinación a un territorio más vasto, que los incluye como parte. Por su parte, las r*egiones* poseen una configuración particular, porque ello facilita la instalación de gobiernos autónomos, con sus competencias y funciones propias. Justamente las notas requeridas que caracterizan a un régimen políticamente descentralizado.

Esta distinción teórica apareja una singularidad práctica. Si las *regiones* no son la continuación del departamentalismo republicano –como sí lo es el cabildo colonial y el municipio contemporáneo– el constituirlas e instalar en ellas *gobiernos regionales*, jamás responderán al patrón transformador de las "municipalidades en órganos de gobierno local". La carencia de antecedentes genuinos, conlleva a que el uso de la vía de la *regionalización*, se proyecte como una experiencia inédita, una laboriosa *creatio ex nihilo.* En el fondo un notable esfuerzo intelectual que conjugó una fértil imaginación política, con una sofisticada técnica especializada en la demarcación territorial.

En los inicios de los 80`, la penúltima década del siglo XX, la responsabilidad de formar *regiones*, le correspondió al *Instituto Nacional de Planificación* INP–en esa época todavía existente. Sus equipos técnicos, con gran solvencia, aplicaron los criterios contenido en el Art. 259 constitucional para integrar territorios afines y generar espacios *regionales* que respondieran al imaginario de ser "unidades geoeconómicas". Las *regiones* así concebidas, en estricta congruencia con los postulados

descentralistas de la Constitución, dejaban atrás a los departamentos, la vieja demarcación centralista. El modelo territorial dominante desde los inicios republicanos.

Desde la puesta en vigor del texto constitucional, a fines de julio de 1980, el INP se aboca a trabajar en la elaboración del nuevo mapa del Perú *regionalizado*. Es una tarea laboriosa y de alto contenido técnico, que demanda la participación de equipos multidisciplinarios y gran solvencia profesional; y dura un lapso de casi cuatro años.

La Novena Disposición Transitoria de la Constitución de 1979 contenía un cronograma de acciones para regionalizar al Estado peruano: tres años como plazo máximo, desde la instalación del régimen constitucional, para que el Poder Ejecutivo presente al Congreso el proyecto del *Plan Nacional de Regionalización;* la obligación que en la siguiente legislatura se sustente y sea votado, aprobando o rechazando, sin modificaciones, con la mayoría del número legal de cada cámara (diputados y senadores). En el supuesto caso de rechazo por el Congreso, el Gobierno presentaría un nuevo proyecto en la siguiente legislatura. Y así fue, tras ese dilatado periplo y luego de un segundo intento, surgió la Ley N.º 23878 del 5 de junio de 1984, la cual aprobó el flamante *Plan Nacional de Regionalización.* El territorio nacional quedaba demarcado en doce regiones concebidas, ya no como meros espacios geográficos. Eran "unidades geoeconómicas", siguiendo el mandato del 259 de la Carta Política.

Todo este arduo proceso descrito se implementó durante el segundo gobierno de Fernando Belaunde Terry, que tenía mayoría en las cámaras parlamentarias. A pesar que su partido, Acción Popular, no participó en la Asamblea Constituyente de 1978-1979, su gobierno cumplió encomiablemente el objetivo descentralista planteado por la Constitución. Era el signo de los tiempos, pues a pesar de las diferencias políticas e ideológicas, se impuso la voluntad y el consenso para superar la matriz centralista de la República peruana.

Cabe mencionar, que dicho espíritu en pro de la reforma estatal descentralista no perdió ímpetu bajo el gobierno de Alan García Pérez. Durante ese quinquenio, 1985-1990, ni las turbulencias políticas ni la brutal crisis económica inflacionaria, ralentizaron el ánimo favorable para edificar el andamiaje institucional que requería la regionalización del país. Y, ciertamente, después de sortear la dificultades propias del caso, el Congreso de la República aprobó la Ley N.º 24650 *Ley de Bases de la Regionalización,* el 19 de marzo de 1987.

Se trató de una norma importante, pues definió la naturaleza, las características, competencias, funciones, el régimen económico, laboral y el ordenamiento jurídico de los gobiernos regionales; los cuales –a diferencia de las municipalidades– no tenían ningún precedente de previa. Fue un paso necesario antes de la creación legal de cada una de las diferentes regiones, pese a que no estaba contemplado. El vacío se suplió con el Art. 2 de la Ley N.º 23878, que había aprobado *El Plan Nacional de Regionalización* tres años atrás, toda vez que había ordenado al Poder Ejecutivo a presentar el referido proyecto al Parlamento Nacional.

Promulgada la *Ley de Bases de la Regionalización* en el año 1987, el Gobierno y el Congreso se abocaron a la creación política-jurídica de las regiones que habían sido identificadas en el *Plan de 1984*. Verdadera carrera contra el tiempo. En efecto, desde el 1 de marzo de 1988, fecha de creación de la *Región Grau*, la primera, fusionando los departamentos de Piura y Tumbes (Ley N.º 24793), se aprobaron once leyes de creación más. Y, apenas un año después, el 14 de abril de 1989, con la creación de la *Región Moquegua-Tacna-Puno*, posteriormente llamada *José Carlos Mariátegui* (Ley N.º 25023), culminó el proceso de regionalización, constituyéndose nuevas demarcaciones territoriales, llamadas *regiones*.

Desde ese instante se configuró un novísimo mapa político del Perú con doce regiones –luego de la separación de La Libertad-San Martín al año siguiente. El mapa se completaba dos municipalidades dotadas de regímenes especiales: la *Municipalidad Metropolitana de Lima*, en la capital, y la *Municipalidad de la Provincia Constitucional del Callao*; vista la dificultad para integrar ambas jurisdicciones.

En consecuencia, a lo largo de la penúltima década del siglo XX, se había ido estructurando una institucionalidad inédita para la organización territorial del Estado peruano: el *Estado Regional*. Forma de estado que seguía a las constituciones italiana de 1948 y española de 1978, gestando un nuevo modelo descentralista, que se apartaba del clásico modelo de los estados federales. Entre sus características singulares estaban las *regiones autonómicas*, en vez de *estados miembros* de una federación supraestatal, como los Estados Unidos de Norteamérica.

Empero, para activar el curso descentralista –en concordancia con la *Ley de Bases de la Regionalización*– era menester llevar adelante un complejo proceso de adecuación, reestructuración y transferencias de organismos y funciones. Desde el Poder Ejecutivo y entidades públicas desconcentradas, hacia las flamantes *regiones*. Con tal propósito el Congreso de la República expidió la Ley N.º 25187 del 17 de enero de 1990, autorizando al Poder Ejecutivo, durante el lapso de 60 días, a

legislar sobre tales materias. En ese cortísimo plazo, con las elecciones generales *ad portas* y a pocos días de concluir el mandato gubernamental, más de cincuenta *Decretos Legislativos*, modificaron en un santiamén la estructura competencial del Estado peruano. Se trasladó a los gobiernos regionales y municipios, un cúmulo enorme de entidades, funciones y recursos, concentrados hasta ese momento en el gobierno central. Decisión que, por lo apresurado, traería infelices consecuencias y pretextos para liquidar la experiencia.

Finalmente, el Gobierno del Presidente Alan García concluyó esta odisea con la primera convocatoria a las elecciones para los *gobiernos y asambleas regionales*. Ésta se realizó en dos tramos, empezando por las regiones ya constituidas por ley. Los primeros comicios se llevaron a cabo a fines de 1989, conjuntamente con las elecciones municipales de ese año. Y, los segundos, en abril del siguiente, en simultáneo con las elecciones generales para Presidente y el Congreso de la República, correspondientes al período 1990-1995.

4.5. La descentralización puesta prueba en las postrimerías del siglo XX.

Las elecciones regionales de 1989 y 1990, las primeras de su género, invistieron a representantes para conformar *Asambleas Regionales* de carácter tripartito, pues al lado de los elegidos directamente por el voto popular, concurrían a su seno los alcaldes provinciales de la región, más "los delegados de las instituciones representativas de las actividades económico-sociales y culturales de la misma", según el Art. 264 de la Constitución de 1979. El artículo añadía una regla proporcional: los representantes directamente elegidos no superarían al 40% del total de sus miembros.

Por otro lado, la elección del Presidente Regional y Consejo, era indirecta, pues le correspondía a la Asamblea, a tenor de lo dispuesto por los incisos 1) y 2) del Art. 265 constitucional. Un inédito ensayo de sistema parlamentarista, en un país acostumbrado a elegir directamente a sus gobernantes.

Treinta años después resulta sumamente difícil emitir un juicio ponderado sobre la forma orgánica que tuvieron dichos gobiernos regionales. ¿Hubiera sido viable este exótico y audaz ensayo de régimen parlamentarista regional *sui génerís,* toda vez que sus dos terceras partes provenía de otro tipo de sufragio?, ¿Funcionaría el asambleísmo para la toma de decisiones?, ¿Garantizaba la estabilidad gubernamental?, ¿Qué decir del tercio corporativo de representantes de organismos de la sociedad civil?, ¿Y sobre la presencia de casi un tercio de alcaldes de las provincias de la región, cabe preguntar por el rol que jugarían? Y podríamos seguir ...

En todo caso, el cortísimo tiempo de vigencia, hasta el 5 de abril de 1992, no permitirá respuestas definitivas.

Sin embargo, rápidamente las autoridades regionales entraron en conflicto con el gobierno nacional, reclamando funciones y competencias que éste último era renuente a transferir. La delegación de facultades legislativas hizo que el gobierno de García desmantelara los ministerios y las dependencias del Poder Ejecutivo, dejando sin herramientas a los nuevos gobernantes. En lugar de un traslado gradual y ordenando de las competencias, hubo "shock descentralista", que objetivamente rompió las cadenas de mando, generando una crisis de gobernabilidad. Muestra de ella fue la conformación y funciones del *Consejo Presidencial de Coordinación Regional* –que contemplaba el Inc. b) del Art. 4 del Decreto Legislativo N.º 560, que aprobaba la *Ley Orgánica del Poder Legislativo*– donde el Presidente de la República y los Presidentes Regionales, con una frecuencia mensual, debían concertar las políticas públicas, sustituyendo en los hechos al *Consejo de Ministros*. El Primen Mandatario quedaba sometido a los jefes de los *Gobiernos regionales*. ¡Algo inaceptable para cualquier *Estado de Derecho!*

No hubo espacio, deseo ni tino, para un acuerdo sobre el funcionamiento de los *Gobiernos regionales,* relación con un *Gobierno nacional* que recibía un país destrozado. Era evidente que la situación ameritaba dramáticos ajustes para reducir la hiperinflación, con el menor daño para la población más vulnerable. La austeridad fiscal era imperativa y razonable, pero la arrogancia de algunas autoridades regionales y la indolencia de otras, tensaba hacia una lógica suicida. No hubo realismo político por los representantes regionales y quedaron desconectados de los retos nacionales, como si no fueran suyos también. Esta falta de solidaridad y comprensión del momento dramático, generó acrimonias y enfrentamientos inútiles. De hecho, no contribuyeron a legitimar la experiencia de regionalización que el país ansiaba.

Por esta razón, la cancelación de los gobiernos regionales el 5 de abril de 1992 no provocó en las provincias ninguna reacción social, a pesar que estas corporaciones eran novedosas, modernas y participativas. Había transcurrido un poco más de un año, que los pueblos concurrieron jubilosos a las urnas para elegir las autoridades regionales. No les alcanzaban las crítica de obsolescencia que podía pesar sobre otros organismos del Estado.

La cuestión de fondo fue que la descentralización política, esperada por todos, llegó en una pésima coyuntura. En los comienzos de los 90' del siglo pasado, el

Perú asistía a la crisis terminal del modelo cepaliano de *sustitución de importaciones*, que había provocado gigantismo estatal, inflación sin precedentes y la caída del producto, con el empobrecimiento de millones de peruanos. Independiente de las filosofías políticas había que sincerar los precios, restableciendo la economía de mercado, desregularizando las actividades productivas y comerciales, eliminando los costos superfluos e inútiles del estado y abriéndonos al comercio exterior. Ciertamente estas políticas de ajuste macroeconómico tenían costos sociales fortísimos. Eran inexorables, sin embargo.

Por otro lado, la violencia terrorista que venía de los 80' no arreciaba. *Sendero Luminoso* hablaba de "equilibrio estratégico", mientras el país se desangraba y se volvía oscuro el porvenir.

Y a nivel social, se sentían una anomia generalizada, en la mayoría de la población, fruto de la descomposición, la violencia política y la quiebra de la economía. Parecía no haber norte para emerger de un insondable hoyo de fracasos y desesperación.

El proceso descentralista se inició en las peores circunstancias y los actores fueron incapaces de comprenderlo y ponerse a la altura. Más bien evidenciaron una miopía supina, que en medio de la hecatombe amenazaban con pataletas para satisfacer sus gollorías. Por eso y es triste reconocerlo, la *regionalización* que despertara los mejores sueños a favor de la descentralización estatal, a lo largo de toda la década de 1980, perdió el rumbo y careció de fuerza para defenderse ante su clausura.

La primera versión del moderno descentralismo murió sin pena ni gloria. Más por excesos de febril entusiasmo, poca disposición para evaluar las circunstancias y una nula capacidad para adecuarse a contextos desfavorables, que debido a razones o causas intrínsecas. Pero, lo peor fue que, tras la fallida experiencia, quedó seriamente lesionado el espíritu descentralista y, por cierto, la voluntad necesaria para recuperar su sentido prístino.

Desde el año 1992, la ausencia de los gobiernos regionales fue suplida por unos *Consejos Transitorios de Administración Regional CTAR*, creados por el Decreto Ley N.º 25432 del autodenominado *Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional,* el 11 de abril de ese año. Estos organismos se montaron en cada una de las regiones existentes, mientras se elaboraba una nueva Constitución del Perú, con su alternativo régimen de descentralización. Pero, como ya había sucedido, la transitoriedad devino en permanente. Se prolongó hasta la terminación del Go-

bierno de Alberto Fujimori, el 21 de noviembre del año 2000. En este interinato, los CTAR asumieron los asuntos que concernían a las *regiones,* pero cercenando sus rasgos gubernamentales y todo atisbo de poder político regional. De esta suerte, su actividad se contraía a lo administrativo y a cuestiones de mera rutina.

A inicios de 1998 el régimen de los *CTAR* cambió radicalmente. Recordemos que por el Decreto Ley de abril de 1992, estos *Consejos* reemplazaban a los *Gobiernos regionale*s, pero en las *regiones* definidas por el *Plan Nacional de Regionalización,* de 1984. Es decir, los *CTAR* no alteraron el mapa del Perú regionalizado, de entonces. Pero, seis años después todo cambió, merced a la Ley N.º 26922 intitulada *Ley Marco de Descentralización,* del 3 de febrero de 1998.

Esta norma, aunque expresaba la posición oficial sobre esta materia, cuya importancia no se podía soslayar y que había quedado pendiente desde abril de 1992, no tuvo mayor relevancia práctica. Siendo un texto en lo esencial programático su ejecutividad requería un impulso político notable, capaz de movilizar a casi todas las instituciones del Estado y sus correspondiente recursos humanos y financieros. El cuál finalmente no se dio. Servirá entonces como un insumo básico para conocer lo que se pensaba en aquellos años, sobre cómo retomar la cuestión descentralista puesta en suspenso y que a pesar de las críticas se la seguía considerando válida.

En efecto, los *CTAR* dejaron de administrar *regiones*, ya que esta demarcación fue eliminada. Y así renacieron los viejos departamentos. El Inc. 1) del Art. 12 de la *Ley Marco* es sumamente explícito en su filosofía y sus intenciones:

> **El proceso de regionalización se constituye sobre el ámbito territorial de los departamentos**. Con ese fin a partir de la vigencia de la presente Ley, créanse los Consejos Transitorios de Administración Regional **(CTAR) en cada uno de los departamentos del país**, como organismos públicos descentralizados del **Ministerio de la Presidencia** con autonomía **técnica, presupuestal y administrati**va en el ejercicio de sus funciones, en concordancia con lo dispuesto en el Artículo 14 de la presente Ley. (Las negritas son nuestras).

En consecuencia, la Sexta Disposición Derogatoria derogó la Ley N.º 23878 que había aprobado el *Plan Nacional de Regionalización.* Igualmente, toda la legislación ulterior que estructuró el modelo de descentralización política contenido en la Carta Política de 1979.

Esta eliminación del mapa político del Perú regionalizado, tendrá consecuencias institucionales duraderas y serán más perjudiciales que la disolución de los

gobiernos regionales en 1992. El estigma se verificará al intentarse retomar la ruta descentralista.

La singular *Ley Marco de Descentralización* no abrió ninguna etapa en estos esfuerzos. Ni siquiera pudo activar la Octava Disposición Transitoria de la Constitución de 1993, que fijaba las materias que requerían leyes de desarrollo constitucional, con prioridad:

> **Las normas de descentralización** y, entre ellas las que permitan tener nuevas autoridades elegidas **a más tardar en 1995.** (Las negritas son nuestras).

Una aspiración y un buen deseo. Pero fue letra muerta. Incluso durante el año de 1998, a pesar de la vigencia de la *Ley Marco* mencionada. Así de simple.

4.6. La descentralización según la Constitución Política de 1993.

Independientemente de las marchas y contramarchas del proceso político de la última década del pasado siglo, que hemos repasado, debemos abocarnos también a analizar los postulados relativos a la descentralización de la Carta Política que entró en vigor el año 1993. Porque al margen de lo realmente ocurrido, resulta valioso conocer sus textos en sí, para tener una visión cabal del proceso descentralista y un juicio más exacto sobre su devenir histórico.

Con tal propósito procederemos, a continuación, a manifestar los aspectos más relevantes en materia de descentralización, que hallamos en la Constitución vigente:

Primero. En lo fundamental mantiene –como en muchas otras cosas– la vocación y el interés por la descentralización política del país que arrancó con la Constitución de 1979. En ese sentido la nueva Constitución entronca con la anterior y resulta incorrecto sostener una solución de continuidad entre ambas, a pesar de las diferencias que existen. Bajo su vigencia, el Estado peruano sigue siendo un estado descentralizado que ha abjurado de sus antecedentes centralistas. O, para utilizar la formula acuñada por el Tribunal Constitucional: un *Estado Unitario y Descentralizado,* a la luz del Art. 43 *in fine,* de la Constitución Política de 1993. En otras palabras la Constitución actual es parte inherente y componente sustantivo, de la nueva tradición constitucional, del horizonte descentralizado, que se inauguró en las postrimerías de los años 70' del siglo pasado. Y resulta fundamental decirlo que a pesar de todas las vicisitudes mantiene su esplendorosa vigencia descentralizadora, ya avanzada la tercera década del siglo XXI.

Segundo. Con algunas atingencias y cuestiones de menor calado, *el régimen municipal* reproduce el diseño logrado por la Carta Política de 1979. En otras palabras, las municipalidades siguen siendo conceptuados como "los órganos de gobierno local" (Art. 191 constitucional, de 1993). Y, por eso mismo, "tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia" (ídem). Para muchos autores la actual fórmula constitucional habría mejorado la doctrina al incorporar la noción de "autonomía política", que no aparecía de forma explícita, en el texto de 1979. Entonces era menester un ejercicio de exégesis para sacar a luz lo que, sin duda, estaba implícito en el anterior fraseo. Igualmente, la Constitución reconoce que las *ordenanzas municipales* poseen el rango, la fuerza y el valor de las leyes. Esto se colige al admitir que admite que la *acción de inconstitucionalidad* contra las leyes, cubre también a las *ordenanzas locales*, que infrinjan disposiciones establecidas por la *Ley de leyes.*

Tercero. En cambio, sí existen notables diferencias en torno al concepto de *regionalización*, en cuanto vía idónea o no, para alcanzar las metas descentralistas. Es indudable que la Constitución Política de 1993 reflejó una real, honda y extendida desconfianza, sentida por muchos, acerca del proceso regionalista promovido por la Carta Política de 1979, a punto de ser injustamente motejada, a nuestro juicio, de "alanista". Ciertamente no era un asunto fácil ni pacífico; tenía mucho de controversial. Y no cabe duda, que el más significativo reparo giraba acerca de la necesidad de un *Plan Nacional de Regionalización,* como instrumento descentralizador de veras eficaz. Es decir, estaba en cuestión la pieza maestra de la estrategia descentralista, puesta en marcha durante la década de los 80' del siglo XX.

En efecto, se discutía si este documento, elaborado por los expertos y ratificado por la representación nacional en el Congreso, pudiese descentralizar al país realmente. Y por eso, la nueva Constitución descreía, definitivamente, que las regiones pudieran nacer del seno de los laboratorios tecnocráticos. Por el contrario, el Art. 190 constitucional postulaba, en su defecto, que:

> "las Regiones **se constituyen por iniciativa y mandato de las poblaciones** pertenecientes a uno o más departamentos colindantes".

Por cierto, estamos ante un enunciado feliz. Que se arropa con todo el prestigio y las resonancias ínsitas del discurso democrático. Razón por cual, sin duda, ha tenido un éxito contundente y muy duradero, pues logró imponerse en el sentido común nacional. Sin mayores problemas, en el debate público pudo oponer las

ventajas de una "regionalización desde abajo" frente a otra "venida de arriba". Hasta nuestros días incluso, pues el argumento mantiene todavía fuerza notable.

Empero, a la hora de aplicarla, la fórmula feliz y exitosa se torna problemática e impracticable, como se verificó lamentablemente en los hechos, doce años después. Tendremos oportunidad de analizar este asunto más adelante y demostrar que la apuesta de consultar a la población, es una vía que nos conduce a un punto ciego, que termina frustrando toda posibilidad de descentralización, realmente existente.

Cuarto. Por esa razón, quizá, en la Constitución Política de 1993 la *región,* en cuanto territorio convive con el *departamento,* pese a sus naturalezas rivales. Resulta obvio que esta *regionalización* promovida, ufana por "venir desde abajo", resulta ajena a pretensiones universales y obligatorias. Siendo producto de la voluntad poblacional, cabe suponer que habrá poblaciones no interesadas en *regionalizar* sus territorios. Y, por ende, mantener su conocida demarcación *departamental*. Esta asimetría en los espacios de demarcación territorial se traduce en el Art. 189ª constitucional:

> "El territorio de la República se divide en regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se ejerce el gobierno unitario de manera descentralizada y desconcentrada".

Dentro de la semántica que envuelve a este artículo la *región* no es otra cosa que una circunscripción territorial más, igual que los *departamentos*, provincias y distritos. La *región* es pura geografía que destierra a la "unidad geoeconómica" del Art. 259 de la Constitución de 1979. Concepto omitido en la Carta Política de 1993.

Quinto. Por último, el Código Político de 1993 produce una alteración drástica de las estructuras, los roles y la composición de los órganos de gobierno de las regiones por crear, través de los referéndums regionales.

En primer lugar, se elimina el extravagante *parlamentarismo regional* para la designación de las autoridades del *ejecutivo regional*, sustituyéndolo por la elección directa del Presidente que, según el Art. 198 de la Constitución:

> "...es elegido por sufragio directo por un período de cinco años. Puede ser reelegido. Su mandato es revocable pero irrenunciable. Goza de las prerrogativas que la ley señala".

En segundo lugar, existe una ausencia notable. En el nuevo texto constitucional la elección popular del Presidente regional no está acompañada de comicios iguales para los representantes del llamado *Consejo de Coordinación Regional*. Es decir, no se sigue el patrón de elegir popularmente al Parlamento Nacional y Concejos municipales. Esto deviene contradictorio con lo dispuesto por el Art. 198 *in fine* de la Constitución de 1993:

> Son las máximas autoridades de la Región el Presidente y el **Consejo de Coordinación Regional.** (Las negritas son nuestras).

En tercer lugar, abre la duda este *Consejo* fue un órgano de gobierno o sólo una instancia de coordinación. En la medida que el citado Art. 198 remite los aspectos orgánicos a una futura ley de desarrollo constitucional, nos quedamos en ascuas acerca del estatuto jurídico del *Consejo de Coordinación Regional.* Y de paso echa sombras también, sobre la extraña autoridad del *Presidente Regional*, que carece de contrapeso asambleísta.

En cuarto lugar, la parte final del mismo Art. 198: "Los alcaldes provinciales o sus representantes son, de pleno derecho, miembros de dicho Consejo", confunde al máximo. Parece consagrar por la vía de la omisión que no habrá representantes electos por la población, en forma directa. Se confirmaría que el constituyente no quiso ninguna asamblea con poder normativo y fiscalizador. Siendo fieles a esta redacción podemos concluir que este *Consejo de Coordinación Regional* no era un órgano de gobierno. A lo sumo una entidad para concertar intereses y permitir la participación ciudadana.

Es más, el uso del vocablo "coordinación" como función de derecho público, no está referido a entidades gubernamentales. La "coordinación" no conlleva mandatos imperativos, en sí. Es natural de las instancias de concertación participativa, limitadas a la emisión de opiniones consultivas. Nunca vinculantes. Son similares a los *Consejos de Coordinación Local, provinciales y distritales,* contemplados en la actual Ley Orgánica de Municipalidades.

Quizás estas imprecisiones o vacíos expliquen el por qué a lo largo de los años 90 del pasado siglo, no se dieran pasos para avanzar en la ruta de la *regionalización* del Perú. De haberse constitucionalizado una suerte de asamblea elegida por los pueblos –una de las señas inequívocas de los órganos de gobierno– y, por supuesto, dotada de los poderes públicos correspondientes, tal vez el proceso no se habría necesariamente congelado. El gran paréntesis abierto en abril de 1992, podría haber

tenido desenlaces diferentes. E, incluso, fructíferos a la postre, puesto que implicaban enmiendas y correcciones necesarias para la reforma descentralista iniciada en la década anterior. El modelo de *regionalización* de la Constitución Política de 1979, se habría debatido con amplitud. La continuidad histórica resolvería los impasses y entrampamientos, siempre ineluctables, en términos positivos. Al margen los diversos enfoques y planteamientos en disputa, la descentralización en sí, como el gran telos del Estado peruano, no había perdido su vasto consenso.

4.7. ¿Por qué se congeló el proceso descentralista en la última década del siglo XX?

Sin embargo, independientemente de estas tribulaciones, ya sean objetivas o subjetivas, por razones materiales o políticas, o todas ellas juntas, es menester reconocer que la Constitución Política de 1993 jamás constituyó, ella misma y de por sí, un óbice infranqueable a las esperanzas de retomar el ideal de un Perú descentralizado.

Bajo ningún motivo, con justicia se puede afirmar, que la actual Constitución desarrolló una vocación re-centralizadora y que nos devuelve al itinerario unitario-centralista de los inicios de la República. Por más críticos que seamos de su texto, no es dable renunciar a la objetividad de los hechos ni desconocer el imperativo que nos dicta la realidad. ¿No es verdad, acaso, que la forma de estado "unitario y descentralista" del Art. 79 de la Constitución Política de 1979, es la misma a la contenida en el Art. 43 de la Constitución Política de 1993? En ese sentido, ambas normas por igual rompen con la tradición constitucional centralista, de "forma de gobierno consolidada en la unidad", que inauguró el Art. 7 de la Constitución Política de 1828.

Por otra parte, ambas Constituciones, de 1979 y 1993, adhieren a la doctrina que hace de las municipalidades "órganos de gobierno local", (Art. 252 y Art. 191, respectivamente). Atrás quedó las tesis del *Poder Municipal* limitándolas a los asuntos domésticos, de mero derecho privado. Igualmente se superó la teoría de origen francés sobre la *Descentralización Administrativa,* que excluía a los municipios del ejercicio político de sus localidades, contrayéndolos a cuestiones administrativas; no de gobierno. Cabe mencionar que estos paradigmas han persistido en el constitucionalismo peruano por más de siglo y medio, sin interrupción.

En cuanto al poder político-jurídico de las municipalidades. La autonomía en los asuntos de su competencia está plenamente garantizada en ambas Constituciones. Y, como dicen algunos autores, de mejor manera en la Carta Política de

1993, toda vez que su Art. 191 consagra la *autonomía política*, en lugar del Art. 252 de la Carta Política de 1979, que sólo se refiere a las *autonomía económica y administrativa.*

Igual cosa se puede afirmar sobre el régimen jurídico de las normas municipales. Las *ordenanzas*, el nombre de las disposiciones legales de carácter general, abstracto e impersonal que expiden los Concejos municipales para normar los asuntos y materias de su competencia, tienen el rango, valor y fuerza de ley, en ambos textos constitucionales. Simplemente, hágase un repaso del Inc. 1) del Art. 298 de la Constitución de 1979 y compáreselo con el Inc. 4) del Art. 200 de la Constitución de 1993, para arribar dicha conclusión.

Finalmente, el espinoso asunto de la *regionalización* como vehículo idóneo o no, para alcanzar el Perú descentralizado que todos queremos. No obstante que acerca del tema se han producido las mayores discrepancias, además del estigma sobre los 90', por pasmar la descentralización, conviene no perder las perspectivas de las cosas y ponerlas en su justo lugar.

Es cierto que las dos Constituciones difieren en aspectos esenciales, al respecto. Pero objetivamente, no tanto como para negar en absoluto la importancia intrínseca de la *regionalización*. Esto es el proceso de formar regiones, para la descentralización del Perú. En ese sentido, la Constitución Política de 1979 con su *Plan Nacional de Regionalización,* ejemplifica su versión fuerte. En tanto, el modelo de la Carta Política de1993 –donde las regiones nacen de consultas populares– sería su versión débil. Sin embargo, estas diferencias jamás debieron ser obstáculos para impulsar algún modelo de *regionalización*. Aun siendo de bajo calado y acuse rasgos defectuosos que pudieran distorsionar la experiencia descentralista, en sí misma. ¡Podría haberse llevarse a cabo!

Desde este ángulo es incorrecto imputar a la Constitución Política de 1993 la parálisis de la descentralización del país. Y, en concreto, que no se haya activado la formación de regiones mediante los referéndums del Art. 190 constitucional.

Por más indagación, no existe en el texto de dicha Carta Política traba absoluta que lo impida. Al contrario, su Octava Disposición Transitoria fijaba un contundente y clarísimo mandato: mediante leyes de desarrollo constitucional, dos años después de promulgada la Constitución, se debería normar la descentralización:

> "...y, entre ellas, las que permitieran **tener nuevas autoridades elegidas a más tardar en 1995".** (Las negritas son nuestras).

El incumplir dicho mandato fue responsabilidad del Congreso y las autoridades de aquel momento. A ellos habrá que pedirle cuentas y la historia los juzgará. Pero, en ningún caso, si reflexionamos con honestidad, cabe culpar a la Constitución Política de 1993, por omisión tan tremenda.

En consecuencia, no está corroborado que su vigencia haya imposibilitado la *regionalización,* en sí. Tampoco, el impedir que se retome su curso y desbloquearlo. La mayor evidencia que no había murallas normativas ni empalizadas insalvables, acaeció el 2002 cuando se recuperó la *regionalización*, cancelada desde 1992. abruptamente Y, semejante tarea se llevó a cabo sin sobresaltos ni angustias extremas. Fue factible bajo el imperio de aquella Constitución, sin que fuera necesario desconocerla o abrogarla, con la aquiescencia mayoritaria, incluyendo a los detractores de la Carta Política de 1979.

4.8. ¿La regionalización otra vez? *La Ley de Reforma Constitucional del 2002.*

Esta última afirmación nos conduce al análisis del nuevo ensayo descentralista nacido de la Ley N.º 27680 *Ley* ***de*** *Reforma Constitucional,* en vigor desde el 7 de marzo del año 2002. Esta norma ha modificado el Capítulo XIV, del Título IV, que versa sobre *la Descentralización, las Regiones y las Municipalidades.* Esta decisión concluye el interregno finisecular pasado y, de alguna manera, aunque con reparos, el Perú regresó a la órbita del descentralismo, mediante la *regionalización* rediviva, en el alba del siglo XXI.

El examen de esta nueva fase de la reforma descentralizadora deberá absolver, por delante, la inquietud acerca del significado auténtico de la Reforma Constitucional del 2002. ¿Acaso la modificación integral del capítulo sobre la descentralización, no demuestra que la Constitución de 1993, en su redacción original, fue un insuperable valladar para la descentralización en serio, del Estado peruano?

Se trata de una interrogante que no puede soslayarse. Demanda ser respondida con exactitud para evitar interpretaciones ambivalentes o, peor aún, antojadizas. Por eso afirmamos, contra la apariencia en una primera aproximación, que el cambio total de los artículos constitucionales referentes a la descentralización, no introduce un episteme descentralista cualitativamente distinto, al fijado por la Carta Política hasta hoy vigente. El nuevo texto del Capítulo XIV constitucional no conlleva propuesta que antagonice con la escritura anterior, del capítulo referido. Y sólo la demagogia, que nunca falta, puede sostener que estamos ante la negación absoluta del Capítulo original de 1993.

Líneas arriba demostramos que *la forma de estado descentralizado* se repite en las Constituciones de 1979 y 1993. Las diferencias son de estilo en la redacción, sin cuestionar el fondo. Hemos sostenido que la descentralización política en su sentido moderno y fuerte, se instaló en los comienzos de la década de los 80' del siglo pasado. Y se ha mantenido invariable hasta nuestros días, en pleno siglo XXI.

El carácter descentralizado del Estado peruano ha sido garantizado jurídica y políticamente, por la Constitución de 1979 primero; después por la Carta Política de 1993 y, finalmente, por la Ley de Reforma Constitucional del 2002. Durante 44 años, los tres textos constitucionales en sus normas aluden a organismos territoriales, dotados con autonomía política y cuyas disposiciones generales tiene rango, fuerza y valor de ley. Este régimen descentralizado, con sus tres niveles de gobierno –expresión de la modernidad estatal– ha sido posible gracias a la continuidad constitucional mencionada, a pesar de la diversidad y pluralismo político-ideológico de los gobiernos, en todo el período de casi medio siglo.

Lo mismo se puede decir del municipalismo peruano. La Constitución de 1979, la de 1993 y la Reforma Constitucional del 2002, conciben al municipio como un órgano de gobierno local, con autonomía en los asuntos de su competencia, cuyas ordenanzas equivalen a las leyes, en las materias y funciones edilicias. Además, para los tres cuerpos constitucionales, sin excepción, las municipalidades constituyen el primer nivel del Estado descentralizado.

Como ya lo hemos sostenido, la diferencia entre los modelos constitucionales de 1979 y 1993 estriba, principalmente, en cómo concebir las *regiones*, en la naturaleza de las autoridades *regionales* y en el modo de entender el proceso de formación de las propias *regiones*. Por esta razón, sería legítimo suponer que, en verdad, no fue necesario la mutación total del mencionado Capitulo XIV, sobre la descentralización. Quizá hubiera bastado cambiar los artículos constitucionales vinculados a la *regionalización* y recurrir a las leyes de desarrollo constitucional necesarias, para reforzar distintos aspectos de la formación de *regiones.*

En cuanto a la *Reforma Constitucional* en sí –aprobada por la Ley N.º 27680 del 7 de marzo del 2002– de su atenta lectura, tampoco se aprecia una ruptura neta y radical con el tipo de *regionalización* diseñado por el texto prístino, de la Constitución Política de 1993. Ciertamente existen diferencias. La *Reforma* denota una redacción más pulcra y acabada que el articulado original de 1993. Sus conceptos son diáfanos y precisos. Y, en general, el proyecto descentralista y sus principales componentes están mejor definidos que antes.

En cuanto a lo relacionado con la cuestión *regional*, el análisis será más exhaustivo. En primer lugar, reconocer que la noción de *región* se ha enriquecido. Deja de ser una simple demarcación geográfica para devenir en una "unidad geoeconómica" con múltiples determinaciones, tal como se planteaba en la Constitución de 1979. Y, en segundo lugar, la idea de autoridad regional abandona su vaguedad intrínseca para definirse como "*gobierno regional*", sin vacilaciones, también de modo análogo a la Carta Política anterior. Estos conceptos se desarrollarán posteriormente, con amplitud, en la Ley N.º 27783 *Ley de Bases de la Descentralización* y en la Ley N.º 27867 *Ley Orgánica de Gobiernos Regionales,* respectivamente.

Empero, en el asunto mismo de la *regionalización*, es decir. la formación de *regiones,* la *Ley de Reforma Constitucional* de 2002 renuncia al *Plan Nacional de Regionalización* como metodología para crear *regiones.* Es decir, deshecha la estrategia fundamental de la Constitución de 1979. Y, más bien, concilia con el camino del referéndum regional, propio de la Carta de 1993.

No se trata de un asunto menor, que algunos despistados insisten en preterir. La *regionalización* es el alma de la descentralización política. Sin r*egiones* constituidas como "unidades geoeconómicas", jamás se podrá avanzar hacia la descentralización con seriedad. Las municipalidades son importantes y juegan un gran papel; pero son circunscripciones pequeñas e incapaces de gestar una dinámica territorial que vaya en contra del centralismo existente. Pero si la tesis municipalista resulta ingenua debido a su falso optimismo, el pretender descentralizar sobre la base de los *departamentos* es una insensatez mayúscula, por la incoherencia de objetivos que entraña.

En consecuencia, ninguna otra clase de demarcación territorial podrá sustituir con eficiencia a la *región,* claro está si de descentralizar un orden estatal se trata. Es decir, si se descentraliza en serio al país. Por lo tanto, crear *regiones* resulta ser un imperativo para alcanzar la descentralización política. Y esto es una evidencia que no admite discusión en contrario.

La *Reforma Constitucional del 2002*, al igual que la Constitución Política de 1993, coinciden en rechazar la pertinencia de alguna suerte de *Plan Nacional de Regionalización*. Ambos textos le niegan capacidad como vehículo para la formación de *regiones*. Razón por la cual, la gestación de las mismas queda librada, únicamente, a las consultas poblacionales que debían realizarse para cada *región*, en concreto.

Hasta aquí la identidad, lo común, la coincidencia, en ambas visiones constitucionales destinadas a *regionalizar* al país. Irónicamente, el Congreso de entonces,

al aprobar la *Ley de Bases de la Descentralización* y la *Ley Orgánica de Gobiernos Regionales,* plasmó el modelo de *regionalización,* de la Carta Política de 1993.

La diferencia radicó en los modos de ejecutar el objetivo. En los 90' del siglo XX, el Parlamento y las autoridades gubernamentales no dieron ningún paso efectivo ni real, para crear *regiones.* De ahí la percepción que la *regionalización* se había congelado. Por el contrario, en los inicios del XXI gracias a una estrategia distinta se empezó a *regionalizar* de inmediato, eligiendo gobiernos *regionales* por delante.

i) El impasse a la regionalización, en el siglo XXI

La nueva estrategia puesta en marcha para la creación de *regiones*, al igual que la establecida por la Constitución de 1993, depositaba su confianza en la espontaneidad popular, en detrimento de cualquier proyecto nacional y racionalista. Prescindía de la necesidad de un *Plan Nacional de Regionalización,* la clave de bóveda de la Carta Política de 1979. En su lugar, los referéndums *regionales,* las consultas poblacionales, eran los métodos idóneos para *regionalizar* al país.

Pero en esta oportunidad y teniendo en cuenta la experiencia, la estrategia se implementó de modo diferente. Con audacia y voluntarismo se invirtió el orden natural: crear regiones, primero y, luego, montar el respectivo *gobierno regional.* El Art. 190 de la Carta de 1993, modificado por la *Ley de Reforma Constitucional del 2002,* alteró dicha secuencia y ordenó:

> "**El proceso de regionalización se inicia** eligiendo gobiernos **en los actuales departamentos y la Provincia Constitucional del Callao.** Estos gobiernos son **gobiernos regionales".** (Las negritas son nuestras).

La inédita fórmula constitucional superó el inmovilismo de la Carta de 1993. Del antiguo Art. 190 se colegía que la *regionalización* recién despegaría con las *regiones* aceptadas por consulta popular Ahora, el Art. 190 constitucional reformado prescribía que la *regionalización* arranca con la elección de *gobiernos regionales*, no en las *regiones* que aún no existen, sino en los departamentos y el Callao.

Por mandato constitucional a fines del año 2002, en la fecha para los comicios, se eligieran 25 *gobiernos regionales*. Y, desde enero del 2003, los viejos departamentos de impronta centralista, incluyendo el Callao, soportaron unas estructuras gubernativas desconocidas, a la que se las denominó, por pura convención: "*gobiernos regionales*". Aunque era imposible negar la artificialidad de estos *gobiernos departamentales*, en realidad, el ánimo general era exultante, pues se iniciaba la anhelada

descentralización del Estado peruano. Y lo heterodoxo del procedimiento no hizo decaer el júbilo.

El reto inmediato era superar la transitoriedad de "*gobierno regionales sin regiones",* por lo cual la estrategia *regional* del 2002, debía abocarse a la creación de *regiones* de verdad, como "unidades geo-económicas", Esta vez los patrocinadores de la *regionalización* quisieron evitar que se repitiera el vacío de 1993, de normas sin ejecución. Tuvieron cuidado de renunciar a las recomendaciones genéricas y en su lugar expidieron *leyes de desarrollo constitucional* explícitas y mandatorias. A los cuatro meses de aprobarse la *Ley de Reforma Constitucional,* el Art. 29 de la Ley N.º 27783 *Ley de Bases de la Descentralización* ordenó en su Inc. 2) que:

> "**El primer referéndum** para dicho fin (crear regiones), se realizará dentro del segundo semestre del año 2004, y sucesivamente hasta quedar **conformadas todas las regiones del Perú**". (Las negritas son nuestras)

El plazo legal no se pudo cumplir. Pero el ímpetu por *regionalizar* no amainó. Y el 9 de julio del 2004 se promulgó la Ley N.º 28274, que sustituyó al artículo anterior con mayor nitidez y precisión:

> "**El primer referéndum** para dicho fin (crear regiones), se realizará en el mes de octubre del **año 2005** y los siguientes en los **años 2009 y 2013"**. (Las negritas son nuestras).

El cronograma para los *referéndums regionales* adquirió fuerza de ley. Parecía cerrada la posibilidad de eludir la voluntad descentralista, como antaño. Después de la primera elección para *gobiernos regionales,* se vivió dos años de euforia por formar *regiones.* El flamante *Consejo Nacional de la Descentralización,* se abocó con frenesí a la tarea de crear condiciones entre la población, con el compromiso generoso de algunos presidentes regionales. Sumándose al optimismo, el Congreso contribuyó con una *Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones,* la Ley N.º 28274 de fecha 9 julio del 2004. Y hasta muchos actores de la sociedad civil: ONGs, asociaciones departamentales, empresas, intelectuales y dirigentes territoriales, se hicieron presentes en la algarabía descentralista.

El domingo 30 de octubre del 2005 se llevaron las consultas para conformar cinco regiones: a) Nor-Centro-Oriental, b) Cusco-Apurímac, c) Sur Andina, d) Ica-Ayacucho-Huancavelica y e) Norte. Para ello, se consultó a las poblaciones de dieciséis departamentos. Las circunscripciones restantes, por distintas razones, se

abstuvieron de participar. Departamentos pequeños como Moquegua o Madre de Dios, decidieron no integrarse a *regiones* calculando que perderían su propio gobierno. Esta mezquindad no afectó el entusiasmo generalizado, toda vez que todavía quedaban dos plebiscitos más. Todo se reducía a esperar con paciencia para completar el mapa del Perú regionalizado.

Lamentablemente la ilusión se disipó en un instante. Al caer la noche del 25 de octubre, se verificó el rechazo absoluto, rotundo e incontestable de los pueblos de los departamentos consultados, Ninguna de las cinco regiones en liza se constituyó, pues quince departamentos tuvieron votaciones negativas, en un orden aproximado al 80%. Y el solitario y ajustado triunfo en Arequipa no alcanzó para formar su propia región. Menos del 20% del electorado respaldó la *regionalización,* venciendo a la propaganda gubernamental y al empeño conjunto. El golpe fue brutal y definitivo.

Tanto así que el 2009, cuatro años después, desapareció la voluntad de reintentar la *regionalización*. Se canceló el referéndum regional programado. Y, el 2013, cuando debería cerrarse el ciclo formativo de *regiones,* el tema pasó totalmente inadvertido.

A pesar del fracaso contundente de la *regionalización* como proyecto reformador del Estado, desde fines del 2002, se han realizado seis elecciones regionales, de las cuales han emergido, en seis oportunidades, *gobiernos regionales* que ejercieron poder político sobre los actuales departamentos y el Callao. Aunque no se ha cumplido la promesa descentralista –no tenemos ninguna *región* como "unidades geoeconómicas sostenibles" (Art.190 constitucional)– han pasado 22 años sucesivos y podrían ser más, con *gobiernos departamentales*, contra la evidencia llamados *gobiernos regionales.* ¿Cómo negar su grado objetivo de legitimación política y social? Pero más grave, tal embuste ha sido el mandamiento de los pueblos; no el producto de maniobras de las autoridades.

En un país acostumbrado a convertir lo transitorio en permanente, los *gobiernos departamentales*, con su careta *regional,* podrían subsistir por largo. No importa que ello contradiga los cánones sobre la descentralización política, en el derecho comparado y la experiencia internacional. La realidad imperfecta siempre se impondrá a la teoría, así sea la mejor. Nos resignaremos a una "descentralización sin *regionalización",* a una descentralización truncada, así sea un absurdo y, por cierto, asumiremos cínicamente sus consecuencias peligrosas.

Salvo que se produzca un giro brusco en la situación política del Perú, por ahora no previsto, no vislumbramos posibilidad alguna para retornar a la forja de *regiones,* a través de un nuevo *Plan Nacional de Regionalización.* A nuestro juicio el único camino viable para una efectiva descentralización del país. La "vía democrática, de abajo hacia arriba", es un espejismo distorsionador, salvo para algún caso específico. Esta lección tiene que ser aprendida por la clase política, a la luz de lo ocurrido en otros países, lo que implica abandonar las mitología románticas al respecto.

Mientras tanto, en lo que va del siglo XXI, nuestra descentralización no sólo será trunca, sino trucha, también. Será imposible cerrar las brechas territoriales y lograr el desarrollo equilibrado, con gobiernos que actúan sobre departamentos y no sobre *region*es conceptuadas como "unidades geoeconómicas sostenibles". El tiempo transcurrido lo viene demostrando con terquedad, a contrapunto del optimismo oficialista, ciego al respecto. El exotismo que ensaya descentralizar al país sin *regionalizarlo*, es la causa estructural del por qué el proceso está pasmado y, en algunos aspectos, agonizando. Nada bueno nacerá de *gobiernos regionales* con intenciones de descentralizar la matriz productiva, la estructura social y las decisiones políticas, estando yuxtapuestos en territorios *departamentales* concebidos para lo contrario: la centralización más efectiva del país.

Al contrario, una descentralización inconclusa y contrahecha, además de la extravagancia teórica, obstaculizará el desarrollo del país al no generar sinergias regionales que superen los desequilibrios territoriales. También acarreará problemas de gobernabilidad, pues la fragmentación de la gestión pública alimenta deslealtades contra el Estado y la democracia. Finalmente, causará graves perjuicios a las poblaciones que confiaban que los servicios públicos descentralizados mejorarían en calidad, cobertura y precio. Estos son los costos del entrampe *regional* analizados por Efraín Gonzales De Olarte, en su reciente publicación *La Descentralización pasmada* (Lima, Fondo Editorial PUC, 2023).

5. CONCLUSIONES.

Primero.- Fue el pragmatismo político –más intuitivo que conceptual– la razón para optar por el unitarismo centralista, en los inicios de la República. Las inmensos retos para construir al Estado peruano, libre e independiente, hicieron del federalismo una meta inviable. Los Padres Fundadores percibieron que el Perú podría desmembrase.

Segundo.- La traumática experiencia de la *Confederación Perú-Boliviana* de 1836*,* curó a la naciente clase política de las veleidades federalistas. La ruptura del Perú en dos Estados: el Sur Peruano y el Nor Peruano, supuso un riesgo extremo para su existencia. La reacción explicable, pero injusta, fue la Constitución de Huancayo, de 1839, fuertemente centralista, pues desapareció incluso a las municipalidades.

Tercero.- Tras un interregno ultra-centralista de 140 años, con terribles retrocesos que cancelaron la democracia municipal, entre 1920 y 1980, advino finalmente el ciclo del Estado descentralizado. Se inauguró con la Constitución de 1979, continuó a su manera la Carta Política de 1993 y se asentó con la Ley de Reforma Constitucional del 2002. Con sus diferencias, los tres textos constitucionales afirman naturaleza descentralista del Estado Peruano, que se estructura con tres niveles de gobierno: Local, Regional y Nacional, debidamente articulados para asegurar su ser: "unitario y descentralizado", fórmula feliz, creada por el Tribunal Constitucional.

Cuarto.- Caracteriza al Estado descentralizado reconocer a los municipios como "órganos de gobierno local" y, por lo mismo, el primer nivel de ese nuevo Estado. Significa también, que sus decisiones emanadas del Concejo municipal –generales, abstractas e impersonales– las *ordenanzas,* tienen rango, valor y fuerza de ley.

Quinto.- Los tres documentos constitucionales coinciden en que la *regionalización* es imprescindible para descentralizar al Estado Peruano, con territorios que sean "unidades geoeconómicas sostenibles", es decir, *regiones.* Los tres consideran que hacer de los municipios "gobiernos locales" será necesario, pero no suficiente para el objetivo descentralizador. Igualmente, que los *departamentos* no son idóneos para alcanzar la descentralización del país.

Sexto.- La gran diferencia estriba en cómo *regionalizar.* En otras palabras, cómo crear *regiones.* La Carta Política de 1979 utilizó el *Plan Nacional de Regionalización,* como método. La Constitución de 1993 recusa la idea del *Plan* por vertical y postula consultas a la población, los referéndums regionales. Este planteamiento se mantuvo en la Ley de Reforma Constitucional del 2002, atreviéndose a ejecutarlos.

Séptimo.- El rotundo fracaso del referéndum regional del fines del 2005, canceló el mandato constitucional de *regionalizar* el país, hasta el momento actual. Luego de 22 años de elegir *gobiernos regionales* no asentados en *regiones,* sino en departamentos, se ha instaurado una costumbre perversa que podría prologarse por mucho tiempo más. La descentralización no ha culminado, está inconclusa,

Tenemos una "descentralización sin regionalización", en realidad. Y, lo más grave, esta seudo-descentralización ya acarrea efectos nefastos, distorsionando el desarrollo nacional.

Octavo.- El ideal descentralista no nato de los primeros tiempos republicanos, sofocado por la Constitución de Huancayo, de 1839 y redivivo en los 80' del pasado siglo XX, continua vigente, pese a no encontrar la formulación adecuada, que lo vuelva viable. La constancia de una descentralización espuria, entrampada y con signos de decrepitud, en lugar de doblegarnos a la resignación o la inercia, debiera ser el acicate para retomar el sueño pendiente de los fundadores de la Patria peruana. ¡Mantener viva la esperanza y la firme convicción de un mejor destino para la Nación!

Lima, 11 de agosto de 2025

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Aspectos relevantes y precisiones necesarias

Bruno NOVOA CAMPOS*

SUMARIO: 1. Aspectos relevantes. 1.1 Ubicación en el campo jurídico. 1.2. Características particulares de los crímenes de lesa humanidad. 1.3. Procedimiento ante la Corte Penal Internacional. 1.4. Principales casos resueltos sobre delitos de lesa humanidad. **2.** Precisiones necesarias. 2.1 Puntos de encuentro con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 2.2. Posibles confusiones con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 2.3. Preocupación por una posible calificación forzada de los crímenes de lesa humanidad en el Perú. **3.** Palabras finales.

1. ASPECTOS RELEVANTES

1.1. Ubicación en el campo jurídico

La defensa y la garantía de los derechos fundamentales han sido los objetivos más importantes de la humanidad desde la culminación de la segunda guerra mundial, sobre todo si recordamos que estos objetivos se construyeron en atención a las lamentables consecuencias y la perdida de sesenta millones de personas en el mundo, aproximadamente (aunque esta estimación es poco fiable, ya que puede crecer más según los estudios que realizaron ciento cuarenta expertos congregados en el *Oxford Companion to World War II*).

A partir de este periodo de la historia universal, se formaron y consolidaron dos nuevas disciplinas dentro del Derecho Internacional Público: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, el DIDH); y, el Derecho Penal Internacional (en adelante, el DPI).

* Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

El DIDH tiene como principal propósito constituirse como un espacio internacional de garantía de los derechos fundamentales de las personas que se activa una vez que se agotó la jurisdicción interna de cada Estado parte, de conformidad con el sistema de justicia específico (a esto se denomina, cumplimiento del principio de subsidiariedad); o, ante graves circunstancias que limitan la actuación democrática de las Instituciones del Estado parte (por lo general actos cercanos a la dictadura o, dictadura propiamente dicha).

El DIDH se sostiene bajo el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos y tres subsistemas regionales: el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos; el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos; y, el Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos. La creación de cada uno de los Sistemas de Protección de Derechos Humanos mencionados contó con un desarrollo muy propio a su contexto histórico-político; sin embargo, comparten tres elementos en común: la aprobación de diferentes instrumentos internacionales de Derechos Humanos, obligatorios para los Estados que lo suscriben voluntariamente; el diseño de mecanismos que activan su participación; y, el establecimiento de diferentes órganos (algunos que regulan su actuación interna y otros con competencias jurisdiccionales para cada subsistema en específico).

Para el caso concreto del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos se cuentan con diferentes instrumentos interamericanos en el cual sobresale la Convención Americana de Derechos Humanos; cuenta con diferentes mecanismos de participación estatal y de la sociedad civil; y, asimismo cuenta con diferentes órganos que regulan su actuación interna, así como con órganos con competencias jurisdiccionales. Sobre esto último, se debe acudir primero a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y esta, a su vez, de estimarlo pertinente, presentará la denuncia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH).

Por su parte, el DPI nace como fruto del consenso de los diferentes sistemas penales y procesales penales de las naciones civilizadas que establecieron normas y principios, de corte humanista, a fin de ser aplicados por tribunales penales que tenían el objetivo de sancionar a los culpables directos de las consecuencias de la segunda guerra mundial (tribunales de Nuremberg,1945 y Tokio,1946) así como, el objetivo de sancionar a los responsables de hechos semejantes que, luego de segunda guerra mundial, hacían recordar sus horrores (ex Yugoslavia, 1993 y Ruanda, 1994). La consolidación de esta nueva disciplina se produjo con la apro-

bación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Roma en 1998, vigente desde el año 2002.

El referido Estatuto de Roma establece que la Corte Penal Internacional (en adelante, la CPI) se constituye como el tribunal encargado de investigar y sancionar la responsabilidad penal individual como consecuencia de la vulneración de alguno o varios de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto: genocidio; lesa humanidad; crímenes de guerra; y, agresión (antes denominado crímenes contra la paz).

Por último, en este punto, si bien los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto (genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión) se ubican en el campo del DPI, esto no exime, por los temas que se tratan, que se relacionen o tengan algún tipo de impacto con otras disciplinas, especialmente con los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Público, el DIDH (aunque sobre este punto haremos una precisión más adelante), el Derecho Internacional Humanitario, la Política Internacional, entre otras disciplinas.

1.2. Características particulares de los crímenes de lesa humanidad.

En el caso específico de los crímenes de lesa humanidad, el numeral 1 del artículo 7 del Estatuto de Roma establece como crímenes de lesa humanidad a los actos siguientes:

> (...) a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o traslado forzoso de población; e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) desaparición forzada de personas; j) el crimen de apartheid; y, k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

El numeral 2 del artículo 7 del Estatuto de Roma conceptualiza los términos más relevantes de los actos considerados como crímenes de lesa humanidad, como se aprecia a continuación:

[...].

a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;

b) El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

c) Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

d) Por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

e) Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

f) Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

g) Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

h) Por "el crimen de apartheid" se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

i) Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

Cabe precisar, que los referidos actos deben cometerse necesariamente de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del numeral 1 del artículo 7 del Estatuto de Roma, en tanto considera que *"a los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos [antes indicados] cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque"*

Sobre esta característica particular, el reconocido profesor alemán Kai Ambos, profesor de DPI en la Universidad de Göttingen, recuerda que las fuentes del DPI se pueden dividir entre fuentes generales y fuentes especiales. Las fuentes generales establecen el deber de penalizar las violaciones a los derechos humanos; y, por su parte, las fuentes específicas hacen referencia a las referidas violaciones de manera específica y exclusiva (Ambos, K. *El nuevo Derecho Penal Internacional*, p. 87, 2004).

En el caso concreto de las fuentes específicas del DPI sobre crímenes contra la humanidad, Ambos recordó lo señalado por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas - ONU al referirse a la creación de un tribunal penal internacional, como se aprecia a continuación:

> La definición de crímenes en contra de la humanidad abraca actos inhumanos de muy serio carácter que envuelven violaciones sistemáticas o generalizadas en contra de la población civil en todo o en parte. El sello de tales crímenes lo determina su gran escala y naturaleza sistemática. Las formas particulares de los actos ilegales... son menos cruciales que la definición de los factores de escala y política deliberada, al igual que tengan como objetivo la población civil en todo o en parte... El término, dirigido en contra de cualquier población civil debe hacer referencia a actos cometidos como parte de motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos. Los actos particulares referidos en la definición son los actos cometidos deliberadamente como parte de ese ataque. (Ambos, K. El nuevo Derecho Penal Internacional, p. 95, 2004).

De este modo, según Ambos, cada uno de los tipos específicos sobre crímenes contra la humanidad que establece el artículo 7 del Estatuto de Roma tienen como elemento común requerido el ataque generalizado o sistemático contra población civil a fin de cumplir o promover una determinada política de Estado (Ambos, K. *El nuevo Derecho Penal Internacional*, pp. 593-603, 2004).

1.3. Procedimiento ante la Corte Penal Internacional.

En este escenario, para los crímenes de lesa humanidad, y para los otros tres crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su

conjunto: genocidio; crímenes de guerra; y, agresión (antes denominado crímenes contra la paz), se puede iniciar una investigación de las siguientes maneras:

- Cuando un Estado parte informa directamente a la Fiscalía de la CPI (como en el caso de la República Democrática del Congo, Uganda y Mali);
- Cuando el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas remite un hecho a la Fiscalía de la CPI (como sucedió en los casos de Libia y Dafur, Sudán); o,
- Cuando la propia Fiscalía inicia una investigación de oficio (casos de Kenia, Costa de Marfil, Georgia, Bangladesh/Myanmar)

Llegado el pedido a la Fiscalía de la CPI, se evalúa lo siguiente:

- Que los crímenes internacionales se hayan cometido a partir del año 2002, fecha de vigencia del Estatuto de Roma; y,
- Que se respete el principio de complementariedad. Es decir, que la labor de la Corte Penal Internacional *"tiene por objeto complementar, no sustituir, los sistemas penales nacionales; sólo procesa casos cuando los Estados no están dispuestos o no pueden hacerlo genuinamente"*[1].

Si la Fiscalía de la CPI decide iniciar una investigación, su labor requiere recabar pruebas suficientes para que, de estimarse pertinente, se brinde la autorización de los jueces para emitir una orden de detención o comparecencia. Toda su actuación depende de la cooperación de los Estados parte.

De contar con la cooperación de los Estados, los procesos llevados a cabo en la CPI tienen las siguientes fases: a) comparecencia; b) confirmación de los cargos; c) juicio; d) apelaciones; e) cumplimiento de la pena; y, f) reparaciones.

1.4. Principales casos resueltos sobre delitos de lesa humanidad.

Algunos de los casos más emblemáticos por lesa humanidad y resueltos por la CPI se pueden apreciar en el cuadro siguiente:

1 Tomado de la página web de la Corte Penal Internacional, disponible en el enlace siguiente: https://www.icc-cpi.int/about/how-the-court-works#:~:text=Complementarity,unable%20to%20do%20so%20genuinely.

Cuadro N.º 1
Principales casos resueltos en Lesa Humanidad por la CPI

Imputado	Lugar	Hechos	Sanción
Bosco Ntaganda	República Democrática del Congo	Ex Subjefe de Estado Mayor y Comandante de Operaciones de las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC). Involucrado en crímenes de lesa humanidad (asesinato e intento de asesinato, violación, esclavitud sexual, persecución, traslado forzoso y deportación) y crímenes de guerra (asesinato e intento de asesinato, dirigir intencionalmente ataques contra civiles, violación, esclavitud sexual, ordenar el desplazamiento de la población civil, reclutar y alistamiento de niños menores de 15 años en un grupo armado y utilizarlos para participar activamente en hostilidades, dirigir intencionalmente ataques contra bienes protegidos y destruir la propiedad del adversario). Si bien las pruebas no sustentaron todos los incidentes señalados por la Fiscalía, sí demostraron que, en relación con cada uno de los 18 cargos, al menos una parte de ellos quedó probada más allá de toda duda razonable[2].	Bosco Ntaganda fue condenado a un total de 30 años de prisión. El 14 de diciembre de 2022, el Sr. Ntaganda fue trasladado al Reino de Bélgica para cumplir su pena de prisión en la prisión de Leuze-en-Hainaut[3].
Germain Katanga	República Democrática del Congo	Cómplice, en el sentido del artículo 25(3)(d) del Estatuto de Roma, de un cargo de crimen de lesa humanidad (asesinato) y cuatro cargos de crímenes de guerra (asesinato, ataque a la población civil, destrucción de bienes y saqueo) cometidos el 24 de febrero de 2003 durante el ataque a la aldea de Bogoro, en el distrito de Ituri de la República Democrática del Congo[4].	Declarado culpable a 12 años de prisión, por el ataque a la aldea de Bogoro, en el distrito de Ituri, República Democrática del Congo[5].

Fuente: Elaboración propia.

2. PRECISIONES NECESARIAS.

2.1. Puntos de encuentro con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Como se señaló, tanto el DIDH como el DPI son quizás las dos disciplinas más importantes surgidas post segunda guerra mundial. Recordemos que el DIDH tiene como principal propósito constituirse como un espacio internacional de garantía de los derechos fundamentales de las personas que se activa una vez que se agotó la jurisdicción interna de cada Estado parte, de conformidad con el sistema de justicia específico; por su parte, el DPI tiene por objetivo investigar y sancionar la responsabilidad penal individual como consecuencia de la vulneración de alguno o varios de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional.

2 https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-08/NtagandaEng.pdf

3 https://www.icc-cpi.int/drc/ntaganda

4 https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CaseInformationSheets/KatangaEng.pdf

5 https://www.icc-cpi.int/drc/katanga

En este escenario, ambas pueden encontrar puntos de encuentro o, dependiendo del lado que lo veamos, puntos de desencuentro y, con ello, crear confusiones.

Los puntos de encuentro del DPI y del DIDH se concentran básicamente en el Derecho Internacional Público y en los Derechos Humanos. Efectivamente, ambas disciplinas forman parte del Derecho Internacional Público por lo que los Estados que suscriben los tratados específicos del Sistema de Protección de Derechos Humanos y el Estatuto de Roma están obligados a cumplirlos tan igual que se cumplen conforme al Derecho Internacional Público. Del mismo modo, teniendo en consideración que actualmente se concibe a la persona humana como el sujeto más importante de protección del Derecho Internacional Público, los Derechos Humanos se constituyen el punto de encuentro común del DPI y del DIDH.

2.2. Posibles confusiones con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Con el propósito de ser claros en las posibles confusiones que se pueden presentar en relación con el DIDH, vale la pena revisar un cuadro comparativo entre los objetivos, fuentes y principios de ambas disciplinas, como se aprecia a continuación:

Cuadro N.º 2
Diferencia básica entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional

Objetivos		Fuentes		Principios	
Derecho Internacional de los Derechos Humanos	Derecho Penal Internacional	Derecho Internacional de los Derechos Humanos	Derecho Penal Internacional	Derecho Internacional de los Derechos Humanos	Derecho Penal Internacional
Espacio internacional de garantía de los derechos fundamentales de las personas que se activa una vez que se agotó la jurisdicción interna de cada Estado parte, de conformidad con el sistema de justicia específico	Investigar y sancionar la responsabilidad penal individual como consecuencia de la vulneración de alguno o varios de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional	Instrumentos internacionales suscritos voluntariamente por los Estados parte del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos y los tres subsistemas regionales: el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos; el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos; y, el Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos	Estatuto de Roma suscrito voluntariamente por los Estados parte.	Principio de subsidiariedad, por el cual antes de acudir al Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos o a alguno de los tres subsistemas regionales, se debe agotar de manera obligatoria la vía interna, de conformidad con el sistema de justicia específico de cada Estado parte.	Principio de complementariedad, por el cual la Corte Penal Internacional no puede sustituir los sistemas penales nacionales; sólo actúa cuando los Estados no están dispuestos o no pueden hacerlo genuinamente.

Fuente: elaboración propia.

En este marco, es poco probable que se pueda generar alguna confusión desde el principal organismo del DPI, es decir desde la CPI, ya que su rango de acción está claramente delimitado para investigar y sancionar la responsabilidad penal individual como consecuencia de la vulneración de alguno o varios de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional; por el contrario, desde los órganos con competencias jurisdiccionales del DIDH se es más proclive a hacer referencias al DPI y, en específico, hacia alguno de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional.

Un claro ejemplo sucedió en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, en donde la Corte IDH relacionó el contexto del caso que se analizó con el crimen de lesa humanidad, como se aprecia a continuación:

> **94.** El desarrollo de la noción de crimen de lesa humanidad se produjo en los inicios del siglo pasado. En el preámbulo del Convenio de la Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907 (Convenio núm. IV) las potencias contratantes establecieron que "las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública"117. Asimismo, el término "crímenes contra la humanidad y la civilización" fue usado por los gobiernos de Francia, Reino Unido y Rusia el 28 de mayo de 1915 para denunciar la masacre de armenios en Turquía118.
>
> **95.** El asesinato como crimen de lesa humanidad fue codificado por primera vez en el artículo 6.c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, el cual fue anexado al Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo, firmado en Londres el 8 de agosto de 1945 (el "Acuerdo de Londres"). Poco después, el 20 de diciembre de 1945, la Ley del Consejo de Control No. 10 también consagró al asesinato como un crimen de lesa humanidad en su artículo II.c. De forma similar, el delito de asesinato fue codificado en el artículo 5.c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los principales criminales de guerra del Lejano Oriente (Estatuto de Tokio), adoptada el 19 de enero de 1946.
>
> **96.** (...) En base a ello, la Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil**.** Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad. En este sentido se pronunció el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Prosecutor v. Dusko Tadic, al considerar que "un solo acto cometido por un perpetrador en el contexto de un ataque generalizado

> o sistemático contra la población civil trae consigo responsabilidad penal individual, y el perpetrador no necesita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsable"121. Todos estos elementos ya estaban definidos jurídicamente cuando el señor Almonacid Arellano fue ejecutado. (Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 2006, 26 de septiembre).

Ahora bien, la relación entre el contexto del caso de Almonacid Arellano y el crimen de lesa humanidad no significa en modo alguno que la Corte IDH pueda investigar y sancionar la responsabilidad penal individual como consecuencia de la vulneración de un crimen de lesa humanidad. En efecto, si bien la Corte IDH analizó las circunstancias de los hechos que rodearon la muerte de Almonacid Arellano y sostuvo que existió suficiente evidencia para sostener que fue un crimen de lesa humanidad, su sentencia culminó sancionando al Estado chileno por incumplir sus obligaciones derivadas de los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es decir, si bien la Corte IDH argumento el caso Almonacid Arellano analizando un crimen internacional, orientó finalmente su sentencia al marco estricto de sus competencias. Entonces, ¿porque la Corte IDH relacionó el contexto del caso de Almonacid Arellano con el crimen de lesa humanidad sino contaba con las competencias para sancionar la responsabilidad penal individual como consecuencia de la vulneración de un crimen internacional? Porque su interés no buscó sancionar la responsabilidad penal individual como consecuencia de la vulneración de un crimen internacional, sino relacionar los hechos acontecidos con un crimen internacional a fin de hacer uso de una característica muy particular de los referidos crímenes internacionales: su imprescriptibilidad, conforme lo establece el artículo 29 del Estatuto de Roma, por el cual los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional no prescribirán.

De este modo, la Corte IDH elaboró un silogismo jurídico, por el cual la primera proposición fue i) establecer las características de un crimen de lesa humanidad; luego, ii) en la segunda proposición relacionó las características de un crimen de lesa humanidad con el contexto en el que se realizaron los lamentables hechos que terminaron con la muerte de Almonacid Arellano; y, iii) finalmente, al haber establecido que el caso Almonacid Arellano se trató de un crimen de lesa humanidad, se trasladó la característica particular del artículo 29 del Estatuto de Roma al análisis del Decreto Ley N.º 2191 a fin que los posibles responsables de la muerte de Almonacid Arellano no dejen de ser investigados ni sancionados ni,

mucho menos, sean amnistiados como pretendía el referido Decreto Ley, como se aprecia a continuación:

> 114. Por las consideraciones anteriores, la Corte estima que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía." (Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 2006, 26 de septiembre).

2.3. Preocupación por una posible calificación forzada de los crímenes de lesa humanidad en el Perú

En el marco de una opinión del Ministerio Público sobre el entonces proyecto de Ley N.º 6951/2023-CR, que luego se convertiría en Ley N.º 32107 - Ley que precisa la aplicación y los alcances del delito de lesa humanidad y crímenes de guerra en la legislación peruana, se haya dado a conocer el informe N.º 000126-2024-MP-FN-CFSN-FPS-DHI por el cual se informó lo siguiente:

> (...) Existirían doscientos cuatro (204) personas (...) que estarían siendo procesados (...) Seiscientos seis (606), estarían siendo investigadas por el Ministerio Público.
>
> Existirían sesenta y cuatro (64) personas (...) que tendrían orden de captura (...)

Llegados a este punto, preocupa que habiendo quedado claro la ubicación del Derecho Penal Internacional en el campo jurídico; las características particulares del crimen de lesa humanidad; el procedimiento que sigue ante la CPI y los principales casos resueltos sobre el particular; el punto de encuentro y las posibles confusiones que se puedan generar con el DIDH, puedan haberse calificado más de 800 casos como crímenes de lesa humanidad en el Perú; hecho que no sucede ni siquiera en la misma CPI.

3. PALABRAS FINALES.

Tres hechos relevantes han sucedido y vienen sucediendo al momento de culminar el presente artículo:

1. El informe del Ministerio Público N.º 000126-2024-MP-FN-CFSN-FPS-DHI da cuenta de más de 800 casos calificados como crímenes de lesa humanidad en nuestro país;
2. El Tribunal Constitucional dejó al voto el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 32107 - Ley que precisa la aplicación y los alcances del delito de lesa humanidad y crímenes de guerra en la legislación peruana (Exp. 00009-2024-PI y 00023-2024-PI); y,
3. Se ha convocado a una audiencia en la sede de la Corte IDH al Estado peruano, a los representantes de las víctimas de los casos Barrios Altos y La Cantuta y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para abordar las medidas provisionales y la solicitud de ampliación a propósito de la emisión de la autógrafa de Ley que concede amnistía a los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional y de los comités de autodefensa que participaron en la lucha contra el terrorismo entre los años 1980 y 2000.

El primer hecho, como se indicó, nos muestra una realidad que nos preocupa y los otros hechos presentan un escenario en el cual dependemos del Tribunal Constitucional y de la misma Corte IDH; y, a pesar de las críticas que podamos tener sobre su actuación, por más que se esfuercen en elaborar una buena sentencia, tendrían que ser sentencias *extrapetita* o *hiperpetita* para dejar zanjado un tema tan delicado como el que acabamos de presentar, por lo que lo más probable es que queden algunos aspectos relevantes y precisiones necesarias pendientes de abordar o profundizar sobre los crímenes de lesa humanidad.

Razón por la cual, culmino con unas palabras finales convencido que nos encontramos frente a una clara omisión legislativa que es urgente remediarla de manera pronta, legislando con rigurosidad jurídica a fin de abarcar no solo un crimen internacional que suele ser bastante coyuntural, sino todos los crímenes internacionales de manera armónica y conjunta, así como, establecer una reglamentación clara de cada uno de ellos. Esto último permitirá contar con la participación de la academia, de especialistas nacionales e internacionales y, de la sociedad civil en todo el proceso legislativo y reglamentario.

BIBLIOGRAFÍA

Ambos, K. *El nuevo Derecho Penal Internacional*. Ara Editores, 2004.

C. B. Dear (Editor), M. R. D. Foot (Editor). *The Oxford Companion to World War II*. Oxford University Press, 2001.

¿EXISTE EL PRINCIPIO DE "FALLO MÁS FAVORABLE"?

Reflexiones sobre la interacción entre los tribunales locales e internacionales a propósito de la Ley N.º 32153

Oscar Andrés PAZO PINEDA*

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** El derecho en el marco de la globalización: el rol de las cortes internacionales en materia de derechos humanos. **3.** El proceso de elaboración de la Ley N.º 32153. **4.** ¿Existe un principio de "fallo más favorable"? **5.** Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

La adopción de la Ley N.º 32153, en el extremo que modifica el artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, ha generado que vuelvan a desarrollarse debates respecto de las relaciones entre el derecho constitucional doméstico y el derecho internacional. En esta oportunidad, nos referiremos al agregado que se ha efectuado en el último párrafo de la referida cláusula, y según el cual "en caso de incompatibilidad [...] entre decisiones de tribunales internacionales y del Tribunal Constitucional, los jueces preferirán la norma o decisión que más favorezca a la persona y sus derechos humanos".

* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Constitucional y abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Especialista en Justicia Constitucional por la Universidad de Pisa (Italia) y la Universidad Castila La Mancha (España). Docente de la sección de Posgrado en la Universidad de San Martín de Porres en el curso de Acceso a los Tribunales Internacionales y de Pregrado en la Universidad ESAN en el curso de Derechos Humanos.

En el Perú, particularmente durante los últimos meses, ciertas autoridades públicas han efectuado críticas al funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, por lo que, en realidad, una propuesta legislativa en estos términos no resultó del todo sorpresiva. Sin embargo, e independientemente del ánimo soberanista que se advierte del conjunto de las reformas[1], surge la interrogante de si resulta posible invocar la existencia de una suerte de "sentencia más favorable a la persona".

Ahora bien, llama la atención que este grupo de reformas se hayan implementado en una era en la que diversos autores se han pronunciado sobre alguna suerte de "internacionalización del derecho constitucional" o "constitucionalización del derecho internacional". La ruptura del esquema clásico del derecho internacional, producida luego de la Segunda Guerra Mundial, ha desencadenado no solo el surgimiento de nuevos actores en el ámbito internacional, sino que también ha producido una revolución en el sistema de fuentes del derecho. Así, bien se podría afirmar que la soberanía nacional, a diferencia de lo que se percibía hace algún tiempo atrás, ya no aparece como un cuerpo monolítico, y, de hecho, ha ingresado en un proceso de desagregación, lo cual implica que el constitucionalismo concentrado en el Estado-nación ha perdido poder, ya que agencias reguladoras independientes, así como diversas redes de conexión intergubernamentales, han tenido un impacto y trascendencia considerables para cuestiones que ocurren al interior de los países (Atilgan, 2018, p. 14). Del mismo modo, también es evidente que existen diversos asuntos que no pueden ser resueltos por un solo Estado, y que requieren de la participación de la comunidad internacional, tales como los problemas ambientales, las crisis de refugiados o la lucha contra el terrorismo.

En todo caso, de ello no se deduce que haya existido una pacífica aceptación de esta evolución, ya que, en la actualidad, diversos actores políticos reclaman que la comunidad internacional está acaparando las antiguas atribuciones del Estado-nación. En ese sentido, los cuestionamientos suelen provenir de diversos frentes. Por ejemplo, como anota Ginsburg, gobiernos de tendencia populista siempre van a brindar al derecho internacional un papel de subordinación a la voluntad del *demos*: estiman que este último suele atar la voluntad popular, limitando su flexibilidad y los compromisos que pueda asumir para proyectos colectivos; por otro lado,

1 Por ejemplo, la mencionada reforma señala que, para interpretar los derechos de la Constitución, los jueces solo pueden referirse a sentencias de tribunales internacionales expedidas en contra del Estado peruano, con lo que se pretenda restar influencia a la jurisprudencia internacional como fuente del derecho.

los gobiernos de tendencia autoritaria suelen enfatizar, en contra de su vigencia, el argumento de la soberanía, ya que estos buscan preservar el control, sin límite alguno, que pueda ostentar el gobierno sobre los asuntos domésticos (2021, p. 5).

En este contexto, es evidente que las críticas formuladas también van a trasladarse a las cortes internacionales. De hecho, suelen ser el foco preferente de la atención política, ya que, a diferencia de los tratados —cuyo contenido suele ser aceptado de antemano por los Estados—, en muchas oportunidades se cuestiona que los fallos de estos organismos no se condicen con lo que originalmente aceptó el país involucrado. Y estos debates suelen ser aún mayores cuando se analiza la labor de los tribunales que conocen casos de violaciones de derechos humanos. Esto obedece no solo al hecho que, en estos pronunciamientos, se declara la responsabilidad internacional de los Estados, sino también al control que estos órganos efectúan respecto del accionar de las autoridades domésticas democráticamente electas. En efecto, por lo general, las cortes encargadas de proteger estos convenios están dotadas de personal que, a diferencia de sus contrapartes nacionales, no rinden cuentas ante la opinión pública, y, de hecho, aparecen como menos familiares respecto de la cultura, las tradiciones constitucionales y las expectativas legítimas de la ciudadanía de un Estado (Follesdal, A., 2015, p. 277). Esto genera que, para sus críticos, no cuenten con la suficiente legitimidad para resolver esta clase de controversias.

La reforma introducida por la Ley N.º 32153 se coloca en este debate. Al introducirse la idea de "la sentencia más favorable" se podría dar a entender que, en realidad, lo que solo pretende el legislador nacional es proteger al ser humano. Sin embargo, esta fórmula normativa puede generar que se desconozcan los fallos de un tribunal internacional, con todo lo que ello puede suponer para el Estado peruano. Se podría, de este modo, generar la imagen que no se cumple con los compromisos internacionales, y esto puede desencadenar consecuencias en todos los niveles. Como ha notado Bogdandy, "[e]n el mundo interdependiente actual [...] los estados dependen mucho más que antes de la cooperación internacional. Para eludir una posible pérdida reputacional, se motiva a los actores a cumplir y, de este modo, apoyar la autoridad del acto en cuestión" (Bogdandy, 2021, p. 207).

Ahora bien, para examinar si es que esta reforma resulta o no compatible con la Constitución, nos referiremos, en primer lugar, al rol que las cortes internacionales desempeñan en el contexto de un derecho que ha evolucionado de la mano con la globalización.

2. EL DERECHO EN EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN: EL ROL DE LAS CORTES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Como se ha señalado, la marcada evolución del derecho internacional es de reciente data, por lo que, en realidad, aún se encuentra en un estado incipiente. Sin embargo, las reflexiones sobre un orden internacional con generosas atribuciones se pueden identificar en diversos momentos históricos. Por ejemplo, se dice que Clemenceau, el implacable primer ministro francés durante la Primera Guerra Mundial, esperaba "algo como una Carta Magna internacional que extendería el Estado de derecho a reyes y legisladores extranjeros, y sabía lo popular que esta postura sería en Francia" (Bass, G., 2020, p. 195). No en vano existen sectores de la doctrina que, en la actualidad, abogan por que la Carta de la ONU sea concebida como una suerte de constitución embrionaria de la humanidad, o que, inclusive, se proponga la creación de una corte constitucional mundial, no sujeta a la ratificación o aprobación de los Estados.

Esto ha supuesto que, con todas sus limitaciones, se haya superado un orden internacional marcadamente primitivo, en el que los Estados ostentaban un marcado protagonismo y que ostentaba tres marcadas características centrales: la coherencia interna, la independencia externa y la supremacía de la ley (Atigal, 2018, p. 16). La inserción de los tratados y la jurisprudencia internacional ha desencadenado una modificación de esta estructura clásica, ya que, en la actualidad, diversos ordenamientos también prevén que los jueces deben resolver las controversias acudiendo al derecho internacional. En el modelo peruano, esto se refleja en la conocida Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta de 1993 (inspirada en el artículo 10.2 de la Constitución española de 1978), y en el artículo 55, que dispone que los tratados forman parte del derecho doméstico. Desde luego, aquí también se puede considerar el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del año 2004, o la redacción original del artículo VIII del Nuevo Código Procesal Constitucional, que preveían la posibilidad de considerar la jurisprudencia de tribunales internacionales al interpretar los derechos reconocidos en la *norma normarum*.

En ese contexto, no es ningún secreto el aumento de las cortes internacionales. En el rango de un siglo se ha pasado de tener un grupo pequeño de estos tribunales a, en la actualidad, contar con casi 100 órganos judiciales o cuasi-judiciales en el mundo. Es también cierto afirmar que no todas estas cortes han recibido el mismo nivel de aceptación en los Estados. Por ejemplo, el Estatuto de Roma ha sido

ratificado por aproximadamente el 55% de países del mundo; mientras que, por su parte, la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia solo ha sido aceptada por aproximadamente la tercera parte. También se podría agregar que estos índices suelen ser más altos cuando se trata de órganos de naturaleza cuasi-judicial, como ocurre con el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio, cuya competencia ha sido avalada por aproximadamente el 75% de países del mundo (McLaughlin, M. y Powell, E., 2013, p. 1).

Esta tendencia a crear entidades internacionales o regionales con facultades jurisdiccionales ha sido impulsada por los propios Estados, los cuales han sido conscientes de la necesidad de la presencia activa de una fiscalización exterior. Ahora bien, en la medida en que aún es objeto de polémica el nivel de coerción que pueden ejercer esta clase de órganos ante un eventual incumplimiento de un tratado, resulta natural que se resalte la necesidad de la intervención de los tribunales domésticos, los cuales, las más de las veces, deben resolver los conflictos que se presentan ante ellos, por lo que estos se constituyen como los actores principales en el proceso de entendimiento con múltiples entidades internacionales (Muller, S. y Richards, S., 2010, p. 6). Este escenario, que debería ser proclive al aumento de la solidez del derecho internacional, ha generado, paradójicamente, que se discuta respecto del nivel de cumplimiento de los pronunciamientos de los tribunales internacionales, en especial cuando estos analizan casos sobre derechos humanos.

En efecto, es importante destacar que este progresivo aumento de la relevancia de los pronunciamientos de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos no ha estado exento de polémicas, en particular, por las que se consideran como posiciones jurisprudenciales que, según sus críticos, no se desprenderían de las obligaciones inicialmente asumidas al momento de ratificar los tratados. Según este cuestionamiento, estos órganos en muchas oportunidades, al interpretar las cláusulas de los tratados, estarían generando deberes que no fueron previstos por los redactores originales de los instrumentos internacionales. Esta crítica, curiosamente, también ha salpicado a los tribunales domésticos, los cuales, en muchas oportunidades, también interpretan el derecho internacional al analizar una controversia local.

Al respecto, es importante recordar la importante labor que cumplen las cortes nacionales, las cuales tienen la función de adecuar el derecho a una realidad que se transforma en pasos considerables. Se ha recordado, sobre esto, que no "debe cerrarse la puerta a la necesaria labor de adaptación de la norma constitucional a las transformaciones de su contexto y a la consiguiente posibilidad de un cambio

constitucional que adecue, a través de la interpretación, su normativa a la cambiante realidad" (Pérez Luño, 2018, p. 281). En este contexto de transformación, no existe ninguna duda de la cada vez mayor relevancia de las fuentes internacionales para el análisis del derecho doméstico.

En esta misma línea, se han elaborado importantes esfuerzos para analizar el fundamento de la legitimidad de las cortes internacionales. Se ha señalado, de este modo, que "hoy en día, muchas cortes internacionales disfrutan una notable autonomía en relación con los Estados. Las cortes internacionales no solo tienen la tarea de resolver disputas; por el contrario, desarrollan funciones adicionales, especialmente las de generar y estabilizar las expectativas normativas, así como la de controlar y legitimar la autoridad pública" (Bogdandy, A. y Veenzke, I., 2014, p. 149). La razón de ser de estos órganos también se puede destacar en contextos de desidia estatal, en la que no exista alguna clase de voluntad política a nivel estatal para reparar una violación de derechos humanos. De hecho, el Tribunal de Nuremberg encuentra su razón de ser en los fallidos juicios de Leipzig, en el que Alemania impuso penas irrisorias a criminales de guerra, lo que fortaleció la necesidad de contar con una comunidad internacional más activa.

Ahora bien, independientemente de ello, resulta comprensible la formulación de cuestionamientos a la labor de los tribunales internacionales. Es importante recordar que, en realidad, se trata de críticas que suelen hacerse, en general, a la labor de los tribunales domésticos. Si a ello se añade el componente internacional -ya que esos casos surgen luego del análisis que efectúan las autoridades domésticas-, el ataque a su legitimidad va a resultar incluso mayor a sus contrapartes nacionales. Debe destacarse que, por lo general, los tribunales internacionales en materia de derechos humanos intervienen luego de un complejo proceso doméstico, en el que las autoridades nacionales (incluidos los tribunales de justicia), dieron una opinión definitiva sobre un asunto sometido a su conocimiento. Supone, como puede verse, el rechazo de la posición institucional de un Estado como un todo (Dothan, 2020, p. 4).

> Por ello, tanto a nivel nacional e internacional se han formulado reglas para disciplinar su funcionamiento. En algunos casos, ellas se han efectuado para fortalecer la posición doméstica y en otros a favor de la internacional. Así, en diversos ordenamientos se prevé que, en la medida en que el tribunal internacional es el habilitado, por el convenio principal, para su interpretación y aplicación, las decisiones que este tome deberían ser consideradas por los Estados. Sobre ello, Zagrebelsky precisa que "no podría ser de otro

> modo, sino a riesgo de conflictos endémicos entre el ordenamiento nacional y el ordenamiento de la Convención. Sin embargo, esta regulación de las relaciones no está exenta de problemas" (392).

En efecto, también es posible identificar, como ya se señaló, dificultades al interior de los Estados para el cumplimiento de las sentencias de los tribunales internacionales. La Ley N.º 32153 se inserta, precisamente, en dicho marco. Por ello, corresponde analizar el origen de esta fórmula normativa y cuál fue el propósito de su introducción por parte del legislador.

3. EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA LEY 32153

El artículo VIII de la redacción original del Nuevo Código Procesal Constitucional era, en esencia, similar al antiguo artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del año 2004, por lo que, en buena cuenta, se preveía que, para interpretar los derechos reconocidos en la Constitución, se podía acudir, entre otras fuentes, a la jurisprudencia de los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Estado peruano es parte, como era el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ahora bien, como ya se ha enfatizado, a través de la Ley N.º 32153 se modificó el referido artículo VIII, por lo que, en la actualidad, se precisa que los jueces nacionales solo pueden considerar los fallos en los que el Estado peruano hubiera sido parte. Por otro lado, en lo que refiere a esta ponencia, se precisa en dicha norma que, en caso de incompatibilidad entre las decisiones de una corte internacional y del Tribunal Constitucional, se debe elegir aquella sentencia que más favorezca a la persona. La adopción de estas reformas tiene su origen en el Proyecto de Ley N.º 6290-2023-CR, en el que, con la finalidad de modificar el artículo VIII, se proponía que, a efectos de interpretar los derechos reconocidos en la Constitución, solo se podían emplear la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados sobre derechos humanos que hubiesen sido ratificados por el Estado peruano.

En la página dos de la Exposición de Motivos del referido proyecto, se precisó que "se somete al Perú a acatar las decisiones de los tribunales internacionales en los casos donde el Perú no ha tenido la oportunidad de defenderse o presentar alegatos por no ser parte del proceso", y se agrega que la redacción original del artículo VIII resultaría contradictoria con la Cuarta Disposición Final y Transitoria, la cual no alude, según se refiere en el proyecto, a las decisiones de los tribunales

internacionales en las que el Estado peruano no hubiera sido parte. Resulta por lo demás llamativo que, luego de analizar las opiniones de la Defensoría del Pueblo y de Gerardo Eto Cruz -ex magistrado del Tribunal Constitucional-, el dictamen estime que el proyecto era inviable. Sin embargo, en la fórmula legal final, se precisó que se presentó un texto sustitutorio que terminaría siendo la redacción definitiva que se incorporó en la Ley N.º 32153.

Este proyecto, sin duda alguna, nace en un contexto de desconfianza y ataques en contra de la intervención de cortes internacionales. Por lo general, los críticos han justificado estos cuestionamientos en que: i) los tribunales internacionales carecen de legitimidad democrática, ya que son entidades no representativas y no suelen representar los intereses de los ciudadanos; ii) no se encuentran posicionados ni cuentan con la infraestructura para adoptar mejores decisiones que los gobiernos nacionales; iii) carecen de un marco institucional que propicie la deliberación pública, componente fundamental de la democracia; iv) existe el temor que estos tribunales puedan estar "capturados" por poderosas entidades transnacionales que sirven a intereses de élites, en lugar de servir a la ciudadanía; y, v) pueden presentarse casos en los que la intervención de la corte internacional pueda empeorar una crisis en lugar de mejorarla (Dothan, S., 2020, p. 1).

En el modelo peruano, el argumento central se ha fundamentado en una supuesta pérdida de la soberanía y una alegada captura de estos organismos por sectores progresistas. Ahora bien, la fórmula normativa final no podía desconocer abiertamente los pronunciamientos de la Corte Interamericana, ya que ello sería directamente contradictorio con el artículo 68.1 de la Convención, el cual prevé que "[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes". Por ello, la reforma del artículo VIII no invita directamente a no acatar estos fallos, sino que, de existir un fallo del Tribunal Constitucional más favorable para la persona, este sea de aplicación preferente por el principio *pro persona*.

Antes de analizar si, en efecto, existe alguna clase de aplicación de una "sentencia más favorable", conviene precisar que se podría interpretar que el artículo VIII no se refiere a los casos en los que el Estado peruano hubiese sido condenado, sino a aquellas interpretaciones de la Corte en otras controversias en las que exista alguna clase de contradicción con la posición del Tribunal Constitucional, por lo que debería aplicarse la posición más favorable a los derechos de la persona. En realidad, esta solución ya está prevista en la propia Convención Americana, ya que el artículo 29 dispone que el derecho estatal deberá ser aplicado preferentemente

si este termina siendo más favorable que aquel que se encuentra contenido en este instrumento internacional.

Sin embargo, consideramos que la reforma no se refiere a ese escenario, ya que, en realidad, el mismo artículo VIII ya prohíbe a los tribunales nacionales interpretar los derechos constitucionales considerando los pronunciamientos de la Corte Interamericana en aquellos casos en los que el Perú no hubiese sido Estado parte, por lo que el último párrafo de esta disposición se refiere a casos en los que exista un pronunciamiento en contra del Estado peruano junto a un fallo del Tribunal Constitucional. Es en ese marco donde se debe analizar qué fallo sería el más favorable a la persona. Por ello, en el último acápite nos referiremos a si dicho principio cuenta con respaldo según el derecho constitucional e internacional.

4. ¿EXISTE UN PRINCIPIO DE "FALLO MÁS FAVORABLE"?

Para examinar este último punto, conviene, en primer lugar, referirse a los alcances del principio *pro persona*. Sobre ello, el profesor Nestor Pedro Sagüés ha precisado que este principio tiene dos variantes: a) la preferencia interpretativa, que opta por la interpretación que más optimice un derecho constitucional, y, b) la preferencia de normas: aplicada para escoger la ley más favorable a la persona (Carpizo, 2009, p. 96). En una línea similar, el Tribunal Constitucional peruano[2] ha sostenido que:

> El principio *pro persona* obliga a interpretar las normas que consagran derechos en sentido amplio en favor de la persona. Al respecto, conforme con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina sobre la materia, el principio *pro persona* implica que, en caso de duda o de incertidumbre con respecto de qué disposición utilizar (entre varias aplicables), o sobre qué

2 En la experiencia colombiana, la Corte Constitucional ha indicado que "[e]l Estado colombiano, a través de los jueces y demás asociados, por estar fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) y tener como fines garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (artículo 2º), tiene la obligación de preferir, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca la dignidad humana. Esta obligación se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia "principio de interpretación pro homine" o "pro persona". A este principio se ha referido esta Corporación en los siguientes términos: El principio de interpretación <pro homine>, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional"

> significado se le debe atribuir a una disposición (es decir, al intentar establecer cuál es la norma que se desprende de un enunciado jurídico, cuando existan varios significados posibles), debe escogerse aquella disposición o significado (norma) que favorezca más a la persona y a sus derechos[3].

En el ámbito del sistema interamericano, el artículo 29 de la Convención se refiere a los criterios de interpretación[4]. En el inciso b), se precisa que dicho instrumento internacional no puede ser entendido en el sentido de permitir "a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella". Al interpretar esta cláusula, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente:

> 180. De conformidad con el artículo 29.b) de la Convención, si alguna ley del Estado Parte u otro tratado internacional del cual sea Parte dicho Estado otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, éste deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos.
>
> 181. Es preciso recordar que la Corte en diversas ocasiones ha aplicado el principio de la norma más favorable para interpretar la Convención Americana, de manera que siempre se elija la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado. Según lo ha establecido este Tribunal, si a una situación son aplicables dos normas distintas, "debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana"[5].

En consecuencia, es posible concluir que se trata de un criterio de interpretación respecto de disposiciones, mas no de selección de un posible fallo más favorable, cuestión esta última que resulta más polémica si es que, según el legislador, al parecer serían las autoridades nacionales las que determinen cuál es el pronunciamiento que, desde su perspectiva, protege en mejor medida los derechos fundamentales de la persona. En efecto, en la medida en que el artículo VIII del Título Preliminar se dirige a las autoridades jurisdiccionales peruanas, se entendería que una persona "perjudicada" por un fallo internacional tendría la posibilidad de solicitar a los

---

3 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 03324-2021-HC, fundamento 21.

4 Una cláusula similar existe en el artículo 53 del Convenio Europeo sobre Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por solo citar algunos ejemplos.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 181 y 182.

jueces peruanos que apliquen un fallo del Tribunal Constitucional que le resultó más favorable.

Es importante recordar que los efectos y consecuencias de un pronunciamiento de un tribunal internacional suelen regirse por las disposiciones del tratado o convenio que lo constituye. Como se ha examinado, existen órganos que emiten recomendaciones, dictámenes y, en el caso de un tribunal internacional como la Corte Interamericana, sentencias. De conformidad con el artículo 68.1 de la Convención, al cual ya se hizo referencia, esta sentencia tiene que ser cumplida en sus propios términos. Ciertamente, se ha criticado en diversas oportunidad la falta de eficacia directa de estas resoluciones judiciales, ya que, en buena cuenta, dependen para su ejecución de la cooperación de los Estados. Sin embargo, no debe confundirse este aspecto con el hecho que no sea un pronunciamiento de obligatorio cumplimiento.

En este orden de ideas, el que un fallo de la Corte IDH sea considerado como "declarativo" (esto no es, no inmediatamente ejecutivo), no implica que no nos encontremos frente a una obligación de resultado, ya que, con ocasión de su expedición, no existe duda en relación con que el Estado debe acabar con la vulneración y proceder a la *restitutio in integrum*, anulando la norma o el acto que la produjo y restableciendo al afectado en su derecho; lo que implica que esta es una obligación internacional, muy diferente al hecho que son los Estados los que escogen los medios que estiman oportunos para conseguir ese objetivo [...]" (Requejo, P., 2018, p. 54). Por ejemplo, si es que la Corte IDH estimara que una ley resulta contradictoria con la Convención, ella decretará que su vigencia genera responsabilidad internacional, y le correspondería al Estado determinar qué mecanismo de su derecho doméstico empleará para remediar esta situación (si es que modifica la ley, la deroga, o si sus tribunales efectúan el control de constitucionalidad).

Se puede sostener, en relación con este punto, que es precisamente la ratificación de la Convención Americana la que justifica el deber de cumplir las sentencias. Como anota Villalba, "[l]a obligación de cumplir las sentencias del Sistema IDH, es propio del deber de pertenencia a la Convención ADH, debiendo los Estados lógicamente cumplir con aquello que han acordado, acatando sus obligaciones convencionales de buena fe (*pacta sunt servanda*), no pudiendo escudarse en razones de orden interno para incumplir la responsabilidad internacional" (2019, p. 417). En estos mismos términos, corresponde señalar que el cumplimiento de estos fallos se vincula con el principio del efecto útil, ya que no se presentan simplemente como declarativos de derechos, lo cual resulta relevante en cuestiones

vinculadas con la reparación en la sentencia, ya que, cuando se trata de un tribunal internacional, su capacidad de hacer efectiva una sentencia es más limitada (Steiner y Uribe, 2016, p. 844).

Del mismo modo, en el sistema europeo "el TEDH se limita a declarar que se ha producido la violación del Convenio de Roma, y deja en manos del Estado parte responsable la determinación y la implementación de los medios necesarios para acatar la sentencia del Tribunal Europeo. Esta peculiar distribución de funciones [...] se entiende en un sistema de protección internacional y subsidiario [...]" (Queralt, A., 2008, p. 11). De hecho, en esa experiencia regional, la reforma más importante fue implementada a través del Protocolo 14, la cual pretende fortalecer "los medios de presión de los que dispone el Comité de Ministros para controlar la ejecución de las sentencias del Tribunal por los Estados Parte, que actualmente se limitan a la adopción de Resoluciones provisionales o transitorias" (Salinas, S., 2009, p. 187).

La adopción de esta clase de medidas demuestra que, en los sistemas regionales, se han adoptado decisiones importantes para garantizar que los fallos de los tribunales internacionales sea ejecutados en sus propios términos. Esto implica que, en realidad, lo finalmente decidido no puede ser controvertido por los órganos nacionales. Se sostiene, por ello, que "los temas de fondo no son admisibles para interpretarlos, las cuestiones que no versen sobre el fondo, pero que pueden ser igualmente importantes para el correcto cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, sí pueden ser objeto de interpretación, y pueden otorgarle a los Estados directrices que clarifiquen y delimiten lo que la Corte IDH decidió [...]" (Castro, Corzo y Vargas, 2021, p. 813). En efecto, una cosa es pedir la interpretación del fallo a la propia Corte Interamericana, y otra, muy diferente, es que los órganos nacionales decidan si es que dan preferencia en la ejecución a un fallo de una corte nacional o a la internacional.

En todo caso, aun cuando se evaluara esta posibilidad, debe considerarse que no resulta de sencilla dilucidación, particularmente en un caso relativo a derechos humanos, la determinación de qué es lo que resulta más favorable, o para cuál de las partes se debe efectuar dicho juicio. En lo que respecta al fallo de un tribunal internacional, surge inmediatamente la duda si el supuesto pronunciamiento más favorable se presenta en relación con la persona o colectivo de personas que ganaron en el Tribunal Constitucional, o aquellas que ganaron el caso en la Corte Interamericana. Por ejemplo, puede que, luego de un proceso penal, la justicia doméstica declare inocente a un grupo de personas investigadas por supuestas violaciones de

derechos humanos. Los familiares de los agraviados, con posterioridad, presentan una demanda ante el Tribunal Constitucional para anular este fallo, la cual no prospera. Ante la falta de tutela nacional, acuden a la Corte Interamericana para que esta ordene un nuevo proceso penal, ya que, según alegan, el seguido en la justicia doméstica fue una simple formalidad para absolver a los responsables. Si es que la Corte Interamericana coincidiera con este alegato, y dispusiera un nuevo juicio oral, ¿cómo se determina cuál es el fallo más favorable? ¿Es el que se expidió a favor de los procesados o el que resultó favorable respecto de los familiares de los agraviados?

Se ha señalado, en este mismo sentido, que, al analizarse el criterio *pro persona*, "la libertad aludida en este principio no es exclusivamente la individual de cada sujeto que la reclama o la disputa frente al Estado o a tercero, sino además la libertad global que circula en disponibilidad y sin sectorializaciones en toda la sociedad, [esto es,] facilitar a todos los hombres el acceso a una distribución razonablemente igualitaria de la libertad" (Bidart, 2020, pp. 398 y 399). En efecto, debe evaluarse que un fallo puede ser perjudicial para una persona, pero favorable a otra. En todo caso, no debe confundirse el hecho que los Estados cuenten con un importante margen para seleccionar los medios a través de los cuales cumplen con una sentencia internacional, con el hecho de habilitar la posibilidad que un tribunal doméstico pueda expedir un pronunciamiento que pueda dejar sin efecto aquel fallo, y ello por contener, supuestamente, una posición más favorable. En ese sentido, "[e]l incumplimiento de las sentencias internacionales añade, en el caso del Estado declarado responsable, otro ilícito que se suma al declarado en el caso. Y podemos añadir otro más: una lesión autónoma del derecho a la tutela judicial efectiva [...]." (Ayala, 2017, p. 274).

En ese sentido, no deberían menospreciarse las consecuencias del reconocimiento de los efectos del fallo de una corte internacional en materia de derechos humanos, como ciertamente lo puede ser la Corte Interamericana. En efecto, una declaración de responsabilidad internacional por la vulneración de un acuerdo de este tipo refleja la conculcación de un patrón mínimo de instituciones políticas bien ordenadas para todos los pueblos, por lo que, "cualquier violación sistemática de tales derechos es una falta grave que afecta a la sociedad de los pueblos todos, liberales y jerárquicos. Puesto que ellos expresan unos parámetros mínimos, sus requisitos deberían ser muy débiles" (Rawls, 2019, p. 72). Así, un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el que, por ejemplo, se decreta la responsabilidad internacional de un Estado refleja, precisamente, el

incumplimiento de estándares mínimos respecto de las principales libertades que titulariza la persona.

Del mismo modo, la responsabilidad internacional de los Estados ha experimentado una importante variación en las últimas décadas. Sobre ello, Cassese recuerda que, tradicionalmente, este concepto se regía por reglas primitivas. Por ejemplo, cuando un Estado quebrantaba una obligación internacional causando un perjuicio a otro, el cumplimiento del deber de reparar se presentaba dependiendo de la fuerza del Estado involucrado: si es que el Estado víctima lo era, difícilmente se evadiría el cumplimiento de este deber. En similar sentido, esa responsabilidad era abordada como una suerte de "asunto privado" entre el autor y la víctima de la acción ilícita, y esto suponía que ningún otro sujeto estaba facultado a intervenir, lo que suponía que, muchas veces, los Estados se tomaban la justicia por su mano (1991, p. 248). En la actualidad, los propios convenios han establecido reglas para que estas discusiones se efectúen al amparo de la normatividad vigente, y no simplemente a través de la invocación de la ley del más fuerte.

Es importante recordar que la ratificación de tratados de derechos humanos, así como su incorporación en el ordenamiento jurídico doméstico del Estado, es un rasgo que suele apreciarse, en mayor medida, en relación con aquellos países que cuentan con constituciones nuevas y que ameritan mayor supervisión de la comunidad internacional, algo que, ciertamente, no ocurre de forma tan nítida en el caso de democracias bien establecidas (Bek, Meyer, Hosoki y Drori, 2019, p. 92). Esta es una tendencia natural. Por lo general, en democracias plenas, los ciudadanos no suelen sentir el impacto inmediato y los puntos favorables de la ratificación de un tratado, y particularmente cuando es uno sobre derechos humanos, ya que, en el orden interno, cuentan con herramientas para proteger sus libertades, por lo que "es más probable que los ciudadanos en países del todo democráticos confíen en recursos distintos al derecho internacional" (Sikkink, 2017, p. 266). De esta manera, la vigencia de estos acuerdos brinda a la persona una vía de tutela en aquellos casos en los que las autoridades nacionales, por los motivos que fueran, no ampararon sus derechos.

Ciertamente, como se ha advertido en este estudio, pueden presentarse colisiones entre el derecho constitucional doméstico y el derecho internacional, y estos conflictos pueden ser resueltos de distintas maneras dependiendo de cuál el órgano que analiza la controversia. Sin embargo, lo cierto es que, en todos estos escenarios, se da pie a la responsabilidad internacional, y esto implica una solución reparatoria o indemnizatoria que restablezca la vigencia del *pacta sunt servanda,* por lo que no

resulta viable acudir al derecho doméstico para justificar su incumplimiento. Como bien anota Vanossi, se produce "una novación de órganos con el efecto de asegurar la vigencia del compromiso internacional o de la consecuencia reparatoria de su violación; y en esto no tiene efecto operativo la invocación de la Supremacía de la Constitución desde el momento que el Estado reclamante exige indemnización al órgano encargado de las relaciones exteriores del otro Estado" (1969, p. 256).

Asumir la existencia de una suerte de división entre lo nacional e internacional, y la débil apreciación o entendimiento de lo que implica formar parte de la comunidad internacional, son, sin ninguna duda, dos obstáculos que pueden conducir a que los tribunales inicien una suerte de "diálogo de sordos" (Beaulac, S. 2019, p. 41). Ya en su momento, el profesor Otto Bacho había advertido una peligrosa tendencia de las cortes constitucionales a encerrarse en sus monólogos, "pero esta carencia -si no patología- es más grave en el actual universo de los derechos inevitablemente internacionalizado y globalizado" (Vergottini, G., 2010, p. 22). Las cortes domésticas deben, en ese sentido, abolir cualquier clase de interpretación unilateral de los tratados, esto es, aquellas guiadas por aspectos netamente nacionalistas, o que únicamente tomen en consideración su propio sistema legal, y esto es algo que, progresivamente, se ha podido advertir incluso en experiencias de países como el Reino Unido, los cuales se caracterizaban, en el pasado, por evitar cualquier referencia al derecho internacional (Conforti, 1993, p. 105).

Es importante recordar, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional de España, que el propósito de preceptos como sería el caso de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, es que busca mostrar "la decisión del constituyente de reconocer nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que protegen los instrumentos internacionales a que remite, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base de la organización del Estado"[6]. De esta manera, las cláusulas constitucionales peruanas no deben ser interpretadas únicamente en relación con la importancia de los tratados, ya que, el desconocimiento de los fallos de las cortes internacionales puede anular el efecto útil de los referidos instrumentos.

6 Tribunal Constitucional de España. Sentencia 91/2000, fundamento jurídico 7.

5. CONCLUSIONES

La modificación introducida al artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional promueve el incumplimiento de fallos de tribunales internacionales. Ni en la doctrina ni en la jurisprudencia se ha reconocido que, en virtud del principio *pro persona*, las autoridades locales tengan competencia para seleccionar el fallo más favorable. Del mismo modo, la reforma no profundiza el referido principio, el cual puede ser invocado tanto por los que obtuvieron un fallo favorable del Tribunal Constitucional, como de aquellos que lo consiguieron por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De esta manera, al no acatarse el pronunciamiento de una corte internacional, se genera un nuevo acto ilícito, el cual compromete el efecto útil de los tratados y el principio *pacta sunt servanda,* además del derecho a la tutela judicial efectiva de la parte ganadora en el litigio internacional. En el caso de la Convención Americana, ello resulta más evidente si se recuerda que, según el artículo 68.1, los Estados tienen el deber de cumplir con las sentencias en aquellos procesos en los que hubieran sido partes.

Siempre es importante recordar que el control judicial ejercido por cortes internacionales tiene, además, otra ventaja adicional: permite que órganos independientes respecto del gobierno nacional puedan brindar a los ciudadanos de presentar reclamos en contra de cualquier esfera del poder, lo cual incluye, desde luego, al gobierno mismo (Follesdal, A., 2015, p. 283). Cualquier medida que pretenda desconocer los fallos de un tribunal internacional solo termina por perjudicar a aquellas personas que, de acuerdo a las reglas y procedimientos previstos en un tratado, litigaron ante una corte competente y con facultades para remediar una vulneración de derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

Atilgan, A. (2018). *Global Constitutionalism*. Heildeberg: Springer.

Ayala, C. (2017). El incumplimiento de las sentencias internacionals: problemas políticos y jurídios. En: García, J. y Carmonaa, E. (editores). *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*. Navarra: Editorial Aranzadi.

Bass, G. (2020). *Detén la mano de la venganza*. Madrid: Berg Institute.

Beaulac, S. (2019). Canadá. En: Palombino, F. (editor). *Duelling for Supremacy. International Law vs. National Fundamental Principles*. Cambridge: Cambridge University Press.

Beck, O., Meyer, J., Hosoki, R., y Drori, G. (2019). Constitutions in World Society: A New Meeasure of Human Rights. En: Shaffer, G., Ginsburg, T., y Halliday, T. (editores). *Constitution-Making and Transnational Legal Order*). Cambridge: Cambridge University Press.

Bidart, G. (2020). *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea.

Bogdandy, A. y Venzke, I (2014). *¿En nombre de quién? Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Bogotá: Fondo Editorial de la Universidad Externado de Colombia.

Bodgandy, A. (2020). *Por un derecho común para América Latina*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.

Carpizo, E. (2009). *Derecho Fundamentales. Interpretación Constitucional. La Corte y los Derechos*. México D.F: Editorial Porrúa.

Cassese, A. (1991). *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Ariel.

Castro, R., Corzo, E. y Vargas, G. (2021). La posición jurídica del Estado ante la competencia de la Corte. En: Astudillo, C. y García Ramírez, S. (coordinadores). *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Organización, funcionamiento y trascendencia*. Ciudad de México: Tirant lo blanch.

Conforti, B. (1993). *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.

Dothan, S. (2020). *International Judicial Review. When Should International Courts Intervene?* Cambridge: Cambridge University Press.

Follesdal, A. (2015). Much ado about nothing? International judicial review of human rights in well-functioning democracies. En: Follesdal, A., Schaffer, J. y Ulfstein, G. (editores). *The Legitimacy of International Human Rights Regimes*. Cambridge: Cambride University Press.

Ginsburg. T. (2021). *Democracies and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

McLaughlin, M. y Powell, E. (2013). *Domestic Law Goes Global*. Cambridge: Cambridge University Press.

Muller, S. y Richards, S. (2010). Introduction: Globalisation and Highest Courts. En: Muller, S. y Richards, S. (editores). *Highest Courts and Globalisation*: La Haya: Hague Academic Press.

Pérez Luño, A. (2018). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid. Tecnos.

Queralt, A. (2008). *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Rawls, J. (2019). El Derecho de Gentes. En: Shute, S. y Hurley, S. (editores). *De los derechos humanos*. Madrid: Editorial Trotta.

Requejo, P. (2018). *La internacionalización del orden constitucional: los derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons.

Salinas, S. (2009). *El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos en el Siglo XXI*. Madrid: Iustel.

Sikkink, K. (2017). *Razones para la esperanza. La legitimidad y efectividad de los derechos humanos de cara al futuro.* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Steiner, C. y Uribe, P. (2016). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Lima: Tribunal Constitucional del Perú y Fundación Konrad Adenauer.

Vanossi, J. (1969). *Régimen constitucional de los tratados*. Buenos Aires: Editorial El Coloquio.

Vergottini, G. (2010). *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y rlación entre jurisdicciones*. Madrid: Cuadernos Civitas.

Villalba, P. (2019). *Jurisdicción Supranacional*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Zagrebelsky, G. y Marceno, V. (2018). *Justicia Constitucional. Vol. I: Historia, principios e interpretaciones.* Puno: Editorial Zela.

EL *IUS COGENS*, SU SENTIDO DOGMÁTICO Y SU RELACIÓN CON LAS CORTES INTERNACIONALES

William Jesús OBLITAS VILLALOBOS*

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** El *ius cogens* reconocido en la Convención de Viena. **3.** Elementos del *ius cogens*. 3.1. Norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. (*opinio iuris*). 3.2. No admite acuerdo en contrario. 3.3. Solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. **4.** ¿El *ius cogens* al ser una causal de nulidad puede crear derechos? **5.** El ius cogens es una "norma imperativa" por ser fuente y principio. **6.** Las Cortes internacionales no pueden crear normas *ius cogens*, las reconocen. **7.** La retroactividad de los Tratados no puede ser norma *ius cogens*. **8.** Conclusiones.

PRELIMINARES

Ante la necesidad de precisar metódicamente lo que se entiende por *ius cogens*, nuestro objeto de investigación es sincerar -dogmática y aplicativamente- los alcances de dicha figura en el derecho internacional público; y, justificarlo desde su concepción normativa, hasta su aplicación como principio proveniente de la práctica consensual de los Estado. Como objetivos adyacentes, tenemos el describir cómo las Cortes Internacionales deben aplicar tal conceptos -bajo sus elementos constitutivos-; si el mismo es una norma, un principio o una fuente del derecho; si

* Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Castilla-La Mancha. Especialista en justicia e interpretación constitucional por la Universidad de Pisa. Especialista en Aplicación Constitucional por la Universidad Castilla-La Mancha. Máster en Derecho Constitucional y doctorando por la UNFV. Pasante en el Poder Judicial de la Federación de Justicia de México, y en la Rama Judicial de la República de Colombia. Exasesor parlamentario de la segunda vicepresidencia y la subcomisión de acusaciones constitucionales del Congreso de la República. Consultor en materia procesal constitucional y derechos humanos. Profesor de la Universidad de San Martín de Porres.

aquel puede crear o no derechos; o, si sobre él se puede sustentar la retroactividad de los tratados.

Lo que llevamos a cabo es una investigación explicativa, bajo un método deductivo; siendo que como resultado se resaltará su naturaleza mixta o dual -entre el naturalismo y el positivismo-, la imposibilidad de utilizarlo desnaturizando sus elementos, o su concepción normativa; el resaltar que tiene triple naturaleza -como *norma, principio y fuente*-; y que sobre ella no se pueden crear derechos de forma directa, o justificar interpretaciones limitativas de los Tratados, afectando el *pacta sun servanta.*

1. INTRODUCCIÓN

Resulta necesario el precisar la definición metódica del *ius cogens*, no solamente porque las posturas del *ius* naturalismo y del *ius* positivismo la han tratado de limitar bajo conceptos exclusivos, sino porque cierta doctrina o las Cortes domésticas y regionales le han dado una interpretación muy polémica, haciendo suponer una extracción de su lógica normativa contenida en la propia Convención de Viena sobre derecho de los Tratados (CVDT).

El *ius cogens* ha ido despejándose de misterios para poder descender en el plano aplicativo, pero a su vez, el hecho es que su efectivización en los casos obedezca a su metodología, reconociéndolo no solo como una norma de imperativo cumplimiento, sino como un principio y una fuente del derecho derivada de la costumbre o la práctica de los países.

Sí, el *ius cogens* reside como una causal de nulidad de los Tratados, no siendo pertinente concluir que del mismo se originan derechos de forma inmediata. Otro tema trascendental, es que a veces se invoca dicho principio para poder describir la retroactividad de un Tratado, lo cual desnaturaliza la fuerza consensuada que ampara tal axioma.

En el presente trabajo se comienza por explicar cómo se recoge al *ius cogens* en la Convención de Viena, su conceptualización en los artículos 53 y 64, los límites que antepone y las condiciones de su ejecución; siendo aquel una causal de nulidad de los Tratados y que para aclamarlo se necesita la costumbre de los países. Seguidamente, hemos desarrollado lo referido a los elementos del *ius cogens:* al ser una norma reconocida por la comunidad internacional de los Estados (*opinio iuris*), el

que no admita acuerdo en contrario, y el que solo puede ser modificada por una norma ulterior del mismo carácter.

En el punto número 4, hemos analizado si el *ius cogens* es solo una "norma imperativa" o es un principio o fuente de derecho; seguidamente hemos evaluado si las Cortes Internacionales pueden crear normas *ius cogens;* y, por último, si dicha figura resiste o no la retroactividad de los Tratados. En consecuencia, necesitamos aplicar esta figura en sus términos metódicos, sin desvanecer sus alcances o desnaturalizar su firmeza.

2. EL IUS COGENS RECONOCIDO EN LA CONVENCIÓN DE VIENA

De acuerdo al principio de *lex certa,* podemos indicar que el *ius cogens* tiene una constitución normativa, y esta se encuentra dentro en el artículo 53 de la Convención de Viena (23 de mayo de 1969); el mismo expresamente indica:

> 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens)*
>
> Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Si bien este dispositivo es textual al recoger la figura mencionada, no es el único, ya que guarda consonancia con el artículo 64 de dicha Convención en donde se explica sobre la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general, señalando que: *Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará*.

Puede evidenciarse que, de acuerdo a la Convención, las normas *ius cogens* están vinculadas a la nulidad de los tratados; tan es así que, los artículos 53 y 64 se encuentran dentro de la Sección Segunda de dicha Convención denominada *Nulidad de los tratados*; siendo que incluso, si llegamos a analizar toda la sección, esta guarda consonancia con las causales de nulidad como el error (artículo 48),

el dolo (artículo 49), corrupción del representante de un Estado (artículo 50), coacción (artículos 51 y 52), etc.

Entonces, en una interpretación lógica y sistemática sobre la norma que regula el *ius cogens* con la misma Convención, podemos evidenciar que la normativización ha sido como objeto de causal de nulidad de la suscripción de Tratados; ese fue el espíritu originario de dicha cláusula; adhiriéndose a la conceptualización tradicional y costumbrista que se mantiene sobre la misma (consenso de los Estados). Debido a ello, la reformulación de su concepto bajo métodos hermenéuticos desnaturalizan no solo la distancia de su originaria intensión, sino que vician su contenido de emergencia y *ultima ratio* para poder interpretar los Tratados.

3. ELEMENTOS DEL *IUS COGENS*

Las normas *ius cogens* mantienen un problema teórico sobre la base filosófica que soporta su aplicación; estas normas se derivan del *ius naturalismo* o el *ius positivismo*. Si se aplican ambas teorías de forma independiente no existiría un resultado satisfactorias; pero, ejecutando tales posiciones en diferentes momentos se encuentra razonabilidad, ya que de la primera devienen sus características como "la voluntad de reconocimiento de los Estados", "el comportamiento continuo" y el "orden público (ético)"; y, de la segunda, el contenido de la normativización del *ius cogens* en los Convenios o Tratados.

Según el autor Abello-Galvis (2011), el *ius cogens* está compuesto por tres elementos constitutivos, los cuales se desprenden del artículo 53 de la Convención de Viena. Coincidimos con dicha clasificación, siendo que desarrollaremos nuestra posición al explicar cada uno de *items* mencionados.

3.1. Norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. (*opinio iuris*)

Según lo que indica Abello-Galvis, es difícil identificar a qué se refiere con "comunidad internacional de Estados en su conjunto". Sin embargo, se debe traer a colación lo señalado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas - CDI, la cual indica que no es necesario que la norma *ius cogens* goce de la aceptación de toda la Comunidad Internacional sino que represente la totalidad de los componentes esenciales de la misma**.** Aunque, aún sobre ello, el autor referido resalta la competencia de quién es el único que puede definir qué es *ius cogens*:

> Al respecto consideramos que si es la Comunidad Internacional de Estados, de acuerdo con la CVDT, la encargada de determinar a qué normas se les puede dar el carácter de imperativas, no puede ser la ONU la encargada de ello sino los Estados que la conforman[1].

El *ius cogens* nace de los Estados y son ellos los que lo definen, brota de los consensos históricos que apostando una cuota de su soberanía acuerdan qué se puede o no constituir como esa figura; las definiciones que podría brindar la ONU u otra dependencia pueden establecerse, pero sin negar la identificación competencial de creación o modificación, que es la de los propios países.

Si bien es cierto que, son los Estados los competentes para definir lo que es o no *ius congens*; también debemos reconocer que no existe una norma explícita que describa las causales, y ello se debe al grado de variabilidad que existe. En esa sintonía, coincidimos con Garibian y Puppo (2012), y con Abello-Galvis (2011), en que la forma en la que han sido positivizadas las normas de *ius cogens* es muy ambigua, puesto que no existe precisión sobre determinados conceptos presentes en la redacción de la norma de la CVDT; al respecto, se indica:

> No existe ningún texto jurídico-positivo que precise cuáles son las normas imperativas, lo que implica que no existe ningún medio para saber, de antemano, si una norma convencional es válida. El criterio elegido por la Convención de Viena de 1969, el reconocimiento y la aceptación por la Comunidad de los Estados en su conjunto, no permite determinar el contenido del ius cogens por diferentes razones. En primer lugar, no queda claro en qué consisten el reconocimiento y la aceptación. En segundo lugar, falta una definición de la Comunidad de los Estados en su conjunto: ¿todos los Estados, una mayoría de Estados o un grupo representativo de Estados?[2]

Sin embargo, Acosta y Duque (2008) afirma que la esencia de las normas de *ius cogens* no radica en que sean aceptadas por la Comunidad Internacional sino que en esta se haya llegado al consenso de que tal norma tiene carácter de inderogable.

Ese es un extremo en el que sí habría absoluta coincidencia para poder identificar una norma *ius cogens*, su inderogabilidad, solamente los dispositivos que gozan de dicha firmeza y definición podrían catalogarse como tal. Pero, a su vez,

---

1 Abello-Galvis, R. *Introducción al estudio de las normas de ius cogens en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI*. En *Vniversitas*. (123), 2011, p. 91.

2 Garibian, S. y Puppo, A. *Acerca de la existencia del ius cogens internacional: una perspectiva analítica y positivista*. En Isonomía (36), 2012, p. 30.

la inderogabilidad hace referencia a la fuerza de vigencia que tiene un dispositivo con dicha denominación en un determinado tiempo, ya que nada niega que pueda verse modificada por otra disposición de igual jerarquía que también se convierta en inderogable, por el puro consenso de los Estados.

En nuestro criterio, podemos concluir que el origen de las normas de *ius cogens* proviene del consenso de la Comunidad Internacional. No obstante, existió una etapa en el desarrollo de la concepción del *ius cogens* en el cual los juristas diferían en el establecimiento de las fuentes de las que provenían.

Por ejemplo, el autor Varón Mejía (2010), cita las diferentes concepciones que se tuvo sobre el tema:

> el jurista Roberto Ago, sostuvo que las normas de *ius cogens* podían provenir tanto de la costumbre internacional como de los tratados multilaterales universales. Por otro lado, Sir H. Lauterpacht, creía que estas normas solo podían provenir de la costumbre, mientras que Tounkine, reconocía que eso pudo ser cierto a principios del Siglo XX mas no en la actualidad, donde abundan los tratados entre Estados, por lo que las normas de *ius cogens* pueden ser establecidas y modificadas por estos.[3]

A su vez, debemos precisar que este elemento tiene que ver con la *opinio juris,* ya que se basa en el concepto de costumbre internacional, reconociendo que la costumbre es una de las principales fuentes del derecho internacional; siendo que en esta disciplina se presenta de forma muy dinámica debido a la existencia de un legislador universal, característica que diferente al sistema internacional.

Así lo ha dejado entender por ejemplo Cárdenas Casteñeda (2015), cuando incluso diferencia a dos tipos de costumbre en el sistema internacional:

> La CIJ y la doctrina han determinado la existencia de dos tipos de costumbre en el sistema internacional. El primer tipo, la costumbre internacional local, que construye obligaciones solo *inter partes* o un número reducido de sujetos internacionales, y fue descrita por la CIJ en los casos de *Asylum y Rigth of Passage over Indian Territory.* El segundo tipo concierne a la costumbre que crea obligaciones vinculantes frente a la totalidad de los sujetos del DI, es llamada costumbre general internacional o simplemente costumbre internacional, y se encuentra claramente descrita por la CIJ en el caso de *North Sea Continental*

3 Varón Mejía, A. *Orden Público Internacional y normas ius cogens: una perspectiva desde la comisión de derecho internacional y la Convención de Viena de 1969*. En Diálogos de Saberes, 2010, p. 222.

> *Shelf.* En ocasiones, la propia Corte y la doctrina suelen llamar a este tipo de costumbre como derecho internacional general (general international law).[4]

Tal como hemos visto anteriormente, sin costumbre internacional no existirían las normas *ius cogens,* se necesita de dicha concepción previa -y que la misma sea aceptada por los países-para que tal *opini iuris* pueda ser elevado al rando mencionado.

A la fecha, resulta indiscutible que el *ius cogens* proviene de la costumbre, del acuerdo o consenso entre los pueblos o Estados; siendo que, este elemento -acuerdo de países- es la fuente de dicha institución, ya que el mismo sería el espíritu implícito del acuerdo, no pudiendo por ejemplo pactar en contra de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando se trate de un acuerdo sobre tal materia, o lo que la naturaleza del acuerdo oriente; como tampoco se podría favorecer ilícitos internacionales reconocidos en Tratados de dicha jerarquía.

3.2. No admite acuerdo en contrario

Este sería el segundo elemento de las normas *ius cogens*; y su *no admisión de acuerdo en contrario* se basa en que dichos dispositivos constituyen el grado más alto de las normas internacionales; por lo cual, si algún plexo legal de menor rango entraría en conflicto con las mismas se tendría que preferir el axioma inicialmente mencionado. Entendiéndose que ese impacto es sobre cualquier Tratado, sea este incluso de Derechos Humanos.

En esa misma línea se expresan Garibian y Puppo, indicando que lo mencionado se denominaría "criterio de validez de los tratados"[5]. A su vez, los mismos precisan que existe una clasificación de normas *ius cogens* que de acuerdo a sus efectos las dividen en dos*:* i) obligatorias, ii) imperativas; siendo que la diferencia entre ambas radica en que la primera obedece a una imperatividad jurídica y la otra a una de carácter moral. Al respecto, citamos:

> Las normas imperativas son, a menudo, normas que ya existen, es decir, normas válidas (convencionales o consuetudinarias) pero se les reconoce una

4 Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto; Casallas Méndez, Óscar Orlando. *Una gran medida de "opinio juris" y práctica estatal al gusto: ¿la receta de la costumbre internacional contemporánea"*. Recuperado de: https://repositorioslatinoamericanos.uchile.cl/handle/2250/2395267.

5 Garibian, S. y Puppo, A. *Acerca de la existencia del ius cogens internacional: una perspectiva analítica y positivista*. *Op. cit.*, p. 29.

> importancia particular. Esta importancia particular tiene dos dimensiones: la primera es moral; la segunda, por así decir, hermenéutico- judicial. La dimensión moral permite distinguir claramente las normas obligatorias y las normas imperativas. Las primeras son jurídicamente obligatorias, las segundas son, también, moralmente obligatorias (expresión de la moral internacional o de la voluntad "positiva" de la Comunidad internacional). La secunda [sic] dimensión traduce el rol jugado por los jueces en la identificación del derecho aplicable y en la calificación jurídica de la realidad.[6]

En este extremo, resaltamos que las normas *ius cogens* provienen de los acuerdos entre los Estados, están constituidas como criterios de validez de los Tratados; siendo que a su vez, dichos axiomas son causas de nulidad de los mismos en su materia, y que si bien en su vertiente obligatoria permite la intervención de los jueces a fin de identificar el derecho aplicable a la realidad, esta no permite que los magistrados de cualquier Corte puedan crear normas *ius cogens* lejos de su origen que es el consenso entre los países, ello desnaturalizaría la base originaria de tal axioma; las Cortes solamente pueden limitarse a aplicar lo que los Estados previamente han pactado, en esa línea expresa, y bajo la condición de nulidad de Tratados indicado.

3.3. Solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter

Este tercer elemento nos advierte la posibilidad condicionada de modificación de las normas *ius cogens*; si bien las mismas tienen una condición de inderogabilidad como regla general, de forma excepcional se permite su variación pero sujeta a una norma posterior de igual jerarquía -costumbre aceptada por los países-; siendo que esto se viene a dar en temas que se van afincando por la costumbre constante de los pueblos, y que conllevan -aparte del acuerdo de Estados- mucho tiempo para que puedan constituirse como pautas inmodificables, un ejemplo de ello podría ser la Declaración Universal de los Derechos Humanos en los Tratados de su rubro; una vez que fue positivizada la misma por medio del consenso en la costumbre, la duración de la misma es extensa.

A decir de Garibian y Puppo (2012), las normas de *ius cogens* no son ni positivas ni naturales. El derecho natural es inmutable, pero, en el caso de las normas de *ius cogens*, estas van evolucionando de acorde a los consensos de los juristas de la Comunidad Internacional. Por otro lado no puede ser considerado derecho positivo puesto que, según refieren los referidos autores, el derecho positivo se

6 Ibidem, p. 28.

caracteriza por poseer un elemento objetivo, además que este se basa en el derecho de lo que es y no en el derecho de lo que debe ser, característica principal de las normas de *ius cogens*[7].

Cuando se efectúa la expresión de "juristas de la Comunidad Internacional", se está haciendo referencia a que la incidencia que hace la doctrina en la aceptación de los Estados sobre una norma *ius cogens*, resaltando que solo un acuerdo de estos puede reconocer tal norma, mas no existe otro órgano constitutivo, ni siquiera las mismas cortes internacionales.

Entonces, sí se permite -de forma excepcional y bajo condiciones- la modificación de una norma ius cogens; estando a ello está sujeto siempre a la aceptación consensual de los Estados, lo cual brinda legitimidad a dicho cambio; siendo que tal debe ser pacífica y no impuesta, brotada desde su soberanía.

4. ¿EL IUS COGENS AL SER UNA CAUSAL DE NULIDAD PUEDE CREAR DERECHOS?

En el apartado anterior hemos desarrollado que el *ius cogens* se encuentra estipulado en la Convención de Viena, en los artículos 53 y 64, apreciándose que es una de las formas de nulidad de los tratados. Entonces, devendría en un contrasentido que aquella norma que se utiliza para medir la posibilidad anulatoria de los acuerdos entre los países pueda ser instrumento de la generación de derechos de forma interpretativa e impositiva, más cuando ello no ha sido siquiera definido así por los países firmantes, sino por hermenéutica de las Cortes internacionales o nacionales; y, peor aun cuando es sobre temas que son hartamente polémicos.

Reconocemos la existencia de determinada jurisprudencia que ha querido llevar al *ius cogens* más allá de la matriz conceptual que tiene como causal anulatoria de los tratados, y de su dimensión de fuente y principio del derecho internacional; queriendo mediante su invocación imponer criterios interpretativos sobre fenómenos polémicos como por ejemplo la retroactividad de los delitos de lesa humanidad (aun sabiendo que no hay consenso entre los países sobre ello).

En este extremo, queremos descartar también la posibilidad de la existencia de un *ius cogens* regional -interamericano-; por más que cierta doctrina lo haya suge-

7 Ibidem, pp. 32-33.

rido[8]; ya que básicamente contraviene al sentido de universalidad del principio, de la aceptación y práctica internacional; ya que si bien son los tribunales regionales los que más han utilizado tal axioma, ello no puede desnaturalizar su esencia.

Entonces, tal como se aprecia de la propia Convención de Viena, y de los elementos constitutivos del *ius cogens*, esta figura sirve proviene de la costumbre institucionalizada en los Convenios, expuestos así por los Estados, siendo que no puede ser fuente hermenéutica para poder crear u originar derechos cuya determinación no hayan sido establecida en los Pactos, ello contraviene el decurso genético de tal fuente jurídica.

5. EL IUS COGENS ES UNA "NORMA IMPERATIVA" POR SER FUENTE Y PRINCIPIO

La Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas (ONU) en su 67 periodo de sesiones (2015), decidió incluir en su programa de trabajo un estudio sobre el *ius cogens*. En la sesión 69, a propuesta del relator especial Dire Tladi, decidió cambiar el título del tema de *ius cogens* por "normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)"; el mismo, en la sesión 3504, celebrada el 7 de agosto del 2019, pudo culminar la primera lectura del proyecto de conclusiones referida a las normas mencionadas; en la misma define al *ius cogens* de la siguiente forma:

> Una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter[9]

Si bien tal proyecto hace la utilidad el término de "norma imperativa", se fundamenta en la calidad de fuente y principio internacional que tiene tal figura. Tal como lo hemos expresado anteriormente, el ver desde una óptica positivista al ius cogens le resta valía a elementos que la constituyen como la costumbre o práctica

8 Rojas Amandi, Víctor Manuel. *El nuevo estatus jurídico del ius cogens, reflexiones en torno a los informes de la Comisión de Derecho Internacional*. Recuperado de: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/16956/19220#toc

9 Organización de Naciones Unidas (ONU). Recuperado de: https://legal.un.org/ilc/reports/2019/spanish/chp5.pdf

de los Estados, la moral que es implícita en un dispositivo como tal, y la aceptación de los países; ello no es satisfecho desde el positivismo, siendo su constitución la de darle contenido y presencia material al *ius cogens*.

Entonces, cuando se describe como una norma imperativa -lo cual no es reconocido así por la Convención de Viena que es su origen- sino por cierta doctrina o jurisprudencia para explicar quizá sus efectos, no debe entenderse de forma limitada en su acápite de positivización final, ya que este tipo de axiomas son fuentes del derecho y principios, que es la causa por la cual incluso se origina.

En el Derecho Internacional Público, de acuerdo a T. J. Lawrence (1902) se han tenido periodos en los que han aparecido los principios, siendo el tercer y último de ellos los que podríamos apreciar como las normas *ius cogens,* estos hacen mención a las obligaciones de los Estados; citamos:

> El principio del tercer periodo fue el de que los Estados como tales tienen mutuos derechos y obligaciones, los que no necesitan de ningún superior común para tener autoridad. (...)
>
> A gran distancia de todos tuvo el mayor éxito Hugo Grocio, quien publicó en 1625 su *De jure belli ac pacis.* Puede ser considerado como el fundador del derecho internacional moderno. Sus raciocinios estaban basados en la proposición de que aunque los Estados no tengan un superior común se hallan, sin embargo, ligados unos a otros por muchos deberes, que se hallan, determinados por una ley de la naturaleza y por el consenso común. Al elaborar su sistema adoptó muchas ideas del *ius gentiun* romano, sistema conexo, como el suyo, con la naturaleza y el derecho natural. Los estadistas y juristas adoptaron sus principios; y éstos fueron el fundamento del derecho público de la Europa moderna.[10]

Tengamos en cuenta que Lawrence efectuó esta distinción en 1902, la suscripción de la Convención de Viena fue efectuada en 1969 y entró en vigencia en 1980, por lo cual se entiende que no se haya estipulado la denominación de *ius cogens.* Pero, de la tercera evolución de los principios que indica podemos colegir muy sabiamente que hace referencia a dicho axioma, considerándolo como ley natural (fuente del derecho) o principio. Estando que incluso, dicho autor para resaltar la voluntad expresa de los países al adoptar un principio mencionó que *la teoría del derecho natural está ahora cayendo en descrédito, y el consentimiento expreso*

10 Lawrence T. J. *Manual del derecho internacional público -obra adaptada en el almirantazgo británico para uso de los oficiales de la real armada-.* Infojus, Inglaterra, 1902, p. 18.

o tácito de los [E]stados para poner límite [á] las reglas del derecho internacional, se mira generalmente como un fundamento único para imprimirle autoridad[11].

Entonces, el *ius cogens* está ligado a la tercera evolución de los principios del derecho internacional público, no pudiendo solamente considerarla como norma imperativa, sino que su naturaleza más originaria es ser principio y fuente del derecho internacional. Esto fue asumido por Grocio desde la antigüedad donde primaba la posición naturalista, siendo que la misma no fue suficiente en el tiempo para poder contener los alcances de tal figura, como tampoco para darle fuerza impositiva; quizá en los tiempos de dicho autor hubiese sido suficiente tal propuesta, pero llegado el derecho internacional contemporáneo se torna en necesaria la influencia del positivismo.

Es sabido que la ley es la fuente del derecho, mayormente utilizado en los organismos internos, pero en el derecho internacional es diferente dicha sistematización; al respecto, Santiago Benadava (2004) menciona:

> En los órdenes jurídicos internos la fuente principal de derecho es la ley, que crea normas general de conductas. En el plano internacional, en cambio, no existe un Poder Legislativo que dicte reglas generales obligatorias para todos los Estados. Las reglas de derecho internacional son creadas o establecidas por los propios Estados mediante los *tratados* y la *costumbre.* Estos procedimientos son las únicas puertas a través de las cuales los nuevos principios hacen su entrada en la esfera del derecho.
>
> Los tratados o convenciones internacionales son acuerdos entre Estados que crean las llamadas normas *convencionales*. La costumbre está constituida por prácticas aceptadas por los Estados que establecen reglas consuetudinarias. Las reglas convencionales y las reglas consuetudinarias son los dos principales "componentes" o "fuentes" (en el segundo sentido) del derecho internacional. A su lado, están los principios generales del derecho, que juegan un rol subsidiario.[12]

Las normas *ius cogens* son principios, ya que se reconoce que brotan de la costumbre de los países, de la práctica que estos tengan al establecer el derecho internacional público; siendo que se sirven de tal mecanismo [costumbre] para poder constituir una forma de aplicación jurídica que se expresa como un principio; haciendo la salvedad que, a su vez es una fuente del derecho internacional, ya que como no existe un legislador universal, es la costumbre la que determina la

11 Ibidem, p. 19.

12 Benadava, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Octava edición. Lexis Nexis, Chile, 2004, p. 21.

creatividad normativa de dicho derecho, estando a que el *ius cogens* convierte en seguro, rigo y predecible al mismo, siendo modificado solamente por una nueva costumbre aceptada por los demás Estados, no por interpretaciones sectoriales o netamente judiciales.

6. LAS CORTES INTERNACIONALES NO PUEDEN CREAR NORMAS *IUS COGENS*, LAS RECONOCEN

Se tiene que partir por reconocer que las normas *ius cogens* no son fuente formal del derecho internacional, así lo reconoce por ejemplo Abello Galvis, entre otros autores (N'Guyen, Pellet y Dallier)[13]. Pero materialmente se constituyen como fuente al dar origen a los principios sobre cuales se van a regir los Tratados.

Como también, se tiene que dejar en claro que dichas disposiciones son pre-existentes al momento de su clasificación como tal; es decir, que el derecho positivo solamente lo que hace es reconocerlos, no son inventiva o imposición de algún Estado o alguna corriente ideológica; por tanto, como existen con anterioridad, en algún momento indicado lo que hace la Comunidad Internacional solamente es otorgarle la alta jerarquía a una norma que ya se encontraba siendo utilizada en el común denominador de los pueblos[14].

En ese sentido, resulta oportuno coincidir con la posición de Abello-Galvis (2011), quien menciona que la Corte Internacional de Justicia tiene la potestad de identificar si una norma cumple con los requisitos para ser considerada *ius cogens*, mas no para crear una norma con esas características.

> (...) no puede hablarse de "crear" una norma de *ius cogens* ya que estaríamos hablando de una fuente del derecho internacional. Lo que hace la comunidad internacional en su conjunto es tomar una fuente, es decir, una norma ya existente, y otorgarle un carácter especial cual es el de ser norma de ius cogens, pero no se está creando una nueva norma[15].

Esta definición no se agota solo en la Corte Internacional de Justicia sino en todas las cortes internacionales, las cuales no pueden crear normas *ius cogens* sino

13 Abello-Galvis, R. *Introducción al estudio de las normas de ius cogens en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI. Op. cit.*, p. 18.

14 Ibidem, p. 10

15 Ibidem, p. 95.

que deben identificar, a través de un estudio riguroso y el consenso dentro de la Comunidad Internacional si una norma ya existente debe ser considerada como norma de *ius cogens*.

En este extremo coincidimos con Abello-Galvis quien menciona su oposición a la Corte IDH cuando esta afirma que en "la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del ius cogens"[16]; ello debido a que:

> No se puede confundir la obligatoriedad que tiene una norma para un Estado como consecuencia de las obligaciones que ha contraído por la vía de tratado y aún de las que tiene como consecuencia de una costumbre internacional o por los principios generales reconocidos por las naciones civilizadas con el hecho de que se le otorgue el carácter de *ius cogens*.[17]

Si bien el autor mencionado indica que incluso los Tratados sobre Derechos Humanos no son normas *ius cogens*; ello debido a que se puede renunciar a los mismos. Nosotros somos de la posición de que no cualquier Tratado sobre derechos humanos puede tener tal rango, solamente la Declaración Universal de Derecho Humanos, los demás Acuerdos, Convenios, Protocolos o Tratados no se constituyen como tal, partiendo porque todos ellos no han sido confirmados de forma uniforme por los Estados, y debido a que no se reconocen derechos, sino que tratan de crearse o imponerse desde las Cortes, siendo incluso pasibles de denuncia u omisión de suscripción.

7. LA RETROACTIVIDAD DE LOS TRATADOS NO PUEDE SER NORMA *IUS COGENS*

Una norma creada para ser aplicada como causal de nulidad de Tratados Internacionales no puede ser utilizada para justificar figuras procesales de índole penal como la retroactividad maligna de los Convenios, o servir como tipo penal para condenar por el delito de lesa humanidad -no existe en ningún país la condena por el delito de *ius cogens*; más aún, si es que estas interpretaciones no guardan conso-

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva Nro. 18, sobre la condición jurídica y derechos los migrantes indocumentados*, del 17 de setiembre del 2003, párrafo 101.

17 Abello-Galvis, R. *Introducción al estudio de las normas de ius cogens en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI. Op. cit.*, 2011. p. 22
Recuperado de: https://repository.urosario.edu.co/items/c2fd077c-ccbc-4e8c-8804-e64607a6c823

nancia con la condición tal principio internacional que requiere que su admisión se acepte por toda la comunidad, siendo sabido que existen países de reconocida democracia que mantienen la retroactividad ante la suscripción del Estatuto de Roma, como por ejemplo: Inglaterra, Holanda, Portugal, entre otros[18].

A su vez, en el caso del Estatuto de Roma, cabe resaltar que el artículo 24 se menciona que *nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.* De igual forma, el inciso 2 del artículo VIII de la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad" refiere que la misma *entrará en vigor al nonagésimo día siguiente a la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión*.

Claro está que, contextualmente lo existido por ejemplo en el Perú a fines del siglo pasado fue la defensa del Estado constitucional ante los ataques terroristas de agrupaciones subversivas que deseaban tomar el Estado por las armas; aunque, formalmente no existe una condena con la tipificación de lesa humanidad por tales hechos; pero, sin perjuicio de ello, y tal como se ha citado, el propio Estatuto de Roma y Convención sobre la imprescriptibilidad -los cuales fueron aceptados y suscritos por los Estados- confirman que la aplicación de sus normas se efectuará desde que el Estado las suscribe, más no de forma retroactiva.

En este extremo, cabe recordar que, en cuanto a la imperatividad de las normas *ius cogens*, cabe indicar que las mismas tiene una condición moral en la suscripción de los tratados, siendo que los Estados al rubricarlos reconocen a dichas normas bajo tal condición, o se crean sucesivamente, pero bajo el consenso de la comunidad internacional[19]. Entonces, las cortes nacionales o internacionales reconocen las normas *ius cogens* que se basan en el acuerdo de los Estados, pero no pueden crear u originar tales normas, ya que contravendría el origen de dicha institución.

En ese sentido, el *ius cogens* no podría amparar la retroactividad de cualquier Tratado, incluido el Estatuto de Roma; muy por el contrario, más bien cerca de ello estaría la irretroactividad, ya que no solamente se encuentra consignado en la

18 Comisión Europea para la Democracia a través del derecho (Comisión de Venecia). *Amicus Curiae en el caso de Santiago Brysón de la Barra Et Al (sobre crímenes de lesa humanidad), para la Corte Constitucional de Perú*. 15 del 2011, p. 16. https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)041-spa

19 Garibian, S. y Puppo, A. Acerca de la existencia del ius cogens internacional: una perspectiva analítica y positivista. En *ISONOMÍA* (36), 2012, p. 30.

misma Convención de Viena (artículo 28)[20], sino que existen principios internacionales sobre la materia procesal penal que los afirman. Pero, aún sobre todo esto, ni una ni la otra son normas *ius cogens*, ya que no son causal implícita de nulidad de los tratados, no se enmarcan en la aceptación de la comunidad internacional de Estados en su conjunto (incluso formalmente se reconoce que algunos países han adoptado criterios disímiles -por tanto, admite acuerdo en contrario).

Respecto a los delitos de lesa humanidad, no se niega que los Estados al suscribir el Tratado de Roma o de Imprescriptibilidad de dichos delitos, se conminan a reconocer como imprescriptibles los mismos desde la fecha en que dicho Acuerdo se efectúa por el país suscriptor (así lo afirman los propios Tratados y la CVDT) hacia adelante, lo que se niega es que la aplicación sea retroactiva (así lo indican también los mismos Acuerdos); estando a que, en esta fase hay países que han elegido adoptar uno u otro efecto sobre la aplicación normativa en el tiempo; por lo tanto, la retroactividad no podría ser norma *ius cogens* por este argumento como por los ya descritos anteriormente.

La Corte IDH habría definido que la Convención de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad es norma *ius cogens* (Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile); citamos:

> Aun cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (ius cogens), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa. [21]

Al respecto, tal afirmación de la Corte apela a su sola afirmación, sin sustento en algún Convenio, informe internacional de algún organismo de competencia universal, o Acuerdos de los países; siendo que a su vez, la misma carece de los requisitos indicados anteriormente (competencia, consenso de Estados, causal de nulidad de Tratados); e incluso, su desarrollo es meramente declarativo en dicha sentencia como en otras, sin desarrollar un esquema dogmático sobre su afirmación.

20 Artículo 28. Irretroactividad de los tratados. Las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que haba tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Almonacid Arellano y otros vs Chile* del 26 de setiembre del 2006. f. j. 153.

Ello, sin perjuicio de que -tal como se ha mencionado- el propio Convenio de Imprescriptibilidad, el Estatuto de Roma y la Convención de Viena, determinan la retroactividad de los Tratados en sus articulados.

A su vez, cabe hacer la precisión de que incluso si se asumiera de que lo dicho por la Corte IDH devendría en aceptable dogmáticamente, no mantendría competencia de determinar que un delito es *ius cogens*, dado que no es un Tribunal penal, y a su vez es una Corte de tipo regional no universal; al respecto, recogiendo las palabras de CherifBassiounis:

> La Corte [Corte Penal Internacional] no es un órgano supracional, sino un ente internacional similar a otros ya existentes, entre los que se puede mencionar a la CIJ [Corte Internacional de Justicia]. Asimismo, ambos tribunales tienen en común el ser órganos jurisdiccionales internacionales de carácter permanente y de vocación universal. A pesar de la existencia de otros tribunales internacionales permenantes que también ejercen una competencia restringida *ratione personae* y *ratione materiae,* la CPI y la CIJ son los únicos órganos que tienen vocación universal, lo que permite a cualquier Estado ser parte del Estatuto de Roma y del Estatuto de la CIJ, reconociendo su competencia.
>
> Por el contrario, otros órganos jurisdiccionales internacionales, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, los Tribunales Penales *Ad-Hoc* para la ExYugoslavia y para Ruanda tienen una competencia restringida delimitados por criterios geográficos y técnico-jurídicos, careciendo de vocacional universal.[22]

De lo citado se concluye que no solamente por razón de materia (*ratione materiae*) la Corte IDH no podría haber determinado que la retroactividad de un Tratado es norma *ius cogens*, sino que tampoco se habría cumplido el elemento de dicho dispositivo referido al "consenso entre los Estados", ya que su jurisprudencia tiene un alcance regional mas no regional, tal como ha sido detallado. A su vez, si la Corte Penal Internacional podría haber determinado que el Tratado de imprescriptibilidad es norma *ius cogens*, cabe mencionar que hasta la fecha no ha acontecido, y creemos que dados los impedimentos que ello tendría (elementos constitutivos, Convención de Viena, normas del Estatuto de Roma y del Convencio Imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad) sería un enorme riesgo para el

22 Comisión Andina de Juristas. *La Corte Penal Internacional y los países andinos*.

derecho internacional penal, siendo que difícilmente los Estados lo cumplirían y otros no aceptarían el acuerdo.

A su vez, cabe precisar que, el propio Tribunal Militar Internacional de Núremberg, en la Sentencia de fecha 30 de setiembre de 1946 mencionó sobre la retroactividad de su propio alcance jurisdiccional; citamos:

> En cuanto a los crímenes de lesa humanidad, no cabe duda alguna de que opositores políticos fueron asesinados en Alemania antes de la guerra, y que muchos de ellos fueron retenidos en campos de concentración en circunstancias de gran horror y crueldad. La política de terror se llevó a cabo sin duda a gran escala, y en muchos casos fue organizada y sistematizada. La política de persecución, represión y asesinato de civiles en Alemania antes de la guerra de 1939, quienes probablemente eran hostiles al Gobierno, se llevó a cabo con la mayor crueldad. La persecución de judíos durante el mismo periodo está probada sin lugar a dudas. Para que constituyan crímenes de lesa humanidad, los actos invocados antes del estallido de la guerra deben haber sido cometidos en ejecución o en conexión con cualquier delito de la jurisdicción del Tribunal. El Tribunal opina que, por repugnantes y horribles que fueran muchos de estos crímenes, no se ha demostrado satisfactoriamente que se cometieran en ejecución o en conexión con dicho delito. Por consiguiente, el Tribunal no puede hacer una declaración general de que los actos anteriores a 1939 fueron crímenes contra la humanidad en el sentido de la Carta, pero desde el comienzo de la guerra en 1939 se cometieron crímenes de guerra en gran escala, que también fueron crímenes contra la humanidad; y en la medida en que los actos inhumanos imputados en la acusación y cometidos después del comienzo de la guerra no constituyeron crímenes de guerra, todos ellos fueron cometidos en ejecución de la guerra de agresión o en conexión con ella, y por lo tanto constituyeron crímenes contra la humanidad.

Podría evidenciarse que el mismo Tribunal de Núremberg reconoció su competencia de *ratione temporis* considerando que no es retroactiva su competencia, como tampoco es retroactivo el Estatuto que servía para su juzgamiento (el antecedente más antiguo de lo que hoy es el Estatuto de Roma). Con ello se reconoce que, desde la génesis de estos debates, se deben respetar las competencias (los Tribunales Militares no podrían pronunciarse por delitos de lesa humanidad; como ahora los Tribunales regionales y no penales no podrían determinar qué es un delito de lesa humanidad y qué no lo es), sino que también, ni en su origen el delito de lesa humanidad fue retroactivo, y menos aún podrían haber sido reconocidos como normas *ius cogens*.

8. CONCLUSIONES

- El *ius cogens* tiene una conceptualización normativa establecida en los artículos 53 y 64 de la CVDT, presentándose como condición nulificante de los Tratados y resaltando que su origen se debe a la aceptación o consenso de los países; tal principio es pasible de verse modificado, pero por un nuevo dispositivo que goce de los mismos requisitos (consenso internacional general e imperatividad).
- Para reconocer al *ius cogens* tenemos que evaluar sus elementos: a) Norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto (*opinio iuris*), ligada a su inderogabilidad y su fuerza preceptiva -costumbre internacional-, siendo un posible ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos -en su rubo-; b) No se admite acuerdo en contrario, explicado en que son las normas más altas del sistema internacional (costumbre), son a su vez jurídicamente obligatorias y moralmente imperativas; c) Solo pueden ser modificadas por una norma ulterior de derecho internacional que tenga el mismo carácter, solo la costumbre podría modificar una norma de tal rango, no pudiendo una Corte efectuarlo.
- El *ius cogens* es también una causal de nulidad de los Tratados, no un dispositivo originador de derechos. Al ser una norma imperativa no se puede pactar en su contra (similar al fin lícito en los actos jurídicos), tal fuerza proviene de la costumbre internacional, pero ello no facultad a que se haga creer que una mera declaración de derechos sobre ella hace imponente una práctica internacional. Por ello, negamos la posibilidad de un *ius cogens* regional o nacional, ya que ello vacía de aplicación tal principio.
- El *ius cogens* es una norma imperativa, un principio y a su vez una fuente de derecho; ello se debe a que si bien su matriz se sostiene en un concepto naturalista (como todo el origen del derecho internacional público – Hugo Grocio-), basado en la costumbre de los pueblos; pero, existe un elemento del positivismo necesario para su evolución, el cual le dota de predictibilidad, de contenido normativo. Son principios ya que condicionan y orientan la creación de tratados, y son fuente ya que se sirve de aquel para poder originar el derecho internacional.
- Afirmamos que dada la naturaleza del *ius cogens*, como principio, como fuente y como norma, no puede estar sujeta a la creación de una Corte Internacional o Regional, sino que estas lo único que hacen es reconocer una norma *ius cogens*, siempre que se cumplan con sus condiciones y sus elementos. De igual forma,

consideramos que la retroactividad de los tratados no puede constituirse como un criterio que tiene el rango del principio precitado, ya que no solamente no reúne los requisitos, sino que es un tema netamente proceso, que incluso en su seno contradice un criterio universal como el de la aplicación de la norma en el tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

Abello-Galvis, R. *Introducción al estudio de las normas de ius cogens en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI*. En *Vniversitas*. (123), 2011.

Benadava, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Octava edición. Lexis Nexis, Chile, 2004.

Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto; CASALLAS Méndez, Óscar Orlando. *Una gran medida de "opinio juris" y práctica estatal al gusto: ¿la receta de la costumbre internacional contemporánea"*. Recuperado de: https://repositorioslatinoamericanos.uchile.cl/handle/2250/2395267

Comisión Andina de Juristas. *La Corte Penal Internacional y los países andinos*.

Comisión Europea para la Democracia a través del derecho (Comisión de Venecia). *Amicus Curiae en el caso de Santiago Brysón de la Barra Et Al (sobre crímenes de lesa humanidad), para la Corte Constitucional de Perú*. 15 del 2011, p. 16. Recuperado de: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)041-spa

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva Nro. 18, sobre la condición jurídica y derechos los migrantes indocumentados*, del 17 de setiembre del 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Almonacid Arellano y otros vs Chile* del 26 de setiembre del 2006.

Garibian, S. y Puppo, A. *Acerca de la existencia del ius cogens internacional: una perspectiva analítica y positivista*. En ISONOMÍA (36), 2012.

Lawrence T. J. *Manual del derecho internacional público -obra adaptada en el almirantazgo británico para uso de los oficiales de la real armada-*. Infojus, Inglaterra, 1902.

Organización de Naciones Unidas (ONU). Recuperado de: https://legal.un.org/ilc/reports/2019/spanish/chp5.pdf

Rojas Amandi, Víctor Manuel. *El nuevo estatus jurídico del ius cogens, reflexiones en torno a los informes de la Comisión de Derecho Internacional*. Recuperado de: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/16956/19220#toc

Varón Mejía, A. *Orden Público Internacional y normas ius cogens: una perspectiva desde la comisión de derecho internacional y la Convención de Viena de 1969*. En Diálogos de Saberes, 2010.

EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN Y EL LÍMITE A LOS DERECHOS

Una lectura interamericana

Juan Alberto CASTAÑEDA MÉNDEZ*

SUMARIO: 1. Planteamiento problemático de límites. **2.** La restricción estatal y limite *ius* fundamental. **3.** La proporcionalidad en las restricciones. **4.** Casos contenciosos de la Corte IDH sobre los límites a los derechos. **5.** Conclusión.

1. PLANTEAMIENTO PROBLEMÁTICO DE LIMITES

Conforme al preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), menciona que los individuos, más allá de los derechos que los amparan, tienen deberes respecto de otros individuos y de la comunidad, y con más precisión la CADH, en varios de los derechos reconocidos, pone como límites de sus ejercicios determinadas situaciones o contextos, los cuales son reafirmados

* Abogado litigante, investigador Renacyt, docente universitario. Egresado del Doctorado del Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Especialista en Constitucionalismo Latinoamericano y Derechos Fundamentales por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP- Perú). Maestro en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid -España. Especialista en Derecho Parlamentario y técnicas legislativas por la Universidad Castilla de La Mancha. Egresado del Curso de Metodología de la Investigación Socio Jurídica por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialistas en interpretación Jurídica y tutela jurisdiccional de los derechos por la Universidad de Pisa – Italia. Especialista en Justicia Constitucional e interpretación por la Universidad Castilla de La Mancha de España (UCLM). Fue Asesor Parlamentario en el Congreso de la República del Perú. Miembro distinguido por el Tribunal Plurinacional Constitucional de Bolivia. Ex Director Académico y promoción cultural del Colegio de Abogados de La Libertad (2021-2023). : jcastanedm@pucp.edu.pe https://orcid.org/0000-0003-4472-8709

de modo genérico en los artículos 30 y 32 del Pacto de San José de Costas Rica, al aludir el primero de los citados que existen restricciones permitidas, de acuerdo con la CADH, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma y el segundo, en su numeral 1 a que toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad, y en el 2, a que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Efectos y sistema interamericano de tutela que es para situaciones que podrían denominarse de tiempos de normalidad, necesarias para la organización jurídica y social de un Estado, a fin de poder desarrollar y alcanzar sus fines constitucionalmente establecidos como nación, a fin de impedir el caos y la anarquía que podía poner en riesgo inclusive la propia existencia. En efecto, si los derechos se considerarían absolutos, de modo tal que no fuera concebible restricción alguna, el respeto al derecho de los demás, a la seguridad de todos y a las justas exigencias de una sociedad democrática sería impensado, en razón que el Estado no podría de ninguna manera actuar, para amparar derechos de terceros, la seguridad, el orden y la moral pública ante la imposibilidad de restringir derechos del perturbador de manera alguna.

En tal sentido y decantándonos por la excepción relativo a los límites, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha aludido esta facultad estatal, en especial en su Opinión Consultiva N.º 6-86, donde ha señalado que del artículo 30 y de otros de la Convención se autoriza los Estados a imponer limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, pero a su vez, exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

> a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida; b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a " razones de interés general " y no se aparten del "propósito para el cual han sido establecidas". Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas[1].

1 Corte IDH. OC 6-86, La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 9 de mayo de 1986, párr. 18.

Asimismo, el artículo 5 del PIDCyP, enunciados similares, donde permite al Estado poner un cierto límite al ejercicio de los derechos de las personas bajo su jurisdicción, pero a su vez pone énfasis al señalar en sus numerales 1 y 2 que ninguna disposición del Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. También hace mención a que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

2. LA RESTRICCIÓN ESTATAL Y LIMITE *IUS* FUNDAMENTAL

El "estado de excepción", desde la perspectiva constitucional y de la construcción realizada por el *codex iure* internacional de los DDHH. Para ello es dable anticipar que constitucionalmente "estado de excepción", tendrá una amplitud conceptual y de contenido con diversos matices propios acorde el diseño o modelos constitucionales adoptados por cada país. Sin embargo, pese a lo antes afirmado, toda la elaboración del concepto tiene una génesis común, referida a situaciones o contextos y lo cierto es que se trata de una institución compleja y a la vez muy criticada a lo largo de la historia porque su finalidad es suspender y restringir en mayor o menor medida derechos fundamentales y derechos humanos.

Desde la dogmática jurídica se puede definir al "estado de excepción" como, aquella situación extraordinaria generada por un período de crisis, donde uno o alguno de poderes del gobierno dispone de poderes excepcionales para de garantizar la "continuidad de los servicios públicos" o sus funciones esenciales[2]. En efecto, y ya desde la teoría constitucional, su evolución en el último siglo lo ha concebido como aquella situación extrema que atraviesa el Estado, en la cual el soberano ejerce su facultad de determinar al enemigo público, trascendiendo, si es necesario, el estado de sitio con el fin de proteger el bien público[3]. En defina se trata de situaciones especiales que de un modo u otro amenazan la existencia del Estado, por lo que este puede tomar medidas extremas, que muchas veces provoca la suspensión del

2 Consejo de Estado, Francia, Sentencia Heyriès del 28 de Junio de 1918.

3 Schmitt, Carl. Political theology: four chapters on the concept of sovereignty. Chicago: University of Chicago Press, 2005, p. 5 y 29.

ejercicio de derechos y libertades de sus ciudadanos, alterando incluso el diseño constitucional sobre competencias y funciones de los poderes públicos.

Las situaciones extraordinarias aludidas pueden consistir en casos de guerra o conflictos armados (ya sean de carácter interno o externo, conforme la definición contenida en el artículo 1 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949), de peligro público como pandemias y/u otras calamidades públicas o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado. El estado de excepción incluye distintas modalidades en vinculación los aludidos modelos constitucionales de cada país y sus denominaciones pueden variar según el grado o intensidad del peligro y la adecuación de respuesta que la autoridad gubernamental estime apropiada. Así vemos mencionarse términos como "estado de alarma"; "estado de emergencia"; "estado de conmoción" y/o "estado de sitio", donde el denominador es su termino de aplicación temporario.

Ahora, la interrogante que este marco se plantea es si el Estado, que tiene facultades para restringir derechos en situaciones normales para concepción de sus fines, que comúnmente se manifiestan como el ejercicio de los poderes de policía del Estado, en materia de seguridad, salubridad etc., ¿en casos de estados de excepción dichas potestades se amplían de tal manera que deja tener incidencia lo que hemos denominado la teoría de los límites de los límites en materia de restricción de derechos?

A fin de responder dicha interrogante, comenzaremos por considerar lo que es el enunciado normativo en los principales tratados de protección de DDHH que ya fueron mencionados, el PIDCyP y la CADH.

En el marco indicado, el PIDCyP de ONU da respuestas expresas a la interrogante planteada en sus artículos 4 y 5. En el primero de ellos establece en sus numerales 1 y 2 que en "situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación" y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes del Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud del Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Además, su texto deja bien en claro que pese a la disposición precedente no autoriza bajo ninguna circunstancia la suspensión de los artículos referidos al derecho

a la vida (art.6); a la prohibición de torturas y a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art.7); a la prohibición de la esclavitud y a la trata de esclavos (art. 8 inc. 1); prohibición de servidumbre (art. 8 inc. 2); prohibición al encarcelamiento por incumplimientos de obligaciones contractuales (art. 11); prohibición a prisiones arbitrarias y a la aplicación de penas más grave que las previstas al momento de la comisión del delito (art. 15). También deja bien en claro el texto del Pacto que la situación de excepción no autoriza al Estado Parte a negar el reconocimiento de la personalidad jurídica de los sujetos bajo su jurisdicción (art. 17), ni a afectar el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art.18). En el inciso 3 del art. 4, impone además la obligación a los Estados que hagan uso del derecho de suspensión de derechos por "estado de excepción" de informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión y a una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

En el artículo 5, reafirma dichos lineamientos estableciendo en su numeral 1 que ninguna disposición del PIDCyP podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

Al respecto, tanto la Observación General N.º 5[4], y más tarde la Observación General N.º 29[5] del Comité de los Derechos de la ONU que sustituyó a la primera, y que refieren al artículo 4 del PIDCyP sobre "suspensión de obligaciones durante un estado de excepción", aluden a que el contenido del mencionado artículo reviste la mayor importancia para el sistema de protección de los derechos humanos reconocidos en el Pacto, puesto que por un lado, autoriza a los Estados Partes a suspender unilateralmente y temporalmente algunas de las obligaciones que les incumben en virtud del Pacto (límites a derechos). Pero por otro, somete la adopción de esa medida de suspensión, así como sus consecuencias materiales, a un régimen específico de salvaguardias (límites al poder de restringir), quedando claro entonces que para el PIDCyP y la ONU, y su interprete auténtico, el Comité de Derechos Humanos, a pesar del contexto excepcional de dichos estados, la teoría

4 Comité de Derechos Humanos de la ONU; Observación General N.º 5, Aprobada por el 13º período de sesiones (1981).

5 Comité de Derechos Humanos de la ONU; Observación General N.º 29, Aprobada por el 72º período de sesiones (2001).

de "los límites de los límites" en restricciones de derechos fundamentales y derechos humanos como le hemos dado en llamar sigue teniendo especial relevancia a la hora de evaluar las restricciones agravadas que se habilitan, como un modo de que las mismas, pese a su gravedad, sean legitimas a la luz delos estándares que fija los organismos multilaterales legitimados para hacerlo.

Ahora, respecto al sistema regional de protección de DDHH, el sistema interamericano, su instrumento normativo principal es la CADH también conocida como el Pacto de San José de Costa Rica. Este instrumento normativo de protección de derechos también contiene enunciados expresos respecto a las restricciones de derechos que garantiza en casos de "estados de excepción" que se completan con otros que integran el mismo cuerpo legal. De este modo, el artículo 27, con similar redacción al artículo 4 del PIDCyP y textualmente expresa:

> 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
> 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.
> 3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Todo lo expresado sobre el artículo 4 del PIDCyP es válido respecto al artículo27 de la CADH, por lo tanto, este instrumento de protección, también da una respuesta favorable a limitar el poder de restricción de derechos de los Estados

Parte en caso de "estados de excepción". En su numeral 2 no autoriza -al igual que el instrumento de ONU- a restringir derechos de los denominados *Ius Cogens*, que en derecho internacional público equivalen a aquellas normas de derecho imperativo o Hard Law inconmovible, esto es, que no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido, de tal modo que cualquier acto que sea contrario al mismo será declarado como nulo u que se encuentra contemplado en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de Naciones Unidas[6], que en lo pertinente expresa que es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general, que para dicho tratado es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Ello también es válido para las acciones u omisiones que realicen los Estados respecto a clausulas específicas de dicho carácter de derechos humanos coma la comentada.

El intérprete auténtico y final de la CADH es la Corte IDH y en dicho carácter, ha dictado decisiones tanto en su competencia consultiva como contenciosa. En efecto dentro de las primeras de las mencionadas, las OC, ha fijado las bases del alcance del artículo 27, desentrañando su sentido y alcance, lo que posteriormente, llevaría luego a aplicarlos en los casos contenciosos que invocaría a la norma en cuestión y que dé fueron puestos a o sometidos a su decisión. Las principales Opiniones Consultivas al respecto son las la N.º 8 del año 1987[7] y la N.º 9 del año 1987[8]. En la primera de ellas vincula las reglas establecidas por el artículo 27 de "estados de excepción" con las de interpretación contenidas en el artículo 29 de la CADH, señalando que el primero de los artículos contiene determinadas locuciones que merecen ser destacadas como ser su título "Suspensión de Garantías" y su primer numeral que refiere a "suspender las obligaciones contraídas"; el numeral segundo sobre "suspensión de los derechos"; y el numeral tercero referido a "derecho de suspensión". Advierte que cuando la palabra "garantías" se utiliza en

6 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados y abierta a la firma el 23 de mayo de 1969 en la Ciudad de Viena, Austria, con entrada en vigor el 27 de Enero de 1980.

7 Corte IDH. OC 8-86, El Habeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (Arts. 27.2, 25.1 Y 7.6 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). 30 de enero de 1987.

8 Corte IDH. OC 8-86, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 Y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). 6 de octubre de 1987.

el numeral segundo, es precisamente para prohibir la suspensión de las "garantías judiciales indispensables". De las consideraciones de los términos de la Convención en el contexto de éstos, rescata que no se trata de una "suspensión de garantías" en sentido absoluto, ni de una "suspensión de los derechos" ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio. De lo razonado, la Corte estima útil tener presente esas diferencias terminológicas a fin de esclarecer los fundamentos conceptuales sin perjuicio de las cuales la durante el desarrollo de la consulta utilizará la expresión empleada por la Convención de "suspensión de garantías" (párrafo 18).

En dicho sentido, y continuando con el estándar establecido en la OC 8, corrobora nuestra tesis al mencionar textualmente que el artículo 27.2 dispone, sobre "límites al poder del Estado Parte" para suspender derechos y libertades, al establecer que hay algunos cuya suspensión no está permitida bajo ninguna circunstancia y al incluir "las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos" (párrafo 23). Todo ello lo reafirma en el párrafo 24 al sostener que la suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Aclara que estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada.

La Corte IDH entiende por garantía en el sentido en que el término está utilizado por el artículo 27.2, como aquellas herramientas y medios que sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho que los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías, ello vinculado a lo dispuesto por el art. 1.1 de la CADH. En otras palabras concibe las "garantías" como aquellos medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia. A su vez, determina el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, considerándolos inseparables del sistema de valores y principios que inspira toda la construcción de protección de derechos en el continente. Resalta

que en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros, sin perjuicio de reiterar que en condiciones de grave emergencia es lícito suspender temporalmente ciertos derechos y libertades cuyo ejercicio pleno, en condiciones de normalidad, debe ser respetado y garantizado por el Estado pero, como no todos ellos admiten esa suspensión transitoria, es necesario que también subsistan aquellos que se encuentran dentro de la categoría de *Ius Cogens*, expresamente contemplados por la norma convencional.

A su turno, en la OC 9, el tribunal interamericano con sede en San José de Costa Rica, reafirma los estándares fijados en la anterior enfatizando aspectos referidos a la aplicación ponderativa del principio de proporcionalidad en el establecimiento de "estados de excepción" dejando en claro que la suspensión de garantías "no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario" y que "resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción…", señalando que tampoco los Estados pueden apartarse de esos principios generales en las medidas concretas que adopten con afectación a esos derechos o libertades suspendidos, como ocurriría si tales medidas violaran la "legalidad excepcional de la emergencia", si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran "manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas", o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder. Vemos allí claramente el papel que tiene el aludido tamiz de la "proporcionalidad y razonabilidad" en la ecuación de los límites de los límites a la hora de restringir el Estado derechos y garantías, incluso en "estado de excepción", para que las mismas puedan ser consideradas legales y legítimas a la luz de las miradas constitucionales y convencionales.

Ahora bien, verificada y demostrada la importancia de los principios de razonabilidad y convencionalidad, toca ahora avanzar sobre estos en orden las claras directrices trazadas por los instrumentos y órganos de protección de derecho internacional de los derechos humanos.

3. LA PROPORCIONALIDAD EN LAS RESTRICCIONES

Desde una perspectiva Alexiana, que establece la Carta Magna sobre cualquiera de las normas infraconstitucionales que podría sancionar el Congreso o dictar cualquiera de los otros órganos constituidos, las que en ningún caso podrán

suprimir y/o aniquilar los principios constitucionales consagrados y traducidos en derechos y garantías. Para Chaim Perelman, la inalterabilidad de las normas constitucionales exige un verdadero control o escrutinio de la razonabilidad de las leyes reglamentarias o normas infraconstitucionales, en otras palabras, determinar si las razones y argumentos dados por el legislador no transgreden el límite al restringir derechos fundamentales que alteren de modo tal que suprima o aniquilen por completo el derecho constitucionalmente garantizado. Allí radica la esencia del control de razonabilidad en el contexto constitucional, constituyendo el fundamento del control de constitucionalidad en donde las más altas Cortes tienen la última palabra al respecto[9].

Ahora bien, hasta aquí no existen mayores problemas a la hora de establecer el concepto de razonabilidad, ya que en la esfera constitucional en incluso convencional se manifiestan recién al momento de establecer las hermenéuticas interpretativas y/o argumentativas, conforme al paradigma jurídico con que se identifica el operador para la determinación de dicho concepto en el caso concreto, dentro de las pautas del sistema difuso de control constitucional, como el existente en varios países latinoamericanos y utilizado establecido como doctrina de control de convencionalidad por la Corte IDH. Allí entonces es necesario establecer los puntos de contacto entre proporcionalidad y razonabilidad, ya que si se parte de la base de lo que hemos dado en llamar los "límites de los límites", se trata primordialmente de la determinación de los límites y restricción impuestas al libre goce y ejercicio de los derechos garantizados, en orden a las justas exigencias del Bien Común en un Estado de Derecho, mediante limitaciones que impone el Estado por medio de sus poderes constituidos en virtud de facultades concedidas por la norma suprema en razón de que los derechos fundamentales y los derechos humanos consagrados no son absolutos, pero a su vez dichas restricciones deberán ser proporcionalmente establecidas de modo tal de no alterar sus sustancias al extremo de suprimirlos por completo o aniquilarlos. Son los límites que la Constituciones y los tratados internacionales de DDHH imponen al poder estatal limitador de los derechos, los que ellas mismas facultan a los poderes republicanos y democráticos estatales y donde estos principios juegan un papel trascendental sea cual fuere en contexto o realidad.

Pero toda esta construcción seria en cierto modo vacía si no advertimos que el concepto de razonabilidad se encuentra en intima conexión con el uso de la

9 Perelman, Chaim citado por Atienza, Manuel. "Para una Razonable Definición de "Razonable". En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N. 4, Universidad de Alicante, 1987.

razón, como facultad del ser humano de identificar conceptos, mediante procesos de inducción y/o deducción que le permite dar coherencia o encontrar contradicciones en el discurso o argumento elaborado a través del pensamiento. Por lo tanto la "razonabilidad" es una propiedad que se desprende de la razón, sin que se identifiquen por completo ambos conceptos, pues como bien afirma Perelman mientras la "razón y racionabilidad" se vinculan a criterios filosóficos vinculados con ideas de verdad, coherencia y eficacia, en tanto lo "razonable y lo irrazonable" están ligados más bien a un margen de apreciación admisible y a lo que, excediendo de los límites permitidos, parece socialmente inaceptable[10].

Indudablemente, la idea de razón y razonabilidad en el plano jurídico se encuentra estrechamente vinculada con un problema de la epistemología jurídica. En esa línea, resulta interesante abordar la opinión sustentada por el iusfilósofo finlandés, Aulis Aarnio quien parte en su tesis conceptualizando lo razonable, se apoya en la filosofía analítica lingüística de Ludwig Wittgenstein en su última etapa[11], y del enfoque racionalista de Jürgen Habermas[12], relacionando los términos racional y razonable. Pese al título de la obra "Lo racional como razonable", un tratado sobre la justificación jurídica[13], no encontrará el lector ninguna definición en todo el libro, en el sentido de proposición mediante la cual se trata de exponer de manera univoca y con precisión la comprensión de dichos términos, sino, se buscará comprenderlo desde la esfera conceptual, en el sentido de la representación para su comprensión de sus características y cualidades, confirmando nuestra hipótesis de la conexión en cuanto al conocimiento con el "ser", desde la teorización de Heidegger, quién expresaba que es mucho más factible establecer un concepto que una definición sobre dicho término[14], lo que nos inspira a asociar dicha problemática del "ser" a la "razonabilidad" y en especial cuando la misma es referida a conceptos indefinible ya que no puede concebirse como un ente ni puede ser objeto de determinación predicando de él un ente.

---

10 Perelman, *ibíd*, p. 191.

11 Wittgenstein, Ludwig. "Investigaciones Filosóficas", Editorial Crítica, Barcelona, 2008.

12 Habermas, Jürgen. "Acción comunicativa y razón sin transcendencia", Ediciones Paidós, Barcelona, 2002.

13 Aarnio, Alius. "Lo Racional como Razonable (Un tratado sobre la justificación jurídica) Editorial Palestra, Lima, 2016.

14 Martin Heidegger, El Ser y El Tiempo, Fondo de Cultura Económica, 2da. Ed. 3era. Reimp. México, 2014.

Volviendo con Aarnio, éste desarrolla la descripción conceptual partiendo de la distinción de los casos rutinarios y difíciles, y los dilemas y responsabilidades del juzgador de justificar sus decisiones, realizando un breve abordaje al concepto ontológico del derecho y apelando a la metodología de la interpretación en la dogmática jurídica, mediante un examen de los procesos hermenéuticos interpretativos, la obligatoriedad de las fuentes del derecho y las razones justificadoras dotadas de autoridad y de materialidad, para concluir con la aceptabilidad del enunciado interpretativo obtenido como producto mediante una revisión del principio de la única respuesta correcta elaborado por Roland Dworkin y las teorías de la audiencia de Chaim Perelman para determinar las condiciones generales del discurso racional mediante la determinación de los principios y reglas básicas de la racionalidad.

Todo lo expuesto permite afirmar que el concepto de razonabilidad lejos está de ser un concepto pacífico, sino, como toda actividad humana, entran a jugar aspectos vinculados a subjetivismos, que se encuentran íntimamente ligados con las pautas del cognitivismo y el objetivismo, en el que incide de manera determinante la posición que se tenga respecto al conocimiento o elaboración del concepto del derecho, ya sea que el observador se enfoque dentro de las concepciones positivistas, criticas, neoconstitucionalistas y/o iusnaturalistas, ya que el concepto de racionalidad o irracionalidad de una decisión quedará entrampado dentro del esquema de los paradigmas desarrollado por Thomas Kuhn.

Ello es claro desde el momento en que el contenido de una decisión judicial, puede ser razonable a los ojos de un tribunal, pero no a la de un tribunal revisor, incluso puede haber ingentes diferencias en el seno interno de los mismos tribunales colegiados, lo que da lugar a los salvamentos y disidencias dentro de la aplicación de las reglas de la mayoría aplicables, para dirimir los acuerdos a fin de establecer la sentencia del caso.

El problema consiste, en determinar si la fijación de la razonabilidad, conforme a las potestades y jerarquía de autoridad de acuerdo a la legalidad, alcanza para imponerla al pueblo, que en definitiva es el detentador de la nuda potestad de impartir justicia en orden al principio de representación, ya que la experiencia ha enseñado, que en muchos casos no se lo ha logrado, generando una rechazo generalizado y contundente por falta de legitimidad política.

En dicha lógica, la "razón y la racionalidad" estaría más en línea con los procesos internos de la psiquis en la elaboración del discurso y/o argumento, en tanto lo razonable y la razonabilidad estaría conectado al escrutinio que externamente se

realiza de ese discurso o argumento que efectúen terceros, ya que como lo sostiene Karl Popper "nadie puede ser juez de sus propias razones"[15].

Mucho se ha escrito de la relación existente entre la proporcionalidad y la razonabilidad, lo que lleva a que por motivos de extensión me limite a lo sostenido por Aharon Barak[16], a quien considero, que junto con Robert Alexy, es el que con mayor claridad lo ha sintetizado y expuesto desde un enfoque teórico, quizás por su calidad como académico en filosofía del derecho complementado por su larga trayectoria presidiendo la Suprema Corte de Justicia de Israel, aunque con enfoques diferentes en algunos aspectos a lo que propone el profesor de Kiel.

El aludido jurista israelí parte de dos interrogantes. La primera, si son dos conceptos diferentes completamente separados o por lo contrario, se superponen; y la segunda si existen aspectos de la proporcionalidad que no hacen parte de la razonabilidad y/o viceversa. Observa que las interrogantes aludidas se manifiestan con notoriedad cuando se restringen derechos constitucionales, a lo que agregamos nosotros también a los convencionales de DDHH.

Remarca Barak que si se realiza un proceso comparativo de lo que exponen jueces de numerosos ordenamientos jurídicos, muchos de ellos sostienen que no hay necesidad de reconocer la proporcionalidad por ser conceptos idénticos con la razonabilidad, y en ese caso apelar a la razonabilidad es suficiente. Si por el contrario no lo son, la razonabilidad es preferible. Pero para el profesor lituano-israelí, dicho enfoque ha mutado en la actualidad, en especial cuando se ha pasado del *Estado de Derecho Legal* al *Estado de Derecho Constitucional*, sobre todo a la hora de evaluar la constitucionalidad de leyes que restringen derechos fundamentales, siendo reconocida la regla de la proporcionalidad tanto al momento de examinar la constitucionalidad de la legislación como al momento de hacerlo con toda otra medida infralegal, sean sentencias judiciales, actos administrativos, reglamentos u órdenes ejecutivas. A lo dicho por el eminente jurista, agregamos que similar tara se efectúa en los tribunales y organismos internacionales de DDHH a la hora de efectuar un test de convencionalidad. El fundamento radica en la circunstancia de que si la regla es considerada inconstitucional debido a un exceso de restricción de un derecho fundamental, solo puede medirse dicho exceso por las reglas

15 Popper, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos.* Paídos, Buenos Aires, 2017, p. 67.

16 Barak, Aharon. *Proporcionalidad. Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones.* Traducido por Gonzalo Villa Rosas, de la obra original en inglés publicada por la Universidad de Cambridge (1992), Editorial Palestra, Lima, 2017.

de proporcionalidad, y en función de ésta se podrá efectuar el test de si la norma escrutada es razonable o por el contrario es irrazonable y no se encuentra conforme al estándar constitucional o convencional.

En base a los expresado, tanto en el Control de Constitucionalidad o el de Convencionalidad, como en los actos sean del Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial o cualquier otra acción atribuida al Estado, éste cumplirá con el *principio de razonabilidad* en la medida que no exceda los límites impuestos por la Constitución Política en el ámbito doméstico o por los Instrumentos Internaciones de Protección de Derechos Humanos de que sea parte, ello en orden al "principio de proporcionalidad" a la hora de restringir derechos fundamentales y/o derechos humanos, por lo que los componentes de la razonabilidad y la proporcionalidad en cierto modo son comunes.

A su turno, Neil MacCormick[17], se pregunta a qué valores puede apelar el razonamiento jurídico para mostrar que una posible resolución es mejor que otra, en el sentido del modo en que las Cortes Superiores en el recurso juzgan el grado de razonabilidad (o irrazonabilidad) de la decisión tomada por los tribunales cuyas sentencias revisan y si este acto de escrutinio lo es en base a un juicio objetivo o la evaluación es un asunto pura o esencialmente subjetivo, volviendo en cierto modo a lo que anteriormente se refirió sobre la complejidad del concepto de razonabilidad, en especial dentro del control de constitucionalidad y de revisión por parte de los tribunales de corte o de última palabra, válido también para el control de convencionalidad.

A este respecto, el maestro escocés señala que el concepto de lo "razonable" es usado con frecuencia y en contextos muy diversos en el ámbito jurídico concluyendo que dicha evaluación tiene un obvio aspecto subjetivo, por lo que advierte los serios riesgos y los costes de la medida de seguridad y por ende los grados de eficacia en la construcción de un concepto de lo "razonable". Ahora bien, también reflexiona que en derecho, lo que se considera razonable está relacionado con un asunto "objetivo", citando a Ken Greenawalt[18], proporcionando este último una explicación de los elementos de objetividad y de subjetividad que integran el concepto de razonabilidad, en la que existe un mayor peso de los primeros ya que

17 MacCormick, Neil. *Retórica y Estado de Derecho.* Una Teoría del Razonamiento Jurídico, traducido de su original en inglés, publicado por la Universidad de Oxford, 2005, por José Gascón Salvador, Editorial Palestra, Lima, 2017.

18 Greenawalt, Kent. *Objetivity in law.* Oxford University Press, 1992.

la responsabilidad juzgada por la previsión de la persona razonable (juez o jueza) se presume "objetiva" *en la medida de la justificación dada en la determinación de corrección e incorrección mediante un grado de comprobación intersubjetiva en la ponderación y balance de argumentos*, de lo que se desprende la importancia del principio de proporcionalidad como elemento ineludible en todo ejercicio ponderativo, lo que sin embargo no despeja la complejidad del concepto de razonabilidad ya que concluye en que en cualquier punto preciso del balance, las personas razonables pueden disentir.

MacCormick señala además que el hecho de que las personas discrepen no implica que alguna de ellas piense que no hay nada que sea realmente razonable, puesto que el motivo de la divergencia es exactamente la respuesta a la pregunta "que es realmente razonable", lo que marca con más nitidez el grado de complejidad del tema tratado.

No podía faltar en esta conceptualización del "principio de razonabilidad", la opinión de del profesor argentino Juan Cianciardo[19], quien ha efectuado un profundo análisis e investigación entre la conexión de "la Máxima de Razonabilidad" y "Principio de Proporcionalidad", dentro de los precedentes de distintos tribunales europeos nacionales, de la CSJN de Argentina y los tribunales internacionales de Derechos Humanos, haciendo hincapié particularmente en lo que considera un punto relativamente poco abordado en orden a la aplicación del principio de proporcionalidad y su grado de suficiencia a la hora de garantizar la pertinencia de los derechos fundamentales y su interacción de cómo compatibilizar para que la máxima de razonabilidad, como producto final, no acabe frustrando su razón de ser, que es la protección de los derechos constitucionales garantizados. Partiendo de que la máxima de razonabilidad o proporcionalidad prescribe que toda regulación de los derechos humanos debe ser "razonable", el autor argentino entiende que dicho estatus solo se alcanza si se respeta cada uno de los tres subprincipios que integran el principio general de proporcionalidad.

El primero la "idoneidad o adecuación", que impone un mandato de escrutinio, sobre la norma reguladora del ejercicio de un derecho fundamental, exigiendo que esta sea adecuada o idónea para alcanzar los fines pretendidos mediante su dictado,

19 Cianciardo, Juan. *El Principio de Razonabilidad del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad.* Editorial Abaco, Buenos Aires, 2004; "Máxima de Razonabilidad y Respeto de los derechos fundamentales, revista Persona y Derecho, N.º 41, España, 1999, disponible en: http://www.saij.gob.ar/juan-cianciardo-mxima-razonabilidad-respeto-derechos-fundamentales-dacf030014-1999/123456789-0abc-defg4100-30fcanirtcod Último ingreso: 16/05/2020.

haciendo especial consideración sobre los medios que se emplean para dicho fin y si estos resultan ser los más aptos y menos lesivos al ejercicio pleno del derecho que regula. El segundo subprincipio, es el de "necesidad" que impone que el legislador, entre una diversidad de medios a su alcance, escoja aquel que resulte menos restrictivos de los derechos fundamentales involucrados. Consiste en un escrutinio de ponderación o de comparación entre el medio que el legislador creyó más apto y otros medios hipotéticos que hubiera podido seleccionar. Por último, menciona el subprincipio de "determinación de razonabilidad" o "proporcionalidad *strictu sensu*", que se traduce en una verdadera justificación de "adecuación de medios afines", conforme al idóneo y/o adecuado proceso en su búsqueda; que a la vez necesariamente la restricción deba ser tomada por no quedar otra alternativa y que dicha elección logre que cuanto mayor satisfacción se pueda dar al fin perseguido proporcionalmente o racionalmente, menor sea el grado de restricción y/o afectación al derecho fundamental que se deba regular o reglamentar en su ejercicio. Es decir, verificándose dicha ecuación mediante una justificación suficiente por vía argumentativa, se habrá obtenido una decisión razonable, muy similar a la propuesta ponderativa alexiana.

La teoría que defendemos de los "límites de los límites" en la restricción de derechos y garantías resultaría vacua si no se contemplara uno de sus elementos esenciales como la proporcionalidad y la racionalidad a la hora de la evolución de las disposiciones y medidas que deben adoptar ante determinados contextos y situaciones que quienes se encuentran legitimados de origen y ejercicio, dentro del marco de un Estado democrático y constitucional de derecho deban hacerlo. Por ello, como es un tema complejo y si se quiere polémico, los cuerpos que lo integran son preferentemente colegiados y facilitadores del debate inclusivo y democrático a fin de que la búsqueda de esa racionabilidad y proporcionalidad de modo afinado, existiendo por lo general esquemas republicanos de división de poderes previstos por la normativa constitucional en su parte orgánica, a fin de asegurar controles y contrapesos a la hora de efectivizarse dichos mandatos, exteriorizados en forma de reglas, normas y otros formatos similares.

Esa razonabilidad y proporcionalidad emana de estos cuerpos unipersonales o colegiados, compuestos por seres humanos, y por ende haciendo uso de la razón de sus integrantes. Las pautas de los límites de derechos, están regladas en los textos normativos al igual que los límites estatales para restringir, pero dichas regulaciones, por consistir en principios, que se encuentran en textos constitucionales y convencionales, y se completan con reglas infraconstitucionales que las

reglamentan establecido el "deber ser", que a su vez pueden ser interpeladas por inconstitucionales e inconvencionales cuando se entiende no que han superado los límites de la razonabilidad y la proporcionalidad, situación que las dirimen las sentencias judiciales.

Dentro de ese esquema de validación de la proporcionalidad y razonabilidad, se encuentran los tribunales, cuyas cortes y superiores tribunales o tribunales constitucionales tienen la última palabra de ese debate en sede doméstica, y los tribunales de DDHH u otros organismos previstos por los tratados, en la faz internacional. Dicha complejidad se agranda o agiganta en escenarios de "estados de excepción", a la hora de la búsqueda de las necesarias restricciones de derecho bajo el amparo de la legitimidad, que es el producto final en la ecuación aludida, existiendo siempre la posibilidad que pese a todas estas construcciones y esquemas dicho resultado pueda ser refutado mediante el un métodos basados por lo general en la experiencia y la razón práctica que pueda, demostrar que un enunciado es falso mediante enlaces deductivos, ya que la verdad no tiene una dimensión objetiva sino que por el contrario, está conformada por un proceso de avance, que a medida que progresa se van descubriendo falacias que solo pueden ser sostenidas por el "argumento de autoridad"[20], que por lo general dirime el debate de "última palabra", que por lo general en los esquemas democrático, lo terminan decidiendo los tribunales máximos en la orbe doméstica y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), la Corte IDH.

Quizás ello lo llevó a decir al *Justice* Chales Evans Hughes, a comienzos de la década del 20, en el siglo pasado: "*We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is, and the judiciary is the safeguard of our property and our liberty and our property under the Constitution*", estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es, y el poder judicial es la salvaguarda de nuestra propiedad y nuestra libertad y nuestra propiedad bajo la Constitución. Frase que muchos consideran también muy peligrosa porque puede llegar a un estado de ruptura republicana que se la llama el "gobierno de los jueces", y donde es muy fácil que la proporcionalidad y razonabilidad se convierta en utopía, quizás por ello, otro *Justice*, Robert H. Jackson, años más tarde (1953), y luego de haber sido el más destacado fiscal que acusó a los genocidas nazis durante los juicios de Nuremberg, aforismo de por medio describió a la Corte Suprema de

20 Consiste en defender algo como verdadero porque quien es citado en el argumento tiene autoridad en la materia. (Conforme a la Sociedad para el Avance del Pensamiento Crítico).

EEUU fundando una disidencia o salvamento señalando: "*We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final...*", "No somos finales porque somos infalibles, pero somos infalibles solo porque somos finales..."[21]. Jackson cuyo paso por el cimero tribunal norteamericano dejo claras huellas de ser un defensor de las libertades públicas, pone el dedo en la llaga al apelar a la fiabilidad humana, lo que en cierto modo nos permite reflexionar que lo referido por Popper en cuanto al "argumento de autoridad" y vinculándolo con los elementos de la fijación de la razonabilidad y proporcionalidad a la hora de decidirse restricciones de derecho, es parte de esa *realpolitik* que será difícil encontrar una solución más allá de la ridiculización y rechazo que genera cuando se demuestra su falsación o se las refuta, pero hasta que ello acontece, "ha corrido mucha sangre bajo el río".

Resulta también interesante en este escenario de pandemia y "estados de excepción", donde por lo general se concentran los poderes, si bien de modo temporal, en los presidentes, traer a cuento otra teoría desarrollada por Jackson como Juez Asociado del tribunal, que le llamó "*three level test to assess the claims of the presiding power*"[22] en inglés, lo que traducido al español es significa "prueba de tres niveles para evaluar los reclamos del poder presidente" como donde sentó lo siguiente:

> 1. Cuando el Presidente actúa de conformidad con una autorización expresa o implícita del Congreso, su autoridad es máxima, ya que incluye todo lo que posee por derecho propio más todo lo que el Congreso puede delegar. En estas circunstancias, y solo en estas, se puede decir (por lo que pueda valer) personificar la soberanía federal. Si su acto se considera inconstitucional en estas circunstancias, generalmente significa que el Gobierno Federal en su conjunto no tiene poder. Una incautación ejecutada por el Presidente de conformidad con una Ley del Congreso estaría respaldada por las presunciones más fuertes y la latitud más amplia de interpretación judicial, y la carga de la persuasión recaería en gran medida sobre cualquiera que pudiera atacarla.
> 2. Cuando el Presidente actúa en ausencia de una concesión del Congreso o una denegación de autoridad, solo puede confiar en sus propios poderes independientes, pero hay una zona de penumbra en la que él y el Congreso pueden tener autoridad concurrente, o en la que su distribución es incierta. Por lo tanto, la inercia del Congreso, la indiferencia o la quietud a veces pueden, al menos como un asunto práctico, permitir, si no invitar, medidas de responsabilidad presidencial independiente. En esta área, es probable que cualquier prueba real de poder dependa de

21 Suprema Corte de Justicia, EEUU. Brown v. Allen :: 344 U.S. 443 (1953).

22 Suprema Corte de Justicia, EEUU. Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer :: 343 US 579 (1952)

los imperativos de los eventos y los imponderables contemporáneos en lugar de las teorías abstractas del derecho.

3. Cuando el Presidente toma medidas incompatibles con la voluntad expresa o implícita del Congreso, su poder está en su punto más bajo, ya que solo puede confiar en sus propios poderes constitucionales menos cualquier poder constitucional del Congreso sobre el asunto...

Concluye su opinión en su sufragio en la sentencia del caso "Youngstown Sheet & Tube Co" reflexionando con cierto pesimismo si se quiere (en orden a las instituciones norteamericanas pero que pueden validarse en otros sistemas) "que la esencia de nuestro gobierno libre es "dejar vivir sin permiso de nadie, bajo la ley", para ser gobernado por esas fuerzas impersonales que llamamos ley. Nuestro gobierno está diseñado para cumplir este concepto en la medida de lo humanamente posible. El Ejecutivo, excepto por recomendación y veto, no tiene poder legislativo. La acción ejecutiva que tenemos aquí se origina en la voluntad individual del Presidente y representa un ejercicio de autoridad sin ley. Nadie, tal vez ni siquiera el Presidente, conoce los límites del poder que puede tratar de ejercer en este caso y las partes afectadas no pueden conocer el límite de sus derechos. No sabemos hoy qué poderes sobre el trabajo o la propiedad se alegarían de la posesión del Gobierno si la legalizáramos, qué derechos de compensación se reclamarían o reconocerían, o en qué contingencia terminaría. Con todos sus defectos, demoras e inconvenientes, los hombres no han descubierto ninguna técnica para preservar por mucho tiempo el gobierno libre, excepto que el Ejecutivo esté bajo la ley. Dichas instituciones pueden estar destinadas a desaparecer. Pero es deber de la Corte ser el último, no el primero, en entregarlos..."

Como vemos, el escenario descripto por Jackson tiene mucha vigencia en los tiempos actuales de pandemia, ya que en los "estados de excepción", si bien nadie pone en duda la legalidad del instituto y la necesidad de adoptarlo, existe una real concentración de poder que en cierto modo desdibuja el diseño constitucional, lo que se agrava a extremo cuando dicha concesión legal es ejercida sin reconocer límites y de forma abusiva, bajos un desbordado autoritarismo.

En dicho esquema, autores como Josep Raz[23], que vinculan al concepto del derecho estrechamente con el principio de autoridad, ponen especial preocupación en clarificar que se alude a la "autoridad legítima" que moralmente trasmite, como

23 Raz, Josep. *La Autoridad del Derecho. Ensayos Sobre Derecho y Moral.* Ediciones Coyoacan, México. 2016

un modo de contraponer a la autoridad de facto como vinculado a la juridicidad, de donde agregamos en relación al tema tratado, no puede estar ausente la representación de la legitimidad de origen y de la de ejercicio, en quienes detentan el poder estatal dentro del esquema de un Estado democrático que se determina en base a la observación de la acciones si se trata de una democracia meramente formal o por lo contrario de una democracia tanto formal como material para establecer la legitimidad moral de la producción normativa de un Estado en un momento determinado[24].

En vista de lo expresado precedentemente, en cuanto a los derechos humanos en el SIDH, ese "argumento final de autoridad" lo tiene la Corte IDH, en especial a resolver casos en su competencia contenciosa, generando una doctrina judicial donde fija estándares que si no son observados por los países partes de la CADH generan alta posibilidad que los afectados, siguiendo los mecanismos pertinentes, se declare su responsabilidad internacional y sea etiquetado ante la comunidad internacional como Estado que no respeta y protege los derechos humanos de sus propios ciudadanos o de extranjeros que encuentran bajo su jurisdicción.

4. CASOS CONTENCIOSOS DE LA CORTE IDH SOBRE LOS LÍMITES A LOS DERECHOS.

Por ello se considera necesario realizar un breve abordaje sobre los casos contenciosos en que la Corte IDH ha ido construyendo a lo largo del tiempo y de sus distintas integraciones, estándares sobre proporcionalidad razonabilidad en función a los límites establecidos para la potestad estatal de restringir derechos por lo que veremos algunos de ellos.

En el caso Ricardo Canese vs. Paraguay (2004)[25], estableció en los párrafos 124 y 125 que los Estados deben guiarse siempre por el principio de que las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho (en alucón al núcleo duro o esencial); así como, también, deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación, partiendo del principio de legalidad en el establecimiento de una restricción al derecho, siendo para

24 Llugdar, Eduardo. *El concepto de Estado y sociedad democrática conforme a los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* Revista de Derechos Humanos y Humanitario - Número 1 - Septiembre 2018. IJ Editores, Argentina.

25 Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 132.

ello necesario que defina de manera precisa y clara mediante una ley los supuestos excepcionales en los que puede proceder una medida como la restricción de salir del país (en el caso). En el párrafo 132 refirió a los requisitos de proporcionalidad en una sociedad democrática, adhiriendo al sostenido por el Comité de Derechos Humanos de ONU, en su Observación General No. 27 en el sentido de que las medidas restrictivas deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse siguiendo a dicho órgano sentó que el principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas.

En el caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (2005)[26], expresó sobre el particular, que la Corte ha señalado que cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, (en el caso), habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro.

Otro caso interesa en el que refiere a las hermenéuticas ponderativas a fin de establecer estándares en restricción de derechos, entre muchos otros, y aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad, es el Caso J. vs. Perú, que interesa en especial porque alude al "estado de excepción", y donde enfatiza que habida cuenta de que el artículo 27.1 de la CADH contempla distintas situaciones y que las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben ser ajustadas a "las exigencias de la situación", resulta claro que lo permisible en unas de ellas podría no serlo en otras. La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a las que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella. La Convención autoriza solamente la suspensión de ciertos derechos y libertades, y ello "en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación". Las disposiciones que se

26 Corte IDH. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 126.

adopten no deben violar otras obligaciones internacionales del Estado Parte, ni deben entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

La Corte ha señalado que la suspensión de garantías no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario y que resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción. En este sentido, las limitaciones que se imponen a la actuación del Estado responden a la necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecuen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella.

Por último, en el caso Romero Feris vs. Argentina (2019), donde desarrolla en forma extensa los elementos que componen el "test de proporcionalidad", en especial el las medidas cautelares durante el proceso penal y en donde el Estado ejerce su función punitiva, restringiendo derechos. Al respecto la corte sostiene que para que una medida cautelar restrictiva de la libertad no sea arbitraria es necesario que: a. se presenten presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona procesada a ese hecho; b. esas medidas cumplan con los cuatro elementos del "test de proporcionalidad", es decir con la finalidad de la medida que debe ser legítima (compatible con la Convención Americana), idónea para cumplir con el fin que se persigue, necesaria y estrictamente proporciona, y c. la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas.

5. CONCLUSIÓN.

La suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática. Pero del mismo modo, no hace abstracción de los abusos que ello puede dar lugar, y a los que de hecho ha dado en el hemisferio, la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos (párrafo 20). Cuando alude a "justificaciones", está haciendo alusión al tamiz de "Proporcionalidad – Razonabilidad" al que aludimos en la ecuación de nuestra teoría de "los límites

de los límites" desarrollada precedentemente es este trabajo, y sobre la que volverá recurrentemente en el desarrollo de toda sus OC 8 y 9 del año 1987.

BIBLIOGRAFIA.

Aarnio, Aulis. *Lo Racional como Razonable (Un tratado sobre la justificación jurídica).* Editorial Palestra, Lima, 2016.

Atienza, Manuel. *Para una Razonable Definición de "Razonable".* En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N. 4, Universidad de Alicante, 1987.

Barak, Aharon. *Proporcionalidad, Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones.* Traducido por Gonzalo Villa Rosas, de la obra original en inglés publicada por la Universidad de Cambridge (1992), Editorial Palestra, Lima, 2017.

Greenawalt, Kent. *Objetivity in law,* Oxford University Press, 1992.

Habermas, Jürgen. *Acción comunicativa y razón sin transcendencia*. Ediciones Paidós, Barcelona, 2002.

Heidegger, Martin. *El Ser y El Tiempo*, Fondo de Cultura Económica, 2da. Ed. 3era. Reimp. México, 2014.

MacCormick, Neil. *Retórica y Estado de Derecho,* Una Teoría del Razonamiento Jurídico, traducido de su original en inglés, publicado por la Universidad de Oxford, 2005, por José Gascón Salvador, Editorial Palestra, Lima, 2017.

Popper, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paídos, Buenos Aires, 2017.

Raz, Josep. *La Autoridad del Derecho. Ensayos Sobre Derecho y Moral*. Ediciones Coyoacan, México. 2016.

Saggese, Roberto M. *El Control de Razonabilidad en el Sistema Constitucional Argentino*, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010.

Wittgenstein, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, Editorial Crítica, Barcelona, 2008.

DENUNCIA DEL PERÚ A LA CONVENCIÓN AMERICANA Y A LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Factores para su justificación en los proyectos legislativos

Eduardo Jesús MEZA FLORES*

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Derechos humanos y su protección efectiva. 2.1. Importancia de los derechos humanos. 2.2. Las obligaciones estatales frente a la protección de los derechos humanos. 2.3. Rol que desempeñan los sistemas internacionales de protección de derechos humanos. 2.4. Jurisdicción supranacional: Convención Americana y la Corte IDH. 2.5. Denuncia de la Convención. 2.6. Opinión Consultiva 26/2020. **3.** Metodología. **4.** Resultados. 4.1. Proyectos de ley presentados en el año 2020 y 2024 que plantean la denuncia del Perú de la Convención Americana. 4.2. Factores que sustentan tales proyectos para la denuncia de la Convención. **5.** Discusión. 5.1. Determinación de los factores que sustentan los proyectos de ley para la denuncia de la Convención. 5. 2. Efectos jurídicos de la denuncia. **6.** Conclusiones.

PRELIMINAR

La protección de los derechos humanos a nivel internacional y nacional ha tenido un acelerado desarrollo, en particular en Latinoamérica, dada la importancia sustancial de tales derechos. En este contexto la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) tiene un rol principal, siendo que el Perú la suscribió voluntariamente en el año 1978. El objeto de este trabajo es determinar cuáles son los principales factores que sustentan los proyectos de ley presentados en el Congreso

* Abogado, magíster y doctor en Derecho. Docente universitario. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7059-150X. Correo electrónico: emezaf01@gmail.com

peruano en los años 2020 y 2024 para que el Perú denuncie de la Convención Americana y cuáles serían los efectos jurídicos que produciría. Para ello se ubicaron seis proyectos de ley presentados en el Congreso relacionados con el objeto, como unidades de estudio principales, recurriéndose metodológicamente al enfoque cualitativo. Entre las conclusiones se tiene que, a partir de tales proyectos, la CADH impide incorporar constitucionalmente nuevas causales de pena de muerte mientras el Perú esté sujeto a la Convención Americana y a la jurisdicción de la Corte, lo que se relaciona con un factor considerado como es la seguridad ciudadana y que la denuncia permitiría imponer penas más drásticas para disuadir la delincuencia; argumentándose igualmente que la aplicación de la CADH y las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) afectan la soberanía nacional, el orden público en situaciones de crisis, siendo excesivas o incompatibles al ordenamiento normativo y la seguridad nacional; lo que justificaría eliminar el acceso a la jurisdicción supranacional que brinda la CADH.

1. INTRODUCCIÓN

El Perú suscribió voluntariamente la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), documento principal del sistema interamericano de protección de derechos humanos (Bazán, 2015, p. 14) lo que permite a sus ciudadanos recurrir en defensa de los derechos consagrados en tal Convención, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), convirtiéndose esta última en el órgano jurisdiccional que permite recurrir a la jurisdicción supranacional independiente al sistema interno estatal.

Sin embargo, la Convención de Viena y la misma Convención Americana en su artículo 78 permiten que los Estados parte denuncien -se retiren- de ésta, cumpliendo ciertos requisitos formales, como han sido los casos de Trinidad y Tobago y Venezuela. Pero ello implica la existencia de motivos razonables y objetivos, debidamente justificados por los Estados, por sus importantes consecuencias.

El objetivo planteado en el presente trabajo consiste en establecer cuáles serían los factores sustanciales que, en el caso peruano, condujeron a proponer en el Congreso de la República el retiro del Perú de la CADH y, de ser el caso, que efectos se generarían. Se ha considerado históricamente a manera de muestra los proyectos de ley presentados en los años 2020 y 2024 ubicados en la página web del Congreso de la República del Perú, hallándose seis proyectos -cuatro del año 2020 y dos del año 2024-, conformando las unidades de estudio principales, habiéndose

empleado como método de investigación el cualitativo y la teoría fundamentada, como técnica las fichas estructuradas y para la interpretación de resultados recurrimos al método histórico, al sistemático y al teleológico.

2. DERECHOS HUMANOS Y SU PROTECCIÓN EFECTIVA

Los conceptos indispensables para tratar el tema propuesto y que sirven de sustento, serán brevemente desarrolladas a continuación.

2.1. Importancia de los derechos humanos

Conceptualizar qué son los derechos humanos no es sencillo debido a su especial trascendencia, así como a los aspectos epistemológicos y filosóficos que implica. Para el objeto de este trabajo emplearemos como concepto operativo el siguiente: "son derechos cuyo respeto, protección y promoción son indispensables para que cada ser humano, individualmente o en comunidad, pueda desarrollar su proyecto de vida dignamente y en libertad" (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013).

Si bien los derechos humanos son inherentes a la persona y su reconocimiento y protección es de larga data, también lo es que su concepción está evolucionando; comprometiendo cada vez más la esencia y desarrollo de la propia noción y de las funciones del Estado, el que ya no solo se autolimita a través del principio de legalidad y la Constitución, sino que se obligan a actuar positivamente en su protección y desarrollo.

Pero tal labor que efectúan los Estados -hipotéticamente-, no es suficiente, como la historia lo demuestra, sino que ante las vulneraciones que cometieron o pudieran cometer se requirió establecer instrumentos, sistemas y jurisdicciones internacionales que posibilitarán a los ciudadanos el recurrir a dichas instancias en busca de una efectiva tutela de sus derechos.

Es por ello la necesidad de positivizar tales derechos. estableciendo garantías procesales efectivas a través de órganos jurisdiccionales supranacionales al no ser suficiente las jurisdicciones internas, si bien las internacionales y regionales actúan generalmente de forma subsidiaria.

Así, cobró importancia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, conformante del Derecho Internacional Público que tiene por finalidad la promoción y protección de los derechos humanos individuales y colectivos ante actuacio-

nes estatales a partir de instrumentos internacionales sobre la materia. Esta rama del Derecho se caracteriza por analizar disposiciones y principios internacionales respecto a derechos humanos; concibiendo a la persona como sujeto de derecho internacional; crea sus propios órganos a partir de tratados y recurre a sus principios de interpretación de sus disposiciones (Castañeda, 2018).

En ese sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos positivizó, entre otros derechos humanos, el derecho a la libertad e igualdad, a la vida, a la seguridad personal, a la identidad, a tribunales nacionales competentes que brinden protección efectiva, a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, a circular libremente, a una nacionalidad. Por su parte la Convención Americana se refiere expresamente a los derechos civiles y políticos como el reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la vida, a la integridad personal, entre otros.

En los últimos decenios se produjo un fenómeno simbiótico regional entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a partir de sus órganos jurisdiccionales, concebido como la constitucionalización del Derecho Internacional o la internacionalización del Derecho Constitucional, en la medida en que las interpretaciones sobre derechos humanos han sido compartidas y recepcionadas mutuamente en ciertos casos, de lo que da muestra, por citar, el Tribunal Constitucional peruano.

2.2. Las obligaciones estatales frente a la protección de los derechos humanos

La protección y garantía efectiva de estos derechos corresponde principalmente a los Estados entendido en su más amplia y generalizada comprensión, sin que ello signifique que internacionalmente cada componente del Estado sea responsable de las vulneraciones en que pudieran incurrir, ya que en virtud del principio de unidad el Estado es uno solo y responde por los actos de los poderes y órganos que lo componen en los distintos niveles de gobierno.

Igualmente, también son responsables los propios ciudadanos individual o colectivamente, así como las organizaciones nacionales e internacionales vinculadas con tales derechos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013, p. 49).

Desde esta perspectiva una vez que el Estado suscribe un tratado internacional sobre derechos humanos está en la obligación de cumplirlo, asumiendo internacionalmente las obligaciones que del mismo se deriven, no pudiendo anteponer su normatividad interna para su incumplimiento, debiendo proceder conforme

al principio de buena fe al haberse vinculado conforme al principio *pacta sunt servanda* a que se refiere la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En consecuencia, la Convención Americana al formar parte del Derecho Internacional Público, se rige supletoriamente en lo pertinente por la Convención de Viena, debiendo armonizarse con las obligaciones que impone a los Estados parte, sin perder de vista que, dada la naturaleza de los derechos que comprende, recurre a principios propios y especiales de interpretación.

La Convención Americana establece expresamente en su artículo primero y segundo como obligación de los Estados parte el respetar los derechos y libertades que la Convención señala, garantizando su libre ejercicio, comprometiéndose a adoptar las medidas necesarias para ello. En tanto que en su artículo 63 refiere que cuando la Corte IDH determine la violación de un derecho o libertad contenido en la Convención, dispondrá que se le garantice al afectado el goce de ese derecho o de la libertad afectados, disponiendo la reparación y el pago de una indemnización al lesionado.

Por su parte, la Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el Quincuagésimo sexto periodo de sesiones Res. 56/83 sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionales ilícitos, señala en su artículo 12 que se produce la violación de una obligación internacional por un Estado "cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación" (Asamblea General de la ONU, 2002); debiendo reparar el perjuicio ocasionado, comprendiendo el daño material y moral, siendo irrelevante el derecho interno.

2.3. Rol que desempeñan los sistemas internacionales de protección de derechos humanos

Es probable que estos derechos se encuentren reconocidos en los textos constitucionales, estando también comprendidos en tratados internacionales e incluso en tratados de derechos humanos de carácter regional.

Ante ello, jurisdiccionalmente en forma general, existirían hasta tres sistemas de protección: nacional, regional e internacional. En la nacional, a partir de la organización jurisdiccional de cada país, esta puede corresponder a la jurisdicción ordinaria y/o a la jurisdicción especial como la constitucional. En el regional, a través de los Sistemas Regionales de los Derechos Humanos (europeo, interamericano y africano). En el internacional, por medio de un Sistema Universal de los

Derechos Humanos concebido a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Por su parte, el Sistema Interamericano de protección de derechos humanos se compone de dos aristas. Una, constituida a partir de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, cuya jurisdicción comprende a todos los Estados miembros de la mencionada organización. Otra, desde la Convención Americana de derechos Humanos que vincula a los Estados parte.

Cabe reiterar que solo cabe recurrir al sistema interamericano subsidiariamente si es que se agotó la jurisdicción nacional y pese a ello no se obtiene una debida protección o si no existe dentro del país el procedimiento idóneo para ello o, pese a existir, devienen en insuficiente para garantizarlo.

2.4. Jurisdicción supranacional: Convención Americana y la Corte IDH

La Convención es un instrumento internacional sobre derechos humanos suscrita luego de la Conferencia Especial Interamericana de Derechos Humanos efectuada en noviembre de 1969 en San José de Costa Rica por lo que también es denominada Pacto de San José de Costa Rica. Es uno de los dos elementos básicos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, habiendo sido suscrito por el Perú en el año 1977 y ratificado al año siguiente.

La Convención determina derechos y obligaciones que deben ser asumidos por los Estados parte; para cuyo efecto crea dos organismos de importancia: La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta última desempeñado un rol fundamental, llegando a crear jurisprudencia vinculante para los Estados no sólo en aquellos casos en los que son sujetos procesales; sino, también, en aquellos que no lo son, lo que ha generado ciertas controversias.

Inicialmente la suscribieron 25 países (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, s/f), sin embargo, posteriormente se retiraron Trinidad y Tobago en 1999 y Venezuela en el 2013. Los países signatarios actualmente son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay.

Este documento consagra derechos, principios y obligaciones considerados primordialmente entre los artículos 3 a 26; todos ellos de principal importancia individual y colectiva, complementados con los contenidos en el bloque de convencionalidad.

La Convención considera la posibilidad de restringir o limitar por los Estados el goce y ejercicio de los derechos humanos. Es por ello, que dicho documento en su artículo 30 prevé requisitos esenciales que se desprenden del mismo: que esté permitida la restricción por la Convención y en los términos concretos en que se posibilita; que los fines de tal restricción correspondan a razones de interés general sin apartarse del propósito determinado y que estén dispuestos por leyes (en observancia del principio de legalidad) y aplicadas conforme a éstas.

La Convención en su artículo 33 determina como sus órganos competentes a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera, tiene entre sus funciones el recepcionar las peticiones que presenten personas, grupos o entidades gubernamentales que contengan denuncias o quejas de vulneración de este instrumento por el Estado parte. En tanto que la segunda, conoce los casos referidos a la interpretación y aplicación de la Convención presentados por los Estados parte o la Comisión IDH, conforme al artículo 62 de la Convención, siendo sus fallos vinculantes y de cumplimiento obligatorio para las partes intervinientes.

2.5. Denuncia de la Convención

La Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados en su artículo 56 se refiere a la denuncia, renuncia o retiro del tratado como aplicación supletoria a falta de disposición expresa, señalando que para ello debe constar que fue intención de las partes el admitir la posibilidad de tal retiro o que éste pueda deducirse de la naturaleza del tratado, debiendo notificarse con un plazo no menor de doce meses de antelación de la denuncia del tratado.

La denuncia puede considerarse entonces como un acto unilateral estatal que debe observar procesalmente formalidades básicas, a través del cual un Estado comunica su decisión de culminar determinadas obligaciones internacionales (Riva, 2012, pp. 3–4).

De acuerdo con lo anterior, es posible la denuncia de un tratado internacional de derechos humanos, la que produciría consecuencias no sólo jurídicas, sino también en otros ámbitos importantes de desarrollo. Parte de la doctrina considera que tal denuncia genera efectos negativos en la protección efectiva de derechos, siendo un "síntoma de mala salud en relación con la protección de los derechos humanos en ese país. Este tipo de tratados establece un mínimo de protección de derechos ..., la denuncia no plantea un panorama muy alentador en la materia" (Castañeda, 2018).

En el caso de la Convención Americana se refiere a la posibilidad de denuncia del Estado parte en su artículo 78 mediante preaviso de un año y luego de haber permanecido por lo menos cinco años; pero tal denuncia "no desligan a los Estados de las obligaciones contenidas en la Convención Americana en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sucedido con anterioridad a la fecha en la cual la denuncia produjo efecto" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020a).

Al respecto, a la fecha han denunciado la Convención Trinidad y Tobago (presentó la denuncia el 26 de mayo de 1998, surtiendo efectos el 26 de mayo de 1999) y Venezuela (presentó la denuncia el 10 de septiembre de 2012 produciendo efectos a partir del 10 de septiembre de 2013).

2.6. Opinión Consultiva 26/2020

Es importante resaltar que la Corte IDH emitió la Opinión Consultiva OC-26/20 de 09 de noviembre de 2020 referida a esta materia denominada: "La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos". En ésta, la Corte expresó:

- Que la denuncia debe regirse por lo dispuesto específicamente por los términos y condiciones de la Convención, implicando regresión en la protección interamericana de derechos humanos y en la universalización del sistema interamericano por cuanto ocasionaría el desamparo de la protección judicial interamericana de los habitantes del país denunciante, quienes tienen la calidad de titulares de los derechos que la Convención reconoce y de los cuales se verían cercenados, encontrándose en una situación asimétrica frente al poder estatal.
- La Convención no determina el procedimiento interno que deben seguir los Estados para aprobar la denuncia a la Convención, debiendo en todo caso recurrirse al *principio de paralelismo de las formas*: debe emplearse para la denuncia el mismo procedimiento establecido constitucionalmente para contraer obligaciones internacionales para generar y garantizar el debate público y transparente por el interés público que representa.
- Debe efectuarse un escrutinio estricto en denuncias realizadas en situaciones de especial gravedad y afectación al sistema democrático, así como de la seguridad y paz en la región que afecten de forma genérica los derechos humanos.

> Estas situaciones serían, entre otras, cuando se produzca: (a) inobservancia manifiesta de decisiones del órgano de protección e incumplimiento de obligaciones internacionales asumidas; (b) suspensión ilimitada de garantías o vulneración del contenido inderogable de los derechos; (c) transgresiones importantes de los derechos humanos en forma masiva o sistematizada; (d) escalonado deterioro de organismos democráticos; (e) perturbación, alejamiento anormal o inconstitucional del mandato democrático; y/o (f) enfrentamiento armado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020b).

- En cuanto a los efectos de la denuncia a la Convención por un Estado miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA) respecto a sus compromisos internacionales en derechos humanos son:

  Permanencia de las obligaciones de la Convención en el proceso de denuncia; (b) concretizada la denuncia, no producirá consecuencias retroactivas; (c) las obligaciones asumidas por la ratificación de otros tratados interamericanos de derechos humanos siguen vigentes; (d) la denuncia efectiva no suprime la vigencia nacional de las normas derivadas de la disposición convencional, siendo precautorias de vulneraciones a los derechos humanos; (e) las obligaciones de protección mínima de tales derechos a la luz de la Carta de la OEA y la Declaración Americana, continuarán siendo supervisados por la Comisión IDH; y (f) permanecen conforme al derecho internacional general las normas procedentes de la costumbre, principios generales de derecho internacional y del derecho imperativo (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020b).
- Con relación a la denuncia de un Estado miembro de la OEA que no es parte de la Convención ADH, respecto a los derechos humanos, los efectos son:

  Los compromisos sobre éstos, provenientes de la Carta de la OEA, se mantienen durante el proceso hasta la denuncia efectiva; (b) efectivizada la denuncia de la Carta, no acarrea efectos retroactivos; (c) cumplimiento total de obligaciones provenientes del sistema interamericano de protección de derechos humanos; (d) cumplimiento de tratados interamericanos de derechos humanos ratificados y vigentes; (e) obligación de cumplir con la Carta de Naciones Unidas, normas consuetudinarias, provenientes de principios generales de derecho y las normas de derecho imperativo, continúan vigentes conforme al derecho internacional general (2020b, p. 53).
- Finalmente se refirió a la noción de garantía colectiva subyacente al sistema interamericano para la protección *erga omnes* de los Estados parte de la Convención y de la OEA para asegurar la efectividad de ambos instrumentos y

de la Declaración Americana respectivamente, al considerar valores comunes e intereses colectivos en base a la cooperación, solidaridad y buena vecindad de tales Estados, al tratarse de instrumentos sobre derechos humanos y la finalidad de éstos. En consecuencia, los Estados están obligados a colaborar en la protección de los derechos y libertades asumidas al pertenecer a esta organización regional.

Lo expresado son los aspectos relevantes de la indicada opinión referidos al tema que nos ocupa, debiendo destacarse los efectos en los habitantes del Estado parte que denuncia la Convención ADH y que aún es miembro de la OEA, como es el caso de Perú por lo que deben ser especialmente considerados.

3. METODOLOGÍA

El marco del diseño de investigación empleado es el cualitativo y la tipología utilizada dentro de ésta, es la teoría fundamentada (diseño interpretativo), según la cual las proposiciones de carácter teóricas emergen de los datos que se obtiene de la investigación antes que los estudios previos, permitiendo explicar el fenómeno planteado, buscando comprender un determinado proceso social y jurídico (Tinoco Cuenca et al., 2018, p. 53).

Para la interpretación jurídica de los resultados recurriremos al método histórico, al sistemático y al teleológico. Por el Nivel de investigación, es descriptivo. Tratándose de una investigación no experimental, al observarse el problema o fenómeno como se presenta, sin intervención del investigador, para su consiguiente análisis (Sánchez et al., 2018, p. 92). Del enunciado se desprende una sola variable consistente en los factores para la denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos. En cuanto a la definición nominal o conceptual de esta variable se tiene que, la denuncia "es el procedimiento por el cual un estado soberano notifica la decisión de dar por terminadas ciertas obligaciones internacionales. En esencia, un acto unilateral del Estado, que ha sido revestido de formalidades básicas" (Riva, 2012, p. 3).

La definición real de la variable, a partir de la descomposición de ésta, implica identificar cuáles son los "factores", entendidos como los elementos o causas que actúan conjuntamente, para que un Estado parte como el Perú renuncie a la Convención Americana. Las dimensiones de la variable "factores" son jurídicas, sociales y políticas.

En cuanto a la selección de la muestra, debe considerarse que en las investigaciones cualitativas "las decisiones muestrales abordan los pormenores de la selección de contextos, casos y fechas. El criterio de selección de la muestra será siempre intencional" (Herrera Rodríguez et al., 2015, p. 8). En nuestro caso, el ámbito espacial es el Perú y el ámbito temporal son los años el año 2020 y 2024. Efectuada la indagación se hallaron cuatro proyectos de ley en el año 2020 y dos en el año 2024 referidos directamente al problema de investigación, los que constituyen nuestras principales unidades de estudio. Los proyectos presentados en el año 2020 fueron:

- Proyecto de Ley N.º 4957/2020-CR (Mamani Barriga, 2020) presentado el 30 de marzo de 2020 que propone establecer la pena de muerte para "delitos de corrupción cometidos por presidentes de la república (*presi delincuentes*) y otros altos funcionarios en situación de emergencia". Este proyecto plantea en su articulado la denuncia del Perú a la Convención Americana.
- Proyecto de Ley N.º 4960/2020-CR (Bartolo Romero, 2020a) presentado el 30 de marzo de 2020, "Proyecto de Ley que permite la aplicación de la pena de muerte en casos de feminicidio"; en el que se propone modificar el artículo 140 de la Constitución Política del Perú agregando como otra causa para aplicar la pena de muerte el feminicidio y en su artículo 3 propone la denuncia por el Perú de la Convención Americana en un plazo máximo de 30 días.
- Proyecto de Ley N.º 4961/2020-CR(Bartolo Romero, 2020b) presentado el 30 de marzo del 2020 que propone establecer la pena de muerte para casos de violaciones de menores de edad. Si bien expresamente no propone la denuncia de la Convención Americana, fue presentado por la misma congresista que formuló el Proyecto de Ley N.º 4960/2020-CR (Bartolo Romero, 2020a), en el que sí se propone tal denuncia, por lo que estarían vinculados indirectamente.
- Proyecto de Ley N.º 6131/2020-CR (Ramos Zapata, 2020) titulado "Proyecto de Ley que declara de interés nacional y necesidad pública la denuncia de la convención americana de derechos humanos".

En el año 2024 se presentaron dos proyectos de ley:

- Proyecto de Ley N.º 09761/2024-CR (Acuña Peralta, 2024) presentado el 13 de diciembre de 2024 denominado "Proyecto de ley que autoriza el retiro de la República peruana de la Convención Americana de Derechos Humanos".

- Proyecto de Ley Nº9795/2024-CR (Martínez Talavera, 2024) presentado el 16 de diciembre de 2024 titulado "Proyecto de ley que declara de interés nacional el retiro del Perú del Pacto de San José".

4. RESULTADOS

En términos generales los factores son aquellos fundamentos, elementos o causas que intervienen conjuntamente para producir un determinado resultado. Estos, pueden ser de distinta naturaleza según el fenómeno del que se trate. Para nuestro caso hemos considerados los factores jurídicos, sociales y políticos, por lo que desde esta perspectiva es también una investigación socio-jurídica, teniendo en consideración al derecho objeto de estudio como fenómeno jurídico de la sociología jurídica (Tantaleán Odar, 2016), en la medida en que produce efectos sociales entre los ciudadanos a quienes les resulta aplicable la disposición jurídica. E igualmente la realidad social influye en la generación de tales disposiciones y en la formulación de políticas.

Por su parte desde los factores políticos estrictamente, estarán referidos a aquella actividad de quienes detentan los asuntos públicos y cómo influyen en los ciudadanos. Conforme a la metodología y objetivos planteados, se obtuvieron los siguientes resultados:

Tabla 1
Factores para la denuncia de la Convención ADH en los proyectos de ley analizados

Proyecto de Ley N.º	Objeto de la ley	Agrega causal de pena de muerte	Propone denunciar la Convención ADH	Fundamentos específicos para la denuncia	Justificación para nueva causal de pena de muerte
4957/2020-CR	Modificar Arts. 41; 140 de La Constitución	Sí	Sí	No señala	Corrupción, sensación de impunidad. Efecto disuasivo en la comisión de conductas ilícitas vinculados a la corrupción.
4960/2020-CR	Modificar el art. 140 de la Constitución	Sí	Sí	Sólo indica que la Convención ADH limita la aplicación de la pena de muerte en el Perú.	Deber del Estado proteger a la población de las amenazas contra su seguridad. Estadísticas de número de feminicidios. Tiene relación con la 28 Política de Estado.

Proyecto de Ley N.º	Objeto de la ley	Agrega causal de pena de muerte	Propone denunciar la Convención ADH	Fundamentos específicos para la denuncia	Justificación para nueva causal de pena de muerte
4961/2020-CR	Modificar el art. 140 de la Constitución	Sí	No	No es necesario ya que en el Perú existía pena de muerte para casos de violación de la libertad sexual (DL. N.º 17388 del 24/01/1969) antes de la ratificación del Pacto de San José o Convención ADH (1978).	Se ampara en la estadística sobre violencia sexual de menores. Son delitos graves que meritan pena de muerte. Tiene relación con la 28 Política de Estado
6131/2020-CR	Declarar de interés nacional y necesidad pública la denuncia de la Convención ADH y de la competencia de la Corte IDH	No	Sí	Beneficioso para pocas personas. Afecta la autonomía y democracia. CADH fue suscrita sin consulta popular. No permite imponer penas a corrupción y delitos más graves. Voluntad del pueblo es renunciar a la CADH y Corte IDH. Lesiva al país y está en conflicto con la normatividad interna. El Estado podrá ejercer su autonomía e independencia.	No
9761/2024-CR	Declarar de interés nacional el retiro del Perú de la Convención Americana de Derechos Humanos y denuncia de la competencia de la Corte IDH	No (pero se refiere a la pena de muerte en sus argumentos, cita estadísticas a favor de pena de muerte)	Sí	Beneficioso para pocas personas. Afecta la democracia, voluntad popular, la imposición de sanciones (por ejemplo, imponer pena de muerte). Genera impunidad Se suscribió sin consulta ni aceptación	Sí; pero no se incluye en su fórmula legal
9795/2024-CR	Declarar de interés nacional el retiro del Perú del Pacto de san José	No	Sí	La jurisdicción de la Corte IDH interfiere la soberanía y autonomía interna. Interpretaciones de la CADH excesivas, incompatibles internamente, inadaptaciones de normativas locales. Decisiones de la Corte afectan seguridad nacional y orden público en situaciones de violencia o crisis. Hace referencia a políticas de Estado (erradicación de la violencia y fortalecimiento del civismo y seguridad ciudadana).	No

Nota. Información obtenida de la página web del Congreso de la República del Perú (2025)

4.1. Proyectos de ley presentados en el año 2020 y 2024 que plantean la denuncia del Perú de la Convención Americana

El Reglamento del Congreso peruano en su artículo 67 define en qué consisten los proyectos de ley, siendo "...instrumentos mediante los cuales se ejerce el derecho de iniciativa legislativa y se promueve el procedimiento legislativo, con la finalidad de alcanzar la aprobación de una ley o resolución legislativa por el Congreso". (Congreso de la República de Perú, 2023, p. 90-91)

En el año 2020 se encontraron cuatro proyectos de ley que directa o indirectamente plantean el retiro del Perú de la Convención; los que se ubicaron en la página web del Congreso de la República del Perú (http://www.congreso.gob.pe/); y en el año 2024 fueron dos proyectos de ley como obra en la tabla 1.

4.2. Factores que sustentan tales proyectos para la denuncia de la Convención

Los elementos identificados son básicamente los siguientes:

4.2.1. Jurídicos

- **Objeto principal de los proyectos**. Tres de los proyectos presentados (4957/2020-CR; 4960/2020-CR y 4961/2020-CR) tienen como objeto principal la modificación o reforma del artículo 140 de la Constitución Política del Perú. En tanto que los otros tres proyectos (631/2020-CR; 9761/2024-CR y 9795/2024-CR) proponen principalmente declarar de interés nacional y necesidad pública la denuncia de la Convención y de la competencia de la Corte IDH.
- **Derechos humanos comprometidos directamente**. Tres proyectos consideran una mayor limitación del derecho a la vida. Los proyectos 4957/2020-CR; 4960/2020-CR y 4961/2020-CR plantean agregar una nueva causal de pena de muerte para lo que requieren reformar el artículo 140 de la Constitución y la renuncia a la Convención al considerar que es la traba legal que impide la reforma del artículo en mención para nuevas causales de pena de muerte.

El proyecto 4957/2020-CR propone incorporar constitucionalmente la pena de muerte por delitos cometidos contra el patrimonio de Estado; el proyecto 4960/2020-CR, plantea pena de muerte para casos de feminicidio y el proyecto 4961/2020-CR, pena de muerte para violadores de menores de edad (aunque no propone la denuncia al considerar que antes de la suscripción de la Convención existía esta causal y que luego fue derogada). En tanto que el proyecto 6131/2020-

CR propone la denuncia del Perú a la Convención y a la Corte; al igual que los proyectos 9761/2024-CR y 9795-67/2024-CR.

4.2.2. Sociales

- **Deber del Estado de proteger a la población y sensación de impunidad**. En los proyectos 4957/2020-CR; 4960/2020-CR; 4961-2020-CR; 9761/2024-CR y 9795/2024-CR se señalan estos dos aspectos, requiriéndose medidas preventivas y reactivas gravosas por el Estado, y el efecto disuasivo en la comisión de conductas ilícitas.
- **Estadísticas sobre incremento de los delitos y encuestas**. Los proyectos 4960/2020-CR y 4961/2020-CR se fundamentan en las estadísticas del número de feminicidios y sobre violencia sexual de menores. El proyecto 6131/2020-CR señala que la voluntad del pueblo es que el Perú se retire de la Convención y de la competencia de la Corte según estadísticas publicadas por el Comercio-Ipsos el año 2017; situación similar si tiene en el proyecto 9761/2024-CR donde se citan estadísticas publicadas.
- **Perjuicios al país por pertenecer a la Convención**. En el proyecto 6131/2020-CR se señala que pertenecer a este sistema ha sido beneficioso para pocas personas y perjudicial para el país al imponer prohibiciones, como en caso de la pena de muerte, al ser la principal barrera para ello. Fundamento similar se aprecia en el proyecto 9761/2024-CR.
- **Ausencia de consulta popular para suscribir la Convención**. El proyecto 6131/2020-CR señala que la Convención fue suscrita bajo un gobierno dictatorial en el año 1978 por lo que no hubo consulta al pueblo. En el proyecto 9761/2024-CR se señala igualmente que la Convención se suscribió sin consulta ni aceptación.

4.2.3. Políticos

- **Autonomía e independencia del Estado.** En forma expresa el proyecto 6131/2020-CR considera que la Convención afecta estos principios, lo que impide que el Estado proteja los derechos fundamentales de todos los peruanos. En similar sentido se tiene el proyecto 9795/2024-CR; afectándose la soberanía nacional generando tensiones en las decisiones internas.
- **Relación con políticas de Estado**. A este aspecto se refieren los proyectos 4960-2020-CR; 4961/2020-CR y 9795/2024-CR.

5. DISCUSIÓN

Como antecedente, en el caso de Perú, este pretendió en el año 1999 retirarse de la competencia de la Corte IDH, lo cual no estaba previsto ya que el retiro es respecto de la Convención y no de uno de sus organismos -según criterio en ese momento de la Corte IDH-, siendo declarada inadmisible al afectar el principio de competencia de la competencia; reiterando que ese era el criterio preponderante en esa época.

5.1. Determinación de los factores que sustentan los proyectos de ley para la denuncia de la Convención

Los factores más importantes de acuerdo con los resultados mostrados son los siguientes:

5.1.1. Elementos jurídicos

Del análisis se aprecia que algunos de los proyectos se refieren al mecanismo para la denuncia contemplado en el art. 78 de la CADH (proyecto 6131/2020-CR; 9795/2024-CR); artículos 55 a 57 y 118 de la Constitución Política del Perú referidos a los tratados (proyecto 9795/2024-CR); art. 41; 44 y/o 140 de la Constitución sobre declaración jurada de bienes y rentas, seguridad y bienestar general y pena de muerte (proyecto 4957/2020-CR; 4960/2020-CR; 4961/2020-CR); en políticas del estado expresados en el Acuerdo Nacional (proyecto 4957/2020-CR; 4960/2020-CR; 4961/2020-CR; 9795/2024-CR; 9761/2024-CR).

Como se observa, ciertos proyectos consideran que el objeto final de la denuncia es la de poder efectuar una reforma constitucional que permita posteriormente introducir nuevas causales de pena de muerte a las consideradas en el artículo 140 de la Constitución, como son por traición a la patria en caso de guerra y por terrorismo (aunque esta última, es inejecutable por razones constitucionales y convencionales); lo que solo sería jurídicamente posible si el Perú se desliga válidamente de la Convención Americana denunciándola.

La denuncia de los tratados por el Perú es potestad del presidente de la República y en el caso de denuncia de aquellos tratados que estuvieron sujetos a aprobación del Congreso, se necesita aprobación previa de éste, conforme al artículo 57 -actualmente vigente- de la Constitución.

El artículo 4 de la Convención determina que toda persona tiene derecho a la vida y que nadie puede ser privado arbitrariamente de ella, que en los países en

los que no se abolió la pena de muerte no puede extenderse la causal para otros supuestos, siendo que ello sería contrario a la Convención y al principio de reeducación y rehabilitación del penado; como al de dignidad de la persona humana. Abona en este sentido lo opinado por la Corte IDH el 09/12/1994 con relación al artículo 140 de la Constitución peruana:

> 1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta...
> 2. [E]n caso de que el acto de cumplimiento constituya per se un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994)

En el Perú la Convención es parte del sistema jurídico nacional según el artículo 55 de la Constitución, con rango constitucional por interpretación sistemática de la Constitución, efectuada por el Tribunal Constitucional peruano al ser un tratado sobre derechos humanos.

En consecuencia, constitucional y convencionalmente a la fecha no es factible introducir nuevas causales de pena de muerte de acuerdo con el artículo cuatro de la Convención.

5.1.2. Elementos sociales

- **Deber del Estado de proteger a la población y sensación de impunidad.** En el proyecto de Ley N.º 4957/2020-CR se señala estos dos aspectos, requiriéndose medidas preventivas y reactivas gravosas por el Estado, y el efecto disuasivo en la comisión de conductas ilícitas. Este elemento está relacionado con el siguiente, referido al incremento de los delitos según encuestas de opinión, justificando que la falta de protección y sensación de inseguridad de la población ameritan la imposición de nuevas causales de pena de muerte por delitos graves.

  El artículo 2 inciso 24 numeral a) de la Constitución reconoce el derecho a la libertad y a la seguridad personales; correspondiendo al presidente de la República, el velar por el orden interno (artículo 118 inciso 4 de la misma Carta Magna), concordante con el artículo 163 por el que el Estado garantiza la seguridad de la Nación tanto en el ámbito interno como en el externo;

correspondiendo a la Policía Nacional el garantizar, mantener y restablecer el orden interno (artículo 166 de la Constitución).

De acuerdo con las disposiciones señaladas el velar por la seguridad de las personas en el ámbito interno corresponde al Policía Nacional; por tanto, tal función se encuentra reglada, debiendo ser supervisada por las autoridades competentes, en concurrencia con el sistema de justicia.

La experiencia de otros lugares lleva a considerar que es posible mejorar y disminuir la victimización y sensación de inseguridad a partir de estrategias de seguridad ciudadana municipal. Según el estudio referido, ello dio lugar a la disminución de homicidios y delitos violentos, en conjunto con objetivos precisos y metas generales, integrada e intersectorial con capacidad de consolidar datos y responsabilidades claramente definidas.

Estas iniciativas se efectuaron a nivel municipal, regional y nacional con una combinación de recursos financieros e institucionales, como se apreció de programas de seguridad ciudadana en más de una veintena de países (Aguirre & Muggah, 2018, pp. 44–46).

- **Estadísticas sobre incremento de los delitos y encuestas de opinión de la población.** En algunos de los proyectos se señala que la denuncia de la Convención obedece a que en el Perú existe impunidad sobre actos que son graves y que en las encuestas publicadas la mayoría de los peruanos está a favor de que se implemente la pena de muerte para delitos graves.

  Actualmente por vía de referéndum no es factible suprimir ni disminuir derechos fundamentales como señala el artículo 32 de la Constitución. En este sentido al haber ratificado el Perú la Convención no es jurídicamente posible agregar otras causales de pena de muerte -aún vía referéndum-; debiendo recordarse que el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución, determina como principio, que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

- **Perjuicios al país por pertenecer a la Convención.** Los proyectos de Ley N.º 6131/2020-CR y 9761/2024-CR consideran que pertenecer al sistema interamericano es beneficioso para muy pocas personas y perjudicial en general al imponer prohibiciones que deberían ser tomadas democráticamente impidiendo adoptar decisiones autónomas.

  Al respecto, los derechos humanos son consustanciales a todas las personas por el solo hecho de serlo; implican un reconocimiento del principio y valor

de la dignidad humana que se encuentra claramente garantizada en el artículo primero de nuestra Constitución cuando hace referencia a defensa de la persona humana y al respeto de su dignidad, como fines esenciales de la sociedad y del Estado.

A ello debe agregarse que tales derechos constituyen límites al poder de los agentes del Estado evitando la arbitrariedad y, por otro lado, orientan la actuación estatal ya que no solo evitan las actuaciones negativas; sino que promueven acciones concretas para su debida protección.

La defensa de los derechos fundamentales tiene especial eficacia en los regímenes democráticos, donde se garantizan de mejor manera los derechos y libertades esenciales de las personas.

- **Consulta popular para suscribir la Convención.** En algunos de los proyectos indicados como en el 6131/2020-CR y 9761/2024-CR fundamentan que la suscripción y ratificación por el Perú de la Convención Americana de Derechos Humanos, nunca fue consultada a la ciudadanía, ni explicado en qué consistía dicha competencia o que es la Convención y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

  El Sistema Americano de Derechos Humanos tiene su base en la Carta de la Organización de Estados Americanos de 1948 cuya finalidad primordial es consolidar un régimen de libertad individual y de justicia social, basado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

  La Convención Americana fue ratificada por el Perú el 11 de julio de 1978. La aceptación de la competencia de la Corte IDH y la ratificación de la Convención ADH fue realizada en la Décimo Sexta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1979; de acuerdo con la declaración unilateral formulada por el Ministerio de Relaciones Exteriores en enero de 1981. La Constitución en mención fue redactada por la Asamblea Constituyente de 1978.

  En consecuencia, la ratificación de la Convención y la aceptación de la competencia de la Corte IDH fue determinada por la Asamblea Constituyente -en la Constitución de 1979- que fue elegida por el pueblo en elecciones democráticas; por tanto, su legitimidad proveniente del pueblo soberano políticamente organizado en uso de su poder constituyente, máxima expresión de la voluntad ciudadana.

  Por su parte el artículo 56 de la Constitución Política del Perú de 1993 determina que los tratados sobre derechos humanos deben ser aprobados por el

Congreso antes de su ratificación por el presidente de la República, a efectos de brindar una mayor garantía dada la naturaleza de los derechos humanos; siendo el Congreso el que representa al pueblo que lo eligió, no requiriéndose consulta popular para tal fin.

5.1.3. Elementos políticos

Se determinaron dos elementos políticos:

- **Autonomía e independencia del Estado.** De los proyectos de Ley N.º 6131/2020-CR y se desprende el argumento que el Pacto de San José de Costa Rica y la sujeción a la competencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos es lesiva al país entrando en permanente conflicto con nuestra normatividad interna, vulnerando nuestra soberanía interna excediéndose en sus funciones.

  La Convención Americana de Derechos Humanos forma parte de nuestro ordenamiento nacional de conformidad con el artículo 56 de la Constitución Política de 1993 interpretado en concordancia con el artículo 200.1 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente; siendo que por interpretación sistemática y en observancia de los indicados artículos, el Tribunal Constitucional determinó que la Convención ADH tiene jerarquía constitucional. En consecuencia, la Convención forma parte del ordenamiento del Perú, conformando parte del bloque de constitucionalidad y, por ende, no vulnera la soberanía del Perú.

  En aplicación del principio *pacta sunt servanda*, recogido por el artículo 26 concordada con el artículo 27 y 29 de la Convención de Viena, el Perú no puede incumplir la Convención amparándose en leyes internas, debiendo regirse por el principio de buena fe.

  En cuanto al posible conflicto, al tratarse de derechos humanos los jueces deberán tener en cuenta los criterios de interpretación de los tratados internacionales establecidos en la Convención de Viena; pero privilegiando los principios de interpretación correspondientes a los tratados de derechos humanos, tales como el principio *pro hómine*, interacción interpretativa de los tratados e interpretación dinámica; así como los de *pro actione*, irradiación y el de efecto útil, considerando además la garantía colectiva a partir de la existencia de un orden público internacional, así como el texto y contexto del tratado.

  Dicha labor de interpretación de los derechos humanos y de las disposiciones concernidas -entre ellas la Convención- obliga al juzgador a armonizar las

misma, complementándolas y aplicando aquella interpretación que proteja de mejor manera los derechos humanos (Jiménez Mayor, 2024, p. 177) dentro de los límites de las disposiciones que le sirven como marco, atendiendo los estándares determinados por la Corte IDH expresados en sus sentencias y opiniones consultivas.

En cuanto a la labor de la Corte IDH, esta cumple una función subsidiaria como indica en el preámbulo de la Convención Americana, siendo que previamente a recurrirse a ella deben agotarse los recursos determinados por la jurisdicción nacional, salvo las excepciones convencionalmente determinadas (Maúrtua De Romaña, 2024, p. 309).

A ello debe sumarse que tanto la Corte como el Tribunal Constitucional coinciden en señalar que no hay un nivel de jerarquía entre ambas, sino que son complementarias, efectuándose una labor de diálogo entre cortes. Tanto es así que en distintas sentencias la Corte IDH ha reconocido que empleó en sus sentencias argumentos e interpretaciones formuladas por las distintas cortes o tribunales de los Estados parte, en sus fundamentaciones.

En cuanto al reconocimiento internacional de estos derechos, parte de la doctrina considera que el garantizarlos a través de procesos internacionales de protección, constituye una garantía colectiva concurrente subsidiariamente al de cada Estado parte, dada su naturaleza de normas de derecho imperativo conformantes del orden público internacional (Faúndez Ledesma, 2004); y que la denuncia implicaría una regresividad contraria a la constitucionalidad y progresividad de los derechos humanos (Ayala Corao, 2012).

Finalmente, el interés público en un Estado Constitucional de Derecho debe materialmente configurarse a partir de la dignidad de la persona humana y, obviamente, de los derechos que le son inherentes (Correa Fontecilla, s/f).

- **Relación con las políticas de Estado.** En los proyectos 4960-2020-CR y 4961/2020-CR se señalan que la renuncia se justifica y tiene amparo en la 28 política de Estado denominada "Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial". En el proyecto 9795-/2024-CR también se considera a la política de Estado Nro. 7 referida en el Acuerdo Nacional, Democracia y Estado de Derecho referida erradicación de la violencia y seguridad ciudadana.

  El Estado peruano ha determinado que sus políticas públicas destinadas a solucionar problemas públicos -a través de planeamientos estratégicos para

modificar una situación problemática, - deben tener un enfoque basado en derechos humanos para fortalecerlos y que se efectivice por medio de procedimientos eficientes y eficaces en atención a su contenido protegido jurídicamente (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013).

En la mencionada política 28 de las Políticas de Estado del Acuerdo Nacional se señala el compromiso de garantizar el acceso universal a la justicia y de adoptar políticas que garanticen tanto el goce como la vigencia de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente y en los tratados internacionales sobre la materia.

El Estado se comprometió, entre otras acciones, a efectivizar y divulgar la Carta Magna para concretizar los derechos humanos y sancionar a los transgresores (Acuerdo Nacional; 2014).

En tanto que en el proyecto 9795/2024-CR referida a la erradicación de la violencia y fortalecimiento del civismo y de la seguridad ciudadana.

5. 2. Efectos jurídicos de la denuncia

En el caso de la denuncia presentada por Venezuela el 10 de septiembre del año 2012, la Comisión IDH expresó en un comunicado, que la misma implicaba una afectación a la universalización del sistema americano de derechos humanos para una mayor protección en la región de los derechos de sus habitantes. Igualmente indicó su preocupación ya que el efecto que produce a los ciudadanos de Venezuela es el detrimento de la protección de sus derechos humanos por cuanto no contarán con una instancia de protección de sus derechos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013).

En atención a lo señalado por la Comisión, la denuncia no afecta la competencia de ésta, para conocer asuntos relacionados con Venezuela, ya que al ser miembro de la OEA se halla bajo la competencia de la Comisión IDH y sujeta a las obligaciones derivadas de la Carta de la OEA y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, a las que se comprometió en 1948 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013).

De la Opinión Consultiva 026/2020 la denuncia de la Convención no produce efectos retroactivos a la misma por lo que continuarán vigentes los criterios adoptados a partir de las normas convencionales interpretadas, siendo que las obligaciones asumidas en otros tratados interamericanos sobre derechos humanos no se ven afectados por la denuncia.

La Opinión Consultiva remarca que las obligaciones de protección mínima de la Carta de la OEA y de Declaración Americana continúan bajo la supervisión de la Comisión Interamericana y que los Estados quedan obligados por el derecho internacional a las normas consuetudinarias provenientes del derecho internacional y las que tienen la calidad de *ius cogens*. Tal Opinión permitiría rechazar ciertos supuestos de denuncia (Salas Cruz, 2023).

En el caso peruano, se presentan opiniones encontradas sobre una probable denuncia, atribuyéndose por una parte que ésta obedece a la falta de información y debido conocimiento de la jurisprudencia sobre derechos humanos en la región, las que deben ser valoradas positivamente en lo que implica el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Jiménez Mayor, 2024); siendo que tal denuncia afectaría el principio de separación de poderes en atención al art. 93 de la Constitución, además se apartaría de la política estatal peruana de defensa de los derechos humanos (Maúrtua De Romaña, 2024). Finalmente, se agrega que la protección de tales derechos no se circunscribe a la CADH y a la Corte IDH, siendo una obligación imperativa del Estado al posibilitar que un órgano externo se pronuncie con mayor independencia, sin desconocer que tal sistema muestra inconvenientes por resolver (Ruz Saldívar, 2024).

6. CONCLUSIONES

De los proyectos analizados se aprecia en algunos, que el factor principal de la denuncia es que la CADH impide incorporar constitucionalmente nuevas causales de pena de muerte mientras el Perú esté sujeto a la Convención Americana y a la jurisdicción de la Corte, al prohibirla expresamente el artículo 4 de la Convención.

Un factor concurrente constituye la opinión pública relacionado con la seguridad ciudadana a partir de encuestas citadas en los algunos proyectos y que sirven de sustento para la denuncia, lo que se relacionado con el párrafo anterior al apreciarse que ello permitiría imponer penas más drásticas para disuadir la delincuencia.

También se sustenta que la aplicación de la CADH y las decisiones de la Corte IDH afectan la soberanía nacional, el orden público en situaciones de crisis, siendo excesivas o incompatibles con el ordenamiento normativo y la seguridad nacional; lo que justificaría eliminar el acceso a la jurisdicción supranacional que brinda la CADH.

La Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-26/20 considera que la denuncia de un Estado miembro no tiene efectos retroactivos; las obligaciones estatales generadas por la ratificación de otros tratados interamericanos de derechos humanos mantienen vigencia; la denuncia efectiva no elimina la vigencia nacional de las normas derivadas de la disposición convencional, entre otros aspectos.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo Nacional; (2014). *Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia* (Número d).

Acuña Peralta, M. G. (2024). *Proyecto de Ley Nro. 9761/2024-CR* (pp. 1–12). https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal/#/expediente/2021/9761

Aguirre, K., & Muggah, R. (2018). Citizen security in Latin America: Facts and Figures. En *Igarapé Institute* (Vol. 33, Número April).

Asamblea General de la ONU. (2002). Resolución aprobada por la Asamblea General sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En *Naciones Unidas: Vol. 01 47800* (Números 162, 28 de enero, pp. 1–14).

Ayala Corao, C. (2012). Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre derechos humanos por Venezuela. *Estudios Constitucionales*, *10*(2), 643–682.

Bartolo Romero, M. I. (2020a). *Proyecto de Ley 04961_2020.pdf* (p. 7).

Bartolo Romero, M. I. (2020b). *Proyecto de Ley Nro. 04960/2020-CR* (p. 5). https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL04960_20200330.pdf

Bazán, V. (2015). El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y algunos retos y cuestiones actuales y conflictivas relacionados con la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana. *Revista Temas Socio Jurídicos*, *34*(68), 11–55.

Castañeda, M. (2018). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional. En *Comisión Nacional de Derechos Humanos*.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *CIDH manifiesta su profunda preocupación por efecto de la denuncia de la Convención Americana por parte de Venezuela*. Comunicado de prensa No 64 2013. https://oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/064.asp

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (s/f). *Signatario y ratificaciones - Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Recuperado el 5 de febrero de 2021, de https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2a.htm

Congreso de la República de Perú. (2023). *Reglamento del Congreso de la República. Edición oficial*. https://www.congreso.gob.pe/Docs/biblioteca/Reglamentos/2023nov/index.html

Correa Fontecilla, J. (s/f). Algunas consideraciones sobre el interés público en la política y el derecho. *Revista española de control externo*, 135–161.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1994). *Opinión Consultiva OC-14-94 Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020a). *ABC Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020b). Opinión consultiva OC-26/20. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, *serie 26*, 81.

Faúndez Ledesma, H. (2004). *El sistema interamericano de derechos humanos* (III).

Herrera Rodríguez, J. I., Guevara Fernández, G. E., & Munster de la Rosa, H. (2015). Los diseños y estrategias para los estudios cualitativos. Un acercamiento teórico-metodológico. *Gac. méd. espirit*, *17*(2), 120–134.

Jiménez Mayor, J. (2024). Derechos humanos concretos: el Perú y la importancia (utilidad) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Peruana de Derecho Internacional*, *177*, 147–193. https://doi.org/10.38180/rpdi.v74i177.638

Mamani Barriga, J. A. (2020). *Proyecto de Ley Nro. 04957/2020-CR* (p. 9). https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL04957_20200330.pdf

Martínez Talavera, P. E. (2024). *Proyecto de Ley Nro. 9795/2024-CR* (pp. 1–10). https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal/#/expediente/2021/9795

Maúrtua De Romaña, O. (2024). Los derechos humanos como eje de la política exterior del Perú: su permanencia la Convención Americana de Derechos Humanos. *Revista da AGU*, *23*, 298–314.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2013). Los Derechos Humanos en el Perú: nociones básicas. En *Ministerio de justicia y Derechos Humano* (Cecilia He).

Ramos Zapata, R. (2020). *Proyecto de Ley Nro. 06131/2020-CR* (p. 5). https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL06131-20200904.pdf

Riva, M. (2012). *Venezuela ante el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos*. Instituto de Relaciones Internacionales. http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/38485/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ruz Saldívar, C. (2024). La crisis y retos del Sistema de Protección Interamericano de Derechos Humanos. *LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades*, *5*(1). https://doi.org/10.56712/latam.v5i1.1619

Salas Cruz, A. (2023). Denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, retirada de Venezuela y Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre: sueño roto y cambio de compromiso original. *Revista de Investigacoes Constitucionais*, *10*(1). https://doi.org/10.5380/rinc.v10i1.83651

Sánchez, H., Reyes, C., & Mejía, K. (2018). Manual de términos en investigación científica, tecnológica y humanística. En *Mycological Research*.

Tantaleán Odar, R. M. (2016). Tipología de las investigaciones. *Derecho y cambio social*, 37.

Tinoco Cuenca, N., Cajas Palacios, M., & Santos Jiménez, O. (2018). Capítulo 3 Diseño de investigación cualitativa. En Utmach (Ed.), *Técnicas y métodos cualitativos para la investigación científica* (pp. 42–56).

***

PUEBLOS INDÍGENAS Y EL DERECHO AL USO DEL PROPIO IDIOMA EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL PERUANA

Nadia Paola IRIARTE PAMO*

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Marco normativo del derecho al uso del propio idioma. **3.** Desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre el derecho al uso del propio idioma. **4.** Incidencia del derecho al uso del propio idioma en el acceso a la justicia.

PRELIMINARES

El presente trabajo expone y analiza el desarrollo jurisprudencial que el Tribunal Constitucional del Perú ha realizado sobre el derecho al uso del propio idioma. Detalla su marco normativo y su relación con otros derechos fundamentales, con especial énfasis en la relevancia de este derecho para el acceso a la justicia, a partir del estudio de los casos más significativos resueltos por el órgano constitucional.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución) no es solo una obra normativa, sino que en, su dimensión cultural, constituye la expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de la autorrepresentación cultural del pueblo, un espejo de su patrimonio cultural y el fundamento de sus esperanzas (Häberle, 2000, p. 34).

* Abogada por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Magister en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Docente universitaria y de la Academia de la Magistratura. Directora de la Dirección de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. ORCID: 0009-0008-3573-7068.

La norma suprema contiene múltiples disposiciones (artículos 2.19, 17, 48, 88, 89, y 149) que se erigen como manifestación de la identidad cultural basada en la diversidad. La pluralidad cultural, étnica y lingüística del país representa una valiosa riqueza y, al mismo tiempo, una realidad compleja que plantea grandes desafíos y compromisos en el ámbito del derecho constitucional.

El Perú cuenta con 55 pueblos indígenas y 48 lenguas originarias, que configuran la expresión de una identidad colectiva. Estos pueblos reivindican la tutela de diversos derechos, entre ellos, el derecho al uso del propio idioma.

Este derecho cuenta con un marco normativo y ha sido objeto de una importante evolución jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional del Perú (en adelante, el Tribunal). En coherencia con ello, dicho órgano constitucional ha expedido numerosas decisiones en las que delimita su contenido, define sus dimensiones y establece su alcance.

En la presente ponencia se presentará las principales líneas jurisprudenciales esbozadas por el Tribunal sobre el derecho al uso del propio idioma. Asimismo, se describirá su marco normativo y su vinculación con otros derechos fundamentales, poniendo especial atención en su relevancia para asegurar el acceso a la justicia.

2. MARCO NORMATIVO DEL DERECHO AL USO DEL PROPIO IDIOMA

En el ordenamiento jurídico peruano, el uso del propio idioma es un derecho fundamental, consagrado en los artículos 2.19 y 48 de la Constitución. El idioma es un componente esencial de la identidad de los pueblos indígenas y asegura la expresión, preservación y transmisión de su cultura.

Este derecho lingüístico, aunque se proclama como derecho individual, posee de manera inherente un carácter colectivo, puesto que el uso de una lengua no tiene sentido individualmente y, además, constituye no solo una forma de comunicarse, sino también un medio para expresar una identidad y un sentir colectivo (Vernet I Llobet, 2004).

El derecho al uso del propio idioma tiene una doble dimensión: individual y colectiva. En su vertiente individual, garantiza que cada miembro de una comunidad lingüística pueda comunicarse en su idioma con cualquier autoridad, en cualquier lugar de la República, ya sea directamente o mediante un intérprete proporcionado por el Estado —artículo 2.19 de la Constitución—.

En su dimensión colectiva, establece que, cuando una lengua originaria sea predominante en una determinada zona geográfica del país, dicha lengua, además del castellano, debe ser oficial en la referida zona —artículo 48 de la Constitución— (Expediente 0889-2017-PA/TC, ff. jj. 8-9).

Por otro lado, advertimos que la Ley 29735 regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú. Esta norma prescribe importantes precisiones relacionadas con el artículo 48 de la Constitución.

Al respecto, se determina las implicancias del carácter oficial de una lengua originaria. Así, se puntualiza que ello supone que la administración estatal la adopte y la implemente progresivamente en todas sus esferas de actuación pública, otorgándole el mismo valor jurídico y las mismas prerrogativas que al castellano. En esa línea, los documentos oficiales que se emitan deberán constar tanto en castellano como en la lengua originaria oficial —cuando esta cuente con reglas de escritura—, teniendo ambos el mismo valor legal y siendo oponibles en cualquier instancia administrativa de la zona donde aquella sea predominante.

Bajo este contexto, el Decreto Supremo 004-2016-MC especifica que el uso oficial de las lenguas originarias implica que las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos en las zonas de predominio desarrollen, de manera progresiva, diferentes acciones, entre las cuales se encuentran las siguientes:

a) Disponer de personal que pueda comunicarse, de manera oral y escrita, con suficiencia en la lengua originaria para la prestación de servicios públicos.
b) Brindar servicios de atención al público en la lengua originaria, además del castellano.
c) Contar con los servicios de intérpretes y/o traductores de la lengua originaria predominante, cuando sean requeridos.
d) Transmitir, en la lengua originaria predominante de su ámbito, las ceremonias oficiales y otros actos públicos de las autoridades, funcionarios y servidores públicos.
e) Publicar las normas, documentos y comunicados oficiales, así como toda información vinculada con la población indígena, en la lengua originaria predominante.
f) Promover el uso oficial de la lengua originaria a través de medios audiovisuales, digitales, radiales, spots publicitarios, entre otros.

En suma, el derecho al uso del propio idioma cuenta con un marco constitucional y legal vigente que conforma la base para su protección y promoción. Su reconocimiento no es un acto meramente declarativo, sino una condición indispensable para garantizar la igualdad, el respeto a la diversidad cultural y el pleno ejercicio de otros derechos, lo que exige la adopción de medidas efectivas, sostenibles y culturalmente pertinentes que lo tutelen.

3. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO AL USO DEL PROPIO IDIOMA

El Tribunal Constitucional ha generado criterios jurisprudenciales valiosos sobre el derecho reconocido en el artículo 2.19 de la Constitución. Un ejemplo de ello, es lo estipulado en la STC N.º 00367-2016-PHC/TC, en la que se declaró fundada la demanda de *habeas corpus* al haberse acreditado la vulneración del derecho del accionante a usar el idioma shipibo-conibo. En dicha sentencia, se dispuso que todos los jueces que tengan a su cargo el trámite de procesos constitucionales en los que participen personas que se autoidentifiquen como miembros de comunidades indígenas adopten las medidas necesarias para garantizar su derecho a usar su propio idioma, a través de un intérprete, durante todo el trámite del proceso.

Cabe destacar que, en la STC N.º 00367-2016-PHC/TC, el Tribunal estableció una doctrina jurisprudencial de especial relevancia. En dicho pronunciamiento, señaló que los jueces constitucionales están obligados a garantizar la impartición de justicia en los casos en que las personas se autoidentifiquen como indígenas, considerando los siguientes principios: acceso a la justicia diferenciada, derecho de defensa, pro persona, pro pueblo indígena, no discriminación, equidad jurídica, acción afirmativa, trato con respeto a la diferencia cultural, no revictimización, protección a la identidad e integridad de grupo y a ser informado de manera adecuada (ff.jj. 42 y 44).

En la STC N.º 07731-2013-PHC/TC, el Tribunal declaró fundada la demanda de *habeas corpus* interpuesta a favor de una mujer quechua hablante y puso de manifiesto la vinculación entre el derecho al uso del propio idioma y el derecho de defensa. En ese sentido, observó que, para el ejercicio de este último, es indispensable que a la favorecida se le designe un traductor o intérprete. En el caso concreto, sostuvo que una persona analfabeta y quechuahablante, con comprensión mínima del español, tiene derecho a que el juez penal le proporcione un intérprete, a fin

de que pueda comunicarse correctamente y sin limitaciones, a la par que pueda ser oída de la forma más adecuada durante el proceso (f. j. 19).

Agregado a ello, mencionamos la Sentencia 3/2023, recaída en el proceso de *habeas corpus* (Expediente 03703-2019-PHC/TC) promovido por el señor Medina Siccos. En esta causa, el Tribunal verificó que la totalidad de las diligencias del proceso penal seguido en su contra se realizaron en castellano jurídico y advirtió que no se contó con la participación oficial e íntegra de un intérprete. En consecuencia, declaró fundada la demanda de *habeas corpus*.

Un aspecto esencial sobre el que repara el Tribunal, en la Sentencia 3/2023, es la afirmación del presidente de la Sala del Poder Judicial, quien señaló que "los miembros del colegiado pueden hacer las veces de intérpretes por dominar el quechua". Sobre el particular, el Tribunal reconoce que las autoridades o funcionarios, por su arraigo en determinadas localidades, pueden desenvolverse en castellano y en el idioma mayoritario de la región donde ejercen sus funciones; no obstante, subraya que, tratándose de un proceso en el que se discute la responsabilidad penal de una persona y que podría culminar con una pena tan severa como la privación de la libertad, resulta razonable y exigible que el procesado cuente con un intérprete (Expediente 03703-2019-PHC/TC, f. j. 29).

Observamos que el Tribunal se pronunció sobre el derecho al uso del propio idioma no solo en procesos de amparo o *habeas corpus*, sino también en procesos de cumplimiento. A modo de ilustración, se cita el Expediente N.º 06349-2015-PC/TC. En este caso, don Santiago Manuin Valera y don Wrays Pérez Ramírez interpusieron demanda de cumplimiento contra el presidente de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, a fin de que se diera cumplimiento efectivo a lo dispuesto por el artículo 114, incisos 2 y 3, del Nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.º 957), que establece la obligación del Poder Judicial de proporcionar intérpretes en todos los procesos penales realizados en dicha Corte Superior cuando los procesados pertenezcan a los pueblos indígenas awajun-wampis y no entiendan el idioma español o tengan dificultad para comprenderlo. Alegaron que esta obligación es una manifestación de lo establecido en el artículo 2.19 de la Constitución. El Tribunal declaró fundada la demanda de cumplimiento.

A nuestro parecer, dicho incumplimiento afectaba la norma procesal objeto del proceso y suponía una afectación grave al contenido constitucionalmente protegido del derecho que tienen los recurrentes a expresarse en su propio idioma ante las autoridades judiciales.

El Tribunal, en un criterio que compartimos, consideró que, si la autoridad jurisdiccional carece absolutamente de un servicio permanente y potencial de intérpretes que permitan a los procesados expresarse en un idioma que conozcan, o si dicho servicio es meramente contingente y está sujeto a interrupciones, no se cumple de manera efectiva con el mandato de los incisos 2 y 3 del artículo 114 del Código Procesal Penal ni con lo dispuesto en el artículo 2.19 de la Constitución (Expediente 06349-2015-PC/TC, f. j. 8).

Esta sentencia es emblemática porque concretiza el objeto del proceso de cumplimiento, referido a que se cumpla una disposición, y evidencia la dimensión subjetiva de este proceso constitucional, la cual se traduce en la protección de los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas, en específico el derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Todo ello incide no solo en el ejercicio efectivo del citado derecho, sino de otros, como el derecho de defensa y el derecho de acceso a la justicia.

De otra parte, evidenciamos que, pese a la existencia del mandato constitucional contenido en el artículo 48 de la Constitución desde el año 1993, este no se concretaba en la realidad. Recién el 5 de julio de 2011 se publicó la Ley 29735, Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú. Posteriormente, se aprueba su reglamento mediante el Decreto Supremo 004-2016-MC, publicado el 22 de julio de 2016. Sin embargo, este marco normativo no implicó cambios significativos en la materialización del derecho a que el Estado haga oficiales las lenguas originarias en aquellas zonas donde resultan predominantes.

Bajo este contexto, en el año 2018, el Tribunal sentó un hito importante al declarar un estado de cosas inconstitucional en relación con la ausencia de una efectiva vigencia del derecho a que el Estado se comunique oficialmente también en lenguas originarias, en las zonas del país donde estas son predominantes, tal como lo exige el artículo 48 de la Constitución (Expediente 0889-2017-PA/TC, ff. jj. 8 y 9).

Agregado a ello, se establecieron diversas acciones a cargo de las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos. Así, se ordenó que el Ministerio de Educación en un plazo no mayor a 6 meses contado a partir de la fecha de publicación de la STC N.º 0889-2017-PA/TC —Caso María Antonia Díaz Cáceres de Tinoco—, elabore y publique el Mapa Etnolingüístico del Perú, tal como lo ordena el artículo 5.1 de la Ley N.º 29735, a efectos de que se determine

qué lenguas originarias y en qué zonas del país resultan predominantes y, por ende, también oficiales.

Por acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 21 de mayo de 2020, se dispuso someter el citado caso al procedimiento de supervisión de cumplimiento de sentencias del Tribunal. Finalmente, el Tribunal expidió el auto de fecha 17 de diciembre de 2020, en el que declaró que el Ministerio de Educación cumplió con el mandato de elaborar y publicar el Mapa Etnolingüístico del Perú, toda vez que, mediante el Decreto Supremo 011-2018-MINEDU, se aprobó dicho mapa, el cual se erige como la principal herramienta de planificación para identificar y determinar la predominancia de una lengua originaria, así como para la adecuada toma de decisiones en materia de uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de estas lenguas.

4. INCIDENCIA DEL DERECHO AL USO DEL PROPIO IDIOMA EN EL ACCESO A LA JUSTICIA

El derecho al uso del propio se relaciona con otros derechos fundamentales, tales como el acceso a la justicia, la identidad cultural, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

En este apartado, el análisis se centrará en el acceso a la justicia, dado que, en el sistema jurídico peruano, este derecho reviste especial importancia, en tanto garantiza que las personas puedan acceder —de manera efectiva y real— a los órganos jurisdiccionales para obtener un pronunciamiento basado en Derecho, dentro de un proceso que respete plenamente las garantías procesales correspondientes.

Para Cappelletti y Garth (1996, p. 13), el acceso efectivo a la justicia se puede considerar como el requisito más básico —el derecho humano más fundamental— en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar, y no solamente proclamar, los derechos de todos.

El acceso a la justicia en el Perú enfrenta distintas barreras: (i) las institucionales, que afectan a todas las personas; (ii) las sociales, que perjudican a determinados grupos sociales, especialmente a los más vulnerables; y (iii) las económicas, que afectan las transacciones y el desarrollo (Bhansali, 2006, p. 793).

Nos enfocaremos en las barreras sociales, siendo una de ellas la barrera lingüística. El Perú es un país multilingüe; sin embargo, la posibilidad de que los indígenas que hablan idiomas distintos al castellano puedan expresarse en su lengua

originaria durante un proceso judicial enfrenta múltiples obstáculos. Por ejemplo, no se cuenta con suficientes intérpretes. Esta situación dificulta el acceso a la justicia y genera escenarios de exclusión, marginación y desigualdad.

La barrera lingüística, unida a las complejidades del sistema judicial, desalientan a los miembros de los pueblos indígenas a acudir al aparato jurisdiccional. Gran parte de quienes se presentan ante los tribunales de justicia no comprenden el idioma español ni el lenguaje técnico-legal, lo que dificulta que puedan exponer de manera adecuada sus problemas ante la autoridad jurisdiccional.

El derecho al uso del propio idioma, consagrado en el artículo 2.19 de la Constitución, tiene como finalidad preservar la identidad cultural de los pueblos indígenas y asegurar el respeto de sus derechos culturales, así como las garantías mínimas que deben observarse en un proceso, a fin de que puedan ejercer de manera efectiva sus derechos fundamentales, entre ellos, el derecho de acceso a la justicia.

En el Perú, en muchas ocasiones, hablar una lengua originaria es motivo de discriminación. Diversos estereotipos y prejuicios son la base de una minusvaloración de la persona que busca comunicarse en su lengua originaria. Esta discriminación estructural impide superar las brechas sociales relacionadas con el acceso a la justicia.

Al respecto, el Tribunal, en la STC N.º 0889-2017-PA/TC, manifiesta que todo acto u omisión que implique una discriminación por el uso de un idioma propio distinto al castellano, en el ámbito público y en las zonas donde este predomina, no resulta compatible con la Constitución, pues constituye un impedimento para que las personas accedan a los servicios del Estado (f. j. 19).

Sobre la materia abordada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) se ha pronunciado en numerosa jurisprudencia. Verbigracia, en el Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, consideró que, para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas y que la investigación de los hechos se realice con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado de Guatemala debe asegurar que las personas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin (Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, 2008, párr. 100).

En la misma perspectiva, en los Casos Fernández Ortega y otros vs. México y Rosendo Cantú y otra vs. México, la Corte IDH concluyó que: "la imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales implicó (...) un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad (...) basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su

derecho de acceder a la justicia" (Caso Fernández Ortega y otros vs. México, 2010, párr. 201; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, 2010, párr. 185).

En su Opinión Consultiva OC-16/99, la Corte IDH sostuvo que, ante situaciones de desigualdad real, resulta necesario adoptar medidas destinadas a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses, siendo una de ellas la provisión de un traductor. Resaltó que, en ausencia de tales medios, difícilmente podría afirmarse que las personas en condición de desventaja disfrutan de un acceso verdadero a la justicia y de un debido proceso en igualdad de condiciones frente a quienes no enfrentan dichas desventajas (1999, párr. 119).

Finalmente, ponemos de relieve que es imprescindible el compromiso y la participación de múltiples actores para enfrentar los desafíos que nos plantea esta problemática compleja y erradicar de forma definitiva la barrera lingüística.

BIBLIOGRAFÍA

Bhansali, L. (2006). Justicia. En M. Giugale et al. (Coords.), *Perú. La oportunidad de un país diferente: próspero, equitativo y gobernable.* Banco Mundial.

Cappelletti, M., y Garth, B. (1996). *El acceso a la justicia: La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos.* Fondo de Cultura Económica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999). *Opinión Consultiva OC-16/99 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*. https://www.Corte IDH.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. *Fondo, reparaciones y costas.* Serie C, núm. 190. https://www.Corte IDH.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. *Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.* Serie C, núm. 215. https://www.Corte IDH.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. *Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.* Serie C, núm. 216. https://www.Corte IDH.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf

Häberle, P. (2000). *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura* (E. Mikunda, Trad.). Tecnos.

Tribunal Constitucional del Perú. (2015). *Expediente 07731-2013-PHC/TC*. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/07731-2013-HC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2018). *Expediente 0889-2017-PA/TC.* https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00889-2017-AA.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2020) Expediente 06349-2015-PC/TC. *Sentencia 390/2020*. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/06349-2015-AC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2020). *Expediente 00367-2016-PHC/TC. Sentencia 467/2020. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00367-2016-HC.pdf*

Tribunal Constitucional del Perú. (2022). *Expediente 03703-2019-PHC/TC. Sentencia 3/2023.* https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/03703-2019-HC.pdf

Vernet I Llobet, J. (2004). Derecho Constitucional y Cultura. En F. Balaguer Callejón (Coord.). *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*. Tecnos.

PRIVACIDAD Y TRANSPARENCIA COMO LÍMITES CONSTITUCIONALES AL USO JURÍDICO DE LA IA

Napoleón CABREJO ORMACHEA*

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Privacidad de los datos personales. **3.** Transparencia de los sistemas de IA. **4.** Importancia de la igualdad ante la ley en la garantía del uso jurídico. **5.** Importancia del establecimiento de los límites constitucionales al uso de la IA. **6.** Implicancias de la naturaleza generativa de la IA en la privacidad y transparencia. **7.** Implicancias jurídicas y éticas del uso generativo de la IA en el Derecho. **8.** Casuística del uso de la IA en el sistema europeo y su implicancia en el sector público. **9.** Casuística del uso de la IA en el sistema judicial peruano. **10.** Conclusión.

PRELIMINAR

El presente artículo aborda la novedosa incorporación de los sistemas de IA en el ámbito jurídico peruano, enfatizando en la relevancia de garantizar la privacidad y transparencia, y sobre todo la dignidad humana. En ese sentido, se parte de una explicación sobre el contenido constitucional y vinculación con la IA de la privacidad y transparencia; luego, se destaca la importancia de los límites constitucionales en el uso de la IA; posteriormente se analiza la casuística nacional e internacional; y, por último, se enfatiza en las implicancias jurídicas y éticas del uso generativo de la IA en el Derecho. Por ello, se concluye que la implementación de la IA debe incorporar límites constitucionales que impidan la deshumanización del Derecho, pues la IA no debe sustituir el juicio crítico de los operadores jurídicos, sino que debe ser útil a modo de herramienta bajo un control humano que sea respetuoso del carácter deliberativo requerido en el sistema de justicia.

* Doctor en derecho - Investigador RENACYT. https://orcid.org/0000-0001-5095-4556

1. INTRODUCCIÓN

En el Perú con la innovación de las tecnologías digitales y el aumento de la adopción de las herramientas que se basan en la inteligencia artificial, en adelante IA, en el sector público surgen desafíos al margen del mantenimiento de un Estado constitucional de derecho, pues pese a que la IA promete lograr la inclusión de la eficiencia en diferentes aspectos como la justicia, celeridad en el sistema y la eficacia de la administración pública, su uso sin límites claros puede colocar en riesgo los derechos fundamentales tal y como los conocemos.

En específico, la IA para el uso jurídico debe regularse por principios constitucionales que accionen como límites ante potenciales abusos. Entre estos destacan dos pilares fundamentales: la privacidad de datos personales y la transparencia en los sistemas de IA generativa.

En contextualización, el Perú se ha caracterizado por un gran índice de desigualdad social, brechas tecnológicas y un sistema judicial con preocupantes problemas de articulación e innovación institucional, el debate respecto a cómo se debe implementar la IA en el margen constitucional institucional no es solo una cuestión técnica, sino profundamente ética y política.

Al respecto, Azabache et al. (2023) señala que la adopción cada vez más extensa de la IA en diferentes campos incluyendo a las decisiones políticas supone el planteamiento de desafíos relevantes en cuanto a la ética y la forma de gobernanza, siendo que se requieren establecer políticas y valores esenciales que puedan guiar el uso de la IA en la toma de decisiones políticas, donde se contrapone la automatización algorítmica a los valores éticos y dirección de la ciudadanía sin perder el enfoque humano.

Ello implica la reflexión profunda respecto a los valores que guían el desarrollo e implementación de los sistemas de IA en el sistema político, donde la transparencia es un componente vital, en consecuencia, la necesidad de un diálogo continuo entre las instituciones públicas para la implementación de sistemas de IA generativa efectivos e integrales es esencial para establecer políticas sólidas que reflejen valores humanos y control sobre la democracia.

En ese sentido, el presente artículo pretende analizar cómo la privacidad y transparencia garantizan que la innovación tecnológica de la IA no se imponga sobre los derechos fundamentales y el rol de los operadores jurídicos.

2. PRIVACIDAD DE LOS DATOS PERSONALES

La privacidad se trata de un derecho contenido en el artículo 2 inciso 6 de la Constitución Política, que reconoce el derecho de todo individuo a que no se exponga o suministre su información perjudicando a su intimidad personal, familiar y social. Actualmente, la protección sobre este derecho puede extrapolarse a una protección en los servicios informáticos que emplean bases de datos y tratamiento de la información personal.

En un contexto jurídico de la IA, el tratamiento automatizado de los datos personales en historiales judiciales, datos biométricos o sistematización de antecedentes penales, principalmente, debe respetar el consentimiento informado, finalidad específica y seguridad sobre la información. Esto es especialmente importante si el Poder Judicial, la Policía Nacional, el Ministerio Público u otras instituciones administrativas públicas emplean algoritmos para investigar delitos, identificar personas o recopilar otro tipo de información tributaria, financiera, entre otros; que posteriormente implementarán en sus sistemas jurídicos.

Sin embargo, se corre el riesgo de que se pueda vulnerar el derecho a la privacidad de la persona a causa de un uso indebido de los datos sensibles, tales como, antecedentes judiciales, datos biométricos, ubicaciones, entre otros, asimismo, si no hay un control sobre el almacenamiento de datos y no se solicita al sujeto un consentimiento informado también se corre el riesgo de una afectación en el procesamiento de datos.

3. TRANSPARENCIA DE LOS SISTEMAS DE IA

La transparencia se justifica constitucionalmente en el artículo 2 inciso 5 de la Constitución Política, que garantiza a todo individuo a solicitar información pública y tener acceso a ella sin la necesidad de expresar la causa. Asimismo, a través de la Ley 29733 "Ley de Protección de Datos Personales" se obliga a informar sobre el uso y el fin del tratamiento de los datos. Si bien estas normas no fueron diseñadas para la IA directamente, sí son aplicables al margen de una protección de derecho.

Ahora bien, la transparencia en cuanto al uso de la IA es vital para la garantía de un control democrático, la rendición de cuentas y una protección idónea de los derechos fundamentales. Así pues, en el ámbito jurídico y administrativo donde se deben tomar decisiones relevantes para el sistema jurídico, si se emplea la IA

se debe procurar que se someta a un control público propio de las instituciones como el Poder Judicial, Policía Nacional, RENIEC, SUNAT, entre otras públicas.

No obstante, persisten desafíos en cuanto a la utilización de la IA de parte de las instituciones públicas, ya que no hay mecanismos formales que exijan una transparencia algorítmica. Esta ineficacia sobre el uso de la IA ha generado ausencia de estándares respecto a la claridad de la creación de IA propia para cada institución o una potencial articulación de sistemas de IA interinstitucional.

Al respecto, si bien es cada vez más usual y necesario emplear sistemas de IA, detrás de ello hay un aprendizaje automático complejo que es difícil de explicar, provocando que sea difícil su comprensión para el entendimiento de las propias autoridades que la apliquen. Los sistemas tecnológicos que empleen serán desarrollados por proveedores externos, por ello se requieren criterios de programación y validación ética y legal, sin embargo, la realidad es que aún no se tiene una cultura de uso responsable y comprensible de la IA y ello afecta en su uso transparente a fin de que la propia Administración que creó o compró una IA entienda su funcionamiento y la emplee de forma adecuada sin que supla su función como agente estatal.

4. IMPORTANCIA DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN LA GARANTÍA DEL USO JURÍDICO

La igualdad se conoce como uno de los pilares del orden jurídico peruano, siendo que, la Constitución Política en su artículo 2 inciso 2 reconoce que todo individuo ostenta el derecho a la igualdad ante la ley, así como prohíbe cualquier forma de discriminación por razón de origen, raza, sexo, idioma, u otros.

Sin embargo, en la actualidad los riesgos en cuanto a la garantía del uso jurídico de la IA se concentran en los sistemas de inteligencia artificial, puesto que en la práctica son susceptibles de reproducir y amplificar las desigualdades estructurales sobre todo si funciona con data histórica plagada de sesgos sociales o sin una supervisión ética, esto quiere decir que es susceptible a cometer errores.

Así pues, los conocidos sesgos algorítmicos pueden discriminar si les dan data con sesgo humano. En la práctica jurídica esta explicación puede observarse en los registros judiciales o policiales que reflejen un incremento de la criminalización de personas racializadas, lo cual puede perpetuar la tendencia a asignar un riesgo alto a personas con el perfil.

Por ello se necesita la revisión humana o uso de mecanismos para impugnar decisiones automatizadas e impedir que se excluya a grupos vulnerables, especialmente relevante en contexto de justicia penal.

5. IMPORTANCIA DEL ESTABLECIMIENTO DE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES AL USO DE LA IA

El aumento de la adopción de los sistemas de IA en la Administración pública, la seguridad y la transparencia han generado una profunda discusión a nivel global respecto a la preocupación por establecer límites jurídicos y éticos que regulen su uso. Al margen de ello, los límites constitucionales surgen como barreras esenciales para evitar que la IA vulnere los derechos fundamentales, tales como, la privacidad, igualdad ante la ley, debido proceso, entre otros.

Al respecto, Sánchez (2022) reflexiona que para los gobiernos su implementación es un reto, ya que deben generar de forma rápida condiciones que logren la estimulación de su uso sin dañar los límites éticos, de lo contrario se quedan atrás en la adopción de tecnologías y ello es un riesgo ante la evolución acelerada de las necesidades sociales, donde la privacidad supone actualmente que la IA requiera datos personales para su desarrollo, por ende, deben imponerse límites respecto a la información divulgada; mientras que, para la transparencia y explicabilidad la IA viene con un modelo de toma de decisiones que afecta la vida de la personas, por ello se requiere evidencia para una decisión transparente que permita la identificación de errores, ello concierne a que la IA permita trazar actividades.

Para el Perú el desafío más relevante en la actualidad ha sido la fuerte debilidad institucional alineada a la perpetuación de las brechas digitales, teniendo de hilo conector al uso inadecuado o desinformado de tecnologías emergentes como la IA en el sector público. Así pues, pese a que la Constitución reconozca la existencia de principios robustos como la igualdad, intimidad, acceso a la información y el reconocimiento de la protección de datos como derechos, aún faltan herramientas concisas que aseguren que los derechos fundamentales sean respetados en entornos automatizados.

En consecuencia, operan sistemas de IA para el uso de la justicia, control de la seguridad y tratamiento de datos personales sin una integración del flujo de data recopilada, ello contrarresta la oportunidad de que las instituciones públicas puedan perfeccionar el uso de la IA de forma interdependiente y superar la barrera de desconocimiento, desinformación y desregulación de la IA en el país. Asimismo,

se reduce la oportunidad a abusos sistémicos, errores en la estructura del sistema jurídico y una exclusión del trabajo articulado.

Por esto, establecer límites constitucionales que sean explícitos al uso de la IA por parte de las instituciones públicas es primordial para la protección de la dignidad del operador jurídico y evitar que se convierta en un instrumento más de la tecnología. Estos límites no deben ser comprendidos como una barrera al desarrollo de la tecnología, sino como una garantía mínima para la innovación con el fin de que se compatibilice con los valores y la ética. Así pues, es indispensable que se avancen con sistemas integrales del uso de la IA en la función pública, que incluyen al uso transparente, la supervisión independiente y la participación interinstitucional en la gobernanza de las tecnologías. De igual modo es esencial que se reconozca que la IA no opera en la nada, sino que se encarga de la reproducción de las estructuras de poder y la contextualización en las sociedades que se implementa, entonces, los límites constitucionales no se encargan únicamente de la prevención de instrumentalización de los operadores jurídicos, sino que también se promueva el uso inclusivo, ético y justo de la IA.

6. IMPLICANCIAS DE LA NATURALEZA GENERATIVA DE LA IA EN LA PRIVACIDAD Y TRANSPARENCIA

El aumento de la presencia de los sistemas de IA, a nivel comercial y de acceso abierto, ha supuesto una serie de retos y exigencias que giran en torno a la privacidad y transparencia, por ejemplo, herramientas como Chat GPT, Gemini o Copilot son empleados por los usuarios a nivel mundial y de forma masificada en la actualidad, por ende, manejan y reciben una gran cantidad de información personal e íntima de los usuarios, a razón de ello es que se encuentran en la obligación de resguardar los datos de las personas y solicitar su consentimiento para el guardado de dicha información por una cantidad determinada de tiempo o incluso emplearla para futuras respuestas automatizadas.

Ahora bien, la IA generativa no solo ha permitido la creación de estas herramientas de uso común, sino que también ha permitido la creación de sistemas jurídicos propios de IA de parte de instituciones públicas usando una base de datos y documentos digitalizados a fin de emplearlos como insumo para el funcionamiento de esta IA propia del sistema judicial o administrativo.

A partir de autores como Millán y Albarrán (2025), la IA generativa comprende una práctica deliberada a modo de enfoque centrado en la optimización del

perfeccionamiento de las habilidades por medio de actividades estructuradas para la perfección de competencias específicas. Al respecto, en la evolución histórica la práctica deliberada ha significado una necesidad de características, como tener un objeto específico, motivación, retroalimentación y una repetición, que se adapten a las distintas disciplinas existentes,

Por ende, se puede reflexionar que la IA no se trata de una simple herramienta de consulta como pudiese parecer del uso de los primeros ejemplos dados como Chat GPT, sino que se ha convertido en un sistema generativo de conocimiento con la capacidad suficiente de crear más allá de textos, soluciones, interpretaciones o propuestas a raíz de la información digital que exista a nivel nacional. Dicho poder generativo obliga a que los Estados deban redefinir los límites éticos y legales para una implementación idónea y comprometida con la transparencia de la IA creada. De esta manera, la información empleada para incluir los datos personales de los ciudadanos, decisiones judiciales sensibles y la documentación confidencial debe estar regulada por estrictos parámetros o estándares de protección de datos y trazabilidad de fuentes.

Este tipo de IA generativa crea conocimiento partiendo de la digitalización masiva de la información jurídica disponible, por ejemplo, en entidades como la SUNARP, se ha automatizado con el uso de la IA para el análisis de los proyectos de inscripción, revisión de partidas registrales y la reducción del tiempo de revisión documental acelerada. Al respecto, este tipo de innovaciones son la demostración del potencial transformador que tiene la IA, sin embargo, también despierta una alerta respecto a los riesgos de los sesgos y la automatización descontrolada, porque la problemática en este ejemplo radica en que, si los sistemas se nutren de los datos históricos, pero no tiene una revisión o mecanismos de supervisión humana puede reproducir errores o decisiones injustas, incumpliendo el principio de igualdad ante la ley.

A modo de reflexión, si bien la IA tiene utilidad como una herramienta no se debe permitir que sustituya la deliberación jurídica ni el juicio de las autoridades administrativas que se encargan de la evaluación de los contextos en la resolución de conflictos o consultas de la ciudadanía que acuden a ellos, ya que finalmente son los humanos quienes tienen el mejor criterio para evaluar las particularidades y excepciones de cada caso.

7. IMPLICANCIAS JURÍDICAS Y ÉTICAS DEL USO GENERATIVO DE LA IA EN EL DERECHO

La IA puede crear un proyecto de sentencia a partir de un análisis estadístico de sentencias semejantes, creando una respuesta promedio, puesto que está automatizada para responder a cuestionamientos básicos y con la suficiente información suministrada puede arrojar una respuesta medianamente correcta, que incluso pueda concordar con el criterio judicial, no obstante, en casos atípicos o complejos este tipo de decisión automatizada puede resultar injusta o desproporcionada. De esto que se requiere que sea un juez quien deba hacer una revisión crítica del producto generado por la IA, a fin de asegurarse de que no existan errores, omisiones o interpretaciones con sesgos.

La autonomía del Poder Judicial y la dignidad de las partes que se encuentran involucradas en el caso necesitan que la decisión final dada por el juez sea humana, fundamentada y deliberada acorde a los principios del derecho y el criterio discrecional del juez, no necesita principalmente una eficiencia técnica.

En ese sentido, la forma adecuada de implementar la IA en el sistema judicial es creando mecanismos de supervisión humana, sobre todo en decisiones de casos complejos que requieren una interpretación y análisis humano; mientras que, en los casos "fáciles" no se tratará tampoco de que se ofrezca una respuesta completamente automatizada, pero sí puede ser útil la proyección de la sentencia a partir del uso de la IA, de modo que se emplee como una base de trabajo para el juez que leerá y reinterpretará el contenido automatizado para adecuarlo al caso. Por ejemplo, aspectos formales como el apoyo de identificación de antecedentes del caso, precedentes vinculantes y normativa actualizada del tema puede ser útil para que el juez pueda dedicarse a la interpretación de los hechos y elaborar los fundamentos de derecho.

El impacto jurídico de las IA generativas es la modificación de la forma de interpretación, aplicación y hasta se podría decir que la creación del derecho más allá de lo que conocemos hasta ahora. Por ejemplo, si un Estudio Jurídico puede adquirir o crear su propio sistema de IA con data interna, y una institución pública como SUNARP o el Poder Judicial implementa la IA para la resolución de procedimientos, en consecuencia, nos hallamos ante un nuevo agente en el sistema jurídico, el algoritmo.

Este agente no es neutral ni automático, puesto que es un reflejo de las decisiones de quienes lo han diseñado, entrenan y perfeccionan. Por ende, las

implicancias jurídicas sostienen la necesidad de la creación de reglas respecto a la responsabilidad legal, los errores algorítmicos, el derecho a impugnar las decisiones automáticos y los mecanismos para cerciorarse de que exista una clara explicación de los resultados generados por la IA.

Ahora bien, se puede pensar que la masificación de la IA puede generar riesgos más graves, que los profesionales del derecho se conviertan en simples operadores de la tecnología, pero esta posible instrumentalización de la persona no se condice con los principios esenciales del derecho, tales como, la dignidad. Por tanto, el derecho no puede ser reducido a un algoritmo, pues el juicio jurídico incluye elementos axiológicos y contextuales que no tienen que ser plenamente suprimidos por la IA. La supervisión humana no se trata únicamente de una garantía de control, sino que en profundidad es una exigencia para la justicia sobre los sujetos de derecho.

8. CASUÍSTICA DEL USO DE LA IA EN EL SISTEMA EUROPEO Y SU IMPLICANCIA EN EL SECTOR PÚBLICO

La Unión Europea, integrada por países como Alemania y Canadá, han empezado en la construcción de marcos normativos y regulatorios que integran a la IA en el Estado constitucional de derecho en los principios esenciales, con lo cual es posible exigir transparencia, responsabilidad y respeto por los derechos a modo de condiciones mínimas para su legitimidad. Esta tendencia no es más que un reflejo de la gran preocupación de los países por el riesgo de que se automatice el tratamiento de información, se invisibilice la toma de decisiones o se debilite el control de las democracias, sobre todo cuando actualmente existen algoritmos engañosos que pueden interferir en la transparencia de la información y las garantías jurídicas.

Según la fuente de la Comisión Europea (2024) este Reglamento de la Unión Europea 2024/1689, conocido como Al Act fue la primera normativa a nivel global que trató sobre la inteligencia artificial. Su adopción se realizó en mayo de 2024 y entró en vigor hasta agosto del mismo año, estableciendo un margen jurídico en base al nivel de riesgo que cada sistema de IA puede representar. Asimismo, clasificó en categorías de "uso inaceptable", "alto riesgo", "riesgo limitado" y "mínimo" con obligaciones en base a estos niveles de riesgo.

Al margen de ello, en el análisis realizado en el II Congreso IA Empresa y Derecho juristas destacados lograron examinar este Reglamento, donde finalmente coincidieron en enfatizar que consiste en una normativa compleja, pero pionera en pro de la promoción de un equilibrio entre innovación tecnológica y protección

de derechos fundamentales como la privacidad, transparencia y ciberseguridad (Comisión Europea, 2024).

Al respecto, se destacó que la transparencia debía funcionar como un principio rector, ya que persiste una necesidad sobre el registro público de los sistemas de IA para auditar las decisiones que arrojen los algoritmos.

Ahora bien, este Reglamento si bien ha sido creado y aplicado a nivel de la Unión Europea, ello no significa que sea un gran ejemplo de buenas prácticas a nivel nacional e internacional para replicarse de forma contextualizada en el Perú.

Las implicancias para el sector público al margen de la aplicación del Reglamento Europeo supusieron un cambio sobre la forma de gobernanza y la transparencia tecnológica.

Así pues, si fuese un modelo replicado o empleado para la inspiración de un modelo peruano implementado se debería tener en cuenta que las entidades públicas deben cumplir con lo siguiente:

- Cumplir con los requisitos técnicos, de gobernanza de datos y la documentación. Es decir, que los sistemas de IA cumplan con exigencias técnicas estrictas antes y durante su implementación, a fin de garantizar una calidad de los datos, los algoritmos se deben automatizar con datos precisos, actualizados y sobre todo no sesgados, por ello será necesaria la documentación técnica donde desarrolladores deben explicar a profundidad el funcionamiento de dicha IA para que sirva de insumo informativo para las autoridades, y finalmente que exista una gestión de riesgos por medio de una evaluación del impacto a los derechos fundamentales respecto a su uso y planes de mitigación ante los posibles daños.
- Implementar la supervisión humana, ya que no es suficiente si el algoritmo del IA funciona de forma correcta desde un punto de vista técnico, pues el funcionario público debe comprender cómo funciona, que intervenga si algo sale mal y asuma la responsabilidad de los daños automatizados, por ello se debe acompañar con mecanismos internos de revisión periódica sobre la conducta del sistema a fin de buscar los fallos, sesgos o efectos no previstos.
- Equilibrar la eficiencia del IA y cumplir con el compromiso ético y transparente sobre la tecnología. Esto quiere decir que su implementación favorezca la optimización de los procesos judiciales o administrativos, acelere la respuesta a los casos y perfeccione su funcionamiento. Al margen de esto, es necesario que se considere que no se puede priorizar la automatización del IA a costa de la

afectación de los derechos fundamentales, por ello su uso tiene que alinearse a los valores democráticos.

Los elementos de cumplimiento esenciales especificados deben iniciar por el sector público en cuanto a la regulación necesaria para el cumplimiento del compromiso ético. Ello solo se lograría si es que primero se comprende sobre qué tratan las IAs de gestión de información y tratamiento de los datos, luego una vez informados la Administración podrá implementar medios adecuados de supervisión humana a la IA propia de una institución, partiendo de la idea de que ya comprende su funcionamiento y reconoce cómo se implementa de forma adecuada, de lo contrario deberá evitar su continuación en el uso, por último, reconocer que existe y se debe cumplir con el compromiso ético por parte de la propia Administración para que se cumpla con todo lo descrito y se evite la vulneración de derechos de los ciudadanos.

9. CASUÍSTICA DEL USO DE LA IA EN EL SISTEMA JUDICIAL PERUANO

En base a Buendía (2024), el uso de la IA en diferentes fases del proceso judicial en el Perú, como en la Corte de Justicia de Lima, donde se han elaborado inteligencias artificiales específicas para la admisión de demandas, motivación jurídica o la revisión de las casaciones, se trata de una demostración de que la tecnología no es más una innovación para el futuro, sino que es parte de nuestro presente.

Sin embargo, la fragmentación funcional también es una demostración de la debilidad sistémica, puesto que cada IA se encarga de responder a una tarea limitada, sin una articulación con las demás para lograr que se genere un flujo judicial íntegro y sostenible. A diferencia de ello, según la fuente del Portal UCM (2024) en Chile – Arica se propuso un modelo de IA judicial que permitió la integridad de todo este proceso desde la admisión de las demandas, la transcripción de las audiencias, hasta una proyección de las sentencias.

En la misma línea, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, en adelante SUNARP, ha llevado a cabo un proyecto de uso de IA para generar asientos registrales, siendo un apoyo en primera y segunda instancia para armar las resoluciones del Tribunal Registral, destacando que no se trata de que la IA haga las resoluciones, sino que apoya en la extracción de la información de un mismo sitio a una velocidad más rápida y en un solo momento, donde la revisión sí está cargo del personal humano (Buendía, 2025).

Al respecto, claramente se necesita una visión holística sobre la función del sistema judicial, pero también administrativo en otras instituciones públicas. A la par, esta necesidad creada en el sistema jurídico, a partir del uso masivo de la IA, nos replantea cuestionamientos vitales para la adecuada inclusión de las tecnologías, por ejemplo, ¿es adecuado que la IA pueda proyectar sentencias completas o permitir que analice los casos? o ¿la supervisión de la IA debe ser un deber constitucional?

Estos cuestionamientos forman parte de la apertura de límites jurídicos y axiológicos que tienen que guiar al uso idónea de la IA.

10. CONCLUSIÓN

A modo de reflexión y cierre, la incorporación del IA en el sistema jurídico no debe avanzar sin una garantía de la imposición de límites constitucionales, éticos y sociales. La dignidad de la persona tiene que seguir siendo el núcleo del sistema legal, incluyendo a los contextos de tecnología innovadora. Ello implica que el uso de la IA se diseñe con criterios de transparencia, justicia y claridad en la explicación de sus respuestas.

Así pues, si la tecnología se impone sin marcos éticos incrementa el riesgo de que se mal interpreten y primen sesgos de información en el uso de la IA, pero más aún se corre el riesgo de que los fundamentos que sostienen al Estado de derecho se reinterpreten de forma sesgada o incompleta modificando las bases del Estado constitucional peruano.

En síntesis, la IA puede ser una gran aliada en el sistema jurídico, siempre que las autoridades no renuncien a su rol protagónico como sujetos responsables al margen de sus obligaciones constitucionales y morales.

BIBLIOGRAFÍA

Azabache, J., Ángeles, N., y Mendoza, A. (2023). Impacto de la integración del gobierno de TI en la adopción de la inteligencia artificial. *Investigación & Desarrollo*, *23*(2), 153-162. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2518-44312023000200153

Buendía, P. (2024). *Corte Superior de Lima: El gran reto es avanzar en el uso de la IA*. El Peruano. https://elperuano.pe/noticia/260236-corte-superior-de-lima-el-gran-reto-es-avanzar-en-el-uso-de-la-ia

Buendía, P. (2025). *IA: Sunarp busca potenciar su labor y atención a ciudadanos*. El Peruano. https://www.elperuano.pe/noticia/267247-ia-sunarp-busca-potenciar-su-labor-y-atencion-a-ciudadanos

Comisión Europea. (2024). El Reglamento de Inteligencia Artificial entra en vigor. https://commission.europa.eu/news-and-media/news/ai-act-enters-force-2024-08-01_es

Congreso de la República del Perú. (2011). Ley 29733 Ley de Protección de Datos Personales. https://www.minsa.gob.pe/Recursos/OGTI/SINADEF/Ley-29733.pdf

Millán, M., y Albarrán, D. (2025). Inteligencia artificial generativa: opción para la práctica deliberada. *FEM: Revista de la Fundación Educación Médica*, *27*(5), 201-202. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2014-98322024000500006

Ministerio de Justicia. (1993). Constitución Política del Perú. https://spijweb.minjus.gob.pe/sdm_downloads/constitucion-politica-del-peru/

Portal UCM. (2024). *Avances en la justicia penal chilena: La Inteligencia Artificial como herramienta de apoyo.* https://portal.ucm.cl/noticias/avances-la-justicia-penal-chilena-la-inteligencia-artificial-herramienta-apoyo

Sánchez, M. (2022). La inteligencia artificial en el sector público y su límite respecto de los derechos fundamentales. *Estudios constitucionales*, *20*(2), 257-284. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002022000200257

TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS, DERECHOS ELECTORALES Y DEMOCRACIA

Tula BENITES VÁSQUEZ*

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Predominio de las tecnologías disruptivas para la consolidación de la democracia en el marco del Estado Constitucional. **3.** Modernización y eficiencia de la administración electoral. **4.** Gestión de padrones electorales, optimización logística, transparencia y rapidez en los resultados y la inteligencia artificial. **5.** Ampliación de la participación ciudadana. **6.** La superación de barreras geográfica y la necesidad del voto electrónico. **7.** Educación cívica y voto electrónico informado. **8.** Amenazas a los derechos electorales y la integridad democrática. **9.** Hacia una gobernanza democrática de la tecnología: Respuestas normativas y constitucionales. **10.** Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La democracia contemporánea se encuentra inmersa en una profunda y significativa metamorfosis, impulsada de manera decisiva por la irrupción de tecnologías que están redefiniendo radicalmente la forma en que la ciudadanía se informa, delibera y se involucra en los asuntos públicos[1]. Esta notable aceleración en el desarrollo tecnológico, marcada por el auge de las redes sociales, la explotación de la minería de datos y la creciente automatización de procesos creativos, está conduciendo a una progresiva y casi ineludible virtualización de la realidad social y política, donde las percepciones se construyen y las opiniones se moldean cada

* Doctora en Derecho Constitucional; Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación, Tutela de los Derechos Fundamentales (Universidad Castilla-La Mancha, España); Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional (Universidad de Pisa); Especialización en la Protección Supranacional (Universidad Complutense de Madrid): Docente asociada; Profesora PG UPAO y UNMSM

1 Rubio Núñez. R. (2025). "El uso de la inteligencia artificial en las campañas electorales y sus efectos democráticos". *Revista de Derecho Político de la Universidad Nacional de Educación.* Nùm. 122. P. 67 y ss. https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/issue/view/1970

vez más en el entorno digital[2]. Es innegable que estas transformaciones impactan de manera profunda no solo en la esfera gubernamental y política, a través de lo que se ha denominado la "digitalización de las conversaciones públicas", sino que también modifican sustancialmente a la sociedad en su conjunto, alterando sus estructuras y dinámicas[3]. Como bien lo ha señalado el sociólogo Manuel Castells, esta revolución tecnológica ha reconfigurado la esencia de la experiencia humana: nuestra forma de pensar, nuestros métodos de producción, nuestros patrones de consumo y nuestros modos de relacionarnos socialmente[4].

En este nuevo paradigma, tecnologías específicas como la inteligencia artificial, las plataformas sociales gobernadas por complejos algoritmos y el análisis masivo de datos se han consolidado como potentes agentes disruptivos que alteran las dinámicas tradicionales de autoridad y desafían los fundamentos mismos del sistema democrático [5]. El enorme poder transformador de estas nuevas herramientas trae consigo desafíos de gran envergadura que van desde la necesidad de garantizar la confianza y la seguridad digital hasta una justificada preocupación por el posible incremento de la inequidad social y política [6]. La aparición de la inteligencia artificial a finales del año 2022 marcó el inicio de una nueva era de cambios relevantes, generando una metamorfosis en la operatividad de la sociedad y del gobierno que es comparable en magnitud a la que en su momento generó la llegada de Internet[7]. Los efectos de esta disrupción en el ámbito electoral presentan un carácter marcadamente dual. Por un lado, la digitalización de la sociedad ofrece oportunidades sin precedentes para la modernización de la administración electoral, la expansión de la participación ciudadana y el desarrollo de una democracia más eficiente y transparente[8]. Por otro lado, esta misma digitalización abre la puerta a novedosas

2 Ibidem. P. 68.

3 Stella Rodríguez. G. (2021). "Tecnologías disruptivas: Contexto político-jurídico, desafíos y oportunidades en Latinoamérica. *Revista Lex. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Alas Peruanas. Vol. 19, N.º. 28, 2021. P. 47 y ss.* https://vlex.com.pe/vid/tecnologias-disruptivas-contexto-politico-897826504

4 Rubio. Núñez. R. (2025). *El uso de la inteligencia...*, *op. cit*., p. 68.

5 Stella Rodríguez. G. (2021). *Tecnologías disruptivas...*, *op. cit.,* p. *56 y ss.*

6 Ibidem. P. 168

7 International Republican Institute. (2024). *La democracia en la era de la inteligencia artificial generativa: ¿Cómo afrontar los riesgos y aprovechar las oportunidades?* Department International Republican Institute 1225 Washington. https://www.iri.org/wp-content/uploads/2024/08/Generative-AI-White-Paper-Final-Spanish-Version.pdf

8 Medina Romero. M. Á., Y Ochoa Figueroa, R. (2025). "Innovación Tecnológica y Democracia:

y sofisticadas formas de manipulación, supervisión y marginación que ponen en grave riesgo la esencia de los derechos electorales y la legitimidad de los procesos democráticos [9].

2. PREDOMINIO DE LAS TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA EN EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

En el actual escenario político, definido por la rápida evolución tecnológica, emerge la necesidad imperativa de establecer un marco regulatorio con normas éticas claras para las tecnologías disruptivas. Este enfoque es crucial para canalizar el considerable potencial que tienen estas herramientas para resolver problemas tradicionales que han afectado históricamente a los sistemas de votación —como las complejidades logísticas, los errores humanos en el escrutinio y las barreras de acceso—, reforzando así la confiabilidad general del proceso electoral[10].

En este contexto, es fundamental comprender que la adopción de tecnologías como el voto electrónico no debe tener como único objetivo la optimización de recursos, como la reducción de gastos o la agilización de los plazos. La finalidad principal y más trascendente de su implementación es el fortalecimiento de la ciudadanía y la consolidación del propio sistema democrático. Esto implica utilizar la tecnología como un vehículo para robustecer la participación cívica y la confianza en las instituciones, todo ello dentro del marco del Estado Constitucional peruano, tal como se ha reflexionado en análisis sobre su viabilidad en el país[11].

Soluciones Descentralizadas y Seguras para Fortalecer la Integridad de las Elecciones". *Sapiens International Multidisciplinary Journal, 2*(1).Pp. 156-172. https://revistasapiensec.com/index.php/sapiens/article/view/88

9 International Republican Institute. (2024). Op. c, p. 4.ut

10 Reyes González. G. F. (2015). *El voto electrónico y por internet como refuerzo de la confiabilidad de los sistemas electorales* Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Madrid. P. 34.https://docta.ucm.es/entities/publication/2143b2a5-5fd3-498e-b4ff-504d7539d6af

11 Velarde Koechlin. C. M. (2016). "Implementación del voto electrónico en el Perú: Algunas reflexiones para su viabilidad". *Foro Jurídico.* Núm. *15*. Pp. 158-167. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/19843/19884/

3. MODERNIZACIÓN Y EFICIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTORAL

La administración de las elecciones representa uno de los campos con mayor potencial para la aplicación de la inteligencia artificial [12]. Las organizaciones electorales tienen la posibilidad de utilizar estas tecnologías para hacer más eficiente la gestión de los comicios, optimizar la planificación logística y robustecer el entorno informativo disponible para el público[13].

El sistema de administración electoral en Perú se estructura sobre un modelo autónomo y descentralizado, encabezado por tres organismos de rango constitucional: el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC). Cada una de estas entidades desempeña roles específicos en la organización, desarrollo y fiscalización de los procesos electorales, además de encargarse de la gestión del padrón y del fomento de la participación cívica. Aunque el autor considera que sería preferible unificar estas funciones en un solo organismo, se aclara que la profundidad de dicho tema excede los límites de este trabajo.

Dentro de este esquema, el JNE se encarga de fiscalizar la legalidad de los procesos, administrar justicia electoral y proclamar los resultados entregando las credenciales. Por su parte, la ONPE tiene la competencia de organizar toda la logística electoral, difundir la información y capacitar a los participantes. Finalmente, el RENIEC es responsable de mantener actualizado el padrón electoral y garantizar la identidad de los votantes. En resumen, el sistema peruano se basa en la colaboración y división de funciones entre estas tres instituciones para asegurar elecciones libres, transparentes y justas.

Es evidente que las nuevas tecnologías han facilitado la expansión del ejercicio del voto, han generado mejoras en la transparencia y han elevado la efectividad del sistema, lo que ha permitido obtener resultados de mayor calidad en un tiempo reducido [14].

12 Juneja. P. (2024). La inteligencia artificial para la gestión electoral. International IDEA. Lima. P. 32.

13 Ibidem. P. 33,

14 Rubio Núñez. R. (2025). "El uso de la inteligencia artificial ...*op. cit.,* p. 69

4. GESTIÓN DE PADRONES ELECTORALES, OPTIMIZACIÓN LOGÍSTICA, TRANSPARENCIA Y RAPIDEZ EN LOS RESULTADOS Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La inteligencia artificial se está constituyendo como una herramienta fundamental y estratégica para garantizar la integridad y precisión de los registros electorales, una tarea crucial para la legitimidad de cualquier proceso democrático. En el ámbito de la depuración y auditoría del padrón, su aplicación permite identificar y corregir inconsistencias con una eficiencia sin precedentes. Un ejemplo de ello se encuentra en Indonesia, donde se han implementado con éxito métodos de comparación de patrones para detectar y eliminar sistemáticamente registros duplicados, asegurando que cada ciudadano tenga una única inscripción [15]. De manera complementaria, en los Estados Unidos, el Centro de Información de Registro Electrónico (ERIC) emplea modelos de aprendizaje automático para contrastar de forma continua diversas bases de datos estatales. Esta labor no solo limpia el registro, sino que también ayuda activamente en el mantenimiento de un padrón electoral dinámico y actualizado, lo cual es vital para la correcta administración de las elecciones [16].

Más allá de la gestión del padrón, el impacto de la inteligencia artificial se extiende a la optimización logística y a la agilización de la entrega de resultados. Los modelos de simulación desarrollados con IA pueden ser de enorme utilidad en la fase de planificación previa a una elección, mejorando la calidad del proceso al definir las ubicaciones más eficientes para los centros de votación y optimizar la asignación de recursos. El objetivo final de esta planificación es garantizar que los procedimientos de votación sean más accesibles, fluidos y ágiles para todos los electores [17]. En cuanto a la transparencia y rapidez en la obtención de resultados, se emplean herramientas como el reconocimiento óptico de caracteres (OCR), que, al ser potenciadas por IA, tienen la capacidad de acelerar drásticamente el recuento y la consolidación de las papeletas electorales. Estos sistemas avanzados pueden identificar distintos formatos de boletas y ser aplicados en múltiples fases del escrutinio, reduciendo el error humano y los tiempos de espera [18].

15 Juneja. P**.** (2024). *La inteligencia artificial., op*. cit., p. 2.

16 Ibidem. P. 3

17 Ibidem. P. 3.

18 Ibidem. P. 13.

5. AMPLIACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

En el Perú, la participación ciudadana se define como la intervención activa de la población en los asuntos públicos y en los procesos de toma de decisiones que impactan a sus representantes. Se considera un derecho y, a la vez, un deber que faculta a los ciudadanos para influir en las políticas, programas y acciones gubernamentales, fomentando así la transparencia, la rendición de cuentas y la inclusión en la administración pública. Este involucramiento abarca todo el ciclo de las políticas públicas —desde su formulación y ejecución hasta su evaluación—, así como la gestión de los recursos y proyectos que les afectan de manera directa. Un pilar fundamental de este proceso es el acceso a la información, ya que es un requisito indispensable para que la deliberación ciudadana sea informada y efectiva. Generalmente, esta participación se articula a través de organizaciones de la sociedad civil, colectivos comunitarios y otros mecanismos de representación que permiten a los ciudadanos manifestar sus intereses y necesidades de forma conjunta.

En este contexto, las nuevas tecnologías disruptivas ofrecen la capacidad de lograr que el ejercicio del sufragio sea más inclusivo para todos los ciudadanos, sin ningún tipo de discriminación. De hecho, la implementación de un sistema de voto electrónico puede simplificar significativamente la participación de personas que presentan algún tipo de discapacidad. Si observamos el derecho constitucional comparado, encontramos ejemplos relevantes: el mecanismo electoral de Brasil fue desarrollado tomando en consideración a la población con bajos niveles de alfabetización, y su sistema se rige por la Constitución de 1988 y el Código Electoral de 1965. Por su parte, la ley electoral en Colombia establece la obligación de implementar sistemas especialmente diseñados para personas invidentes y con otras discapacidades [19].

6. LA SUPERACIÓN DE BARRERAS GEOGRÁFICA Y LA NECESIDAD DEL VOTO ELECTRÓNICO

Las barreras geográficas se entienden como obstáculos físicos que impiden o dificultan de manera significativa el movimiento de personas, así como el flujo de información y la dispersión de especies. Estos impedimentos pueden ser de origen natural, como es el caso de las montañas, los grandes ríos, los océanos o los desiertos,

19 Reyes González. G. F. (2015). *El voto electrónico ..., op. cit., p 14.*

pero también pueden ser el resultado de la acción humana, como las carreteras, los muros divisorios o la expansión de las grandes ciudades.

Frente a este desafío, el sistema de voto electrónico no presencial se presenta como una herramienta fundamental y de gran importancia para simplificar el ejercicio del sufragio, especialmente para aquellos ciudadanos que residen en el extranjero o que se encuentran en áreas del territorio nacional con difícil acceso. En el contexto de Perú, el organismo encargado de los procesos electorales ya dispone de un sistema de voto electrónico remoto que ha sido implementado exitosamente en diversos comicios internos de distintas organizaciones y entidades, como en el caso de las elecciones universitarias.[20].

7. EDUCACIÓN CÍVICA Y VOTO ELECTRÓNICO INFORMADO

Es posible emplear la inteligencia artificial para adaptar la información electoral y dirigirla de manera personalizada a grupos demográficos específicos. Una aplicación factible de esta tecnología es el desarrollo y la implementación de *chatbots*; estos sistemas, al ser entrenados con datos oficiales de los organismos electorales, pueden proporcionar respuestas a las consultas de los votantes, resultando especialmente útiles para aquellos ciudadanos con conocimientos técnicos limitados [21]

Un ejemplo relevante en este ámbito es el proyecto TITAN en la Unión Europea. Esta iniciativa, liderada por el grupo de Sistemas Inteligentes y Telemática, fue concebida para asistir a los usuarios en la verificación de la veracidad de la información que encuentran en las redes sociales, al tiempo que garantiza el procesamiento seguro de datos sensibles.

8. AMENAZAS A LOS DERECHOS ELECTORALES Y LA INTEGRIDAD DEMOCRÁTICA

En el Perú, los derechos electorales se definen como un conjunto de facultades y garantías que posibilitan la participación activa de los ciudadanos en la vida política nacional, lo que incluye la elección de sus representantes y el ejercicio de control sobre el poder. Estos derechos, consagrados en la Constitución Política de 1993 y en la legislación electoral, abarcan el derecho al sufragio, a ser elegido, a la

20 Velarde Koechlin. C. M. (2016). *Implementación del voto electrónico en el Perú...*, *op. cit.,* pp. 158-167.

21 International Republican Institute. (2024*). La democracia en la era ..., op. cit.,* p. 45.

participación política y a la libertad de expresión en el contexto electoral. Para su protección, existen mecanismos de control constitucional y jurisdiccional, como el recurso de amparo y la revisión de casos por parte del Tribunal Constitucional. En resumen, los derechos electorales son pilares esenciales para la consolidación de un sistema democrático y participativo en el Perú. Su pleno y efectivo ejercicio por parte de la ciudadanía y las organizaciones políticas es crucial para el fortalecimiento de la democracia y el bienestar del país.

No obstante, las nuevas tecnologías representan una amenaza de naturaleza sistémica que atenta contra los fundamentos de estos derechos, poniendo en riesgo la garantía de una votación libre y equitativa.

a. Erosión del debate público y manipulación del electorado

La inteligencia artificial facilita la difusión coordinada de información fraudulenta. La tecnología de los *deepfakes*, que consiste en crear archivos de audio o video falsificados con un alto grado de realismo, permite alterar la realidad y proyectar una imagen distorsionada de la misma [22]. Un caso ilustrativo ocurrió durante las elecciones de Eslovaquia en 2023, cuando se viralizó un audio falso del líder del Partido Liberal, cuya veracidad fue sumamente difícil de desmentir antes de la jornada electoral [23]. De manera complementaria, las metodologías de *big data* posibilitan la recolección masiva de datos sobre el comportamiento de los votantes para personalizar los mensajes y alterar artificialmente el debate público. Con este fin, se utilizan estrategias de microsegmentación psicográfica para construir una "realidad a la medida" de cada elector, empleando para ello falsedades diseñadas específicamente para cada grupo [24].

b. Vulneración de derechos electorales constitucionales

El derecho al secreto del voto se ve directamente amenazado. Los sistemas de votación electrónica, en especial aquellos que operan de forma remota, son susceptibles a ciberataques que podrían comprometer el anonimato del votante o facilitar actos de coacción. Por ello, la protección de la "urna digital" se ha convertido en

22 Rubio Núñez. R. (2025). *El uso de la inteligencia ...,* op. cit., p. 69 y ss.

23 International Republican Institute. (2024). La democracia en la era de la inteligencia artificial generativa: ¿Cómo afrontar los riesgos y aprovechar las oportunidades? Department International Republican Institute 1225 Washington. https://www.iri.org/wp-content/uploads/2024/08/Generative-AI-White-Paper-Final-Spanish-Version.pdf

24 Rubio Núñez. R. (2025). *El uso de la inteligencia artificial...*, *op. cit.,* p. 69 y ss.

un desafío técnico y jurídico de máxima prioridad para preservar la integridad del proceso electoral [25].

c. El principio de igualdad y equidad y el Tribunal Constitucional del Perú

En el ámbito electoral, el principio de igualdad y equidad, bajo la tutela del Tribunal Constitucional, significa que todos los ciudadanos peruanos deben poseer las mismas oportunidades para participar en el proceso, y que las decisiones deben ser justas y transparentes, sin ningún tipo de discriminación. El Tribunal Constitucional tiene el deber de velar por que tanto las leyes como las acciones del Estado respeten este principio, que es un pilar de la democracia. Esto implica que la participación debe ser irrestricta, el trato de las autoridades equitativo y el proceso transparente para asegurar la legitimidad de los resultados. Cualquier diferencia en el trato debe basarse en criterios objetivos y razonables. El Tribunal Constitucional actúa como garante de este derecho, resolviendo casos de discriminación mediante procesos como el amparo o la inconstitucionalidad, y puede anular normas que violen la igualdad y ordenar la reparación correspondiente. En definitiva, el Tribunal juega un papel crucial en la protección de este principio.

d. La vulneración del principio de igualdad y equidad en el proceso electoral

Durante una contienda electoral, pueden surgir grandes desequilibrios que afectan este principio. Las campañas que cuentan con mayores recursos económicos tienen la capacidad de acceder a herramientas de inteligencia artificial más sofisticadas, contratar a un mayor número de especialistas en datos y comprar más publicidad segmentada. Esta situación da origen a una "carrera armamentista tecnológica" que infringe directamente el principio de equidad en la competencia electoral [26].

e. Crisis de confianza y deslegitimación institucional

El efecto acumulado de la desinformación, la manipulación y la incertidumbre sobre la seguridad de los sistemas de votación resulta en un progresivo debilitamiento de la confianza pública. Cuando los electores no pueden fiarse de la información que reciben, de la integridad de los candidatos ni de la transparencia de los resultados,

25 Juneja. P**.** (2024). *La inteligencia artificial..., op. cit., p.* 1 2.

26 Rubio Núñez. R. (2025). *El uso de la inteligencia artificial..., op. cit.,* p. 69 y ss.

el proceso electoral pierde su legitimidad como mecanismo para la transferencia pacífica del poder, lo que pone en grave riesgo a la propia democracia [27].

9. HACIA UNA GOBERNANZA DEMOCRÁTICA DE LA TECNOLOGÍA: RESPUESTAS NORMATIVAS Y CONSTITUCIONALES

Es fundamental refutar la idea de que la tecnología es un campo neutral; por el contrario, este es un concepto ilusorio. Toda nueva tecnología, desde su concepción y diseño hasta su implementación y uso, se encuentra inevitablemente inmersa en el marco constitucional y legal de la sociedad que la acoge. Sus efectos no son inherentes a la herramienta en sí, sino que son moldeados por los valores, las leyes y las estructuras de poder existentes. Por esta razón, para asegurar que la integración de estas tecnologías en la vida pública sea genuinamente democrática y respetuosa de los derechos fundamentales, no basta con una actitud pasiva. Se requiere, de manera necesaria e ineludible, una intervención decidida, estratégica y cuidadosamente planificada por parte del Estado.

a. La necesidad de un marco regulatorio específico

La estrategia de la autorregulación, en la que se confía en que las propias corporaciones tecnológicas establecerán límites a sus acciones, ha probado de manera contundente ser un modelo insuficiente y fallido para proteger el interés público [28]. Ante esta realidad, y en nuestra opinión, se erige una obligación constitucional indeclinable para el Estado: la de intervenir activamente para salvaguardar la integridad de los procedimientos democráticos. Esta responsabilidad no puede ser delegada. Como lo subraya acertadamente el informe de la Misión de Observación Electoral de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en México, cualquier propuesta de reforma constitucional o legal en esta materia debe tener como objetivo primordial y no negociable el fortalecimiento de los órganos electorales. Esto implica robustecer tanto su autonomía funcional como su especialización técnica, y bajo ninguna circunstancia debe permitirse que dichas reformas sirvan como un pretexto para coartar o limitar su indispensable independencia [29].

---

27 Ibidem, P. 71.

28 Ibidem. P. 72.

29 Misión de ObservaciónElectoral de la OEA en México. (2024). *Informe preliminar de la Misión de Observación Electoral de la OEA en México*. Organización de los Estados Americanos. https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-009/24

b. La necesidad de aplicación de principios constitucionales para una regulación con enfoque de derechos de las nuevas tecnologías

Dentro de este marco normativo, es de suma importancia la aplicación de principios constitucionales con un claro enfoque en la protección de derechos. Concretamente, se debe exigir por ley que tanto las plataformas digitales como las propias campañas electorales hagan completamente público el uso que hacen de los algoritmos para la segmentación de audiencias y la difusión de publicidad política. Esta transparencia es vital para que la ciudadanía y los organismos fiscalizadores puedan auditar y comprender las dinámicas de influencia en el debate público. De igual manera, es fundamental que se establezca legalmente la obligatoriedad de un etiquetado explícito y claramente visible para todo contenido de interés público que haya sido generado o significativamente alterado por medio de inteligencia artificial. Esta medida es crucial para que los ciudadanos puedan discernir entre la información auténtica y la sintética, fortaleciendo su capacidad para evaluar críticamente los mensajes que consumen [30].

c. La alfabetización mediática y digital

La regulación por sí sola no es suficiente si la ciudadanía no está preparada para navegar el nuevo ecosistema informativo. Por ello, es una obligación ineludible del Estado diseñar e implementar políticas públicas a gran escala con la finalidad específica de promover el pensamiento crítico y fortalecer la capacidad de resiliencia de la población frente al fenómeno de la desinformación. Este esfuerzo debe concebirse como un componente esencial y permanente de la educación cívica en el siglo XXI, capacitando a las personas no solo para identificar noticias falsas, sino también para comprender el funcionamiento de los algoritmos y las burbujas informativas, fomentando así una participación más consciente y robusta en la vida democrática [31].

10. CONCLUSIONES

Las tecnologías disruptivas han situado a la democracia en una coyuntura crítica, un punto de inflexión que puede ser descrito de manera conclusiva como

30 Rubio Núñez. R. (2025). *El uso de la inteligencia artificial..., op. cit.,* p. 73 y ss.

31 Ford, E. (2021). *Tecnologías Digitales y Elecciones en el Perú*. D&D Internacional / National Democratic Institute. https://www.democraciadigital.pe/sites/default/files/libro-tecnologias-digitales-y-elecciones-en-el-peru-v3.pdf

una encrucijada histórica de la cual dependerá su futuro. La promesa de estas nuevas herramientas para conducirnos hacia una mayor eficiencia gubernamental y una participación ciudadana más vibrante es tan tangible como el riesgo palpable de caer en una espiral de manipulación algorítmica y desconfianza sistémica que socave sus cimientos. Ignorar este impacto, o peor aún, depositar una fe ingenua en la autorregulación benévola de las corporaciones tecnológicas, equivale a una abdicación de la responsabilidad democrática fundamental que le compete al Estado, la cual debe ejercer a través de sus organismos constitucionales autónomos.

Se debe considerar, por tanto, que el reto principal que enfrentamos no es de naturaleza meramente tecnológica, sino que es, en su esencia, un desafío eminentemente político y constitucional. El porvenir de la democracia en la era digital no dependerá de encontrar una solución técnica perfecta, sino de nuestra capacidad de organización colectiva y de nuestra voluntad política para situar los principios deliberativos, los derechos humanos y la dignidad de la persona en el centro de la gobernanza de la tecnología.

BIBLIOGRAFÍA

Ford, E. (2021). *Tecnologías Digitales y Elecciones en el Perú*. D&D Internacional / National Democratic Institute. https://www.democraciadigital.pe/sites/default/files/libro-tecnologias-digitales-y-elecciones-en-el-peru-v3.pdf

Idea. *La inteligencia artificial para la gestión electoral*. International IDEA. https://www.idea.int/sites/default/files/2024-10/inteligencia-artificial-para-la-gestion-electoral.pdf

International Republican Institute. (2024). La democracia en la era de la inteligencia artificial generativa: ¿Cómo afrontar los riesgos y aprovechar las oportunidades? Department International Republican Institute 1225 Washington. https://www.iri.org/wp-content/uploads/2024/08/Generative-AI-White-Paper-Final-Spanish-Version.pdf

Juneja. P. (2024). La inteligencia artificial para la gestión electoral. International IDEA. P. 2. https://www.idea.int/sites/default/files/2024-10/inteligencia-artificial-para-la-gestion-electoral.pdf

Medina Romero. M. Á., Y Ochoa Figueroa, R. (2025). Innovación Tecnológica y Democracia: Soluciones Descentralizadas y Seguras para Fortalecer la Integridad de las Elecciones. *Sapiens International Multidisciplinary Journal, 2*(1).Pp. 156-172. https://revistasapiensec.com/index.php/sapiens/article/view/88

Misión De Observación Electoral De La Oea En México. (2024). *Informe preliminar de la Misión de Observación Electoral de la OEA en México*. Organización de los Estados Americanos. https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-009/24

Reyes González. G. F. (2015). *El voto electrónico y por internet como refuerzo de la confiabilidad de los sistemas electorales* Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Madrid. https://docta.ucm.es/entities/publication/2143b2a5-5fd3-498e-b4ff-504d7539d6af.

Rubio Núñez. R. (2025). El uso de la inteligencia artificial en las campañas electorales y sus efectos democráticos. *Revista de Derecho Político de la Universidad Nacional de Educación.* Núm. 122. P. 67 y ss. https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/issue/view/1970

Stella Rodríguez. G. (2021). Tecnologías disruptivas: Contexto político-jurídico, desafíos y oportunidades en Latinoamérica. *Revista Lex. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Alas Peruanas.* Vol. 19, Nº. 28, 2021. P. 47 y ss. https://vlex.com.pe/vid/tecnologias-disruptivas-contexto-politico-897826504

Velarde Koechlin. C. M. (2016). Implementación del voto electrónico en el Perú: Algunas reflexiones para su viabilidad. *Foro Jurídico.* Núm. *15*. pp. 158-167. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/19843/19884/

LA TECNOLOGÍA Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL
Análisis de su impacto en los derechos fundamentales

José Reynaldo LÓPEZ VIERA*

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** ¿El fin del homo sapiens? El camino hacia el diseño del homo deus en el siglo XXI. **3.** El despertar de las maquinas. El desarrollo de la ultrainteligencia. **4.** La inteligencia artificial y su despliegue invasivo en los derechos fundamentales. 4.1. El derecho a la vida. 4.2. El derecho a la libertad. 4.3. El derecho a la igualdad. 4.4. El derecho al trabajo 4.5. El derecho a la educación. 4.6. El derecho a la libertad de información. 4.7. El derecho al olvido. 4.8. Los neuro derechos. 4.9. El derecho a la felicidad. **5.** Dictaduras digitales. Quién posee los datos posee el poder ¿el fin de la democracia? **6.** Entre la singularidad y el ocaso: la incertidumbre de un futuro presente.

PRELIMINARES

El presente artículo, trata de vislumbrar y pronosticar las consecuencias del impacto de la tecnología y la inteligencia artificial en la humanidad y los grandes retos que plantea en el presente siglo XXI, puesto que, en un futuro muy próximo, si logramos alcanzar la singularidad, la tecnología, en general; y, la inteligencia artificial, en especial, serán sumamente invasivas en todo aspecto, y en instituciones esenciales del constitucionalismo moderno como la democracia y los derechos fundamentales, tendrán un impacto inimaginable.

1. INTRODUCCIÓN

> "Yo os enseño el superhombre. El hombre es algo que debe ser superado. ¿Qué habéis hecho para superarlo?".
>
> Friedrich Nietzsche

Entre 1883 y 1885, uno de los más influyentes filósofos alemanes de todos los tiempos *Friedrich Nietzsche*, publicaba su controvertida y más celebre obra *Así hablo Zaratustra* en la cual se sirve de la figura de *Zaratustra* (inspirada en el mítico filosofo persa *Zoroastro*) para desarrollar y enlazar los cuatro elementos principales sobre los que se asienta toda su obra y que son exhaustivamente tratados a lo largo de ésta: La muerte de Dios, el superhombre, la voluntad de poder y el eterno retorno de lo idéntico. Con respecto al superhombre, una de las ideas centrales de toda su obra, el famoso filósofo alemán trataba de darnos un mensaje sobre el deber del ser humano de mejorarse, de superarse en el ámbito espiritual -más que en el material- para poder ser verdaderamente libre de acuerdo a sus propias circunstancias[1].

Pasado un poco más de un siglo, el ser humano sin duda se ha superado, pero no espiritualmente -que hubiese sido lo preferible y prioritario-, sino materialmente (algo que tal vez *Nietzsche* reconocería mas no aplaudiría del todo) pues la ciencia y la tecnología han hecho que el ser humano comience un camino de perfección material que podría convertirse en un arma de doble filo al no haberse superado paralelamente en el ámbito espiritual.

En efecto, el auge de la tecnología -producto de un largo desarrollo en la historia del *homo sapiens* que viene desde la revolución cognitiva acaecida hace 70 000 años, pasando por la revolución agrícola hace 12 000 años y consolidándose con la revolución científica en el siglo XV de nuestra civilización-, ha dado origen al amanecer de las máquinas gracias a la inteligencia artificial[2] que nos ha facilitado la vida -y nos la facilitara muchísimo más- sin lugar a dudas y que también nos ha beneficiado enormemente. Pero, en un mundo donde el ser humano no ha podido superarse en valores y virtudes -como debería haber sido y como era la idea que buscaba irradiar y hacer entender *Nietzsche* al ser humano-, este desarrollo de la ciencia y la tecnología puede ser contraproducente para el hombre y para sus derechos.

El presente artículo, trata de vislumbrar y pronosticar las consecuencias del impacto de la inteligencia artificial en los derechos humanos puesto que, en un

1 Nietzsche, Friedrich. 2014. *Así hablo Zaratustra.* Editorial Gredos. Barcelona.

2 Conocida por sus siglas IA, la inteligencia artificial es la base a partir de la cual se imitan los procesos de inteligencia humana mediante la creación y la aplicación de algoritmos creados en un entorno dinámico de computación. O bien, dicho de forma sencilla, la IA consiste en intentar que los ordenadores piensen y actúen como los humanos. En: *https://www.netapp.com/es/artificial-intelligence/what-is-artificial-intelligence/*

mundo muy próximo, si es que no ocurre algo catastrófico[3] y logramos alcanzar la singularidad[4], la inteligencia artificial será sumamente invasiva en todo aspecto, y en los derechos fundamentales tendrá un impacto inimaginable.

¿Qué le ocurrirá a la sociedad, a la política y al propio ser humano cuando los algoritmos muy inteligentes nos conozcan mejor que nosotros mismos? Una pregunta cuya respuesta comenzamos recién a vislumbrar puesto que la inteligencia artificial es producto de un futuro que ya empezó ahora mismo a concretizarse.

2. ¿EL FIN DEL HOMO SAPIENS? EL CAMINO HACIA EL DISEÑO DEL HOMO DEUS EN EL SIGLO XXI.

> "Y después de haber elevado a la humanidad por encima del nivel bestial de las luchas por la supervivencia, ahora nos dedicaremos a ascender a los humanos a dioses, y a transformar Homo Sapiens en Homo Deus"
>
> Yuval Noah Harari

El desarrollo de la tecnología a través de la inteligencia artificial, la nanotecnología y la ingeniería biológica está haciendo que el *Homo Sapiens* empiece a sentar las bases del diseño de una nueva especie de *Homo*, que el famoso historiador *Noah Harari* ha denominado como *Homo Deus*, que vendría a ser el equivalente del superhombre. Una especie que no será el resultado de la selección natural, sino que por primera vez en nuestra historia será producto de nuestra tecnología -del diseño inteligente- y que podría derivarse de tres variantes: La ingeniería biológica, la ingeniería cyborg[5] o la ingeniería no orgánica (los algoritmos).

---

3 Nos referimos a los peligros que pueden extinguir nuestra civilización y que nos acechan más que nunca en esta era, tales como: Las catástrofes naturales, las pandemias, las hambrunas o una guerra nuclear.

4 Nos referimos a la singularidad tecnológica, que se sustenta en el rápido avance tecnológico y la gran cantidad de cambios sociales que crearán más tarde o temprano una singularidad tecnológica que incorporará la "inteligencia artificial" como una extensión de la inteligencia humana, con consecuencias impredecibles y enormes para la humanidad.

5 En sentido estricto, *cyborg* es la unión entre lo orgánico con lo cibernético; es decir, organismos biológicos que usan la tecnología para ampliar o mejorar sus capacidades, sentidos y formas de relacionarse con el mundo. En: https://expansion.mx/tecnologia/2022/04/01/que-es-un-cyborg#:~:text=En%20sentido%20estricto%2C%20cyborg%20es,de%20relacionarse%20con%20el%20mundo.

Este hombre nuevo que defienden las corrientes ideológicas *transhumanistas*[6], será creado en los laboratorios por medio de la ciencia, la medicina, la nanotecnología, la bioingeniera, la genética y la cibernética. Cuando el aumento del rendimiento intelectual se de producto de los procesadores cuánticos[7] que intervienen quirúrgicamente, este nuevo poshumano podrá experimentar todas las situaciones posibles y realizar todas las acciones inimaginables. Habremos superado la selección natural inherente a nuestra evolución como especie y sustentada por *Charles Darwin* en su famosa obra "*El origen de las especies*" (1859). Ahora, la selección será artificial, diseñada en los laboratorios y producto de la ciencia y la tecnología desarrolladas por nosotros.

En ese sentido *¿qué posibles escenarios encontraría la humanidad cuando aparezca el Homo Deus producto de la singularidad?* El filósofo *David Chalmers* -en una respuesta que compartimos- nos señala que podrían darse cuatro escenarios: Extinción, aislamiento, inferioridad e integración[8].

Al respecto, quienes hemos leído *Un mundo feliz*, de *Aldous Huxley*[9], recordaremos que la biotecnología -según se narra en esta novela de ciencia ficción- se utiliza para diseñar y criar una raza de seres humanos superiores, los denominados *Alfa*, quienes -en un modelo platónico perfectamente concretizado- están destinados a gobernar la sociedad. Los demás embriones que no pertenecen a esta elite se les priva de oxígeno, para que nazcan mentalmente incapacitados y sirvan como empleados a los *Alfa*, así hasta llegar a los *Épsilon*, los últimos de la sociedad, diseñados para las tareas más peligrosas y repetitivas. Esta sociedad funciona de forma perfecta bajo una tecnología de punta que satisface materialmente todas las necesidades de

6 El transhumanismo es un movimiento que propone la utilización de la tecnología disponible para trascender los límites de las capacidades humanas normales. Los transhumanistas esperan ansiosamente el día en el que el *Homo sapiens* sea sustituido por un modelo mejor, más inteligente y en mejores condiciones. En: https://www.bbc.com/mundo/noticias-42751366

7 Los ordenadores cuánticos aprovechan algunos de los fenómenos casi "místicos" de la mecánica cuántica para ofrecer grandes avances en cuanto a potencia de procesamiento (la premisa es que un ordenador cuántico de lo más sencillo sería más potente que los super ordenadores que hay hoy en día). El secreto de este tipo de equipos reside en su capacidad para generar y manipular bits cuánticos, conocidos como qubits. Estos son partículas subatómicas como electrones o fotones. Generar y administrar qubits representa todo un desafío de ingeniería. En: https://hardzone.es/reportajes/que-es/ordenador-cuantico/

8 Parra, Sergio y Torrens, Marc. 2017. *La Inteligencia Artificial. El camino hacia la ultrainteligencia*. Colección: Ciencia y cerebro. National Geographic. México. P. 36.

9 Huxley, Aldous. 2020. *Un mundo feliz*. Editorial Edisur. Santiago de Chile.

los individuos. Sin embargo, desde el punto de vista de la teoría de los derechos fundamentales y del constitucionalismo moderno, esta sociedad utópica se basa en la opresión, en la limitación absoluta de la libertad, en la desigualdad biológica y social sin parangón; y, en el atentado absoluto contra la dignidad de quienes viven en la parte baja de la pirámide.

¿Sera posible que hoy con el auge de la inteligencia artificial y el uso de la tecnología a nivel biológico, la construcción del Homo Deus convierta a estos en los Alfa de la novela de Huxley y los demás Sapiens que no podamos tener acceso a los beneficios de la biotecnología u otros tipos de tecnologías avanzadas quedemos relegados a ser los Épsilon de la sociedad? ¿Está el Homo Sapiens en su última generación como especie dominante? Ya sabemos que muchas veces la realidad supera la ficción y este futuro conllevaría al fin de los ideales del constitucionalismo actual y del derecho internacional de los derechos humanos, tal y como lo conocemos. La inteligencia artificial y el uso de la misma nos puede conducir a una temible realidad y no debemos desestimar esta posibilidad, las modificaciones y manipulaciones genéticas a mitad de este siglo se llevarán a cabo y esto nos puede conducir a la predicción temiblemente descrita.

Un punto muy importante a tener en cuenta sobre estas alarmantes predicciones, es recordar la naturaleza de nosotros los *sapiens* quienes seremos los diseñadores del *Homo Deus*. En tiempos modernos, pequeñas diferencias en el color de la piel, el dialecto o la religión han sido suficientes para animar a un grupo de *sapiens* a que se dispusiera el exterminio a otro grupo. El *Homo sapiens* puede haber sido el causante de la extinción de las otras especies de *Homos* existentes en el planeta hace 40, 000 años. Y esto tiene que ver con algo intrínseco a nuestra naturaleza humana que bien puede resumirse -como señaló el astrofísico y divulgador científico *Carl Sagan* en su libro "*Los dragones del Edén*"-, en tres características: ritualista, jerárquica y territorialista[10].

En ese sentido, como diría el historiador *Noah Harari*: "¿Habrían sido los antiguos sapiens más tolerantes hacia una especie humana completamente diferente? Bien pudiera ser que cuando los sapiens se toparon con los neandertales el resultado fuera la primera y más importante campana de limpieza étnica de la historia".[11]

10 Sagan, Carl. 2021. *Los Dragones del Edén. Especulaciones sobre la evolución de la inteligencia humana*. Editorial Critica. Barcelona.

11 Noah Harari, Yuval. 2013. *Sapiens. De animales a Dioses. Una breve historia de la humanidad*. Editorial Debate. Lima. P. 31.

Siguiendo la misma línea, no será que la nueva especie *Homo Deus* -que tendría las mismas taras emocionales y psíquicas que los humanos actuales- podría hacer lo mismo con nuestra especie los *Sapiens* que a su vez, paradójicamente, seremos sus diseñadores. A nuestro parecer no hay algo más peligroso que una especie con raciocinio y con supertecnología; y, que, a su vez sea autodestructiva, insatisfecha e irresponsable que no sabe lo que quiere. Sin embargo, este es el futuro inmediato de la evolución, convertirnos de *Homo Sapiens* a *Homo Deus*, donde el nuevo superhombre trascenderá las limitaciones de los cuerpos y cerebros biológicos de sus creadores, he ahí la singularidad cuya comprensión va más allá de toda estimación presente.

Por ello, el célebre físico teórico *Michio Kaku se pregunta*: *"¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar con esta tecnología?*".[12] La respuesta es incierta. Sin embargo, sea donde sea que lleguemos, todos los campos del saber humano, entre ellos el jurídico, tendrán que tener alternativas, respuestas y planteamientos para afrontar esta nueva realidad compleja e incierta y, por consiguiente, los derechos humanos, tendrán que reconfigurarse en cuanto a su naturaleza, eficacia y esencia para no quedarse relegados ante los retos que las nuevas tecnologías plantean al ser humano hoy más que nunca en su historia, puesto que de ello dependerá en gran parte la respuesta a la gran interrogante del siglo XXI: *¿Estamos ante el fin de nuestra especie y la aparición de una nueva que la reemplazará o la extinguirá*?

3. EL DESPERTAR DE LAS MAQUINAS. EL DESARROLLO DE LA ULTRAINTELIGENCIA.

> "Si fuéramos capaces de crear una inteligencia artificial equiparable a la humana, se desencadenaría un cambio radical para la humanidad. Al otro lado de este punto de inflexión, conocido como singularidad, nos esperaría un futuro dominado por máquinas ultrainteligentes. ¿Qué hay de plausible en esta hipótesis? ¿Cuál sería nuestro rol como especie en esta nueva era?"
>
> Sergio Parra & Marc Torrens

12 Kaku, Michio. 2019. *El futuro de la humanidad. La colonización de Marte, los viajes interestelares, la inmortalidad y nuestro destino más allá de la Tierra*. Editorial Debate. Barcelona. P. 260

La inteligencia artificial (IA) experimenta ya un auge sin precedentes en la era actual, sin embargo, el paso siguiente es el que constituye el reto tecnológico más importante de la historia: Diseñar maquinas con una inteligencia equiparable a la del ser humano. El objetivo final es crear redes neuronales artificiales perfectamente organizadas capaces de registrar, analizar y manipular mediante algoritmos[13] cada vez más complejos, los *terabytes*[14] de información de los que disponemos actualmente, para tomar decisiones, resolver problemas y actuar de forma racional. Tal vez, en un futuro muy cercano, un superordenador cuántico bajo la proclamación: *¡Hágase la luz!*, *la luz se hará*, y con ello, pueda crear realidades alternas o artificiales a las cuales podamos acceder. Para llegar a esta meta, la inteligencia artificial tiene varias líneas de investigación científica, todas ellas en pleno auge en la actualidad: La neurociencia computacional, la arquitectura cognitiva, las redes neuronales, la computación cuántica, los algoritmos evolutivos y la simulación cerebral, por citar las más importantes.

Dos preguntas se desprenden de lo expuesto, cuyas respuestas se determinarán en el futuro: *¿La IA llegara a perfeccionarse a sí misma a tal punto de crear ultrainteligencias todavía más complejas que releguen, superen o incluso amenacen la existencia de la especie humana?;* y, *¿la creación de estas ultrainteligencias podría implicar la fusión con los humanos para evolucionar con ellos y ayudarlos a convertirse en Homo Deus con capacidades ilimitadas, omnipotentes y semidivinas*?

Al respecto *Nick Bostrom*, director del Instituto para el Futuro de la Humanidad en la Universidad de Oxford no tiene una opinión positiva y por ello señala: "*Ante la perspectiva de una explosión de la inteligencia, nosotros los humanos somos como niños que juegan con una bomba. Tal es la desproporción entre el poder de nuestro juguete y la inmadurez de nuestra conducta. La superinteligencia es un reto para el que no estamos preparados y no lo estaremos hasta de aquí a mucho tiempo. No tenemos*

13 Un algoritmo informático es un conjunto de instrucciones definidas, ordenadas y acotadas para resolver un problema, realizar un cálculo o desarrollar una tarea. Es decir, un algoritmo es un procedimiento paso a paso para conseguir un fin. A partir de un estado e información iniciales, se siguen una serie de pasos ordenados para llegar a la solución de una situación. En: https://profile.es/blog/que-es-un-algoritmo-informatico/

14 Un *terabyte* es una unidad de medida de datos digitales utilizada para evaluar una cantidad específica de datos o capacidad de almacenamiento. Por lo general, un terabyte equivale a unos 1000 GB o un billón de bytes. En: https://massive.io/es/transferencia-de-archivos/cuanto-es-un-terabyte/#what

idea de cuándo se va a producir la explosión, pero si nos acercamos al aparato al oído podemos oír un leve tic-tac, tica-tac".[15]

Los científicos calculan -basándose en la famosa *Ley de Moore*[16] que nos explica que la capacidad de computación de los sistemas informáticos crece de manera exponencial cada año- que para el año 2025 un ordenador tendrá la capacidad de cálculo de un ser humano; y en el 2045, la de toda la humanidad, es decir, dicho ordenador habrá llegado al nivel de la ultrainteligencia.

En esa misma línea *Toffler* con agudeza visionaria señaló: "*Los cambios que hemos visto últimamente en las empresas, la economía, la política y a nivel mundial, son solo las primeras escaramuzas de unas luchas por el poder, mucho mayores, que han de sobrevenir. Porque estamos ante el más profundo cambio de poder de la historia de la humanidad*".[17]

Este cambio de poder que pasa por el desarrollo de la ultrainteligencia ya comenzó y no se detendrá. Y, sea cual fuera las respuestas a las preguntas formuladas, y compartamos o no el temor perfectamente fundado del profesor sueco *Bostrom*, nos queda claro que todo esto constituye un verdadero desafío para el Derecho, en general, y, para los derechos humanos, en particular.

4. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU DESPLIEGUE INVASIVO EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

> "Comprométete con la noble lucha por los derechos humanos. Harás una mejor persona de ti mismo, una gran nación de tu país y un mejor mundo para vivir".
>
> Martin Luther King

15 Bostrom, Nick. 2014. *Superinteligencia: caminos peligros, estrategias*. Teell Editorial. Citado por: Parra, Sergio y Torrens, Marc. 2017. *La Inteligencia Artificial. El camino hacia la ultrainteligencia*. Colección: Ciencia y cerebro. National Geographic. México. P. 17.

16 *La Ley de Moore* se refiere a una observación hecha por el cofundador de Intel, *Gordon Moore*, en 1965, en la que descubrió que el número de transistores por pulgada cuadrada en los circuitos integrados se había estado duplicando año tras año desde su invención. La versión simplificada de esta ley establece que las velocidades del procesador o la potencia de procesamiento general para ordenadores se duplicarán cada dos años. Un rápido chequeo entre técnicos de diferentes empresas informáticas muestra que el término no es muy popular, pero la regla sigue siendo aceptada. En: https://www.profesionalreview.com/2018/04/01/que-es-la-ley-de-moore-y-para-que-sirve/

17 Toffler, Alvin. 1994. *El cambio de poder*. Ediciones Plaza & Janes S.A. Barcelona. P. 34.

Hacia finales del siglo XVIII y producto de las dos grandes revoluciones acontecidas en este periodo: La Revolución Norteamericana (1776) y la Revolución Francesa (1789), se va a dar origen al reconocimiento de los derechos humanos como derechos naturales, innatos e inalienables teniendo como manifestación expresa de esta doctrina, la famosa *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* del 26 de agosto de 1789.

Posteriormente, al finalizar la Segunda Guerra Mundial ya en pleno siglo XX, el 26 de junio de 1945 se firmó la carta de nacimiento de la mayor Organización Internacional que la historia de la humanidad ha registrado: La Organización de la Naciones Unidas (ONU)[18]. A través de ella, se le otorgo por primera vez en la historia el rango de "sujeto de derecho internacional" a la persona humana, cimentando con ello las bases de la internacionalización de los derechos a través del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.[19] En efecto, a partir de allí comienza a desarrollarse la temática de los Derechos Humanos, con normas, organizaciones y procedimientos que conforman la estructura actual de la protección internacional de los derechos de la persona tanto en el ámbito universal como en el ámbito regional[20], constituyendo el avance más importante de la humanidad en lo que concierne a la protección, respeto y garantía de su dignidad.

---

18 La Carta fue firmada el 26 de junio de 1945 por los representantes de los 50 países reunidos en San Francisco- EEUU. Polonia, que no estuvo representada, la firmó más tarde y se convirtió en uno de los 51 Estados Miembros fundadores. Las Naciones Unidas empezaron a existir oficialmente el 24 de octubre de 1945, después de que la Carta fuera ratificada por China, Francia, la Unión Soviética, el Reino Unido, los Estados Unidos y la mayoría de los demás signatarios. El día de las Naciones Unidas se celebra todos los años en esa fecha.

19 En efecto, tanto el Preámbulo de la Carta: "*NOSOTROS LOS PUEBLOS DE LAS NACIONES UNIDAS RESUELTOS: A reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas*"; como el artículo 55º : "*Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades*", por citar dos ejemplos, abiertamente enfocan la finalidad de esta organización en la garantía y protección de los derechos de las personas.

20 Recordemos que si hablamos de los Sistemas de Protección de los Derechos Humanos, hoy en día estos se pueden agrupar en dos: El Sistema Universal (que se deriva de la ONU, alcanza a los 193 Estados integrantes de esta organización; y, por ende es de carácter mundial) y los diversos Sistemas Regionales (que derivan de diversos órganos tales como el Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos – OEA- y la Unión Africana –UA-, alcanzan a diversos Estados siempre y

Vislumbrando el futuro, es totalmente innegable que las nuevas tecnologías, así como impactarán en todos los ámbitos de la sociedad, también lo harán en el ámbito de los derechos humanos. Y en ese contexto constituirán un auténtico desafío para el constitucionalismo y el derecho internacional de los derechos humanos. Estos últimos deberán reconfigurarse o reconceptualizarse para estar a la altura de los retos que la IA le ponga enfrente.

Por ejemplo, para poder determinar la complejidad de la situación, imaginemos el caso de un vehículo autónomo, dirigido por la inteligencia artificial que atropella a una persona y le provoca la muerte: *¿Quién responderá por el accidente: el fabricante, el programador o el usuario?* Situaciones como esta, son los retos a los cuales la ciencia jurídica se enfrentará en un futuro muy cercano y para los cuales tendrá que brindar alternativas y respuestas satisfactorias.

Como señalan *Facundo Manes y Mateo Niro*: "Se trata de dilemas morales estudiados por las neurociencias. El derecho debe desarrollar una regulación totalmente nueva y diferente para este tipo de situaciones tan singulares. Lo mismo sucederá con los nuevos artificios tecnológicos que reemplacen parcial o totalmente a los humanos en tareas de alto riesgo y responsabilidad".[21]

Es el derecho bajo el fundamento de la justicia quien tendrá que resolver este tipo de problemas en el marco de las tecnologías disruptivas que serán de uso cotidiano de los individuos y de la sociedad en general. El garantizar nuestros derechos fundamentales tendrá que convertirse en un tema central para la humanidad, de lo contrario, podríamos asistir a su privación o marginación. Y las luchas por su reconocimiento de las generaciones precedentes, quedaran simplemente en algo pasajero y anecdótico que atentaría contra nuestra esencia humana. Por ello, el gran activista sudafricano por los derechos civiles *Nelson Mandela* señaló: "*Privar a las personas de sus derechos humanos es poner en tela de juicio su propia humanidad*".

En ese sentido, cuando la tecnología y la inteligencia artificial se desarrollen a niveles inimaginables- tal y como hemos señalado líneas arriba- el Constitucionalismo (a través de las constituciones y leyes) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (a través de las Declaraciones, tratados y organismos) tendrán retos enormes tales como:

---

cuando conformen estos organismos; y, por ende, son de carácter regional). Actualmente, se habla de tres sistemas regionales: Europeo, Interamericano y Africano.

21 Manes, Facundo y NIRO, Mateo. 2019. *El cerebro del futuro. ¿Cambiara la vida moderna nuestra esencia?* Editorial Planeta. Barcelona. P. 432

a) El reconocimiento y desarrollo de nuevos derechos que serán producto del auge de la tecnología.
b) Nuevas formas de protección de muchos derechos ya reconocidos pero que pueden verse seriamente afectados por el desarrollo tecnológico si es que no se plantean nuevas formas de garantizarlos y efectivizarlos.
c) La reconfiguración de algunos derechos en su esencia que permita adaptarlos a las nuevas tecnologías para que no terminen siendo relegados en la vida real.

A continuación, desarrollaremos como los avances tecnológicos en general, y, el desarrollo de la inteligencia artificial en especial, impactara en algunos de los más importantes derechos fundamentales que conocemos y fomentara el reconocimiento de otros nuevos.

4.1. El derecho a la vida.

En el siglo XXI el derecho a la vida pasara a tener un alcance diferente al que ahora tiene. En efecto, cuando hablamos del derecho a la vida lo enlazamos directamente a su aspecto formal: el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella[22]; y, su aspecto material: el derecho a la vida digna[23]. Sin embargo, ahora con los avances de la tecnología la lucha contra la vejez, las enfermedades y la muerte abrirán paso a una nueva dimensión de este derecho: El derecho a la inmortalidad[24].

---

22 El Tribunal Constitucional ha señalado en relación al derecho a la vida que: "*Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos.*" [STC N.º No 01535-2006-PA, fundamento 83. Caso: EMPRESA DE TRANSPORTES TURISMO IMPERIAL S.A.).

23 "*Dado que el derecho a la vida no se agota en el derecho a la existencia físico-biológica, a nivel doctrinario y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo encontramos definido también desde una perspectiva material. ASÍ, se ha dicho que "actualmente, la noción de Estado social y democrático de Derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad."*[STC N.º No 2005-2009-PA, fundamento 10. Caso: ONG "ACCIÓN DE LUCHA ANTICORRUPCION"].

24 En realidad, más que inmortales seriamos amortales, pues a diferencia de un Dios, los super humanos si podrían morir por alguna circunstancia específica como una guerra o un accidente, sin embargo,

¿*Cuánto estarían dispuestas a pagar las personas por la vida eterna*? De hecho, cuando la ciencia logre alcanzar este objetivo, se entablarán luchas encarnizadas en los parlamentos, tribunales y calles por obtener el acceso al elixir de la vida: la eterna juventud que nos garantice la vida indefinida.

Pero, *¿Quiénes tendremos acceso a la vida eterna? ¿Todos o solo una elite con los recursos económicos suficientes que les permita acceder a este nuevo privilegio, mientras que la mayoría de personas quedemos sin poder cumplir el anhelado sueño de conseguir la juventud y la vida eterna?*[25]. Si solo los ricos o una clase privilegiada tienen acceso a este nuevo derecho por su condición, estaremos frente a una discriminación absoluta que no podría tolerarse si se llegara a reconocer el derecho a la inmortalidad como un nuevo derecho humano -derivado o autónomo del derecho a la vida-.

En los próximos años, se discutirá de manera mucho más fuerte el reconocimiento o no de derechos que podrían derivarse de la vida, tales como el derecho a la eutanasia o muerte digna y el derecho al aborto, y; en esos debates -cuando la ciencia a través de la tecnología alcance el objetivo de poder vencer a la muerte, a la enfermedad y a la vejez- el derecho a la inmortalidad o eterna juventud se convertirá prioritariamente en el objeto de todas las discusiones con relación al derecho a la vida y sus nuevos alcances.

4.2. El derecho a la libertad.

La libertad ha sido unos de los derechos humanos por los que más se ha luchado a lo largo de toda nuestra historia. En su sentido más amplio, la libertad significa el poder elegir o tomar una decisión por nosotros mismos, o, en otras palabras, tener la facultad o capacidad de actuar según nuestros valores, criterios, razón y voluntad, sin estar coaccionado por nadie y con la única limitación de respetar esa misma libertad de los demás[26].

---

a diferencia de nosotros los mortales, los seres humanos del futuro no tendrán fecha de caducidad, es decir, mientras no pase una causa que motive su destrucción, podrán vivir eternamente.

25 Esto resulta realmente preocupante puesto que la Globalización ha ocasionado que algunos grupos de personas en el mundo monopolicen la riqueza dejando a miles de millones de personas a un lado de estos beneficios. Actualmente, se sabe que el 1 por ciento mas rico posee la mitad de la riqueza del mundo. Y lo que resulta más alarmante: Las 2153 personas mas ricas poseen mas en su conjunto que los 4 600 millones de personas mas pobres. En: https://www.oxfam.org/es/notas-prensa/los-milmillonarios-del-mundo-poseen-mas-riqueza-que-4600-millones-de-personas

26 En ese sentido, el artículo 2ª inciso 24, acápite a) de nuestra Constitución señala que: "*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*". Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que: "*El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de*

Al respecto, el destacado constitucionalista Linares Quintara señaló: "*La historia del hombre es la historia de su lucha por la libertad. El hombre nació para ser libre, y a través de los siglos combate sin tregua por obtener la libertad primero; para conservarla, luego; y, cuando la ha perdido, para recuperarla, iniciando así un nuevo ciclo, en una serie que se repite al infinito en el decurso de los tiempos, sin que nunca la conquista sea definitiva, como si la Voluntad Divina fuera que por ese medio la llama de la libertad se mantuviera perennemente encendida en el alma humana*"[27].

Y hoy en pleno siglo XXI, el ser humano volverá a lucha por su libertad, pero esta vez, de forma diferente como nunca antes y contra un enemigo-amigo: La tecnología. En efecto, con el auge de la IA en nuestra época que pasara cuando un ordenador -llámese smartphone, por ejemplo- nos conozca mejor de lo que nos conocemos a nosotros mismos *¿seguiremos ejerciendo nuestra libertad de escoger trabajo, pareja o presidente?*, *¿renunciaremos a nuestra libertad para otorgársela a la maquina inteligente para que ella escoja o tome la decisión por nosotros?*, *¿es verdaderamente nuestro libre albedrio el que estaremos ejerciendo?*

Las máquinas u ordenadores ultrainteligentes podrían afectar seriamente nuestra idea de libertad individual. En efecto, como señala *Noah Harari*: "*Acceder a la toma de decisiones de los humanos no solo hará que los algoritmos de macrodatos sean más fiables, sino que los sentimientos humanos sean menos fiables. (...) Una vez que la IA decida mejor que nosotros las carreras e incluso las relaciones, nuestro concepto de humanidad y de la vida tendrá que cambiar. Los humanos están acostumbrados a pensar en la existencia como un drama de toma de decisiones. (...) ¿Qué pasara con esta forma de entender la vida si cada vez más confiamos en la IA para que tome las decisiones por nosotros?*"[28]. La idea es que la tecnología nos ayude a tomar decisiones pero que no nos reemplace completamente. De lo contrario, nuestro derecho a la libertad o libre albedrio se convertirá en una quimera pues serán las máquinas

---

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. (...). Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal [o privada] que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra." (STC N.º 2868-2004-PA, fundamento 14. Caso: JOSÉ ANTONIO ÁLV AREZ ROJAS)

27 Linares Quintana, Segundo. 1977. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Argentino y comparado*. Tomo I. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. P. 18.

28 Noah Harari, Yuval. 2018. *21 Lecciones para el siglo XXI*. Editorial Debate. Lima. Pp. 75 y 77.

las que decidan y cuando eso suceda, nosotros nos habremos convertido en seres autómatas -cascarones biológicos vacíos- incapaces de pensar, reflexionar y decidir por nosotros mismos.

4.3. El derecho a la igualdad.

A lo largo de la historia, el derecho a la igualdad ha sido uno de los derechos por los que más se ha luchado encarnizadamente, sobre todo en los últimos tres siglos. En efecto, recordemos el lema de la Revolución Francesa: "*Libertad, igualdad y fraternidad*". En el constitucionalismo moderno, es indispensable hablar del derecho de la igualdad como uno de los derechos fundamentales y neurálgicos de todo Estado constitucional y democrático[29].

Y esto es producto de que los seres humanos a lo largo del tiempo se han caracterizado por dividirse en razones de raza, credo, idioma, religión, nacionalidad, etc. Lo descrito ha ocasionado millares de guerras y enfrentamientos que se han basado en desigualdades de algún tipo entre grupos humanos. Durante el siglo XVIII Y XIX la lucha impulsada por corrientes ideológicas como el liberalismo, se caracterizó precisamente por eliminar este tipo de discriminaciones para efectivizar la igualdad universal entre todos los seres humanos. Esta lucha es constante y permanente hasta la actualidad.

---

29 En ese sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado al respecto lo siguiente: "*La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2º de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: "(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables*." (STC N.º 00009-2007-PI/TC, fundamento 20).

Sin embargo, en el siglo XXI y producto del auge sin precedentes de la tecnología, la especie humana denominada *Homo Sapiens* después de casi 300 000 mil años de existencia asistirá a la creación de una desigualdad mucho más compleja y difícil de resolver: La desigualdad biológica. Una desigualdad que no será por cuestiones exteriores (raza, religión, casta social, nacionalidad o poder económico) sino por cuestiones que corresponden a nuestro cuerpo biológico-natural, algo que nunca se ha dado en la historia de nuestra civilización y que marcara una etapa totalmente diferente y peligrosa para la humanidad.

La construcción del *Homo Deus*, ocasionará desigualdades difíciles de superar y enfrentar que pueden dañar irreparablemente el derecho a la igualdad. *¿Qué pasará cuando la IA logre crear superhumanos que gocen de capacidades inauditas y de creatividad ilimitada? ¿Qué pasará cuando solo una elite pueda acceder a este tipo de supercapacidades para beneficio de ellos y sus descendientes, mientras que el resto de la población por razones económicas, políticas, culturales, etc., no pueda hacerlo?* Ellos[30], serán los que logren tener el poder sobre la sociedad sin ningún tipo de cuestionamiento, a tal punto de relegar, esclavizar o exterminar a los demás seres humanos carentes de estas superhabilidades. La desigualdad económica habrá derivado en una desigualdad biológica casi imposible de salvar o una discriminación de *facto* difícil de combatir.[31]

El futuro puede poner al derecho a la igualdad frente a un desafío casi insuperable: La división de la humanidad en castas biológicas o diferentes especies. Un reto que al parecer ninguna corriente jurídica (llámese naturalismo, positivismo, etc.) o política (llámese liberalismo, socialismo, etc.) está preparada para enfrentar y menos solucionar. Habría que apelar a nuevas corrientes ideológicas, jurídicas y religiosas para llenar este vacío y dar explicaciones a esta nueva era donde habremos creado a nuestros descendientes casi divinos.

Tal y como advierte Noah Harari: "*Los nuevos proyectos del siglo XXI (alcanzar la inmortalidad, la felicidad y la divinidad) también esperan servir a toda la humanidad. Sin embargo, debido a que estos proyectos aspiran a sobrepasar la norma, no a salvaguardarla, bien podrían derivarse de la creación de una nueva casta superhuma-*

30 Recordemos que los ricos a lo largo de nuestra historia siempre han tenido acceso privilegiado a beneficios tecnológicos frente a las masas, pero nunca ha beneficios que generen brechas biológicas enormes que los separe de los pobres. Sin embargo, en el futuro podríamos ver como ellos acceden a estos beneficios biológicos logrando abrir una brecha real en sus capacidades físicas y cognitivas que hagan de ellos una clase superior -ya no solo por razones económicas- por encima del resto de la sociedad.

31 Quien sabe que hacia el año 2100, el 1 por ciento más rico podría poseer no solo la mayor parte de la riqueza del mundo, sino también la mayor parte de la belleza, creatividad y salud del mundo.

na que abandone sus raíces liberales y trate a los humanos normales no mejor que los europeos del siglo XIX trataron a los africanos"[32].

En ese escenario, consideramos que el derecho a la igualdad es uno de los derechos humanos que más podría ponerse en peligro si es que no se hayan alternativas que lo logren proteger frente a los desafíos que la tecnología le plantea. Tal vez, no sean los políticos o abogados que tengan la solución a esta problemática, sino los científicos y emprendedores quienes diseñen alguna solución tecnológica para combatir esta desigualdad biológica global que se nos avecina. Veamos que nos pueden decir *Elonk Musk* o *Mark Zuckerberg* al respecto.

4.4. El derecho al trabajo

La inteligencia artificial tendrá un impacto trascendental para el derecho al trabajo que nos obligará a replantearnos su esencia o aspectos básicos[33]. En efecto, el dilema del derecho al trabajo en el siglo XXI será que hacer con todas las personas marginadas por los ordenadores cuánticos basados en inteligencia artificial, *¿Qué podremos hacer los humanos conscientes cuando tengamos algoritmos no conscientes, pero ultrainteligentes capaces de realizar casi todo con una perfección imposible de alcanzar por nosotros?*

Desde que aparecieron las máquinas estas solo competían con nuestra especie en capacidades físicas y bajo esa situación, las tares cognitivas siempre fueron realizadas por los humanos. En consecuencia, las máquinas quedaron a cargo de las tareas manuales -algo que por cierto nos benefició enormemente- mientras que los humanos nos encargamos de las tareas que requerían habilidades cognitivas. Pero, *¿Qué ocurrirá cuando los algoritmos sean mejores que nosotros recordando, analizando y reconociendo pautas?*[34] Si la inteligencia artificial comienza a reemplazar cada vez más a los humanos del mercado laboral y aparezca una elite minúscula que

32 Noah harari, Yuval. 2016. *Homo Deus. Breve historia del mañana*. Editorial Debate. Lima. P. 382

33 Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que: "*El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22º de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa*". (STC N.º No 2005-2009-PA, fundamento 3.3.1. Caso: EDGARD JORGE PERALTA ARAPA)

34 Noah Harari, Yuval. 2016. *Ob. Cit.* P. 350.

la controle, tarde o temprano se generará una desigualdad económica, política y social sin precedentes en la historia de nuestra civilización.

Y así, en este siglo XXI podremos asistir a una nueva y masiva clase no trabajadora que será como dice *Noah Harari*: *"(...) personas carentes de ningún valor económico, político o incluso artístico, que no contribuyen en nada a la prosperidad, al poder y a la gloria de la sociedad. Esta clase inútil no solo estará desempleada sino será inempleable."*[35] Es decir, ya no será la explotación el problema sino, ahora lo será la irrelevancia de las personas que se queden sin empleo. Sin embargo, el escenario puede no ser tan catastrófico, si recordamos que la IA no solo podrá destruir trabajos, sino que también los puede crear.

A nuestro parecer, la clave será olvidarnos de la estabilidad laboral -tal y como la conocemos- y concentrarnos ahora en la flexibilidad laboral, en donde la capacitación, la adaptación y la innovación permanentes serán fundamentales como parte del contenido básico o esencial del derecho al trabajo en su nueva reconfiguración en este siglo XXI.

4.5. El derecho a la educación

En la era de la tecnología, la ciencia y la innovación, que es la era del siglo XXI, el derecho a la educación[36] es uno de los derechos humanos más importantes para que los individuos y las sociedades en general no queden relegadas. Como siempre señalamos: Es la revolución educativa la clave para que los Estados logren el desarrollo.

Sin embargo, cabría preguntarnos: *¿Qué tipo de educación es la que se debe brindar para afrontar los grandes cambios que se avecinan para la humanidad*? En efecto, en la actualidad demasiadas escuelas y universidades se centran en aprender de memoria la información, algo que en el siglo XXI ya no será de utilidad, puesto que ahora con el internet estamos saturados de una cantidad de información mucha de la cual es trivial o falsa. En consecuencia, los seres humanos necesitan que se les

35 Noah Harari, Yuval. 2016. *Ob. Cit*. P. 357

36 Así el Tribunal Constitucional ha señalado que: "*El artículo 13 de la Constitución, establece que "[1]a educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana", mientras que el artículo 14, reconoce que, a través de ella, en general, se "promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte". El derecho a la educación es un derecho fundamental intrínseco y, a la vez, un medio indispensable para la plena realización de otros derechos fundamentales, por cuanto permite al ciudadano participar plenamente en la vida social y política en sus comunidades [Expediente 00091-2005-PA/TC, fundamento 6]. Atendiendo a ello, tiene un carácter binario, ya que no solo se constituye como un derecho fundamental, sino que se trata además de un servicio público*" (STC N.º No 00538-2019-PA/TC. Fundamentos 3 y 4. Caso: Juan Rafael Vilela Huamán).

enseña la capacidad de dar sentido a la información, la capacidad de interpretarla, entenderla y clasificarla entre lo que es y no es importante.

Al respecto, *Noah Harari* señala: "¿Qué tendríamos que enseñar? Muchos pedagogos expertos indican que en las escuelas deberían dedicarse a enseñar "las cuatros ces": pensamiento crítico, comunicación, colaboración y creatividad. De manera más amplia, tendrían que restar importancia a las habilidades técnicas y hacer hincapié en las habilidades de uso general para la vida. Lo más importante de todo será la capacidad de habérselas con el cambio, de aprender nuevas cosas y de mantener el equilibrio mental en situaciones con las que no estamos familiarizados. Para estar a la altura del mundo de 2050, necesitaremos no solo inventar nuevas ideas y productos sobre todo necesitaremos reinventarnos una y otra vez"[37].

Nosotros estamos de acuerdo plenamente con el profesor *Noah Harari*. En efecto, para sobrevivir en un mundo tan cambiante necesitamos mucha flexibilidad mental y equilibrio emocional: "*Aprender, desaprender y reaprender*", tendrán que formar parte del contenido esencial del derecho a la educación en el siglo XXI, sumados no solo al acceso a la educación, sino a la calidad de la misma. Hay que tener en cuenta que nos encontramos en una economía del conocimiento y como señala *Oppenheimer:* "*El mundo ha cambiado. Mientras en 1960 las materias primas constituían el 30 por ciento del producto bruto mundial, en la década del 2000 representaba apenas el 4 por ciento del mismo. El grueso de la economía mundial está en el sector servicios, que representa 68 por ciento y en el sector industrial, que representa 28 por ciento, según el Banco Mundial*"[38].

En ese sentido, en plena economía del conocimiento, es responsabilidad de los Gobiernos dar lineamientos claros a través de políticas públicas concretas de esta nueva forma de concebir y efectivizar el derecho a la educación para que los seres humanos puedan salir al nuevo mercado laboral tecnológico y puedan tener oportunidades dentro del mismo.

4.6. El derecho a la libertad de información

El derecho a la libertad de información es uno de los derechos más importantes dentro de las sociedades democráticas, pues constituye la garantía de las mismas[39].

---

37 Noah Harari, Yuval. 2018. *Ob. Cit*. P. 288.

38 Opppenheimer, Andrés. 2010. *¡Basta ya! La obsesión latinoamericana con el pasado y las 12 claves del futuro*. Editorial Debate. México. D.F. P. 8.

39 Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional señala: "*De allí que, aunque la Constitución no especifique el tipo de información que se protege, el Tribunal Constitucional considera que el objeto de esta libertad no*

Hoy en pleno siglo XXI, este derecho se enfrenta a un desarrollo sin precedentes, puesto que el flujo de información es inmenso como nunca antes lo ha sido. El auge de internet solo es una muestra de todo lo que está por llegar. El ciberespacio ha invadido nuestra vida cotidiana y el internet se ha convertido en una zona libre casi sin ningún tipo de control que muchas veces llega a atentar contra la seguridad de los Estados y la privacidad de las personas.

En ese sentido, *¿Qué pasara cuando el "flujo de información" sea indetenible y se llegue a un procesamiento de datos casi perfecto, denominado internet de las cosas*? *¿Quedaremos los humanos obsoletos?* La libertad de información, que constituye una de los ideales básicos de las sociedades liberales puede cambiar de manos, es decir, ya no será una libertad de información de los humanos, sino de la propia información contenida en los superordenadores. Y en ese contexto, nosotros los humanos no podremos restringir su movimiento ni controlar su circulación.

¿Acaso tendremos que fusionarnos con los datos para formar parte del flujo de los mismos? ¿La nueva libertad de información pasara de ser un derecho humano, a ser un pilar de una nueva religión denominada: Dataismo, o religión de los datos omnisciente y omnipotente? En el siglo XVIII, el humanismo dejo de lado a Dios al pasar de una visión teocéntrica del mundo a una visión homocéntrica del mismo. En el siglo XXI, el Dataismo podría dejar del lado a los humanos para pasar de una visión

---

puede ser otro que la información veraz. Desde luego que, desde una perspectiva constitucional, la veracidad de la información no es sinónimo de exactitud en la difusión del hecho noticioso. Exige solamente que los hechos difundidos por el comunicador se adecuen a la verdad en sus aspectos más relevantes. "La verdad, en cuanto lugar común de la información, puede entenderse como la adecuación aceptable entre el hecho y el mensaje difundido, la manifestación de lo que las cosas son. Se trata, pues, de la misma sustancia de la noticia, de su constitutivo. Por ello es un deber profesional del informador el respetar y reflejar la verdad substancial de los hechos" (Javier Cremades, "La exigencia de veracidad como límite del derecho a la información", en AA.VV. Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruíz Rico, T. I, Madrid 1999, p. 599). Las dimensiones de la libertad de información son: a) el derecho de buscar o acceder a la información, que no sólo protege el derecho subjetivo de ser informado o de acceder a las fuentes de información, sino, al mismo tiempo, garantiza el derecho colectivo de ser informados, en forma veraz e imparcial, protegiéndose de ese modo el proceso de formación de la opinión pública y, en consecuencia, no sólo al informante, sino también a todo el proceso de elaboración, búsqueda, selección y confección de la información. b) la garantía de que el sujeto portador de los hechos noticiosos pueda difundirla libremente. La titularidad del derecho corresponde a todas las personas y, de manera especial, a los profesionales de la comunicación. El objeto protegido, en tal caso, es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones. Por ello, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimas por quienes tienen la condición de sujetos informantes, forjadores de la opinión pública." (STC N.º No 0905-2001-AA/TC. Fundamentos 10 y 11. Caso: caja rural de ahorro y crédito de San Martin)

homocéntrica a una visión datacéntrica. Y el ser humano, el mundo y el universo se reducirá a datos e información ilimitada.

Mientras eso ocurra, el derecho a la libertad de información debe procurar que todos los seres humanos, sin excepción podamos tener acceso a la información, una información que debe procurar en la medida de lo posible ser veraz, aunque conforme el "flujo de datos" siga avanzando e imponiendo su control sobre el mundo, será más difícil distinguir las noticias falsas y las mentiras que los datos nos proporcionen, eso será una responsabilidad personal y una nueva forma de configurar nuestra posverdad[40] para esta era, aunque siempre los seres humanos nos hemos caracterizado por propalar una posverdad que nos ha ayudado a unirnos y cooperar *¿Podremos hacerlo ahora en el siglo XXI con el ciberespacio y el internet de las cosas?* El *Homo Sapiens* siempre ha creado su posverdad en base a ficciones, mitos y creencias. La incertidumbre gira en torno a cuáles serán los mitos y ficciones en la era de la IA y si es que servirá para unirnos o lo que es más peligroso: Eliminarnos o extinguirnos.

4.7. El derecho al olvido.

En agosto del presente año, nuestro Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia correspondiente al Expediente N.º 03041-2021-PHD/TC[41], reconoció el novísimo derecho al olvido en nuestro país[42].

---

40 La posverdad, conocida también como mentira emotiva, implica la distorsión de la realidad primando las emociones y las creencias personales frente a los datos objetivos. El término posverdad es un neologismo que se refiere a la distorsión deliberada de una realidad, manipulando creencias y emociones con el objetivo de influir en la opinión pública y en las actitudes sociales, tal y como lo define la Real Academia Española de la Lengua (RAE). El concepto de posverdad, también conocido como mentira emotiva, implica que los hechos objetivos tienen menos impacto que los argumentos emocionales y las creencias personales de la persona que construye un discurso con la finalidad de crear y modelar la opinión de las personas que le escuchan e influir en su conducta. En: https://www.unir.net/derecho/revista/que-es-la-posverdad/

41 Se trataba de una demanda de habeas data exclutorio interpuesta por una persona contra un grupo de empresas y personas dedicadas a la difusión de información.

42 En el año 2014 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoció el derecho al olvido a partir de la interpretación de un marco normativo relativo a la protección de datos personales. Con el paso del tiempo, muchos países de América Latina, incluyendo el Perú, han promulgado leyes que regulan el tratamiento de datos personales. La Dirección de Protección de Datos Personales del Perú, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N.º 29733, Ley de Protección de Datos Personales, ha reconocido el ejercicio del derecho al olvido y ha ordenado la desindexación de contenido de motores de búsqueda. En: https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/22113/21464

Este derecho garantiza la eliminación, supresión o retiro de información relacionada con datos personales que, usualmente vinculada con el nombre de la persona, es posible hallarse usando motores de búsqueda o sistemas informáticos que hayan estado disponibles al público por un determinado tiempo. Con este nuevo derecho se pretende conceder a quien se ve perjudicado por informaciones vetustas (que pueden haber sido ciertas en su momento) la posibilidad de evitar que esos datos puedan ser de conocimiento masivo, emulando la capacidad de olvidar propia de los seres humanos.[43]

Si bien en varios países -incluyendo el nuestro- este derecho se encuentra en pleno desarrollo en cuanto a su contenido y limitaciones, su reconocimiento es una necesidad indispensable porque, aunque el internet parezca ser un espacio democrático, en las sociedades actuales en la relación entre los procesadores y controladores de datos personales y los dueños de esos datos, existe una enorme asimetría de poder -que con la perfección de la IA se incrementara exponencialmente-. Esta asimetría de poder, podría ocasionar irreparables daños a otros derechos fundamentales tales como el honor, la autodeterminación, la imagen y la buena reputación, por el hecho de no poder solicitar o estar impedidos de pedir la remoción de nuestros datos. El derecho al olvido garantizaría la protección de los derechos de las personas gracias a que el usuario tendría un mayor control sobre sus datos personales.

4.8. Los neuro derechos

La biotecnología ha logrado con gran éxito la estimulación cerebral profunda mediante electrodos implantados en el cerebro para, por ejemplo, mejorar los síntomas de las personas que sufren de Parkinson o epilepsia. En ese sentido, existen ambiciosos proyectos como el *Neuralink* de *Elon Musk*, que va un paso más allá: su

43 En ese sentido, el Tribunal Constitucional señala: "*En cuanto al que suele denominarse derecho al olvido, sin perjuicio de ulteriores precisiones jurisprudenciales, puede afirmarse que este garantiza la eliminación, supresión o retiro de información relacionada con datos personales que, usualmente vinculada al nombre de la persona, es posible hallarse usando motores de búsqueda o sistemas informáticos que hayan estado disponibles al público por un determinado tiempo, y que, habiendo sido ajustada a la realidad en su oportunidad, como consecuencia de nuevas condiciones fácticas y/o jurídicas relevantes, ya no lo es o no lo es plenamente, de modo tal que su difusión, ahora de contenido abiertamente inexacto, genera un perjuicio al titular de la información, en particular, respecto al contenido de su derecho fundamental al honor y a la buena reputación (artículo 2, inciso 7 de la Constitución), respecto del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, inciso 1 de la Constitución) o, eventualmente, respecto de su derecho a la intimidad (artículo 2, inciso 7 de la Norma Fundamental)*" (STC N.º No 03041-2021-PHD/TC, fundamento 11. Caso: MIGUEL ARÉVALO RAMÍREZ)

objetivo es desarrollar una interfaz bidireccional capaz no solo de estimular partes del cerebro, sino también de recibir e interpretar las señales que provienen de él.

Una vez establecida esta conexión, y mediante el uso de inteligencia artificial, sería posible identificar emociones, controlar dispositivos o inducir estados. Algunos científicos consideran que una versión futura muy sofisticada de este sistema, u otro similar, podría leer los pensamientos de una persona, acceder a su memoria e, incluso, controlar ambos, lo que ven como un peligro potencial para la humanidad. El análisis de esta información por medio de técnicas de *big data* y la capacidad de influir en las personas proporcionaría herramientas para el llamado *neuromarketing*, induciendo a la realización de ciertas compras, algo que ya implica inmiscuirse en la toma de decisiones de las personas. Por ello, este tipo de tecnología también podría aplicarse a otros ámbitos más delicados, como la política, afectando al sentido del voto y vulnerando así derechos políticos como el derecho a elegir. Por estas razones los neuroderechos no son ciencia ficción del futuro, sino una necesidad real y presente.

Los neuroderechos[44] se pueden definir como un nuevo grupo de derechos humanos destinados específicamente a proteger el cerebro y su actividad a medida que se produzcan avances en neurotecnología. El concepto ha sido desarrollado por la plataforma *NeuroRights Initiative*[45], liderada por la Universidad de Columbia en Nueva York e impulsada por una comunidad internacional de neurocientíficos[46].

En los últimos años, la causa de los neuroderechos ha registrado avances en varios lugares del mundo. Chile fue el primer país del mundo en aprobar una modificación en su Constitución para incluir los derechos digitales y la protección de la "integridad mental" ante el avance de las neurotecnologías[47]. Muchos otros

44 La plataforma *NeuroRights Initiative* establece los siguientes cinco neuroderechos: ***Identidad personal, libre albedrio, privacidad mental, acceso equitativo y protección contra los sesgos***. En: https://neurorightsfoundation.org/

45 La *NeuroRights Initiative*, por su parte, ha propuesto una especie de juramento hipocrático, similar al que pronuncian los médicos en todo el mundo con el compromiso de proteger a sus pacientes, pero aplicado a las empresas. El fin es conseguir un compromiso para que los avances digitales no interfieran con los neuroderechos y ha puesto el foco en la aceptación de dicho juramento por parte de las principales tecnológicas del mundo, como Facebook o Google, entre otras. En: https://neurorightsfoundation.org/

46 En: https://www.iberdrola.com/innovacion/neuroderechos

47 En 2021 el Senado chileno aprobó por votación unánime un proyecto de ley que modifica la Constitución para proteger los derechos del cerebro o "neuroderechos". La Cámara de Diputados revisó y votó esta legislación en septiembre de este año.

países están adoptando los ciberderechos en un contexto de transformación digital con el objeto de que dicho proceso ponga a las personas en el centro[48].

Asimismo, con el auge de tecnologías como el *Metaverso*[49], los neuroderechos -como derechos-garantías- serán fundamentales para proteger a los seres humanos en una serie de aspectos que tengan que ver con sus libertades más inherentes, que, de lo contrario, quedarían violentadas irremediablemente con estas tecnologías que nos trasladarían a realidades virtuales alternas que nos posean a tal punto de hacernos olvidar de la verdadera realidad con todo lo que ello implica[50].

4.9. El derecho a la felicidad

Epicuro y los filósofos estoicos señalaban que no existe vida después de la muerte y por ende, la felicidad es el único propósito que se tiene en esta vida. De la misma forma, el filósofo ingles Jeremy Bentham, declaro que el bien supremo es "*la mayor felicidad para el mayor número*" por ello, el único objetivo del Estado y la sociedad es alcanzar la felicidad global.

---

48 Chile no es el único país que se ha inquietado por el vacío jurídico que rodea a las neurotecnologías. España, Estados Unidos, Francia y, más recientemente, Argentina ya han comenzado a estudiar el tema, e incluso las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos han puesto esfuerzos en ello.

49 El *Metaverso* es un mundo virtual, uno al que nos conectaremos utilizando una serie de dispositivos que nos harán pensar que realmente estamos dentro de él, interactuando con todos sus elementos. Será como realmente teletransportarse a un mundo totalmente nuevo a través de gafas de realidad virtual y otros complementos que nos permitirán interactuar con él. En cuanto al concepto preciso de metaverso por el que apuestan Facebook y otras empresas. La idea sería la de crear un universo paralelo y completamente virtual, al que podremos acceder con dispositivos de realidad virtual y realidad aumentada, de forma que podamos interactuar entre nosotros dentro de él, y desde fuera con el contenido que tenemos dentro. En: https://www.xataka.com/basics/que-metaverso-que-posibilidades-ofrece-cuando-sera-real

50 Piénsese en cómo es Internet ahora. Está lleno de comunidades virtuales, redes sociales a las que accedemos desde diferentes dispositivos. Interactuamos con más personas de forma virtual que de forma física. Pues el metaverso sería dar un paso más para estrechar el mundo físico y el virtual, mezclándolos ambos en un universo nuevo administrado por la empresa que consiga imponer su metaverso. En su visión, *Facebook* espera que el metaverso pueda ofrecer tantas oportunidades como el mundo físico real, con la posibilidad de crear nuestros propios avatares en él. También nos permitirá interactuar con personas que están físicamente lejos de una manera más realista, mirándonos a nuestros ojos virtuales y a nuestras gesticulaciones reproducidas por los sensores del casco de realidad virtual que llevemos. Podremos hablarnos, podremos pasear por mundos virtuales, y no importará desde dónde nos conectemos. Incluso podremos expresarnos como realmente nos sentimos que somos, y no cómo somos físicamente. En: https://www.xataka.com/basics/que-metaverso-que-posibilidades-ofrece-cuando-sera-real

Asimismo, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos del 04 de julio de 1776, señala: "Sostenemos como evidentes en sí mismas estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están **la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad**; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad. La prudencia, claro está, aconsejará que no se cambie por motivos leves y transitorios gobiernos de antiguo establecidos; y, en efecto, toda la experiencia ha demostrado que la humanidad está más dispuesta a padecer, mientras los males sean tolerables, que a hacerse justicia aboliendo las formas a que está acostumbrada. Pero cuando una larga serie de abusos y usurpaciones, dirigida invariablemente al mismo objetivo, evidencia el designio de someter al pueblo a un despotismo absoluto, es su derecho, es su deber, derrocar ese gobierno y proveer de nuevas salvaguardas para su futura seguridad y su felicidad".

Por largo tiempo, más que un derecho la felicidad ha sido un ideal. Pero, en el siglo XXI gracias a los avances tecnológicos, parece que se convertirá en un auténtico derecho que a través de la tecnología se podrá alcanzar. Puesto que, si se logra conseguir el tan anhelado derecho a la inmortalidad: ¿*Quién quisiera vivir eternamente en la desgracia*? La biología del *Sapiens* y nuestra evolución no ha diseñado nuestro cuerpo para una felicidad permanente o un placer constante, pero el uso de la tecnología aplicada a nuestra biología puede concretizar que la felicidad sea duradera y el placer acaso ilimitado. En ese sentido:

> Habrá que cambiar nuestra bioquímica y remodelar nuestro cuerpo y nuestra mente. Así que ya estamos trabajando en ello. Se puede debatir si es algo bueno o malo, pero parece que el segundo gran proyecto del siglo XXI (garantizar la felicidad global) implicara remodelar Homo sapiens para que pueda gozar del placer perpetuo.[51]

51 NOAH HARARI, Yuval. 2016. *Ob. Cit*. P. 55.

5. DICTADURAS DIGITALES. QUIÉN POSEE LOS DATOS POSEE EL PODER ¿EL FIN DE LA DEMOCRACIA?

> "El visualizar sociedades futuras nos obliga a cuestionar nuestra propia sociedad, buscando a través de un lente de tecnologías avanzadas que no existen hoy".
>
> Michio Kaku

Desde el surgimiento de la democracia liberal y el capitalismo económico[52], se ha dado por sentada la idea de que los seres humanos somos sujetos autónomos cuyo libre albedrio nos permite tomar decisiones de manera constante a lo largo de nuestra existencia. Pero cuando la IA pueda decidir por nosotros, la vida humana dejara de ser un drama de toma decisiones y en ese contexto, la democracia -que se basa en elecciones libres- y la economía de libre mercado tendrán ya poco o acaso ningún sentido. Por ello, *Yuval Harari* señala: "*Cuando la autoridad se transfiera de los humanos a los algoritmos, quizás ya no veamos el mundo como el patio de juegos de individuos autónomos que se esfuerzan para tomar las decisiones correctas. En lugar de ello, podríamos percibir todo el universo como un flujo de datos, concebir los organismos como poco más que algoritmos bioquímicos y creer que la vocación cósmica de la humanidad es crear un sistema de procesamiento de datos que todo lo abarque y después fusionarnos con él. Hoy en día ya nos estamos convirtiendo en minúsculos chips dentro de un gigantesco sistema de procesamiento de datos que nadie entiende en realidad*".[53]

En efecto, *¿Qué pasara cuando la IA logre ordenadores ultrainteligentes que sobrepasen las capacidades normales de un ser humano*? La autoridad podría cambiar de los humanos a los algoritmos. En ese sentido, así como la autoridad divina se encontraba legitimada por la religión o las creencias mitológicas y posteriormente, esto cambio cuando la autoridad dejo de ser divina para ser humana -y su legitimización fue dada por ideologías tan cultivadas como el liberalismo-, en esta era de la revolución tecnológica, la autoridad podría pasar a manos de las máquinas ultrainteligentes que no solo cambiarían las formas de gobierno tal y como las conocemos, sino afectarían a todo tipo de estructuras políticas muy seriamente.

---

52 Recordemos que en la política liberal es el individuo quien mejor sabe lo que le conviene y en la economía liberal es el cliente quien siempre tiene la razón. Ideas que surgen bajo la corriente de pensamiento liberal a finales del siglo XVIII y que se han extendido en gran parte del mundo y que se asumen como verdades irrefutables -en los aspectos políticos y económicos- delineando el derrotero de nuestra historia en los últimos dos siglos.

53 Noah Harari, Yuval. 2018. *Ob. Cit*. p. 78

En efecto el dataismo que derivara de la inteligencia artificial harán que los flujos de datos actuales serán confiados a los superordenadores, cuya capacidad excede en mucho a los cerebros humanos. Es decir: "*Los dataistas son escépticos en relación con el conocimiento y la sabiduría humanos, y prefieren poner su confianza en los datos masivos y los algoritmos informáticos*"[54]. Si esto ocurre, ya no serán los humanos, sino las máquinas ultrainteligentes quienes nos gobernarán a todo nivel. Con ello, la democracia podría estar en riesgo de desaparecer, puesto que muchas de sus instituciones inherentes como los partidos políticos, parlamentos, elecciones terminarían quedando obsoletas producto de que no van a poder procesar los datos con la suficiente rapidez y eficiencia.

Alvin Toffler hace 40 años ya había vislumbrado este futuro señalando la necesidad de restructurar nuestra sociedad y con ella, nuestras instituciones políticas: "*Por encima de todo, significa dar comienzo ya a este proceso de reconstrucción, antes de que una mayor desintegración de los sistemas políticos existentes haga salir a las calles a las fuerzas de la tiranía e imposibilite una transición pacífica a la democracia del siglo XXI. Si empezamos ahora, nosotros y nuestros hijos podemos tomar parte en la existente reconstitución, no solo de nuestras anticuadas estructuras políticas, sino también de la civilización misma*"[55].

De hecho, el poder ahora no solo estará en manos de los que poseen la riqueza y la fuerza, sino sobre todo de los que poseen el conocimiento. En un futuro muy cercano, la lucha por el poder evolucionará hacia la distribución -no solo de la riqueza- sino sobre todo del conocimiento y del control y acceso al mismo. Puesto que: "*Sino comprendemos como fluye el conocimiento y hacia quien lo hace, no podremos protegernos a nosotros mismos contra los abusos del poder ni crear esa sociedad, mejor y más democrática, que las tecnologías del mañana prometen*".[56]

Ante este futuro inevitable, la democracia como forma de gobierno se debe reconfigurar con urgencia, de esto depende la garantía y eficacia de los derechos humanos frente a los avances tecnológicos. De lo contrario, la tecnología, la inteligencia artificial y el dataismo arrasaran con la democracia constitucional, de forma tan brutal, tal y como un gigantesco sunami arrasaría una ciudad entera.

El profesor Salazar Ugarte con respecto a la relación entre democracia y constitucionalismo había señalado que: "*En realidad, si se quiere preservar a la*

54 Noah Harari, Yuval. 2016. *Ob. Cit*. p. 401

55 Toffler, Alvin. 1980. *La Tercera Ola*. Ediciones Plaza & Janes S.A. Bogotá. p. 290.

56 Toffler, Alvin. 1994. *Ob. Cit*. p. 44.

democracia, se debe aceptar que la legitimidad formal de las decisiones depende del respeto de algunos derechos fundamentales. La legitimidad democrática de una decisión siempre es una legitimidad formal, pero esta es solo viable cuando en el sistema constitucional se encuentran garantizados los derechos que sustentan a los procedimientos democráticos".[57] Consideramos, que en el siglo XXI ya no solo se debe hablar de una legitimidad democrática, sino de una legitimidad tecnológica que se base, al igual que la democracia, en los derechos humanos y/o fundamentales.

De lo contrario, las dictaduras digitales terminaran imponiéndose tarde o temprano, y con ello, todo el poder quedara concentrado en una minoría o en una elite pequeña -sea superhumana o artificial-, que al manejar los macrodatos y acceder a ellos, harán que la mayoría de las personas -humanos comunes y corrientes- terminen esclavizadas o en la irrelevancia absoluta.

Como diría *Onfray*: "*Las dictaduras de esos tiempos funestos harán que las dictaduras del siglo XX parezcan comedias ligeras. Google trabaja hoy en ese proyecto transhumanista. La nada es un destino cierto*".[58]

Nadie conoce de forma cierta que nos reserva el futuro, si todo lo que nos ofrece la tecnología y la inteligencia artificial pueda ser positivo o negativo para la humanidad. Lo que debemos hacer es prepararnos para lo que se viene, imaginando y buscando soluciones que generen nuevos modelos de proceso decisional que se apliquen a niveles nacionales y transnacionales. Por tanto, la responsabilidad del cambio nos incumbe a nosotros, y con ello también, la lucha por la democracia y nuestros derechos humanos.

6. ENTRE LA SINGULARIDAD Y EL OCASO: LA INCERTIDUMBRE DE UN FUTURO PRESENTE.

> "Si podemos evitar el desastre durante los dos próximos siglos, nuestra especie estaría a salvo extendiéndose por el espacio (...) Y, en cuanto establezcamos colonias independientes, todo nuestro futuro estará a salvo".
>
> Stephen Hawking

57 Salazar Ugarte, Pedro. 2006. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. Fondo de Cultura Económica. México D.F. p. 268

58 Onfray. Michael. *Decadencia. Vida y muerte de Occidente*. 2018. Editorial Paidós. Barcelona. P. 563.

El destacado historiador *Ian Morris* señala que el siglo XXI está marcado por una carrera entre la singularidad y el crepúsculo. En efecto, señala que:

> O bien iniciamos pronto -quizás antes del 2050- una transformación más profunda que la revolución industrial, que puede que convierta la mayoría de nuestros problemas actuales en irrelevantes, o nos tambaleamos hacia un hundimiento como no se ha visto antes (...) Eso quiere decir que los próximos cuarenta años serán los más importantes de la historia. Lo que tiene que hacer el mundo para evitar el crepúsculo no es ningún secreto. La principal prioridad es evitar una guerra nuclear total, y la forma de hacerlo es que las grandes potencias reduzcan sus armas nucleares[59].

Si bien el mundo marcha inevitablemente hacia la multipolaridad, ya no basta con apelar en el sistema internacional a lo que en la Guerra fría se señalaba para frenar cualquier intento del uso de la fuerza militar a gran escala: "*La destrucción mutua asegurada*".

En el mundo actual en medio de la globalización, la competitividad en la esfera política, económica y social se ha vuelto despiadada, aunque busquemos disimularla o negarla. Asimismo, los innumerables problemas que afronta la humanidad no solo son la amenaza de una guerra nuclear -como señala el profesor *Morris*-, sino también son amenazas latentes y problemas que requieren soluciones urgentes: El cambio climático, los Estados fallidos, la migración, la hambruna, las enfermedades, la escases de recursos básicos, el terrorismo y la delincuencia en todas sus modalidades.

Si bien, nunca antes en la historia como hoy existen normas e instituciones de alcance local, regional y mundial para detener la violencia que se puede derivar de todas estas amenazas, no es para nada errado señalar que en los últimos años la violencia en todos sus ámbitos ha crecido enormemente rebalsando todos los mecanismos ideados por el ser humano para detenerla y evitar nuestra autodestrucción.

¿Qué podemos aprender de la historia? El rumbo de la historia, como dice el geógrafo y escritor *Jared Diamond*, es demasiado complicado, puesto que es consecuencia de demasiadas variables independientes incontrolables y cambios imprevisibles como para que podamos aprender nada del pasado[60].

---

59 Morris, Ian. 2010. *¿Por qué manda Occidente... por ahora? Las pautas del pasado y lo que revelan sobre nuestro futuro*. Editorial Ático del Libro. Barcelona. P. 693.

60 Diamond, Jared. 2019. *Crisis. Como reaccionan los países en los momentos decisivos*. Editorial Debate. Barcelona. P. 479.

Frente a esto el auge de la tecnología sin precedentes, puede convertirse en una amenaza que pueda activar y repotenciar todas las demás. Somos como niños aprendiendo a jugar ajedrez, pero como dice *Gribbin*: "*Estamos justo comenzando a hacer nuestros primeros intentos de jugar, con inventos tales como la ingeniería genética y la inteligencia artificial. Quién sabe lo que nos podrá deparar el futuro durante los próximos cinco siglos, por no hablar de los próximos cinco milenos*"[61]. Claro, siempre y cuando, los seres humanos pasemos la singularidad y no caigamos en el ocaso que provoque nuestra extinción.

En ese sentido, compartimos plenamente lo señalado por *Alvin Toffler*:

> (...) Pero el tiempo apremia. No podemos permitirnos el lujo de lanzarnos a ciegas hacia el superindustrialismo. La política de control de la tecnología provocara graves conflictos en los días venideros. Pero con conflictos o sin ellos, la tecnología tiene que ser domesticada si queremos controlar el impulso acelerador. Y el impulso acelerador debe ser controlado si queremos evitar el "shock" del futuro.[62]

Las estructuras políticas tradicionales, deben reconfigurarse para estar a la altura de los retos que plantean los avances tecnológicos. Las actuales no servirán para procesar los macrodatos y la información a gran escala y la humanidad debe asumir el reto de modificarlas o en su caso crear instituciones políticas nuevas que puedan salvaguardar la democracia y, por ende, a los derechos humanos.

El reto será dominar la tecnología y no que ella nos termine dominando a nosotros, he ahí la clave y el nuevo dilema que le espera a la humanidad. Por ende, nos queda claro que el control y el acceso a la tecnología, al conocimiento y a la información serán el punto crucial en la lucha por el poder en el mundo y que se entablará en cada una de las instituciones -políticas, sociales, jurídicas, económicas, etc.- creadas por el hombre. Este constituye el peligroso, pero a su vez, excitante cambio al cual nos enfrentamos, cuyas consecuencias podemos vislumbrar, pero de ninguna manera, asegurar o determinar de forma inequívoca.

Los humanos seremos testigos de cosas con las cuales nadie en el pasado de nuestra civilización se topó, como maquinas superinteligentes, cuerpos modificados por la tecnología, algoritmos que pueden manipularnos con precisión y enormes

---

61 Gribbin, John. 2002. *Historia de la Ciencia. 1543-2001*. Grandes Obras de la cultura. Barcelona. P. 498.

62 Toffler, Alvin. 1993. *El shock del futuro*. Ediciones Plaza & Janes S.A. Barcelona. P. 470

cantidades de información que no podremos asimilarla ni entenderla toda. Allí, cobraran real dimensión las preguntas *¿Quiénes somos?* de manera general; y, *¿Quién soy?*, de manera particular.

En la actualidad, es preciso recordar y sobre todo ser consciente -ahora más que nunca- de lo que *Anna Pintore* señaló: "*Nada puede resguardar a la humanidad de la locura o del suicidio*"[63].

Por nuestra parte, queremos brindar una reflexión final: No se puede cerrar la llave del progreso tecnológico, esto es irreversible. Pero para evitar cualquier futuro apocalíptico, que nos pueda poner fin como especie y con ella a instituciones tan valiosas como la democracia y los derechos humanos, debemos comenzar a poner énfasis a nuestro desarrollo espiritual, que es nuestra esencia como seres humanos, y de esta forma, podremos salvaguardar nuestra humanidad de cualquier avance tecnológico. Las máquinas por muy inteligentes que puedan llegar a ser, no tienen ni tendrán conciencia -al menos en un futuro cercano- y eso hará que los humanos sigamos siendo diferentes y únicos. Como diría *Nietzsche*: "*El hombre es algo que debe ser superado",* si pero para bien, de lo contrario, será el causante de su propia destrucción. Por tanto, por encima de cualquier mejora material, y más allá de cualquier despertar de las máquinas, es hora de despertar lo más importante y que hemos dejado a un lado: Nuestro despertar espiritual, a través del cual nunca perderemos nuestra esencia humana.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Bostrom, Nick. 2014. *Superinteligencia: caminos peligros, estrategias*. Teell Editorial.

Darwin, Charles. 2014. *El Origen de las Especies*. Editorial Biblok. Madrid.

Diamond, Jared. 2019. *Crisis. Como reaccionan los países en los momentos decisivos*. Editorial Debate. Barcelona.

Gribbin, John. 2002. *Historia de la Ciencia. 1543-2001*. Grandes Obras de la cultura. Barcelona.

Huxley, Aldous. 2020. *Un mundo feliz*. Editorial Edisur. Santiago de Chile.

Kaku, Michio. 2019. *El futuro de la humanidad. La colonización de Marte, los viajes interestelares, la inmortalidad y nuestro destino más allá de la Tierra*. Editorial Debate. Barcelona.

Linares Quintana, Segundo. 1977. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Argentino y comparado*. Tomo I. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires.

63 PINTORE, Anna. 2003. *El derecho de la democracia*. Laterza, Roma- Bari, P. 129.

Manes, Facundo y Niro, Mateo. 2019. *El cerebro del futuro. ¿Cambiara la vida moderna nuestra esencia?* Editorial Planeta. Barcelona.

Morris, Ian. 2010. *¿Por qué manda Occidente... por ahora? Las pautas del pasado y lo que revelan sobre nuestro futuro*. Editorial Ático del Libro. Barcelona.

Nietzsche, Friedrich. 2014. *Así hablo Zaratustra*. Editorial Gredos. Barcelona.

Noah Harari, Yuval. 2013. *Sapiens. De animales a Dioses. Una breve historia de la humanidad*. Editorial Debate. Lima.

Noah Harari, Yuval. 2016. *Homo Deus. Breve historia del mañana*. Editorial Debate. Lima.

Noah Harari, Yuval. 2018. *21 Lecciones para el siglo XXI*. Editorial Debate. Lima.

Onfray. Michael. *Decadencia. Vida y muerte de Occidente*. 2018. Editorial Paidós. Barcelona.

Opppenheimer, Andrés. 2010. *¡Basta ya! La obsesión latinoamericana con el pasado y las 12 claves del futuro*. Editorial Debate. México D.F.

Parra, Sergio y Torrens, Marc. 2017. *La Inteligencia Artificial. El camino hacia la ultrainteligencia*. Colección: Ciencia y cerebro. National Geographic. México.

Pintore, Anna. 2003. *El derecho de la democracia*. Laterza, Roma- Bari.

Sagan, Carl. 2021. *Los Dragones del Edén. Especulaciones sobre la evolución de la inteligencia humana*. Editorial Critica. Barcelona.

Salazar Ugarte, Pedro. 2006. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. Fondo de Cultura Económica. México D.F.

Toffler, Alvin. 1980. *La Tercera Ola*. Ediciones Plaza & Janes S.A. Bogotá.

Toffler, Alvin. 1993. *El shock del futuro*. Ediciones Plaza & Janes S.A. Barcelona.

Toffler, Alvin. 1994. *El cambio de poder*. Ediciones Plaza & Janes S.A. Barcelona.

Páginas webs consultadas:

https://expansion.mx/tecnologia/2022/04/01/que-es-un-cyborg#:~:text=En%20sentido%20estricto%2C%20cyborg%20es,de%20relacionarse%20con%20el%20mundo.

https://www.bbc.com/mundo/noticias-42751366

https://hardzone.es/reportajes/que-es/ordenador-cuantico/

https://www.netapp.com/es/artificial-intelligence/what-is-artificial-intelligence/

https://profile.es/blog/que-es-un-algoritmo-informatico/

https://massive.io/es/transferencia-de-archivos/cuanto-es-un-terabyte/#what

https://neurorightsfoundation.org/

https://www.oxfam.org/es/notas-prensa/los-milmillonarios-del-mundo-poseen-mas-riqueza-que-4600-millones-de-personas

https://www.profesionalreview.com/2018/04/01/que-es-la-ley-de-moore-y-para-que-sirve/

https://neurorightsfoundation.org/

https://www.iberdrola.com/innovacion/neuroderechos

https://www.xataka.com/basics/que-metaverso-que-posibilidades-ofrece-cuando-sera-real
https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/22113/21464
https://www.unir.net/derecho/revista/que-es-la-posverdad/

Jurisprudencia consultada:

STC N.º 01535-2006-PA. Caso: Empresa de Transportes Turismo Imperial S.A.
STC N.º 2005-2009-PA. Caso: ONG "Acción de Lucha Anticorrupcion".
STC N.º 2868-2004-PA. Caso: José Antonio Álvarez Rojas.
STC N.º 00009-2007-PI/TC.
STC N.º 2005-2009-PA. Caso: Edgard Jorge Peralta Arapa.
STC N.º 00538-2019-PA/TC. Caso: Juan Rafael Vilela Huamán.
STC N.º 0905-2001-AA/TC. Caso: Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martin.
STC N.º 03041-2021-PHD/TC. Caso: Miguel Arévalo Ramírez.

LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Mecanismos de supervisión y retos en la jurisprudencia del TC*

María Candelaria QUISPE PONCE**

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Concepto y características de las sentencias estructurales. **3**. Sentencias estructurales en materia de derechos sociales (DESCA). 3.1. Sentencia estructural recaída en el Expediente N.º 00853-2015-PA/TC: ECI sobre la disponibilidad y accesibilidad a la educación de personas del ámbito rural en situación de extrema pobreza. 3.2. Sentencia estructural recaída en el Expediente N.º 00853-2015-PA/TC: ECI sobre la situación de salud mental de las personas que se encuentran internadas en los establecimientos penitenciarios del Perú. 3.3. Sentencia estructural recaída en el Expediente N.º 03383-2021-PA/TC: ECI sobre la vulneración masiva del agua y la contaminación ambiental en la Región de Loreto. **4.** Órdenes impartidas por el tribunal constitucional en las sentencias estructurales. 4.1. En la sentencia estructural emitida en el expediente. N.º 00853-2015-PA/TC (Caso Fernández Cieza) el Tribunal Constitucional, establece las siguientes órdenes. 4.2. En la sentencia estructural emitida en el expediente. N.º 04007-2015-PHC/TC (Caso M.H.F.C) el Tribunal Constitucional. **5.** Supervisión de cumplimiento de las sentencias estructurales del TC. **6.** A modo de conclusión.

PRELIMINARES

El presente trabajo, elaborado en el marco del proyecto de investigación Análisis de los Tribunales Constitucionales y su situación en el S. XXI, examina la naturaleza

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación "Análisis de los Tribunales Constitucionales en el S. XXI (E24020122) del Grupo de Investigación "Domingo García Belaúnde" (GIDPDGB) de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

** Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Docente ordinaria de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, docente principal de la Academia de la Magistratura. Investigadora del Grupo de Investigación "Domingo García Belaúnde" (GIDPDGB) de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

de las sentencias estructurales emitidas por el Tribunal Constitucional del Perú, con especial énfasis en aquellas que declaran un Estado de Cosas Inconstitucional en el ámbito de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). A partir del análisis de la Resolución Administrativa 179-2022-P/TC y de la jurisprudencia reciente, se evalúa si estas decisiones mantienen su carácter estructural al haberse suprimido el sistema de supervisión de cumplimiento y delegarse esta función a la Defensoría del Pueblo. El estudio identifica los elementos esenciales que caracterizan a las sentencias estructurales —violaciones sistemáticas de derechos, afectación colectiva, bloqueo institucional, órdenes complejas dirigidas a múltiples entidades y fase de supervisión posterior— y determina en qué medida la ausencia de seguimiento por parte del propio Tribunal Constitucional afecta su eficacia y clasificación jurídica.

1. INTRODUCCIÓN

América Latina es la Región más desigual del planeta (Clacso, 2023). Así pues, los dramas políticos, económicos, sociales y ambientales de esta Región exigen de todos los actores una vocación transformadora (Roa, 2020). En este escenario, uno de los fenómenos jurídicos más importantes –y, ciertamente, polémicos– registrados en la historia reciente de la justicia constitucional es la emisión de «sentencias estructurales». Una modalidad atípica de sentencias en las que los Tribunales o Cortes Constitucionales van más allá de la resolución del caso concreto y procuran corregir violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos fundamentales, ordenando a las autoridades el diseño y la implementación de políticas públicas (Gutierrez, 2018).

El origen de las «sentencias estructurales» se sitúa en la Corte Suprema de los Estados Unidos que, en 1954 emitió el emblemático fallo Brown vs. Board of Education[1]. Desde la Corte Warren, se han trasladado a las Altas Cortes de distintas tradiciones jurídicas, regiones y países. En ese entendido, si bien la Corte Constitucional de Sudáfrica, la Corte Suprema de la India y la Corte Constitucional de Colombia son referentes a escala global (Cruz, 2019; López, 2021), su uso también se ha extendido al ámbito supranacional: Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos, y prácticamente a todas las Cortes Constitucionales de los países de América Latina. Perú, no es la excepción.

1 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 17 de mayo de 1954, caso 347 U.S. 483 (1954), asunto Brown vs. Board of Education.

En efecto, el Tribunal Constitucional del Perú desde hace aproximadamente dos décadas ha enfrentado las controversias sobre violaciones sistemáticas y masivas de los derechos fundamentales, a través de la emisión de «sentencias estructurales». Un caso paradigmático en ese sentido es la sentencia recaída en el Expediente N.º 02002-2006-PC/TC, que aborda el problema de contaminación ambiental, y afectación de la salud e integridad de los habitantes de la Oroya[2]. Asimismo, –inspirada en la Corte Constitucional de Colombia–, desde 2004 ha adoptado la técnica del Estado de Cosas Inconstitucional. (En adelante, ECI)[3].

El objetivo del presente trabajo es realizar un breve análisis de la **fase de supervisión de cumplimiento** de las órdenes impartidas por el Tribunal Constitucional en las sentencias estructurales en las que ha declarado la existencia de un *Estado de Cosas Inconstitucional*, fundamentalmente, en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). Desde esta óptica, el trabajo se divide en tres partes. En la primera, se aborda el concepto y las características de las sentencias estructurales. En la segunda, se hace una breve referencia a tres sentencias estructurales, destacando las órdenes impartidas por el Tribunal Constitucional. En la tercera parte, se aborda el problema de la supervisión de cumplimiento de las sentencias estructurales en el contexto actual.

2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES

Gutiérrez Beltrán, en su libro *El amparo estructural de los derechos,* publicado en 2018 por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), presenta tres elementos que permiten conceptualizar estos fallos. El autor sostiene que, en síntesis, las sentencias estructurales:

2 Los demandantes solicitaban que el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental cumplan con los siguientes mandatos: diseñar e implementar una "estrategia de salud pública de emergencia" que permita mitigar y remediar el estado de salud de los pobladores; declarar el "estados de alerta", y el establecimiento de "programas de vigilancia epidemiológica y ambiental. Agotada la vía interna, los pobladores de la Oroya recurrieron al sistema internacional, que dio lugar a la emisión de la sentencia: Corte IDH. Caso Habitantes de La Oroya vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2023.

3 El primer caso en el que el Tribunal Constitucional declara un ECI es un proceso de hábeas data. Sentencia recaída en el Exp. N.º 02579-2003-HD/TC, sobre la vulneración del derecho de acceso a la información pública. Se encuentra disponible en: https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.pdf

> "Son decisiones judiciales que procuran remediar violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos de los ciudadanos ordenando a las autoridades el diseño y la implementación de políticas públicas. Los tribunales que hacen uso de ellas pretenden restablecer los derechos de nutridos grupos sociales cuyos intereses no han sido protegidos por las autoridades. Se trata, por lo general, de colectividades socialmente marginadas que no cuentan con una representación política adecuada y que enfrentan graves problemas sociales que no consiguen ingresar en la agenda política" (Gutiérrez, 2018, p. 28).

Estos tres elementos importantes son claramente identificables en una de las últimas sentencias estructurales emitidas por el Tribunal Constitucional: la Sentencia recaída en el Expediente N.º 03383-2021-PA/TC, publicada en agosto de 2023, en la que se declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la región Loreto por: (i) la vulneración masiva del **derecho al agua** potable debido a la falta de acceso a la red de agua y al sistema de alcantarillado, en especial respecto de sectores en situación de pobreza; y (ii) ***la contaminación ambiental*** detectada y la subsecuente vulneración de otros derechos fundamentales –tales como a la salud, la vida, el bienestar, la vivienda, entre otros– como consecuencia de la falta de acopio y gestión de los residuos sólidos y la falta de tratamiento de las aguas residuales.

En este caso, el Tribunal Constitucional precisa –fundamento 149 de la ejecutoria– que, las "vulneraciones iusfundamentales que han sido determinadas en esta sentencia denotan un problema estructural, arraigado en el tiempo, a la par que masivo." (primer elemento). Reconoce que, dada la amplitud de contenido, requieren actuaciones de diferentes entidades, niveles de coordinación, planificación, programación y presupuesto (...). (segundo elemento). Finalmente, los demandantes representan a las personas que viven en los asentamientos humanos: Iván Vásquez y 21 de septiembre –en los que no cuentan con acceso al agua potable, a la red de alcantarillado y a diversos servicios públicos básicos–, se trata de comunidades que viven en situación de pobreza (tercer elemento).

Como se advierte, a diferencia de los fallos típicos de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, en los que se dispone la protección individual y concreta de los derechos subjetivos vulnerados, los efectos de las sentencias estructurales no se limitan a las partes intervinientes, sino se expanden a una gran cantidad de personas que se encuentran en la misma situación, por ejemplo, los efectos de la sentencia señalada *supra* se extiende a toda las personas de la Región de Loreto afectada por la falta de acceso al agua potable; por la falta de

acopio y gestión de los residuos sólidos; y, por la falta de tratamiento de las aguas residuales, así no hayan sido parte en el proceso. Para el Tribunal Constitucional, "se trata, en suma, de extender los alcances *inter partes* de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas" (STC N.º 02579-2003-HD/TC, fundamento 19). De ahí la relevancia de esta modalidad de fallos.

A partir de estos elementos básicos, en la doctrina (López, 2021; Gutiérrez, 2018) existe cierto consenso en sostener que las principales características de las sentencias estructurales son las siguientes: (i) el proceso constitucional parte de la existencia de una violación reiterada y sistemática de derechos fundamentales; (ii) sus efectos involucran un gran número de personas, y no solo aquellas que intervinieron en el proceso; (iii) el origen de la violación de los derechos suele situarse en un bloqueo institucional; (iv) la complejidad de las órdenes impartidas en la sentencia involucra a varias instituciones públicas; y, (v) la emisión de la sentencia en vez de dar por concluido el proceso judicial da inicio a una fase subsiguiente durante la cual se evalúa el cumplimiento de las órdenes impartidas.

Las sentencias estructurales emitidas por el Tribunal Constitucional están revestidas de las precitadas características. A título de ejemplo se puede citar la emblemática sentencia emitida en el Expediente N.º 00889-2017-PA/TC, en la que se declara la existencia de un estado de cosas inconstitucional por la ausencia de una efectiva vigencia del derecho a que el Estado se comunique oficialmente también en lenguas originarias, en las zonas del país donde ellas son predominantes, tal como lo exige el artículo 48 de la Constitución y la ley de lenguas.

En este caso, la demandante, es una mujer quechuablante y analfabeta, que se desempeñaba como comerciante ambulante en la vía pública (venta de helados). Contexto en el que la Municipalidad de Carhuaz le hace firmar un documento en el que –sin conocer su contenido– aceptaba la restricción del horario de venta de sus productos. El documento en cuestión estaba enteramente redactado en castellano. La municipalidad no tuvo consideración que se trataba de una mujer cuyo idioma natural era el quechua.

El Tribunal Constitucional afirma contundentemente que, en el Perú "hablar una lengua indígena u originaria era motivo de discriminación" y que, con base en prejuicios y estereotipos, existe una asociación entre su uso y una minusvaloración de la persona que busca comunicarse a través de ella" (fundamento 21). Precisa,

asimismo, que cuando el uso del propio idioma es un medio indispensable para el ejercicio de otros derechos, esta **discriminación estructural** impide superar una serie de brechas sociales relacionadas con el acceso a salud, educación, trabajo, etc. (fundamento 22).

El Tribunal pone de relieve que el quechua es una lengua originaria predominante en la provincia de Carhuaz, por lo que la Municipalidad al no comunicarse con los ciudadanos en la lengua oficial (quechua) ha violado el artículo 48 de la Constitución[4]. La violación del derecho al uso del propio idioma afecta de manera reiterada y sistemática, no solo a la demandante del caso, sino a un número significativo de personas que se encuentran en la misma situación. Así, Al declarar la existencia de un ECI, establece órdenes –con cierta complejidad– que involucra a varias instituciones:

En primer lugar, dispone que el Ministerio de Educación, en un plazo no mayor a 6 meses contado a partir de la fecha de publicación de esta sentencia, en coordinación con el Ministerio de Cultura, el Instituto Nacional de Estadística e Informática, los Gobiernos Regionales y las organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios elabore y publique el Mapa Etnolingüístico del Perú, a efectos de que se determine qué lenguas originarias y en qué zonas del país resultan predominantes y, por ende, también oficiales.

En segundo lugar, dispone que todas las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos que circunscriben su ámbito funcional de acción a la provincia de Carhuaz, departamento de Ancash, **oficialicen también el uso de la lengua quechua,** a más tardar en un plazo de 2 años contados a partir de la publicación de esta sentencia. La Municipalidad Provincial de Carhuaz tiene el deber de informar cada cuatro meses al Tribunal Constitucional acerca de los avances en relación con esta orden.

En tercer lugar, mediante acuerdo del Pleno del TC de fecha 21 de mayo de 2020, se dispuso someter este caso al procedimiento de supervisión de cumplimiento de sentencias del TC, regulado por la –entonces vigente– Resolución Administrativa 065-200-P/TC, y se llevó a cabo audiencias de supervisión.

4 El artículo 4 de la Constitución del Perú, prescribe lo siguiente: "Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley".

3. SENTENCIAS ESTRUCTURALES EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES (DESCA)

En este epígrafe se hará referencia a tres sentencias estructurales, en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), en las que el Tribunal Constitucional ha declarado la existencia de un Estado de Cosas Inconstitucional (ECI).

Tipo de proceso	Fecha de publicación	Derechos vulnerados	Número órdenes dispuestas	Supervisión de cumplimiento
Proceso de amparo Exp. N.º 00853-2015-PA	18/09/2017	Derecho a la educación (Caso Cieza Fernández)	3	Se ha dispuesto SC por el propio TC
Proceso de hábeas corpus Exp. N.º 04007-2015-PHC	16/09/2019	Derecho a la salud (Caso M.H.F.C.)	5	Se ha dispuesto SC por el propio TC
Proceso de amparo Exp. N.º 03383-2015-PA	11/08/2023	Derecho al medio ambiente, al agua, a la vida, a la salud, a la integridad física, a la vivienda, a acceder a servicios públicos y al bienestar. (Caso Navarro Sajami y otros)	1	Se ha dispuesto SC por la Defensoría del Pueblo

3.1. Sentencia estructural recaída en el Expediente N.º 00853-2015-PA/TC: ECI sobre la disponibilidad y accesibilidad a la educación de personas del ámbito rural en situación de extrema pobreza.

En este caso, dos mujeres jóvenes (de 18 y 19 años) interponen una ***demanda de amparo*** solicitando que se les reconozca su derecho a estudiar en el primer año de educación secundaria en una institución educativa de modalidad básica regular de su caserío (situado a una hora y media de camino desde el lugar donde viven).

Las demandantes alegan que se ha vulnerado su derecho a la educación al no permitirles matricularse en la Institución Educativa 16957, por razón de su edad. Afirman que en su caserío no existe ningún centro de educación básica alternativa secundaria (CEBA) –que, por su edad les correspondería–, y que, la opción más cercana está a una distancia de cuatro horas: dos horas de caminata y dos horas de viaje en movilidad de ida (el mismo tiempo de retorno), lo que hace imposible su asistencia diaria. Esa es la razón por la que se vieron obligadas a matricularse en la IE 16957.

Al analizar la controversia, el Tribunal Constitucional advierte –con base en la data elaborada por el Ministerio de Educación– que la situación las demandantes

es representativa de un sector importante de la población que pertenece al ámbito rural y se encuentra en situación de pobreza. En consecuencia, decide declarar la existencia de un ECI respecto de la disponibilidad y accesibilidad a la educación de las personas en extrema pobreza del ámbito rural.

El Tribunal Constitucional reitera que, a través del ECI se extiende los alcances *inter partes* de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas. Es decir, a otras personas ajenas al proceso que se encuentran en la misma situación.

3.2. Sentencia estructural recaída en el Expediente N.º 00853-2015-PA/TC: ECI sobre la situación de salud mental de las personas que se encuentran internadas en los establecimientos penitenciarios del Perú.

En este caso, la madre de un interno del Establecimiento Penitenciario de Lurigancho, interpone una demanda de ***hábeas corpus*** a favor de su hijo de iniciales M.H.F.C., solicitando su traslado a un centro psiquiátrico. Alega que, a la fecha, su hijo sufre de esquizofrenia psicosis paranoide que lo ha llevado a descuidar su persona y a desconocer a su familia, razón por la que solicita que sea trasladado e internado en un nosocomio en el que reciba tratamiento médico especializado.

Al analizar la controversia, el Tribunal Constitucional advierte que la situación de M.H.F.C., es representativa de todo un grupo de personas que, estando internadas en alguno de los establecimientos penitenciarios del país, tienen problemas de salud mental y aún no han sido diagnosticadas ni han recibido tratamiento. Ello, debido a que los centros de reclusión que administra el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) no cuentan con infraestructura ni médicos especialistas en psiquiatría que atiendan a los internos que demandan este servicio, tampoco cuentan con especialistas en psicología clínica.

Precisa que, esta grave situación exige que el Tribunal Constitucional expida una sentencia que contribuya a remediar una generalizada y sistemática violación del derecho fundamental a la salud de las personas internadas en establecimientos penitenciarios, ordenando a las respectivas autoridades (INPE, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Salud, Ministerio de Economía y Finanzas, y Poder Legislativo), la elaboración y ejecución efectiva de un sistema penitenciario de salud mental. En consecuencia, declara la existencia de un ECI respecto de la falta de diagnóstico y tratamiento de salud mental de las personas que se encuentran internadas en los establecimientos penitenciarios del país.

3.3. Sentencia estructural recaída en el Expediente N.º 03383-2021-PA/TC: ECI sobre la vulneración masiva del agua y la contaminación ambiental en la Región de Loreto.

En este caso, representantes de dos asentamientos humanos del distrito de Punchana, provincia de Maynas, interponen una demanda de amparo contra el Gobierno Regional, la Dirección Regional de Salud, la Municipalidad y la Red Asistencial de EsSalud (entidades de la Región de Loreto). Alegan la violación de sus derechos fundamentales al agua, a la salud, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, a la educación y al trabajo, generados por la inacción de las autoridades, traducidas en: (i) la ausencia de prestación de los servicios públicos esenciales de agua potable y alcantarillado; (ii) la ausencia de un sistema para el tratamiento de los vertimientos sólidos arrojados de forma ininterrumpida por el camal municipal y el Hospital EsSalud sobre cuerpos de agua en el distrito de Punchana; (iii) la ausencia de prestación del servicio público de recojo de basura; y (iv) la presencia de un grado elevado de enfermedades infecto-contagiosas causadas por las condiciones de vida insalubres, que afectan a poblaciones vulnerables, tales como niños, niñas, mujeres en estado de gravidez y adultos mayores.

Al analizar la controversia, el Tribunal Constitucional advierte –con base en informes de instituciones públicas y privadas, y diversos actuados– que la vulneración de los derechos excede, con creces, a los hechos analizados en el caso concreto. Estima que las vulneraciones iusfundamentales que han sido determinadas en esta sentencia denotan un problema estructural, arraigado en el tiempo, a la par que masivo –presente en diferentes comunidades, de la Región de Loreto, en especial, en aquellas en situación de pobreza–. En efecto, las aguas servidas que circulan por los asentamientos humanos demandantes desembocan en el río Nanay y éste, a su vez, en el río Amazonas.

Precisa que, esta grave situación cuya reversión requiere de la intervención de varias entidades, exige que el Tribunal Constitucional declare la existencia de un ECI en torno a la vulneración masiva del derecho al agua potable; la contaminación ambiental –y la subsecuente vulneración de otros derechos fundamentales, como la salud, la vida, el bienestar, la vivienda, entre otros– como consecuencia de la falta de acopio y gestión de los residuos sólidos, y de la falta de tratamiento, o el tratamiento defectuoso, de las aguas residuales.

4. ÓRDENES IMPARTIDAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES

La complejidad de las órdenes impartidas en las sentencias estructurales constituye una de las notas características de este tipo de fallos, en ese orden de ideas, enseguida se presentan las órdenes dispuestas por el Tribunal Constitucional en las tres sentencias materia de análisis:

4.1. En la sentencia estructural emitida en el expediente. N.º 00853-2015-PA/TC (Caso Fernández Cieza) el Tribunal Constitucional, establece las siguientes órdenes:

> 3.1.1. Ordena al Ministerio de Educación el diseño, propuesta y ejecución de un plan de acción que, en un plazo máximo de cuatro años, pueda asegurar la disponibilidad y accesibilidad a la educación de niños, adolescentes y mayores de edad, de extrema pobreza del ámbito rural (...). Y, que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo realicen las gestiones pertinentes con tal fin.
>
> 3.1.2. Ordena al Ministerio de Educación informar al Tribunal Constitucional cada 6 meses el avance de lo dispuesto en la sentencia.

4.2. En la sentencia estructural emitida en el expediente. N.º 04007-2015-PHC/TC (Caso M.H.F.C) el Tribunal Constitucional.

> 3.2.1. Ordena al INPE que elabore, en coordinación con el MINSA, en un plazo máximo de 3 meses, contados desde la fecha de publicación de la sentencia, un protocolo para la detección y tratamiento de un interno que sufre de una enfermedad mental conforme a lo expuestos en la sentencia.
>
> 3.2.2. Ordena al INPE que, en coordinación con el MINSA, en un plazo máximo de 12 meses, identifique el total de la población penitenciaria que padece de algún tipo de trastorno mental. Y, que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, realice las gestiones pertinentes con tal fin.
>
> 3.2.3. Ordena al INPE que informe al TC, cada tres meses, del avance de lo dispuesto en la presente sentencia, quedando habilitado, desde su aplicación, para la supervisión del cumplimiento de lo aquí se ha ordenado.
>
> **3.3.** En la sentencia estructural emitida en el expediente N.º 03383-2021-PA/TC (Navarro Sajami y otros) el Tribunal Constitucional, establece las siguientes órdenes:
>
> 3.3.1. Dispone que las entidades demandadas precisen las situaciones de bloqueo institucional que limitan la posibilidad de cumplir debidamente con sus competencias relacionadas con el estado de cosas inconstitucional

> evidenciado, con la finalidad de que la Defensoría del Pueblo pueda supervisar el cumplimiento cabal de lo dispuesto en esta sentencia y, para que, de ser el caso, el Tribunal Constitucional amplíe sus efectos a las entidades correspondientes.

Como se advierte, en las dos primeras sentencias el Tribunal Constitucional dispone órdenes que podrían ser catalogadas como complejas. Sin embargo, en la última sentencia, en el punto referido a la declaración de un estado de cosas inconstitucional en la región de Loreto respecto de los derechos al ambiente y al agua potable, deja esta importante tarea –precisar las situaciones que constituyen bloqueos institucionales– a las entidades demandantes. Tarea que, en el marco de una sentencia estructural, correspondía el propio Tribunal Constitucional, también deja a otra entidad la compleja y trascendental labor de supervisión del cumplimiento de esta sentencia, como a continuación veremos.

5. SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES DEL TC

Las sentencias estructurales responden e intentan remediar situaciones de violación sistemática y generalizada de los derechos fundamentales generadas, esencialmente, por la inacción de las autoridades competentes, ya sea el Poder Ejecutivo y/o el Poder Legislativo. En ese entendido, son decisiones revestidas de cierto grado de dificultad en su ejecución, por cuya razón, requieren ser monitoreadas (Gutiérrez, 2018; Bazán, 2020).

Bajo esta premisa, jurisprudencialmente, las Cortes Constitucionales –al igual que la Corte IDH– establecieron mecanismos de supervisión y monitoreo del cumplimiento de estos fallos. El Tribunal Constitucional del Perú también lo hizo, en efecto, en 2020 creó un Sistema de Supervisión Cumplimiento; sin embargo, fue desactivado. En consecuencia, es posible afirmar que el monitoreo de las sentencias estructurales en el Perú ha pasado hasta por tres etapas:

En una primera etapa, el TC emite sentencias estructurales en las que declara la existencia de un ECI –por ejemplo, la Sentencia recaída en el expediente 02579-2003-HD– en las que guarda silencio sobre el Sistema de Supervisión de Cumplimiento, aunque, como acertadamente pone de relieve la Defensoría del Pueblo (2023), establece un mecanismo de seguimiento a cargo del juez de ejecución de la sentencia.

En una segunda etapa, el TC crea un Sistema de Supervisión de Cumplimiento, lo hace a través de una Resolución administrativa signada con el número 065-2022-P/TC, en la que establece los criterios para asignar un caso al Sistema de Supervisión, entre los que destacan: i) que en ella se hayan formulado exhortaciones a los poderes públicos o a particulares; ii) que la intervención del Tribunal Constitucional sea indispensable para la protección efectiva de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y, iii) que en ella se haya declarado un estado de cosas inconstitucional. De las 19 sentencias en las que el TC se declaró un ECI, 4 fueron asignadas a este Sistema, en estos casos se desarrollaron audiencias públicas.

Esta etapa se cierra abruptamente, pues cuando aún se encontraban abiertos los procedimientos de supervisión de cumplimiento de las 4 sentencias, mediante la Resolución Administrativa 179-2022-P/TC, de 14 de noviembre de 2022, el TC decide desactivar este sistema. El argumento central esgrimido es la ausencia de base normativa que justifique su creación y funcionamiento, y los problemas derivados de la ejecución de las sentencias.

La tercera etapa, viene marcada por la delegación de la supervisión de cumplimiento de las sentencias estructurales a la Defensoría del Pueblo. En esta etapa el TC continúa emitiendo sentencias estructurales sumamente importantes, pero delega la tarea de monitoreo y seguimiento a otra entidad. Situación que, de algún modo, desvirtuaría una de las características centrales de este tipo de sentencias, al menos, en su concepción estándar.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

En la actualidad, en el sistema constitucional se produce, entre otras, una situación paradójica pues el Tribunal Constitucional emite sentencias estructurales –sumamente relevantes en el marco de los derechos sociales fundamentales– declarando ECI, pero no cuenta con un aspecto esencial para su cumplimiento: un sistema de supervisión sólido. Esta tarea, ha sido delegada –conforme se aprecia de la parte resolutiva de la sentencia recaída en el expediente N.º 03383-2021-PA/TC– a la Defensoría del Pueblo. Órgano Constitucional Autónomo que no cuenta con las medidas coercitivas necesarias para hacer frente a la magnitud de las órdenes impartidas en este tipo de sentencias. En ese escenario, a las objeciones clásicas sobre la competencia, y la legitimidad democrática de los jueces constitucionales para emitir estas sentencias se suma la crítica sobre su eficacia (Tushnet, 2023; Sosa, 2024; Riso, 2016). La falta de un sistema sólido de supervisión de cumplimiento

de estas sentencias abona esta última crítica y debe ser materia de reflexión y debate académico y, claro está, jurisprudencial.

BIBLIOGRAFÍA

Bazán, A. (2020). *Supervisión judicial de sentencias estructurales: avances y límites en la región andina*. Konrad Adenauer Stiftung.

Cruz Rodríguez, M. (2019). Decisiones estructurales y seguimiento judicial en Colombia (1997-2017). *Revista Española de Derecho Constitucional*, (117), 167-202.

Defensoría del Pueblo. (2023). *El Estado de Cosas Inconstitucionales: Análisis del proceso de implementación 2004-2023* (Informe Defensorial N.º 002-2023-DP/AAC). Lima: Defensoría del Pueblo.

Gutiérrez Beltrán, A. (2018). *El amparo estructural de los derechos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

López, H. (2021). Sentencia estructural. En E. Ferrer Mac-Gregor et al. (Coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional* (pp. 1896-1899). Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Osuna, N. (2015). Las sentencias estructurales: Tres ejemplos de Colombia. En A. Bazán & C. Steiner (Eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales: La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales* (pp. 145-167). Konrad Adenauer Stiftung.

Roa, J. (2020). El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. *Revista Latinoamericana de Derecho Constitucional*, 14(2), 33-58.

Sosa Sacio, J. (2024). ¿Tigres de papel? Eficacia de las sentencias estructurales y mirada a la experiencia peruana en el ámbito constitucional. En G. Priori & R. Cavani (Coords.), *Los procesos colectivos en debate* (pp. 235-265). Palestra Editores.

Tushnet, M. (2023). *Tribunales débiles, derechos fuertes: Cómo pueden los jueces proteger derechos sin imponerse a la autoridad democrática*. Siglo Veintiuno Editores.

JURISPRUDENCIA:

Tribunal Constitucional del Perú. (2004). *Expediente N.º 02579-2003-HD/TC (Estado de Cosas Inconstitucional)*. Recuperado de https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2006). *Expediente N.º 02002-2006-PC/TC (Contaminación ambiental en La Oroya)*. Recuperado de https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02002-2006-AC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2017). *Expediente N.º 00853-2015-PA/TC (Disponibilidad y accesibilidad a la educación en zonas rurales)*. Recuperado de https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/00853-2015-AA.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2018). *Expediente N.º 00889-2017-PA/TC (Derecho a la comunicación en lenguas originarias)*. Recuperado de https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00889-2017-AA.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2019). *Expediente N.º 04007-2015-PHC/TC (Salud mental en establecimientos penitenciarios)*. Recuperado de https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/04007-2015-HC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2023). *Expediente N.º 03383-2021-PA/TC (Contaminación ambiental y derecho al agua en Loreto)*. Recuperado de https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/03383-2021-AA.pdf

¿EXISTE LA POSIBILIDAD DE QUE LOS JUECES ROBOTS PUEDAN RESTITUIR EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL EN LOS PROCESOS DE HÁBEAS CORPUS?

Guillermo Martín SEVILLA GÁLVEZ*

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Inteligencia Artificial y su aplicación en el mundo actual. **3.** Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, la administración de justicia ha incorporado a la inteligencia artificial (IA) como herramienta auxiliar respecto a la búsqueda de doctrina jurisprudencial, el escaneo del expediente virtual, la habilitación de la mesa de partes virtual, la realización de audiencias virtuales, entre otras funciones. Estas resultan, útiles, necesarias e insustituibles por su accesibilidad, eficiencia, celeridad y ahorro de recursos humanos y económicos mediante la aplicación de los algoritmos existentes en la inteligencia artificial. Esto también beneficia al servicio de justicia constitucional, en especial para coadyuvar a la resolución de las pretensiones contenidas en las demandas de *habeas corpus* que se instauran para la restitución del derecho a la libertad personal y de sus derechos conexos.

Tema distinto es el aspecto decisorio a través de la IA para la resolución de las citadas controversias constitucionales, especialmente para emitir los citados pro-

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, magister en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la citada casa de estudios, past docente de pre grado de la Universidad de San Martín de Porres, docente de post grado de la Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú.

nunciamientos. En tal sentido, la IA que se aplicaría, por medio de las máquinas computacionales o jueces robots, no resultaría suficiente para la restitución del mencionado derecho o para ordenarse el cese de la amenaza de vulneración de los citados derechos porque carecen de una necesaria sensibilidad, sentimientos, tolerancia, humanidad, justificación, ética, conciencia y emociones, aspectos que poseen los jueces humanos. Estos, están facultados para adoptar una decisión justa y motivada a través del uso de los métodos de igualdad, interpretación, proporcionalidad (ponderación), integración entre otros.

En el supuesto de que los jueces robots decidieran, esto deberá ser revisado finalmente por los jueces humanos mediante un control y supervisión finales y/o su revisión a través de los medios impugnatorios.

En materia constitucional, se ha venido utilizando y se ampliará (por ahora) la utilización de la Inteligencia Artificial como una herramienta para la resolución de conflictos de naturaleza constitucional a través de los procesos constitucionales que se tramiten en el Tribunal Constitucional del Perú. Sin embargo, aún no se vislumbra la implementación de la IA para la resolución de las referidas controversias mediante la función decisoria, lo cual no se descarta a futuro.

2. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU APLICACIÓN EN EL MUNDO ACTUAL

Ante todo, resulta pertinente precisar una noción de lo que se conoce como inteligencia artificial. Sobre ello, se puede indicar que "la Inteligencia artificial (IA) es la combinación de algoritmos planteados con el propósito de crear software, máquinas u otros objetos, que presenten las mismas capacidades que el ser humano" (Rebollo, 2023, p. 21).

Así, se pude afirmar que la inteligencia artificial está basada en los algoritmos, ambos creados por el ser humano y que se aplican en un sistema computacional al cual se le ha pretendido otorgar capacidades humanas, pero que evidentemente no son iguales al hombre ni a su inteligencia.

Otra definición interesante sobre Inteligencia Artificial es la que aporta Gómez:

> Dentro de la informática, se quiere hacer referencia bajo la denominación de IA a lo que el ser humanos entiende por inteligencia, es decir, a su capacidad de pensar, aprender, razonar, actuar y crear, pero realizando todo ello

> por una máquina, que se nutre de componentes técnicos muy sofisticados, como procesadores, algoritmos, software, etc., para lograrlo (2023, p. 21)

La noción señalada, profundiza el concepto de Inteligencia Artificial, puesto que indica que la capacidad humana de pensar, razonar y de crear no sólo se limita al ser humano, sino que se la ha implementado (o pretendido implementar) a un sistema computarizado, pero mediante un soporte físico (hardware) y de programación (software) que se vale de los denominados algoritmos.

Resulta pertinente alcanzar una breve descripción del término algoritmo. Al respecto, Gómez (2023) considera que algoritmo o algoritmos son un conjunto de reglas previamente definidas y ordenadas que se encuentran contenidas en una serie de datos, las cuales se aplican a un sistema informático para proporcionar una conclusión o una solución.

Respecto a la aplicación de la IA al mundo moderno, resulta pertinente aseverar que no solo el Perú, sino casi todos - por no decir todos- los Estados del Mundo han estado beneficiándose a lo largo de los años con la inteligencia artificial, la cual funciona mediante los denominados algoritmos en las diversas labores tanto de la industria y comercio, así como en la vida cotidiana tales como los negocios, fábricas, comunicaciones, deportes, entretenimiento, sistemas de salud y en la administración de justicia. Por ejemplo, en la actualidad la industria en sus diferentes facetas no puede prescindir de los denominados robots.

En virtud de la Ley 31814 (2023), Ley que promueve el uso de la inteligencia artificial en favor del desarrollo económico y social del país, en el Perú se ha establecido el objeto de la utilización de la Inteligencia Artificial dentro del marco del proceso nacional de transformación digital. Bajo este marco, se privilegia a la persona y al respeto de sus derechos humanos para fomentarse el desarrollo económico y social del país, dentro de un entorno seguro en el que se garantice su utilización desde el punto de vista ético, sostenible, transparente, replicable y responsable; y, para mejorar los servicios públicos, de la educación y aprendizajes, la salud, la justicia, la seguridad ciudadana, la seguridad digital, la economía, la inclusión, y para la actividad económica y social.

Para la mejora y eficiencia del servicio de justicia se plantea el uso de la IA, que se aplica desde hace años como herramienta de apoyo o auxiliar, pero aún no se ha aplicado de forma generalizada para resolver controversias. Sobre ello, se puede afirmar que la excepción es la implementación de la IA en controversias referidas a violencia familiar en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, la cual "en pocos

segundos nos proyecta un modelo de resolución para el caso concreto" (Agencia de Noticias Andina, 2024, 1m20s). En ese sentido, se expone a la IA como un apoyo que brindaría buenos resultados por el ahorro de recursos y tiempo, lo cual redundaría en la inmediata protección de las víctimas de violencia familiar.

Dentro del servicio de justicia peruano se plantea el uso de la IA tanto en materia de justicia ordinaria para el conocimiento, la tramitación y resolución de controversias en los procesos civiles, penales, laborales, comerciales, contencioso administrativos, previsionales entre otros; y, en materia constitucional para conocer y solucionar litigios de relevancia constitucional en especial en los procesos de tutela de derechos o de los procesos constitucionales de la libertad tales como el *Amparo, Habeas Corpus, Habeas Data y Cumplimiento*. También, se aplicaría en los casos referidos a la defensa objetiva y abstracta de la Constitución (1993) mediante los procesos de Inconstitucionalidad, Acción Popular y Conflictos de Competencia.

La IA tendría un doble beneficio para el servicio de justicia; y, dentro de esta la constitucional (como herramienta auxiliar y decisoria). En ese sentido, Barberis profundiza sobre el doble beneficio de la inteligencia artificial:

> Entonces, la diferencia entre justicia predictiva auxiliar y justicia predictiva sustitutiva consiste en lo siguiente: mientras que la predictiva auxiliar se limita a ayudar al juez humanos a tomar una decisión que puede adaptarse o no a las predicciones, la predictiva sustituta ciertamente transforma la predicción de una decisión tomada por un juez algorítmico basado en los datos/precedentes. (2024, p. 129)

Como es de público conocimiento el uso de la labor auxiliar de la IA no es reciente, sino que se utiliza como una herramienta auxiliar desde hace tiempo y viene mejorando y perfeccionándose en los últimos años, cuyo impulso se dio con motivo de la declaración del trabajo remoto y virtual dispuestos como medidas de seguridad correspondiente a la declaración del estado de emergencia por la pandemia del Covid-19. El apoyo auxiliar consiste en la instalación de la mesa de partes virtual para la presentación de escritos, la creación del expediente digital, la búsqueda de jurisprudencia vía página web a efectos de lograr la predictibilidad, las audiencias virtuales, el uso de audio y videos entre otros importantes servicios. Hoy, no se puede concebir la tramitación de un proceso constitucional sin el valioso y necesario apoyo como una herramienta auxiliar de la inteligencia artificial, puesto que sus servicios son útiles, necesarias e insustituibles por su facilidad, eficiencia, celeridad y ahorro de recursos humanos y económicos.

Sobre el particular, Kessinger et al. señalan:

> En la administración de justicia por ejemplo, las explicaciones y el razonamiento moral son elementos cruciales de la legitimidad, porque permiten a los participantes evaluar la imparcialidad de un tribunal e impugnar sus conclusiones sino se ajustan a los principios morales de la sociedad. Por lo tanto, en la era de la IA, siempre que este en juego una cuestión tan importante, las personas que tomen las decisiones deberán ser seres humanos calificados, no anónimos, capaces de ofrecer razones para las decisiones tomadas. (2023, pp. 178 - 179)

Cabe señalar lo que Finocchiano ha indicado:

> La inteligencia artificial (IA) ya ha entrado en el mundo judicial: los sistemas de IA ya se han utilizado para la redacción de documentos judiciales; las aplicaciones de IA pueden, en algunas jurisdicciones, decidir en lugar del juez y las investigaciones también se llevan a cabo mediante sistemas de IA.
>
> Este escenario, que hasta hace algún tiempo hubiera parecido ciencia ficción, es ahora actualidad. (2025, p. 165)

También resulta oportuno citar lo siguiente:

> El proceso judicial electrónico es una modalidad digitalizada de gestión y tramitación de los procedimientos legales que utiliza plataformas electrónicas para presentar acciones en la justicia, comunicar actos procesales y acceder a la información de los expedientes judiciales. (Cabral, 2025, párr. 4)

Ambos conceptos están referidos a que la IA se encuentra presente en el aspecto auxiliar o de apoyo a la justicia desde hace varios años, pero que respecto al tema decisorio recién se está aplicando de manera limitada.

En materia constitucional, aún no ha aplicado la Inteligencia Artificial a nivel mundial. Sin embargo, se hacerlo se deberá analizar si su implementación tendría un doble beneficio para resolver controversias constitucionales, específicamente en las demandas de *habeas corpus.* Al respecto, se sabe que el citado proceso es el más informal o flexible porque sirve para restituir el ejercicio del derecho a la libertad personal cuando, por ejemplo, una persona ha sido detenida de manera arbitraria; o, para que se ordene el cese de la amenaza de violación del mencionado derecho o de los demás derechos conexos que conforman la libertad individual, que se encuentran previstos en el artículo 33 del Nuevo Código Procesal Constitucional (2021).

En tal virtud, la aplicación de la IA como herramienta auxiliar para resolver un proceso de *habeas corpus* indudablemente resulta no sólo importante, sino imprescindible conforme a los beneficios antes señalados tales como por ejemplo la búsqueda de jurisprudencia, la ventanilla virtual, la realización de las audiencias virtuales, la creación del expediente digital, entre otros servicios.

En el escenario descrito, conviene precisar que el Tribunal Constitucional peruano de forma reciente ha anunciado la aplicación de la Inteligencia Artificial para la solución de los procesos ya sea que se inicien en su sede (Procesos de *Inconstitucionalidad y Competenciales*), como de aquellos que le sean derivados mediante la interposición del recurso de agravio constitucional que se interponga contra la sentencia de segundo grado que declare infundada o improcedente los procesos de tutela de derechos o procesos constitucionales de la libertad (Procesos de *Amparo, Habeas Corpus, Habeas Data y Cumplimiento*). Para tal efecto, el TC y el Tribunal Superior de Trabajo de Brasil con fecha 3 de julio de 2025, han suscrito un documento de entendimiento de cooperación institucional con la finalidad de establecer líneas generales de cooperación recíproca para (entre otros temas) promover el uso de la inteligencia artificial (Tribunal Constitucional, 2025).

De lo anterior se aprecia que, en materia constitucional, el Tribunal Constitucional del Perú será la primera institución especialidad en materia constitucional que implemente la IA generativa para resolver las controversias constitucionales que se planteen a través de los citados procesos constitucionales. Al parecer, sería al menos en un inicio para coadyuvar e incrementar el uso de la IA generativa como un servicio auxiliar de justicia, pero aún no se podría afirmar (al menos por ahora) que se la aplicaría para la decisión de las mencionadas controversias.

Respecto lo anterior, no se puede dejar de señalar que como es de público conocimiento el Tribunal Constitucional peruano ya ha venido valiéndose (desde hace años) de la IA como una herramienta auxiliar, la cual se vio potenciada o incrementada con ocasión de la emergencia por el Covid-19. En tal sentido, se precisa que antes de la citada emergencia, ya existía desde hace varios años, la implementación de la búsqueda de jurisprudencia jurisprudencial en su portal web, un sistema interno de subida de proyectos de resoluciones a través del denominado SIJE, y la firma digital. Con motivo de la pandemia se privilegió el trabajo remoto, la ejecución de la mesa de partes virtual, las audiencias virtuales y el expediente digital, al cual pueden acceder las partes, lo cual sin duda contribuye a la eficiencia y eficacia de la labor del servicio de justicia constitucional. A ello, se sumaría (por

ahora) la utilización de la IA para la redacción de los proyectos de resoluciones según se ha señalado líneas arriba.

Sin embargo, distinto sería la labor decisoria de la IA para resolver controversias incoadas a través del *habeas corpus* mediante el pronunciamiento final correspondiente (sentencia); es decir, como una herramienta decisoria autónoma. Esto se debe, a que las decisiones a adoptarse en el aludido proceso, deben estar dotadas de moralidad y de principios fundamentales de los que sólo gozarían los jueces humanos, no las máquinas computacionales o los sistemas informáticos. Por ejemplo, un juez humano puede identificarse y sentir empatía por una persona privada de su libertad de manera injusticia y arbitraria. En cambio, una fría maquina sólo podrá proporcionar una alternativa de solución entre varias a partir de cálculos matemáticos, sin sensibilizarse y sentir compasión alguna.

En otro trabajo, expliqué lo siguiente:

> Una maquina robot jamás podrá justificar desde el punto de vista de la sensibilidad y de la compasión humanas sobre la imposición de alguna medida restrictiva de la libertad de un ser humano; o que se establezca un periodo que sea más justo y necesario de privación de la libertad, o para ordenarse su inmediata libertad en caso de alguna restricción arbitraria e inconstitucionalidad del mencionado derecho (...). (Sevilla, 2024, p. 313)

En efecto, la máquina computacional o el sistema informático aplicado al ámbito judicial por más que se le inserten los datos (fundamentos de hecho y de derecho), las pruebas y se pretenda resolver la controversia constitucional mediante el proceso de *habeas corpus* con la aplicación de la IA, se pone en riesgo la solución del citado proceso con la especial sensibilidad, emoción, solidaridad, componente moral y compasión propias del ser humano; es decir, que el juez robot, al ser una maquina fría, sin sentimientos ni empatía, no tendría necesariamente la motivación suficiente para la restitución del derecho fundamental a la libertad personal de quien haya sido detenido o arrestado de forma arbitraria e injustificada.

Por ello, para la prestación de una labor tan delicada y especial, los jueces humanos deberían ser los que la resuelvan, pero con el apoyo de la herramienta auxiliar de la IA que le siga permitiendo contar con los elementos y los medios necesarios para que se logre la tutela de urgencia, célere y eficaz que caracterizan -o debe caracterizar- al servicio de justicia constitucional donde está en juego la restitución del derecho a la libertad personal.

No obstante, en el supuesto de que se impusiera la implementación de la IA para la resolución de los *habeas corpus* a través de los jueces robots, quienes decidirían la pretensión constitucional mediante la emisión de una resolución (sentencia), esta deberá ser revisada por los jueces humanos como un control y supervisión finales y/o su revisión mediante los medios impugnatorios correspondientes.

3. CONCLUSIONES

Dentro del servicio de justicia peruano se plantea el uso de la Inteligencia Artificial Generativa tanto en materia de justicia ordinaria para el conocimiento, la tramitación y resolución de controversias en los procesos ordinarios; y, en materia constitucional para conocer y solucionar litigios de relevancia constitucional en especial en los procesos de tutela de derechos o de los procesos constitucionales de la libertad. También, se aplicaría en los casos referidos a la defensa objetiva y abstracta de la Constitución (1993).

La IA generativa tendría un doble beneficio para el servicio de justicia; y, dentro de esta la constitucional (como herramienta auxiliar y decisoria).

La aplicación de la IA generativa como herramienta auxiliar para resolver un proceso de *habeas corpus* resulta no sólo importante sino imprescindible conforme a los beneficios antes señalados, tales como por ejemplo la búsqueda de jurisprudencia, la ventanilla virtual, la realización de las audiencias virtuales, la creación del expediente digital, entre otros servicios.

El Tribunal Constitucional peruano de forma reciente ha anunciado la aplicación de la Inteligencia Artificial Generativa para la solución de los procesos ya sea que se inicien en su sede (Procesos de *Inconstitucionalidad y Competenciales*), como de aquellos que le sean derivados mediante la interposición del recurso de agravio constitucional que se interponga contra la sentencia de segundo grado que declare infundada o improcedente los procesos de tutela de derechos o procesos constitucionales de la libertad (Procesos de *Amparo, Habeas Corpus, Habeas Data y Cumplimiento*). Para ello, el TC y el Tribunal Superior de Trabajo de Brasil con fecha 3 de julio de 2025, han suscrito un documento de entendimiento de cooperación institucional con la finalidad de establecer líneas generales de cooperación recíproca promover el uso de la inteligencia artificial.

En materia constitucional, el Tribunal Constitucional será la primera institución especialidad en materia constitucional que implemente la IA generativa para

resolver las controversias constitucionales que se planteen a través de los citados procesos constitucionales. Ello sería al menos en un inicio para coadyuvar e incrementar el uso de la IA como un servicio auxiliar de justicia, pero aún no se podría afirmar que se la aplicaría para la decisión de las mencionadas controversias.

El Tribunal Constitucional ya ha venido valiéndose de la IA como una herramienta auxiliar, la cual se vio potenciada o incrementada con ocasión de la emergencia por el Covid-19.

Antes de la citada emergencia, ya existía desde hace varios años, la implementación de la búsqueda de jurisprudencia jurisprudencial en su portal web, un sistema interno de subida de proyectos de resoluciones a través del denominado SIJE, y la firma digital. Con motivo de la pandemia se privilegió el trabajo remoto, la ejecución de la mesa de partes virtual, las audiencias virtuales y el expediente digital, al cual pueden acceder las partes, lo cual sin duda contribuye a la eficiencia y eficacia de la labor del servicio de justicia constitucional. A ello, se sumaría (por ahora) la utilización de la IA generativa para la redacción de los proyectos de resoluciones según se ha señalado líneas arriba.

Distinto sería la labor decisoria de la IA para resolver controversias incoadas a través del *habeas corpus* mediante el pronunciamiento final correspondiente (sentencia); es decir, como una herramienta decisoria, debido a que las decisiones a adoptarse en el aludido proceso, deben estar dotadas de moralidad y de principios fundamentales de los que sólo gozarían los jueces humanos, no las máquinas computacionales o sistemas informáticos.

La máquina computacional o el sistema informático aplicado al ámbito judicial por más que se le inserten los datos y las pruebas y se pretenda resolver la controversia constitucional mediante el proceso de *habeas corpus* con la aplicación de la IA, se pondría en riesgo la solución del citado proceso con la especial sensibilidad, emoción, solidaridad, componente moral y compasión propias del ser humano; es decir, que el juez robot al ser una maquina fría, sin sentimientos ni empatía no tendría necesariamente la motivación suficiente para la restitución del derecho fundamental a la libertad personal de quien haya sido detenido o arrestado de forma arbitraria e injustificada.

Los jueces humanos deberían ser los que la resuelvan, pero con el apoyo de la herramienta auxiliar de la IA que le siga permitiendo contar con los elementos y los medios necesarios para que se logre la tutela de urgencia, célere y eficaz que

caracterizan -o debe caracterizar- al servicio de justicia constitucional donde está en juego la restitución del derecho a la libertad personal.

En el supuesto de que se impusiera la implementación de la IA para la resolución de los *habeas corpus* a través de los jueces robots, quienes decidirían la pretensión constitucional mediante la emisión de una resolución (sentencia), esta deberá ser revisada por los jueces humanos como un control y supervisión finales y/o su revisión mediante los medios impugnatorios correspondientes.

BIBLIOGRAFÍA

Agencia de Noticias Andina. (3 de septiembre del 2014). *IA agiliza procesos judiciales de violencia en Lima Norte* [Vídeo]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=O-CxENZlj40

Barberis, M. (2024). *Separación de Poderes y Justicia Digital*. Palestra.

Cabral, A. (2025). *Proceso Judicial Electrónico y Digitalización de la Justicia en Iberoamérica: Diagnóstico y Propuestas* [Presentación de paper]. Los Desafíos de los Sistemas de Justicia en Iberoamérica. Relatos Generales de las XXVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Palestra y Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Finocchiano, G. (2025). *El nuevo derecho de la Inteligencia Artificial.* Palestra.

Kessinger, A., Schmidt, E., y Huttenlocher, D. (2023). *La Era de la Inteligencia Artificial*. Ediciones Anaya Multimedia.

Rebollo, L. (2023). *Inteligencia Artificial y Derechos Fundamentales.* Editorial Dykinson.

Sevilla, G. (2024). *Acceso a la Justicia Constitucional, Inteligencia Artificial y Derechos Fundamentales.* VII Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. Instituto Pacífico.

Tribunal Constitucional. (3 de julio del 2025*). Tribunal Constitucional del Perú y el Tribunal Superior de Trabajo de Brasil suscribieron un documento de entendimiento de cooperación interinstitucional* [Nota de prensa]. https://www.tc.gob.pe/institucional/notas-de-prensa/tribunal-constitucional-del-peru-y-el-tribunal-superior-de-trabajo-de-brasil-suscribieron-documento-de-entendimiento/

ANEXOS

Constitución Política del Perú. (1993). Congreso Constituyente Democrático.

Ley 31307. (2021). *Nuevo Código Procesal Constitucional*. Congreso de la República del Perú.

Ley 31814. (2023). *Ley que promueve el uso de la inteligencia artificial en favor del desarrollo económico y social del país.* Congreso de la República del Perú.

LA PROTECCIÓN LABORAL Y LA GARANTÍA DE ACCESO AL CESE DE LÍMITE DE EDAD DE 70 AÑOS HASTA EL 31 DE DICIEMBRE A FAVOR DE LOS MAGISTRADOS DE LA CARRERA JUDICIAL (LEY N.º 32199)

Karen Jeanette ZAPATA RAMÍREZ*
Fernando BERRIOS GUTARRA**

SUMARIO: 1. Antecedentes normativos**. 1.1** La constitución política del Perú y los principios generales del derecho de trabajo. **2.** El rol del juez y el servicio público. **3.** La Ley N.º 32199 y su protección laboral a los magistrados de la carrera judicial. **4.** Sobre los alcances del Decreto Supremo N.º 044-2020-RE y los instrumentos normativos internacionales. **5.** Conclusiones.

PRELIMINARES

Con fecha 17 de diciembre de 2024, se promulgó en el diario El Peruano, la Ley N.º 32199, Ley que modifica el Decreto Legislativo 276, a fin de establecer nuevos rangos para la licencia sin goce de haber, el periodo de cese y el cálculo de la compensación por tiempo de servicios. Así pues, con esta nueva ley se modifica en concreto el artículo 35 del Decreto Legislativo N.º 276, con el que se incor-

* Maestra en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la Universidad Católica de Santa María, con especialidad en Legislación Laboral, Recursos Humanos, Gestión Pública y Derecho Administrativo. Más de 15 años de experiencia profesional en relaciones laborales en instituciones públicas y privadas.

** Maestro en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Gobernabilidad por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Título de Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución por la Universidad Castilla de la Mancha – España, y Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (APDC).

pora la extensión voluntaria de la continuación en el servicio público hasta el 31 de diciembre del año en que se cumple 70 años. En tal sentido, se habilita una extensión temporal del vínculo laboral en el sector público.

El presente artículo los autores pretenden reconocer que los alcances de la citada ley debe aplicársele a todos los servidores públicos del régimen especial laboral, como el caso de los jueces (Ley N.º 29277- Ley de la Carrera Judicial), pues, si bien las carreras especiales constituyen un régimen diversificado de trabajo, sus trabajadores tienen dos regímenes de aplicación simultánea: el ordinario, propio de los trabajadores del régimen general correspondiente, y el especial, intrínseco a sus labores.

En ese sentido, buscamos que nuestros argumentos sirvan a los operadores del Derecho a uniformizar los criterios jurisprudenciales en cuanto a la aplicación de la Ley N.º 32199, con el objeto que los jueces en su condición de funcionarios públicos se les dé el mismo tratamiento que a los demás funcionarios que prestan sus servicios al Estado, teniendo en cuenta que los derechos laborales y la dignidad del trabajador constituyen el "piso" de los derechos y no el "techo".

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

1.1. La Constitución política del Perú y los principios generales del derecho de trabajo

La Constitución Política del Perú es la piedra angular que permite el desarrollo de una sociedad, pues en su texto no solo se plasma la estructura del Estado, sino que consagra la autonomía de los órganos constitucionales a la de la defensa de los derechos fundamentales.

Es así que la Constitución Política del Perú, establece que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado" (Congreso Constituyente Democrático, 1993, Artículo 1)

El artículo 26 de la Constitución Política del Perú, en concordancia con el numeral 8 del artículo IV de la Ley N.º 28175, Ley Marco del Empleo Público, prescribe que en la relación laboral se respetan, entre otros, el "***Principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma"*** (*in dubio pro operario*), esto es, cuando una norma tiene diferentes interpretaciones, se debe elegir entre ellos, el que sea más favorable para el trabajador.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 008-2005-PI/TC, sobre el **Principio "*indubio pro operario"*** señaló lo siguiente (Fundamento 21):

> **c.3.1.** *In dubio pro operario*
>
> 21. (...) El principio *in dubio pro operario* será aplicable cuando exista un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma. Ergo, nace de un conflicto de interpretación, mas no de integración normativa. La noción de "norma" abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etc.
>
> Pasco Cosmópolis[1] precisa que la aplicación de este principio debe ajustarse a los siguientes dos requisitos:
>
> - Existencia de una duda insalvable o inexpugnable.
> - Respeto a la *ratio juris* de la norma objeto de interpretación (para tal efecto, el aplicador del derecho deberá asignarle un sentido concordante y compatible con la razón de ésta).
>
> El Tribunal Constitucional considera que la aplicación del referido principio está sujeta a las cuatro consideraciones siguientes:
>
> - Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos.
> - Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional.
> - Obligación de adoptar como sentido normativo a aquél que ofrece mayores beneficios al trabajador.
> - Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de éste, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador.

De los criterios expuestos por el Tribunal Constitucional, se desprende que en la aplicación del comentado Principio "*Indubio pro operario" se deben observar cuatro consideraciones**: i)** la existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos, i**i)** la imposibilidad de dirimir la duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación, **iii)** la obligación de adoptar como sentido normativo a aquél que ofrece mayores beneficios al trabajador,*

1 Fundamento vigésimo primero de la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaído en el expediente N.º 008-2005- PI/TC.

*y **iv)** la imposibilidad del operador de integrar la norma, toda vez que el principio tiene por finalidad adjudicarle el sentido más favorable al trabajador.*

En ese orden de ideas, debe considerarse que la regla constitucional refiere a que cuando una norma tiene diferentes interpretaciones, se debe elegir entre ellos, el que sea **más favorable para el trabajador**, asignando el sentido más compatible con la razón o finalidad de la norma.

Aunado a ello, el inciso 2) del Artículo 26 de la Constitución Política, regula el **Principio de Irrenunciabilidad de Derechos Laborales**. Tal como lo expone Plá (1978) se concibe como: "La imposibilidad jurídica de que una persona pueda privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho en beneficio propio" (p. 131).

Al respecto, es preciso considerar lo que analiza Montoya (2019) al citar la STC N.º Exp. N.º 4635-2004-PA/TC: **"(...) Tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los Tratados de Derechos Humanos**, toda vez que constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos" (p. 18).

La Constitución Política del Perú de 1993 salvaguarda al trabajador, incluso frente a sus propios actos, cuando pretende renunciar a los derechos y beneficios que legal y constitucionalmente le corresponden, previniendo cualquier posible perjuicio que pueda derivarse de su desconocimiento o ignorancia, particularmente en situaciones que impliquen amenaza, coacción o violencia (STC N.º . Exp. N.º 2906-2002-AA/TC, 20 de enero del 2004).

Por otro lado, el **Principio de igualdad de oportunidades y no discriminación**, es un derecho fundamental de toda persona, está consagrada la Constitución Política del Perú de 1993, que establece "Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. *Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole"* (Congreso Constituyente Democrático, 1993, Artículo 2) Contrariamente, a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación (STC N.º Exp. N.º 0048-2004-PI/TC, 1 de abril de 2015).

El derecho a la igualdad constitucionalmente tiene dos aspectos: **igualdad ante la ley e igualdad en la ley**. La igualdad ante la ley significa que un órgano no puede cambiar de forma arbitraria el sentido de sus decisiones en situaciones

que sean sustancialmente idénticas, y que cuando el órgano decida desviarse de sus decisiones previas, debe ofrecer una justificación razonable para hacerlo. Esto se refiere al hecho de que las normas deben aplicarse de igual manera a todas las personas que se hallen en la circunstancia detallada en la normativa (STC N.º Exp. N.º 0048-2004- PI/TC, 1 de abril de 2015).

En efecto, la idea de igualdad sitúa a las personas en un plano de igualdad, impidiendo que se desarrollen ventajas o exclusiones que impidan a una persona disfrutar de los mismos derechos que otra, ya sea por paridad sincrónica o por acuerdo de razones.

En nuestra opinión, esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo. Queda claro pues, que la discriminación en materia laboral opera desde que se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano, o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución Política del Perú. Podemos concluir que, este principio también conocido como tuitivo, consiste en una tutela preferencial a favor del trabajador, con el objeto de armonizar las desigualdades existentes en el plano de los hechos (sociales, culturales y económicos) entre los trabajadores y los empleadores.

Como consecuencia, resulta correcto afirmar que los jueces en su condición de trabajadores - funcionarios públicos; y en aplicación a los principios generales del derecho de trabajo se les dé el mismo tratamiento que a los demás funcionarios que también prestan sus servicios al Estado, teniendo en cuenta que los derechos fundamentales y su dignidad constituyen el "piso" de los derechos y no el "techo".

2. EL ROL DEL JUEZ Y EL SERVICIO PÚBLICO

El juez es un funcionario público encargado de administrar justicia y aplicar la ley en un tribunal. Su objetivo es garantizar que se haga justicia y que se respeten los derechos de todas las partes involucradas.

De esta manera, el artículo 39 de la Constitución Política del Perú define: "Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación".

Por su parte el artículo 40 dispone que "La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos**.** *No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos públicos o de confianza...".*

De ahí llegamos a afirmar, que el Poder Judicial tiene un papel esencial, conforme lo presenta el artículo 138 de la Constitución Política del Perú, señalando que es el Juez un funcionario público y órgano de poder investido de ese poder constitucional para resolver conflictos y administrar justicia a nombre de la nación, lo que demuestra que es un ***funcionario público*** que tiene asignadas sus funciones por mandato constitucional.

Por ello, podemos colegir que **el ejercicio de la función jurisdiccional también es ejercicio de la función pública** porque toda persona que labora para el Estado ejerce función pública. Por esa razón, es importante enfatizar que los jueces son, ante todo, funcionarios públicos, y como tal, no les resulta incompatible la aplicación del Decreto Legislativo N.º 276, más aún si se toma en consideración que dicha norma excluye expresamente de la carrera administrativa y de su ámbito de aplicación sólo a los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales y a los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta (pero no así a los jueces (artículo 02 del Decreto Legislativo N.º 276). De ahí que, arribamos a la conclusión de que un juez es un funcionario o servidor público.

3. LA LEY N.º 32199 Y SU PROTECCIÓN LABORAL A LOS MAGISTRADOS DE LA CARRERA JUDICIAL

En el Perú, los regímenes laborales se clasifican - básicamente- en generales y carreras especiales; en el primer grupo encontramos la carrera administrativa del Decreto Legislativo N.º 276 y el régimen de la actividad privada del Decreto Legislativo N.º 728; mientras que en el segundo grupo se encuentran los docentes universitarios, profesionales de la salud y los jueces con la Ley N.º 29277 que corresponde a la ley de la carrera judicial, así como los fiscales con la Ley N.º 30483.

Siguiendo el esquema de clasificación, los jueces se encuentran regulados dentro de una carrera especial que es la denominada carrera judicial definida en el artículo 1 de la Ley N.º 29277 como la que "regula el ingreso, permanencia, ascenso y terminación en el cargo de juez; asimismo, la responsabilidad disciplinaria en que incurran los jueces en el ejercicio de sus funciones y los demás derechos y obligaciones esenciales para el desarrollo de la función jurisdiccional".

Cabe resaltar que, **la pertenencia al régimen especial de la carrera judicial no significa un aislamiento al marco jurídico general,** por lo que, la norma especial está más enfocada en las labores propias, como es el caso de la función

judicial**.** Así tenemos el **Informe Técnico N.º 00067-2023-SERVIR-GPGSC**, en el que se menciona lo siguiente:

> (...) Si bien las carreras especiales constituyen un régimen diversificado de trabajo, *sus trabajadores tienen dos regímenes de aplicación simultánea: el ordinario*, propio de los trabajadores del *régimen general correspondiente, y el especial*, intrínseco a sus labores.

Aunado a ello, SERVIR emitió pronunciamiento favorable sobre la aplicación supletoria del Decreto Legislativo N.º 276 a las carreras especiales, ratificando su posición de que SÍ PROCEDE cuando se trata de proteger derechos (INFORME TÉCNICO N.º 1470-2019-SERVIR/GPGSC), conforme se detalla a continuación:

> [...] 2.5.- No obstante, la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de dicha norma excluyó de sus alcances a los funcionarios y servidores comprendidos en regímenes que ya contaban con una carrera propia (carreras especiales), los cuales se regían por leyes específicas. Aunque también dispone que a estos regímenes se les aplica supletoriamente lo contemplado en el Decreto Legislativo N.º 276.
>
> 2.6 En tal sentido, cuando algún derecho ha sido reconocido en las leyes que regulan las carreras especiales, pero en estas no se han desarrollado las condiciones para hacerlo efectivo, es factible aplicar supletoriamente lo dispuesto en el Decreto Legislativo N.º 276 sobre la materia." (Negrita y subrayado agregado).

Siguiendo este razonamiento, no sería la primera vez que dentro de la estructura del Poder Judicial se aplique supletoriamente el Decreto Legislativo N.º 276 para diversas materias, conforme se detalla a continuación a través de ejemplos:

(i) En los casos de trámites de permuta: El **Consejo Ejecutivo** en su **Resolución Administrativa N.º 00073-2024-CE-PJ** señala que se puede aplicar el Decreto Legislativo N.º 276 en un sentido de complementariedad con la carrera judicial:

> (...) Dicho *desplazamiento sí está estipulado en el artículo 81 del Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa - Decreto Supremo N.º 005-90-PCM, que regula la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público - Decreto Legislativo N.º 276*, cuya aplicación no genera incompatibilidad entre las citadas leyes y sus reglamentos, por el contrario, tiene **una acción complementaria**; en tal sentido, el mencionado artículo

> 81 señala que la permuta consiste en el desplazamiento simultáneo entre dos servidores, por acuerdo mutuo, pertenecientes a un mismo grupo ocupacional y nivel de carrera.

(ii) En los casos de licencias por onomástico: La Resolución Administrativa N.º 018-2004-CE-PJ que aprueba el Reglamento de Licencias para Magistrados del Poder Judicial establece dentro de su base legal -justamente- el Decreto Legislativo N.º 276 y que es aplicado por la Corte Suprema y por todas las Corte Superiores a nivel nacional. Este ejemplo, permite describir que la norma especial reconoce el derecho a la licencia por onomástico, pero que para su desarrollo requiere del régimen general u ordinario (Decreto Legislativo N.º 276), aceptando la aplicación supletoria**:**

> **a) Resolución de la Corte Superior Nacional, Resolución Administrativa N.º 00937-2024-P-CSNE-PJ:**
>
> Sobre licencia por onomástico: el inciso 10 del artículo 35 de la Ley de la Carrera Judicial, señala que son derechos de los jueces, los: 'permisos y licencias, conforme a Ley'. *En ese mismo sentido, los magistrados del Poder Judicial pertenecen al régimen laboral del Decreto Legislativo N.º 276* y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 005-90-PCM; dispositivo legal que establece en su literal g) del artículo 147 que se otorgará un día de descanso por el onomástico del servidor.

De esta forma, conforme los casos reseñados, queda en evidencia que desde el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial hasta las Cortes Superiores de Justicia a nivel nacional se reconoce que los magistrados, si bien pertenecen al régimen especial de la carrera judicial también se les aplica el Régimen General del Decreto Legislativo N.º 276. Esta posición, ha sido recogida expresamente en la **Resolución Administrativa N.º 00013-2025-P-CE-PJ:**

> (...) Se puede indicar que los magistrados tienen como régimen general el Decreto Legislativo N.º 276, por lo tanto, existe remisión expresa a la ley general.

En ese sentido, si la Ley N.º 32199 que modifica el Decreto Legislativo N.º 276 beneficia a los servidores del Estado, debería aplicárseles también a los jueces porque va en el mismo sentido de la norma especial, y finalmente la norma especial no tiene que verse perturbada por una modificación de una norma general. Todo esto bajo la aplicación del **principio de igualdad frente a otros servidores del**

Estado, pues, en tanto no haya oposición con la ley especial podría aplicarse esta disposición de extender la relación laboral hasta fin de año también a todos los magistrados del Poder Judicial.

Además de lo expuesto, cabe resaltar que la Constitución Política del Perú preceptúa en su artículo 103: "... La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo".

Por su parte el Tribunal Constitucional[2] ha precisado citando a Diez-Picazo, que: *"La teoría de los hechos cumplidos implica que la ley despliega sus efectos desde el momento en que entra en vigor,* debiendo ser aplicada a toda situación subsumible en el supuesto de hecho; luego no hay razón alguna por la que deba aplicarse la antigua ley a las situaciones, aún no extinguidas, nacidas con anterioridad".

Por tanto, las nuevas disposiciones sobre término del cargo de un servidor público se aplican inmediatamente, con base en la teoría de los hechos cumplidos, en particular para el caso de la observancia y aplicación del literal a) del artículo 35, de la Ley N.º 32199, que establece que un servidor público cesa a partir de los 70 años, pero puede continuar laborando hasta el 31 de diciembre de dicho año.

Siendo así, corresponde la aplicación inmediata de la referida norma, toda vez que se encuentra vigente, con base en la teoría de los hechos cumplidos, lo cual quiere decir que, se debe aplicar la norma general por temporalidad y por ser más favorable al juez en su condición de servidor público.

3. RESOLUCIÓN RELEVANTE DE SERVIR Y LA GARANTÍA DE ACCESO AL CESE DE LÍMITE DE EDAD DE 70 AÑOS HASTA EL 31 DE DICIEMBRE EN IGUALDAD DE CONDICIONES A FAVOR DE LOS MAGISTRADOS DE LA CARRERA JUDICIAL

Con fecha 17 de enero de 2025, Servir emite pronunciamiento sobre el alcance de la Ley N. º 32199, Ley que modifica el Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, estableciendo lo siguiente:

2 Expediente N.º 00316-2011-PA/TC seguido por la Empresa Minera de Servicios Generales S.R.L. y otros contra la resolución expedida por la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios. Fundamento jurídico 26.

> Bajo *responsabilidad debe respetarse el criterio desarrollado para la aplicación del artículo 35 del Decreto Legislativo N.º 276* que contiene los siguientes aspectos obligatorios para la entidad pública, en este caso el Poder Judicial:
>
> a) Obligaciones de las entidades públicas (Poder Judicial):
>
> - La interpretación de las normas de la Administración Pública debe realizarse con base en el **principio laboral constitucional "in dubio pro operario"**.
> - Cumplir que, *previa solicitud del interesado, los servidores de la carrera administrativa podrán continuar prestando servicios en el mismo puesto hasta el 31 de diciembre del año en que cumplen la edad de setenta años.*
> - Deberán realizar las gestiones respectivas para aprobar diligentemente las solicitudes recibidas.
>
> b) Obligaciones de los solicitantes:
>
> - Presentar su solicitud antes de cumplir los 70 años.
> - Indicar en su solicitud la fecha de continuidad laboral, siempre que cumpla con el límite máximo previsto en la norma que es el 31 de diciembre del año en que cumple 70 años.

De este modo, *SERVIR ha puesto de manifiesto que es obligación de la Administración Pública garantizar la continuidad laboral, lo cual también se aplica a los magistrados* porque la nueva norma ha modificado el régimen general que debe ser seguido para la interpretación y aplicación de la Ley de la Carrera Judicial para que no se genere espacios de arbitrariedad que discriminan por razón de la edad.

Cabe señalar también que, el informe de SERVIR toma como fuente la exposición de motivos del proyecto de ley que generó la modificación del artículo 35 del Decreto Legislativo N.º 276. Así, en el Dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República sobre el Proyecto de Ley N.º 6043-2023-CR se señala que la propuesta tiene dos beneficios:

- **No genera gasto** público porque la plaza ya es encuentra presupuestada.
- **La continuidad laboral de los servidores** contribuye a la previsibilidad del estado.

Finalmente, los criterios contenidos en los diversos informes técnicos emitidos por SERVIR –vinculantes o no– son de observancia obligatoria para todas las oficinas de recursos humanos –o las que hagan sus veces– de las entidades de la administración pública, toda vez **que SERVIR en su calidad de ente rector del Sistema Administrativo de Gestión de los Recursos Humanos** –SAGRH se constituye en **autoridad técnico normativa** de dicho sistema y, en tal sentido, sus

informes técnicos referidos a consultas sobre el sentido y alcance de la normativa relativa a dicho sistema fijan una posición técnico-legal que constituye una orientación sobre la **correcta aplicación de la normativa del SAGRH**, aun cuando no hayan sido aprobados por el Consejo Directivo de SERVIR, por lo que deben ser considerados por los operadores del sistema, bajo responsabilidad".

4. SOBRE LOS ALCANCES DEL DECRETO SUPREMO N.º 044-2020-RE Y LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONALES

El artículo 55 de la Constitución Política dispone que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Aunado a ello, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

En primer lugar, es importante resaltar que nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad, siendo incorporados a través de la integración o recepción interpretativa (STC N.º 00047-2004-AI, fj. 18-22). En esa línea, la interpretación de los derechos fundamentales se debe realizar en armonía o concordancia con las decisiones adoptadas por el Tribunal Internacional sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. (STC N.º 01412-2007-PA, fj. 4-7)

Es así que, el Estado Peruano, mediante la emisión del Decreto Supremo N.º 044-2020-RE ha incluido expresamente la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, por parte de la Organización de los Estados Americanos – OEA, a través del cual el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha requerido a los estados miembros a garantizar una igualdad de oportunidades y trato en relación con los trabajadores de la tercera edad (el cual alcanza al cese de la relación laboral por la sola edad), así como facilitar una transición gradual a la jubilación, entre otras medidas; por tanto, la finalidad del legislador de habilitar la continuidad excepcional y temporal (hasta el 31 de diciembre del año en que el servidor cumple setenta años) de los servidores públicos de carrera, permitiría por un lado facilitar la transición gradual de estos a su cese definitivo y; por otro lado, a las entidades públicas de dar continuidad a las

actividades programadas dentro de un año fiscal, así como su prever la cobertura de estas para el siguiente periodo.

En esa línea, y conforme a la aplicación suplementaria con lo previsto en el numeral 9 del artículo 107 de la Ley N.º 29277, Ley de la Carrera Judicial, por la mejora que entraña acorde también no sólo con la normativa de derecho interno, sino además se ampara con el derecho convencional establecido sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores en correlación directa con el principio de progresividad que rige en el ámbito laboral, lo que tiene prevalencia y plena efectividad. Debiendo, por tanto, reconocerse y aplicarse de forma suplementaria el literal a) del artículo 35 de la Ley N.º 32199, que modifica el Decreto Legislativo N.º 276, a favor de los magistrados del Poder Judicial.

Finalmente, se debe tener presente, que, en la actualidad, la Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT) señala expresamente en su décima disposición complementaria que los derechos laborales se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados internacionales ratificados por el Perú.

5. CONCLUSIONES

- Las propuestas realizadas están orientadas a coadyuvar y lograr que la aplicación de la Ley N.º 32199, garantice derechos laborales de los jueces en el Perú respecto al cese por límite de edad (70) años hasta el 31 de diciembre en forma eficaz y eficiente, con lo cual todos los actores sociales del derecho del trabajo y la sociedad en conjunto se beneficien.
- Esta modificación no se opone o varía el marco normativo temporal de la carrera judicial (especial), dado que no amplía la permanencia en la función jurisdiccional hasta los 71 o más años, sino tan solo desarrolla la posibilidad que en ejercicio a la permanencia en la función judicial el magistrado o la magistrada pueda mantenerse en funciones hasta el 31 de diciembre del año en que haya cumplido 70 años.
- La no aplicación del artículo 35 del Decreto Legislativo N.º 276, configuraría una barrera inconstitucional de discriminación por edad a los magistrados de la carrera judicial respecto a la continuidad del ejercicio de la función jurisdiccional. Asimismo, la negación de esta solicitud también va en contra de los conceptos, principios e interpretación convencional de nuestro ordenamiento

jurídico, debido a que, el artículo 18 de la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores ordena que los Estados Parte adopten medidas para impedir la discriminación laboral de la persona adulto mayor. Por tanto, queda prohibida cualquier distinción que no se base en las exigencias propias de la naturaleza del cargo, de conformidad con la legislación nacional y en forma apropiada a las condiciones locales.

- Finalmente, el cese por límite de edad (70) años hasta el 31 de diciembre del año en que el magistrado de la carrera judicial cumple el límite de edad, no genera ningún perjuicio patrimonial al Estado, sino por el contrario contribuye a la mejora del servicio de justicia, porque el juez continuaría con la misma producción judicial en el tiempo que le queda en el periodo fiscal (hasta fin de año).

BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política del Perú. (1993). Perú.

Montoya Obregón, L. M. (agosto de 2019). *Los Principios del Derecho de Trabajo en la Jurisprudencia Nacional*. Lima: Boletín Informativo Laboral.

Plá Rodríguez, A. (1978). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Depalma.

www.tc.gob.pe: Tribunal Constitucional del Perú.

www.oas.org: OEA

www.servir.gob.pe: Servir

www.oit.org.pe: Organización Internacional del Trabajo.

www.elperuano.pe: Diario El Peruano

www.gacetajurídica.com.pe: Gaceta Jurídica.

DESAFÍOS DE LA ARQUITECTURA CONSTITUCIONAL DE LAS PENSIONES EN EL PERÚ

Victorhugo MONTOYA CHÁVEZ*

SUMARIO: 1. Preliminares. **2.** Ámbito de protección constitucional de la pensión. 2.1. Derecho a la pensión. 2.2. Intervención pública en pensiones. 2.2.1. Modelo contributivo. 2.2.2. Modelo no contributivo. **3.** Estructura del análisis de las pensiones. 3.1. Variables independientes. 3.1.1. Variables demográficas. 3.1.2. Variables económico-financieras. 3.1.3. Variables ambientales. 3.1.4. Variables sociales. 3.2. Variable dependiente. 3.2.1. Cobertura. 3.2.2. Suficiencia. 3.2.3. Sostenibilidad. **4.** Reflexiones finales.

1. PRELIMINARES

Debemos evitar que la pensión en Perú siga siendo una ilusión, un derecho escrito en la Constitución que, en la práctica, no garantice nada. La gran mayoría de peruanos —sobre todo los informales— se enfrenta a la jubilación sin más certeza que un vacío. Más allá de la complicación de construir un modelo efectivo para el país —ahora estamos expectantes de cómo funcionará la reciente Ley 32123, de reforma—, en los últimos años existe una gran preocupación por normas y sentencias que reflejan un desconocimiento de lo que realmente significan las pensiones, constitucionalmente hablando, y de una falta de visión a largo plazo que termina condenando a los más vulnerables.

* Consultor en materia de gestión pública y previsional. Abogado (PUCP), con máster en Universidad de Salamanca, postgrado en el CEPC (Madrid), *visiting scholar* en *Boston University*. Consultor externo de entidades públicas y privadas, nacionales e internacionales; con experiencia en ONP, MEF, TC, Ministerio de Relaciones Exteriores, MINJUSDH, Defensoría del Pueblo, entre otros. Profesor universitario.

La pensión es un ingreso económico periódico que busca garantizar la subsistencia y satisfacción de las necesidades sociales básicas de la persona, asegurando su dignidad y una existencia digna. El sistema que lo recoge, como parte de la protección social, articulando derechos, objetivos, condiciones y estructuras que buscan garantizar la subsistencia digna de las personas ante contingencias como la vejez, invalidez o fallecimiento.

Existe un conjunto de principios, reglas y estructuras jurídicas que, desde el texto constitucional y su interpretación jurisprudencial, delimitan y condicionan el diseño, la gestión y la reforma de las pensiones. A esto se ha denominado la "arquitectura constitucional de las pensiones". En el caso peruano, ésta se edifica sobre pilares como el reconocimiento del derecho a la seguridad social, la libertad de elección de régimen, la intangibilidad de los fondos y el principio de sostenibilidad financiera, configurando un entramado normativo que no es neutro: responde a opciones políticas fundacionales y a correlaciones de poder que han cristalizado en el texto supremo. Este diseño constitucional no solo define el alcance y los límites de las prestaciones previsionales, sino que también establece barreras formales y materiales para su transformación, generando tensiones permanentes entre la garantía del derecho, las restricciones fiscales y los intereses económicos involucrados.

La pensión se encuentra explícitamente reconocida en la **Constitución** como mecanismo público para proteger a la población frente a contingencias como la vejez, invalidez y fallecimiento. En su artículo 11, garantiza que toda persona pueda acceder a prestaciones previsionales mediante sistemas públicos, privados o mixtos supervisados por el Estado para asegurar su eficacia y sostenibilidad. Además, el artículo 10 reconoce a la seguridad social como garantía y derecho básico para la protección social, incluyendo los sistemas previsionales. En el ámbito económico, la Constitución establece la protección de los fondos y reservas previsionales en el artículo 12, exige la sostenibilidad financiera de los sistemas en la Primera Disposición Final y Transitoria, y dispone el pago oportuno y el reajuste periódico de las prestaciones en la Segunda Disposición Final y Transitoria. También ofrece tutela especial a grupos vulnerables como las personas adultas mayores, niñas, niños, adolescentes (artículo 4) y personas con discapacidad (artículo 7).

Este marco constitucional se encuentra complementado por un conjunto amplio de normas internacionales que integran el **bloque de constitucionalidad internacional** y que representan estándares obligatorios o interpretativos para el Perú.

- En el sistema universal de derechos humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho a la seguridad social (artículo 22) y protege seguros sociales ante invalidez, vejez y viudez (artículo 25). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en su artículo 9, reafirma el derecho a la seguridad social, mientras que el artículo 10 establece una protección especial para la niñez. La Observación General 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expande el contenido del derecho a la seguridad social, delineando obligaciones para los Estados en su implementación.
- En el sistema interamericano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre garantiza la protección social frente a la vejez y la incapacidad (artículo XVI) y otorga protección especial a la niñez (artículo VII). La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José establece que los derechos sociales, como la seguridad social, deben desarrollarse progresivamente (artículo 26), y el Protocolo de San Salvador reconoce el derecho a la seguridad social para proteger contra las consecuencias de la vejez, discapacidad y muerte (artículo 9), imponiendo además obligaciones especiales en favor de la niñez, las personas mayores y las personas con discapacidad (artículos 16, 17 y 18). Por su parte, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores dispone la obligación estatal de promover progresivamente ingresos que permitan una vida digna para las personas mayores mediante la seguridad social.
- Asimismo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) establece a través de sus convenios regula las prestaciones de pensiones como parte integral de la seguridad social. Destaca el Convenio 102, ratificado parcialmente por el Perú, que contempla las prestaciones por vejez, invalidez, sobrevivencia y accidentes profesionales, definiendo criterios para el cálculo y pago de las pensiones y promoviendo la igualdad de trato. Además, las recomendaciones de la OIT, como la 067 (sobre seguridad de los medios de vida) y la 202 (sobre pisos mínimos de protección social), sirven como referencias para la implementación de sistemas previsionales adecuados y universalizados.
- En el contexto regional, Perú está sujeto a normas de integración, como la Decisión 113 de la Comunidad Andina (la Decisión 583 no está vigente), que regula la protección en materia de vejez, invalidez y muerte. Esta normativa es reglamentada por la Decisión 148 que desarrolla aspectos operativos de la seguridad social en el ámbito andino.

- De otro lado, Perú ha suscrito un tratado multilateral (Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social) y tratados bilaterales con varios países (Argentina, Chile, Uruguay, España, Canadá y Corea) que regulan la seguridad social y el reconocimiento recíproco de derechos previsionales.

Por último, este marco internacional se complementa con una profusa normativa interna, que será analizada detalladamente en las siguientes secciones, donde se abordan las especificidades de cada régimen y seguro previsional.

En síntesis, la pensión está protegida por un entramado regulatorio nacional e internacional que busca garantizar un ingreso periódico suficiente para la subsistencia digna de las personas, con especial énfasis en los sectores más vulnerables. Este complejo marco normativo establece los cimientos para la política previsional, pero la efectividad de sus principios no es automática.

Para comprender cómo este derecho se concreta en la realidad, este artículo profundizará en la intervención pública previsional a través de modelos contributivos y no contributivos, analizará la compleja relación entre el sistema y las variables socioeconómicas, y evaluará sus resultados en términos de cobertura, suficiencia y sostenibilidad, a la luz de los recientes desafíos jurisprudenciales y las reformas impulsadas por la Ley 32123.

2. ÁMBITO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PENSIÓN

La salvaguarda de las pensiones es un pilar para la cohesión social y la dignificación de la persona en cualquier sistema democrático. La efectividad de este derecho no solo exige la existencia de un marco normativo robusto, sino también la constante adecuación de los modelos de intervención pública a las cambiantes realidades económicas, sociales y demográficas de la nación. El reto actual reside en fortalecer estos modelos para responder a los nuevos desafíos y garantizar el acceso universal a una protección social justa y sostenible.

2.1. Derecho a la pensión

A partir del marco normativo desarrollado, conformado por la Constitución y las normas internacionales incorporadas en el bloque de constitucionalidad, establece los fundamentos, principios y obligaciones estatales que dan sustento a la política previsional, en especial el derecho a la pensión, configurado como una garantía constitucional expresa y exigible. Pasamos del "qué" y el "porqué" desde la norma, al "a quién" y el "cómo" en términos de derechos y obligaciones concretas.

La pensión es un derecho fundamental explícitamente protegido por el artículo 11 de la Constitución, el cual garantiza a toda persona el acceso a prestaciones previsionales a través de sistemas públicos, privados o mixtos. Este derecho implica una protección patrimonial del ingreso, resguardado por la estabilidad, suficiencia y seguridad jurídica, tal como lo han establecido sentencias cruciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú (2003)* y el *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú (2009)*.

El derecho a la pensión se compone de varios contenidos que tienen diferente grado de protección (STC N.º 0050-2004-AI/TC y otros):

- **Contenido esencial**: Es el contenido mínimo irreductible, que comprende el acceso efectivo a una pensión, la garantía de no ser privado arbitrariamente de ella, y el derecho a una pensión mínima vital que asegure condiciones dignas de vida. Tiene relación con el contenido constitucionalmente protegido (STC N.º 1417-2005-PA/TC).
- **Contenido no esencial**: Es el relativo a aspectos como los topes máximos de pensiones o los reajustes y nivelaciones, que son jurídicamente menos protegidos.
- **Contenido adicional**: Incluye prestaciones derivadas del derecho principal, como pensiones de viudez u orfandad.

Además de su dimensión individual (o subjetiva), el derecho a la pensión posee una dimensión objetiva, la cual protege la integridad del sistema previsional en su conjunto (STC N.º 0050-2004-AI/TC y otros). Este doble enfoque es crucial, ya que el sistema debe ser viable no solo para un individuo, sino para todos sus titulares, asegurando así su perdurabilidad y justicia social.

El derecho a la pensión está directamente sustentado en el concepto constitucional de seguridad social (artículo 10), que actúa como su garantía institucional. Esta es concebida como un sistema multidisciplinario de prestaciones, basado en la prevención de riesgos y la redistribución solidaria de recursos, con el fin de contribuir a la calidad de vida de la comunidad (STC N.º 0001-2002-AI/TC). Se fundamenta en la doctrina de la contingencia, identificando las necesidades sociales y estableciendo legalmente las prestaciones que las cubren. Desde un enfoque económico, justifica la intervención estatal para corregir las fallas de mercado, como la miopía temporal, la procrastinación y la asimetría informativa, que impiden a las personas tomar decisiones racionales sobre el ahorro previsional.

En síntesis, el derecho fundamental a la pensión no solo se reconoce constitucionalmente, sino que se sustenta en una concepción integral de seguridad social que protege a las personas contra la pérdida de ingresos al dejar de trabajar por edad, invalidez u otras contingencias. Esta protección está garantizada en contenido mínimo —acceso, no privación arbitraria y pensión mínima vital— y se sustenta en un sistema solidario y de redistribución que debe ser sostenible, equitativo y ajustado a la realidad social y económica del país.

2.2. Intervención pública en pensiones

Para hacer efectivo el derecho a la pensión, el Estado implementa un sistema articulado que integra modelos de intervención pública. Estos modelos se diversifican según la capacidad de aporte de la población y sus condiciones sociales, garantizando la protección a través de regímenes que vinculan contribuciones y beneficios para quienes pueden aportar, y mediante prestaciones asistenciales para los sectores vulnerables. La intervención pública previsional en el Perú se configura principalmente a partir de dos grandes modelos: el contributivo y el no contributivo.

2.2.1. Modelo contributivo

Este modelo se basa en que las personas realicen aportes periódicos a lo largo de su vida laboral para acceder a una pensión al cumplir con ciertos requisitos. El financiamiento de las prestaciones proviene de los aportes acumulados, lo que promueve la sostenibilidad financiera y una relación directa entre contribución y beneficio. El modelo contributivo se sustenta en un amplio marco normativo nacional, armonizado con la Constitución Política, que regula la afiliación, cotización, administración y supervisión a través de regímenes y seguros previsionales.

a. Regímenes previsionales

Son sistemas organizados, generalmente contributivos, orientados a otorgar pensiones periódicas que cubren contingencias como la vejez, la invalidez o el fallecimiento, incluyendo beneficios para los familiares (como viudez y orfandad). Pueden ser de dos tipos:

- **Regímenes universales**: Son sistemas abiertos que permiten la incorporación continua de nuevos afiliados y abarcan a la mayoría de los trabajadores formales. Históricamente paralelos, el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) y el Sistema Privado de Pensiones (SPP) ahora son parte del nuevo

Sistema Integrado de Pensiones Peruano (SIPP), creado por la Ley 32123, que busca conectarlos y uniformizar su funcionamiento.

- **SNP**: Es un régimen público, de reparto y solidario, por la que utiliza un fondo común para financiar las pensiones de los jubilados. Su regulación principal es el Decreto Ley 19990 y el reglamento unificado aprobado por el Decreto Supremo 354-2020-EF. Está administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP). El SNP incluye un régimen general, que permite afiliaciones de cualquier persona, y puede incluir independientes e informales; y también regímenes especiales, tomando en cuenta un grado especial de protección para a sus afiliados,
    - Mineros, metalúrgicos y siderúrgicos (Ley 25009, de 1989, y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 029-89-TR, STC N.º 1673-2022-PA/TC, STC N.º 0419-2022-PA/TC, Resolución 0997-2023-ONP/TAP), que cuentan con un fondo complementario (Ley 29741, de 2011, y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 006-2012-TR, así como Ley 30569, de 2017).
    - Trabajadores de construcción civil (Ley 31550).
    - Trabajadores marítimos, lacustres y fluviales (Decreto Ley 21952, de 1977).
    - Pilotos y copilotos de aviación comercial.
    - Periodistas (Ley 24527, de 1986).
    - Trabajadores de la industria del cuero.
    - Amas de casa.
- **SPP**: Opera a través de cuentas individuales de capitalización gestionadas por administradoras privadas de fondos de pensiones (AFP) supervisadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS). La ley 32123 permite que otras entidades financieras participen del sistema. Cada aportante acumula su propio fondo —cuenta individual de capitalización (CIC)— para financiar su futura pensión, según lo establecido por el Texto Único Ordenado de la Ley del SPP, aprobado por Decreto Supremo 054-97-EF, y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 004-98-EF, además de sentencias relevantes (STC N.º 0013-2012-PI/TC).
- **Regímenes especializados**: Corresponden a sistemas con condiciones particulares para grupos laborales específicos, considerando la naturaleza de

su trabajo o sus riesgos. Algunos están cerrados a nuevas incorporaciones. Entre ellos se incluyen:

- **Regímenes militares y policiales**: Son regímenes de reparto y solidarios, cuyos fondos son administrados por la Caja de Pensiones Militar Policial, que incluyen al Régimen 19846 (cerrado, con pensiones sujetas a nivelación, regulado por Decreto Ley 19846) y el Régimen 1133 (abierto desde 2013 para nuevos miembros, regulado por Decreto Legislativo 1133, analizado por STC N.º 0009-2015-PI/TC y STC N.º 0002-2018-PI/TC).
- **Régimen diplomático**: Es uno especial Un régimen especial para servidores de la carrera diplomática con pensión máxima y un beneficio complementario (Capítulo IX del Decreto Legislativo 894 y Ley 28091).
- **Régimen 20530 (Cédula Viva)**: Régimen de reparto cerrado a nuevas incorporaciones para servidores públicos no comprendidos en el SNP, cuyas pensiones estuvieron sujetas a nivelación hasta la reforma constitucional de la Ley 28389. Está regulado por el Decreto Ley 20530, de 1974).
- **Regímenes pesqueros**: Son regímenes que protegen a los trabajadores del sector industrial de la pesca (Ley 30003 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo 007-2014-EF; STC N.º 0022-2015-PI/TC), administrados por la ONP. Destacan el REP (Régimen Especial del Pescador), abierto a nuevos afiliados, y la TDEP (Transferencia de Derechos del Extrabajador Pescador), que otorga prestaciones a quienes tenían derechos en la antigua Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador (CBSSP).
- **Pensiones sociales**: Un régimen específico para trabajadores de la micro y pequeña empresa, regulado por la Ley 32353, con antecedentes normativos en el Decreto Legislativo 1086. No ha sido implementado.
- **Regímenes transferidos**: Son sistemas cerrados que la ONP administra y paga. Entre ellos se encuentran el FODASA - Fondo de Derechos Adquiridos del Ex Sistema Asistencial de Estibadores Matriculados del Puerto del Callao (Ley 15420, de 1965, Decreto Ley 21933, de 1977, y Decreto Ley 1952, de 1977), Banco de la Nación (Decreto Supremo 051-88-PCM), Centromin en liquidación, Electrolima, ENAFE, FCR, LUSA, Paramonga y Pesca Perú, los cuales, aunque inactivos para nuevas afiliaciones, tienen pensionistas que aún reciben sus prestaciones.

b. Seguros previsionales

Son mecanismos de protección frente a riesgos laborales como accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. Son de contratación obligatoria para los empleadores y garantizan prestaciones económicas.

- **Régimen 18846**: Protege a los obreros frente a enfermedades profesionales o discapacidades adquiridas hasta 1978, se encuentra cerrado. Está regulado por Decreto Ley 18846, de 1971, y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 002-72-TR).
- **Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR)**: Está regulado por la Ley 26790, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 009-97-SA, y sus normas técnicas aprobadas por Decreto Supremo 003-98-SA. Es de contratación obligatoria para empresas con actividades de riesgo. Puede ser gestionado por aseguradoras privadas o por la ONP, que brinda cobertura supletoria si no existe un contrato privado.

2.2.2. Modelo no contributivo

Este modelo responde a la necesidad de protección de las personas sin capacidad de aportación, debido a su vulnerabilidad o situación de extrema pobreza. El Estado financia directamente estas prestaciones económicas con cargo al presupuesto público, sin exigir contribuciones previas. Su fundamento radica en la obligación constitucional de proteger a grupos vulnerables como personas mayores, niños y personas con discapacidad.

a. Prestaciones relacionadas con situación socioeconómicas de los hogares

Estas prestaciones se apoyan en la información del Sistema de Focalización de Hogares (SISFOH) para identificar y atender a la población más vulnerable. Con la implementación del SIPP, estos programas se ampliarán, se integrarán con el modelo contributivo y serán administrados por la ONP.

- **Pensión 65**: Brinda una subvención económica a adultos mayores de 65 años en extrema pobreza (Decreto Supremo 081-2011-PCM), gestionado por el Ministerio de Inclusión y Desarrollo Social (MIDIS).
- **Programa Contigo**: Otorga una pensión no contributiva a personas con discapacidad severa en situación de pobreza (Decreto Supremo 004-2015-MIMP y Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad), también a cargo del MIDIS.

- **Asistencia económica para niños, niñas y adolescentes en situación de orfandad:** Un beneficio a cargo del INABIF para niños y adolescentes en situación de orfandad (Ley 31405).
- **Otras prestaciones**: Además, existen otras pensiones y beneficios no estructurados, tales como pensiones de gracia, pensiones para ex presidentes o beneficio económico de los vencedores del 41.

En conjunto, estos dos modelos conforman la estructura de la intervención pública previsional en el Perú. Esta configuración permite al Estado cumplir con el mandato constitucional de asegurar el derecho a la pensión, adaptándose a la diversidad socioeconómica del país y promoviendo un sistema previsional más equitativo y sostenible.

3. ESTRUCTURA DEL ANÁLISIS DE LAS PENSIONES

El análisis de la intervención pública en materia de pensiones requiere de una metodología rigurosa que permita traducir conceptos abstractos en indicadores claros y medibles. Para ello, este estudio se basa en la operacionalización de variables, un enfoque que transforma los principios normativos y las políticas públicas en datos concretos, facilitando la evaluación del cumplimiento del derecho a la pensión para los distintos grupos de la población. Esta metodología dota al trabajo de la objetividad necesaria para validar y confiar en sus conclusiones. La estructura analítica del estudio se organiza en torno a la relación entre variables independientes y una variable dependiente, todas ellas medidas a través de indicadores.

3.1. Variables independientes

Las variables independientes son aquellos factores con un comportamiento autónomo que influyen, de manera positiva o negativa, sobre el sistema de pensiones. A pesar de que las variables jurídico-constitucionales son cruciales para entender el marco legal del derecho a la pensión, la protección del ahorro previsional y el equilibrio financiero —sobre la base del modelo político del Estado, como lo es el estado democrático de derecho (artículo 43 de la Constitución) y el tipo de economía, como lo es la economía social de mercado (artículo 58 de la Constitución; STC N.º 0008-2003-AI/TC)—, es esencial analizar también otras variables interrelacionadas. Estas se organizan en los siguientes ejes:

3.1.1. Variables demográficas

Estas variables son fundamentales para entender la estructura y dinámica de la población, influyendo directamente en la cobertura y sostenibilidad del sistema previsional. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (ONU, 2015) implícitamente enfatiza la importancia del análisis demográfico para políticas inclusivas, mientras que la Constitución promueve la paternidad y maternidad responsables (artículo 6).

Entre las variables demográficas más relevantes se encuentran:

- **Pirámide poblacional y esperanza de vida**: Su relación determina la proporción entre cotizantes y beneficiarios, ejerciendo una presión financiera directa sobre el sistema.
- **Bono demográfico**: Representa la etapa en la que la población en edad de trabajar supera a la dependiente, lo que favorece el financiamiento del sistema. Su agotamiento plantea un desafío crucial.
- **Migración**: Tanto la inmigración como la migración interna afectan la base de cotizantes y la demanda de prestaciones. La migración, particularmente la venezolana en el caso peruano, genera desafíos en la portabilidad de derechos y la inclusión en el mercado laboral formal.
- Distribución urbano-rural: La alta informalidad en zonas rurales crea disparidades en el acceso a los sistemas formales de pensiones.
- **Variable de género**: Las mujeres enfrentan una mayor esperanza de vida y menores ingresos, lo que afecta la suficiencia de sus pensiones y demanda políticas con un enfoque de género.

El envejecimiento creciente de la población genera una presión financiera significativa al incrementar la proporción de beneficiarios sobre los cotizantes activos. La disminución del bono demográfico y la caída de la natalidad reducen la base de trabajadores, mientras que el aumento de la esperanza de vida extiende el período de pago de pensiones. Para mitigar estos desafíos, es imperativo actualizar parámetros como la edad de jubilación y la tasa de cotización, promover el envejecimiento activo y la formalización del empleo, e innovar en esquemas de financiamiento que garanticen pensiones suficientes, equitativas y sostenibles en el tiempo.

3.1.2. Variables económico-financieras

Estas variables determinan el contexto económico sobre el cual se construyen y financian las pensiones, afectando desde la capacidad de cotización de los trabajadores hasta la administración de los fondos.

a. Variables macroeconómicas

Un adecuado manejo de la hacienda pública (artículo 118.17 de la Constitución) y la estabilidad monetaria (artículo 84 de la Constitución) son fundamentales para la estabilidad del sistema. Un entorno macroeconómico estable preserva el valor real de los beneficios y genera confianza.

Las variables clave son:

- **Producto Interno Bruto (PIB)**: Un PIB en expansión aumenta el empleo formal y la base de cotizantes.
- **Inflación**: Su control es crucial para preservar el poder adquisitivo de las pensiones y evitar presiones financieras sobre el sistema.
- **Tipo de cambio**: Su fluctuación impacta en la rentabilidad de los fondos de pensiones invertidos en el extranjero.
- **Desarrollo del mercado de capitales**: Un mercado robusto y líquido permite obtener mayores rentabilidades, contribuyendo a la suficiencia y sostenibilidad del sistema a largo plazo.

Un crecimiento económico moderado, la necesidad de controlar el déficit fiscal y la incertidumbre global demandan una gestión prudente y coordinada para asegurar la solvencia y resiliencia del sistema previsional.

b. Mercado laboral

Las condiciones del mercado laboral son esenciales, ya que la afiliación y los aportes dependen directamente de su composición y dinamismo. El derecho al trabajo es un derecho fundamental y deber social (artículos 22-29 de la Constitución), y el Estado tiene la obligación de promover condiciones justas y estables (STC N.º 0976-2001-AA/TC).

Las variables más relevantes son:

- **Formalidad**: Es vital para ampliar la base de cotizantes y la recaudación, mientras que la informalidad limita la cobertura y reduce el acceso a prestaciones.

- **Ingreso agregado de la PEA**: Un ingreso alto mejora la capacidad de financiar pensiones adecuadas y expandir la cobertura.
- **Desempleo**: Reduce la base de cotizantes e incrementa la demanda de protección social.
- **Modalidades de empleo**: La digitalización y la economía de plataformas introducen formas de trabajo flexibles que no siempre encajan en los esquemas previsionales convencionales.
- **Distribución por género y edad**: Considera las diferencias en la participación laboral y las condiciones de empleo, influyendo en la equidad del sistema y la necesidad de políticas focalizadas.

La alta informalidad laboral, la precarización del empleo y la adaptación a nuevas modalidades de trabajo representan los mayores desafíos para la sostenibilidad del sistema.

c. Capacidad recaudatoria tributaria

La capacidad recaudatoria del Estado, basada en los principios de igualdad y capacidad contributiva (artículo 74 de la Constitución), es crucial para financiar las prestaciones sociales, incluyendo las pensiones.

Los factores esenciales son:

- **Nivel de recaudación**: Un nivel alto y estable es esencial para financiar las pensiones, especialmente en sistemas con componentes solidarios.
- **Presión tributaria**: Mide la carga impositiva global y debe equilibrarse para no desincentivar la actividad económica ni los aportes previsionales.
- **Cargas tributarias**: Su estructura puede incentivar o desincentivar la formalidad laboral y el cumplimiento de pagos.

Para el futuro, es indispensable combatir la evasión y la elusión fiscal, mantener una presión tributaria equilibrada y fortalecer la administración tributaria para garantizar la sostenibilidad y suficiencia de las pensiones.

3.1.3. Variables ambientales

El impacto de las variables ambientales en las pensiones es un tema emergente y relevante. El derecho a un ambiente equilibrado (artículo 2.22 de la Constitución) exige al Estado protegerlo y considerarlo en sus políticas (STC N.º 3610-2008-PA/TC).

Se analizan tres tipos de impacto:

- **Inversiones sostenibles (ESG) en fondos previsionales**: Implican la promoción de empleos ambientalmente responsables e inversiones sostenibles (criterios ESG) en los fondos previsionales para minimizar riesgos y garantizar la estabilidad a largo plazo.
- **Impacto del cambio climático y desastres naturales**: Eventos climáticos extremos aumentan el gasto público en reparaciones, reduciendo los recursos disponibles para pensiones no contributivas o semicontributivas: además, puede afectar la salud y la longevidad, generando mayores costos sociales y presionando la sostenibilidad del sistema a largo plazo.

Estos retos exigen una gestión rigurosa de los fondos de pensiones para evitar riesgos financieros, una mayor resiliencia del sistema ante fenómenos naturales y la adaptación a los costos sociales del cambio climático.

3.1.4. Variables sociales

Estas variables condicionan la base de cotizantes y la equidad de las prestaciones. La Constitución, que defiende la dignidad de la persona (artículo 1) y promueve el bienestar general (artículo 44), exige al Estado considerar estos factores.

Las variables sociales clave son:

- **Nivel de pobreza**: La pobreza limita el acceso a empleos formales, reduciendo la capacidad de aportes y el acceso a una pensión adecuada.
- **Desigualdad)**: Altos niveles de desigualdad, determinados por el índice de Gini, reflejan brechas en la cobertura y los montos de las pensiones.
- **Nivel educativo**: Un mayor nivel educativo está correlacionado con el acceso a empleos formales y mejor remunerados, lo que aumenta las cotizaciones.
- **Situación intercultural**: Poblaciones indígenas y afrodescendientes enfrentan barreras estructurales que limitan su inclusión en el sistema, afectando la equidad y la cobertura.

La persistencia de la desigualdad socioeconómica, las barreras de inclusión para poblaciones vulnerables y la necesidad de fortalecer la educación y el empleo formal son retos futuros que, junto con la demanda social por reformas, añaden complejidad al sistema previsional.

3.2. Variable dependiente

En el marco de una investigación sobre sistemas previsionales, la intervención pública se concibe como una variable dependiente, cuyo análisis refleja el grado, la calidad y el alcance de la acción estatal para garantizar el derecho a la pensión.

El estudio de la intervención pública como variable dependiente se centra en cinco elementos clave e interconectados que definen las etapas del sistema previsional. El proceso se inicia con el aseguramiento, que es la incorporación formal del individuo al sistema, lo que le otorga el derecho a la protección. A continuación, la cotización es la etapa en la que los afiliados o empleadores realizan pagos periódicos, y cuyos recursos acumulados son la base para la suficiencia de las futuras prestaciones. Una vez cumplidas las condiciones legales, se otorgan las prestaciones, que son los beneficios económicos por vejez, invalidez, viudez u orfandad. La sostenibilidad de estas prestaciones depende de un sólido financiamiento, que integra las contribuciones, la rentabilidad de los fondos y las transferencias estatales. Finalmente, una eficiente administración es crucial para gestionar la afiliación, recaudar los aportes, reconocer y pagar las prestaciones, e invertir los recursos de manera responsable.

La efectividad de esta intervención pública se evalúa principalmente a partir de tres indicadores que reflejan los objetivos esenciales de un sistema previsional: la cobertura efectiva, la suficiencia de las pensiones y la sostenibilidad financiera.

3.2.1. Cobertura

La cobertura previsional se refiere al porcentaje de la población que participa en el sistema de pensiones. Su objetivo es alcanzar la universalidad, es decir, que la totalidad de la población de un país pueda estar protegida. Este indicador se mide en dos ámbitos: el de asegurados (quiénes están afiliados y aportan) y el de pensionistas (cuántos de estos asegurados logran una pensión).

Para comprender y mejorar la cobertura, es fundamental analizar las siguientes dimensiones:

a. Cultura previsional

El primer paso para ampliar la cobertura es fomentar una cultura previsional sólida, donde la población comprenda la importancia de las pensiones y la seguridad a largo plazo. Para lograrlo, la información y la educación son esenciales, tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional (STC N.º 1776-2004-AA/TC).

Hoy en día, la política pública se apoya en la economía del comportamiento para diseñar estrategias más efectivas. Esta disciplina permite entender los sesgos cognitivos —como la tendencia a procrastinar o el sesgo del presente— que llevan a las personas a posponer el ahorro para la jubilación. En lugar de depender únicamente de decisiones racionales, las nuevas regulaciones utilizan "nudges" o empujones conductuales.

Además, es crucial implementar estructuras comunicacionales eficaces, que se adapten a las necesidades de cada grupo poblacional. Esto implica usar un lenguaje claro y sencillo, evitando tecnicismos legales, y utilizar nuevas tecnologías como aplicaciones móviles y redes sociales para mostrar de forma tangible y didáctica el crecimiento de los fondos. Así, se busca no solo aumentar la afiliación, sino también educar a la población sobre el valor y la función de la seguridad social.

b. Afiliación obligatoria

El cambio de vincular la afiliación al inicio de la vida laboral a hacerla obligatoria a partir de los 18 años es un avance significativo por varias razones. Anteriormente, la afiliación al sistema de pensiones dependía de que el individuo iniciara un empleo formal, lo que dejaba fuera a una gran parte de la población, especialmente a los jóvenes en el sector informal, desempleados o que aún estudiaban. Esta brecha generaba un problema de baja cobertura, lo cual comprometía la sostenibilidad y universalidad del sistema.

Con la Ley 32123, el Estado adopta un modelo proactivo. En lugar de esperar que el ciudadano se afilie, lo hace por defecto, estableciendo un "punto de partida" universal para todos. Esto es especialmente relevante en un país con una alta informalidad laboral, ya que asegura que, incluso si una persona tiene empleos intermitentes o informales, podrá contar con un registro de afiliación desde temprano, creando un historial previsional.

c. Flexibilidad y desafíos en los aportes

Asegurar que las personas contribuyan de manera constante es uno de los mayores retos. El modelo tradicional de los regímenes previsionales, ligado al trabajo formal, excluye a casi el 80% de la Población Económicamente Activa (PEA) informal. Si bien la Ley 32123 ha incorporado a los trabajadores independientes y la Unidad de Aporte (UdA) permite pagos fraccionados, aún falta regular el aporte por horas para adaptarse al nuevo modelo de trabajo.

Además, es crucial determinar si el monto que se aporta es adecuado para garantizar una pensión suficiente en un contexto de mayor esperanza de vida. Este debate, mencionado en el Convenio 102 de la OIT y la Ley 32123, también incluye la discusión sobre si el aporte debería ser asumido solo por el afiliado o también por el empleador —como en el régimen pesquero o en los militares-policiales—y el Estado.

d. Cambio de regímenes

La evolución del sistema previsional peruano ha sido moldeada por la jurisprudencia del TC, que ha actuado como un actor en la definición de mecanismos de transición entre regímenes. Dos hitos jurídicos reflejan esta dinámica.

- Un hito crucial en la historia previsional fue la validación, por parte del Tribunal Constitucional, de la **libre desafiliación** de los afiliados del SPP. Inicialmente, esta posibilidad no estaba contemplada en la ley. Sin embargo, el TC, en sentencias como la STC N.º 1776-2004-AA/TC, la STC N.º 7281-2006- PA/TC y la STC N.º 0014-2007-PI/TC, reconoció el derecho a que los afiliados pudieran regresar al SNP. Este precedente fue posteriormente regulado mediante la Ley N.º 28991 y la Resolución de la SBS 11718-2008
- De otro lado, el **bono de reconocimiento** es el instrumento que reconoce los aportes realizados por un trabajador en el SNP y los transfiere a su cuenta individual en el SPP cuando se cambia de régimen. Originalmente, este bono fue una medida excepcional. No obstante, en un desarrollo posterior, el TC, en la STC N.º 0013-2023-PI/TC, no declaró inconstitucional la generalización de este bono para todos los afiliados que se trasladaron del SNP al SPP (Ley 31729). Esta decisión es un retroceso en la política previsional, ya que representa una carga financiera adicional para el Estado que podría comprometer la sostenibilidad del sistema, yendo en contra del nuevo SIPP.

e. Intangibilidad de fondos previsionales

La jurisprudencia del TC ha mostrado dos criterios opuestos respecto a los retiros de fondos, lo que subraya la delicada balanza entre la protección del ahorro y la estabilidad del sistema.

- En el **SNP**, el TC sostuvo de manera acertada la imposibilidad de los retiros de aportes, argumentando que hacerlo afectaría directamente la sostenibilidad financiera del sistema de reparto, lo cual contraviene la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución (STC N.º 0016-2020-PI/TC).

- En un criterio distinto, el TC validó los retiros de los fondos acumulados en las cuentas individuales del **SPP** (STC N.º 0020-2021-PI/TC). Esta decisión ha sido criticada por desconocer la naturaleza de la seguridad social del SPP y la intangibilidad de los fondos (artículo 12 de la Constitución). El resultado ha sido la descapitalización de los fondos, lo que reduce la rentabilidad a largo plazo para los afiliados y debilita el propósito original del sistema.

f. La prueba del aporte y la falsificación documental

La prueba de las condiciones exigidas para acceder a las pensiones es un elemento esencial para la cobertura efectiva. En este sentido, el TC ha señalado que la pensión, al ser un derecho alimentario, no prescribe y puede solicitarse en cualquier momento. De igual forma, la Ley 27444 establece la presunción de veracidad de los documentos presentados ante las entidades públicas y privadas que ejercen función pública, lo que busca facilitar el trámite y la protección del derecho. Frente a ello se encuentran dos problemas graves:

- El primer problema radica en la dificultad de la ONP para verificar la autenticidad de los documentos presentados por los afiliados, especialmente para acreditar aportes realizados antes de 1999. Durante este periodo, no existía un registro digital centralizado, y la ONP dependía de archivos físicos que, debido a la informalidad y la precariedad laboral de la época, a menudo eran incompletos o erróneos. Esta situación creó un espacio propicio para la **falsificación** de boletas de pago o certificados que buscaban sustentar un derecho a la pensión de manera fraudulenta. Frente a esta problemática, el criterio del TC ha experimentado un giro fundamental. Antes, respaldaba la facultad de la ONP de suspender las pensiones cuando se detectaba fraude. Este enfoque priorizaba la sostenibilidad financiera del sistema (ámbito objetivo del derecho a la pensión establecido en la STC N.º 0050-2004-AI/TC y otros) sobre el derecho individual obtenido ilícitamente, protegiendo así el fondo público que pertenece a todos los jubilados (STC N.º 0710-2013-PA/TC, entre otros). Sin embargo, con la STC N.º 2903-2023-PA/TC, el TC cambió su postura: ahora exige que cualquier suspensión de una pensión, por ser un derecho fundamental, debe estar expresamente autorizada por una ley o norma con rango de ley. La principal consecuencia de este cambio es que, al no existir una ley que otorgue explícitamente esta facultad a la ONP, la entidad se ve obligada a continuar pagando una pensión incluso cuando tiene fuertes indicios de que fue obtenida con documentos falsos. Esta situación no solo debilita la capa-

cidad del Estado para combatir el fraude, sino que también pone en riesgo el equilibrio económico del sistema previsional en su conjunto.

- El segundo problema se relaciona con la acreditación de las pensiones de invalidez o discapacidad. El proceso se ve afectado por la falta de fiabilidad de los **informes de las comisiones médicas**. Es frecuente que se presenten certificados médicos que datan de años atrás (hasta 10 años de antigüedad), que no reflejan el menoscabo actual del afiliado o que no tienen el rigor técnico necesario, además de permitir la posibilidad de mafias alrededor de dichas comisiones. Esta es una falla sistémica reconocida por el propio Ministerio de Salud, que ha emitido la NTS 220-MINSA/DGIESP-2024 para exigir una mayor especialización y rigor en la certificación de la discapacidad. Esta problemática se agrava por las inconsistencias en la determinación del devengado de la pensión, es decir, la fecha desde la que se empieza a calcular el pago retroactivo. En el SNP y en el SCTR, el devengado de la pensión se calcula desde la fecha del certificado médico; por el contrario, en el SPP, el devengado comienza desde la fecha de la solicitud formal. Esta falta de uniformidad ha generado confusión y desigualdades. En el caso específico del SCTR, la STC N.º 5134-2022-PA/TC añadió otra capa de complejidad al establecer que el devengado debe iniciar en la fecha de la contingencia y no en la del certificado. Estas discrepancias jurisprudenciales y normativas crean un escenario de incertidumbre legal y administrativa que dificulta la gestión y la uniformidad del sistema previsional.

g. La edad de jubilación

Un aspecto crucial para la sostenibilidad y la suficiencia de las pensiones es la edad de jubilación. El sistema previsional mantiene los 65 años como la edad estándar, una cifra que la reciente Ley 32123 ratifica. No obstante, esta decisión es objeto de un intenso debate en el contexto de un aumento sostenido en la esperanza de vida de la población.

El desafío principal reside en el desbalance entre los años de contribución y el tiempo de percepción de la pensión. Un aumento en la esperanza de vida incrementa la presión financiera sobre el sistema, ya que los jubilados perciben su pensión durante un período más largo. Además, una mayor edad de jubilación podría permitir a los afiliados acumular un fondo más grande, lo que podría resultar en una pensión más suficiente. Sin embargo, cualquier modificación debe considerar las desigualdades sociales y laborales, ya que no todos los trabajadores

tienen la capacidad física para extender su vida laboral, como aquellos en trabajos de alto riesgo o con condiciones de salud deterioradas.

3.2.2. Suficiencia

La suficiencia es un indicador clave del sistema previsional que se refiere a la capacidad de las prestaciones para cubrir las necesidades sociales de las personas y garantizar su bienestar. Se mide principalmente a través de la tasa de reemplazo, que es la relación entre la pensión recibida y la remuneración que tenía el trabajador antes de la contingencia. Una tasa alta indica que la pensión sustituye de manera efectiva los ingresos perdidos.

El análisis de este indicador revela varios desafíos y cambios en el sistema previsional peruano:

a. El retiro del 95,5 como una "prestación"

El TC ha abordado la suficiencia de forma indirecta, al cuestionar la naturaleza de la seguridad social del SPP (STC N.º 0020-2021-PI/TC). Sin embargo, una de las mayores contradicciones en la política previsional es que el TC no ha puesto en entredicho el retiro del 95.5% de los fondos de las AFP —se valida como una prestación del SPP en vez de recibir pensión—, que felizmente está limitándose en el futuro (Ley 32123).

Esta medida, si bien otorga liquidez inmediata, es totalmente contraproducente con el concepto de suficiencia, ya que descapitaliza el fondo y deja al afiliado sin la garantía de una pensión futura. Esta falta de intervención del TC representa una vulneración al objetivo de suficiencia del sistema.

b. La evolución en el cálculo de las pensiones

El cálculo de las pensiones en el SNP va a experimentar un importante cambio, impulsado por la Ley 32123. El modelo actual, que basa el monto de la pensión en un porcentaje (tasa de reemplazo de 40%) del promedio de los últimos ingresos percibidos (60), será reemplazado por un sistema de cuentas nocionales.

Este modelo de cuentas nocionales representa una innovación significativa. A diferencia del SPP, donde cada afiliado tiene una cuenta de capitalización individual con dinero real, las cuentas nocionales son registros contables ficticios. En ellas se acumulan virtualmente los aportes realizados por el trabajador, los cuales son valorizados con una rentabilidad teórica. Al momento de la jubilación, el monto

total registrado en esta cuenta nocional es el que se utiliza para calcular el valor de la pensión. Esta transición busca establecer una conexión más directa y transparente entre las contribuciones de los trabajadores y el monto final de sus pensiones, fortaleciendo el principio de contributividad dentro de un sistema público de reparto.

c. La pensión mínima

La pensión mínima es un componente esencial para garantizar la subsistencia digna de los jubilados. El TC ha sido un actor clave en esta materia, exigiendo el aumento de la pensión mínima en diversas sentencias (STC N.º 0009-2015-PI/TC). En respuesta, la Ley 32123 establece que el nivel de la pensión mínima será evaluado cada tres años. Además, esta ley uniformiza el estándar de suficiencia al prever la existencia de una pensión mínima para el SPP, un hito para este régimen.

En los últimos años, un paso concreto en esta dirección fue el establecimiento de una pensión mínima para el régimen pesquero (Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 31728, Decreto Supremo 187-2023-EF), lo que evidencia el compromiso por ampliar la protección social a sectores laborales específicos. También se ha aumentado el monto para el caso del SNP (Ley 32123).

d. El desafío de las pensiones máximas

La regulación de las pensiones máximas es crucial para la sostenibilidad financiera. Además del SNP, regímenes como el 20530 y el diplomático tienen un tope máximo equivalente a 2 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Sin embargo, en el caso de los pensionistas del servicio diplomático, este tope ha sido evadido de manera efectiva. El problema surge porque, adicionalmente a su pensión, reciben una bonificación mensual que se financia con la recaudación de las tasas consulares. Este mecanismo desborda el tope legal establecido y representa un claro ejemplo de cómo ciertos grupos pueden eludir las reglas de equidad del sistema. A la fecha, este tema no ha sido objeto de un análisis por parte del TC, lo que genera un vacío jurisprudencial y mantiene una desigualdad evidente.

3.2.3. Sostenibilidad

La sostenibilidad es la capacidad del sistema previsional para cubrir sus compromisos financieros a lo largo del tiempo, asegurando que las prestaciones de cobertura y suficiencia puedan ser asumidas de manera permanente. Este indicador se evalúa a través de análisis actuariales, que estiman las reservas a largo plazo, y

de la solidez de las fuentes de financiamiento, que incluyen no solo los aportes, sino también la rentabilidad de los fondos y los recursos adicionales del Estado.

Para determinar el comportamiento de este indicador es preciso analizar lo siguiente:

a. La actuaría como herramienta para la sostenibilidad

El análisis de la sostenibilidad del sistema previsional, en el marco del artículo 12 de la Constitución sobre la intangibilidad de los fondos, se basa en la actuaría. Un estudio actuarial estima las reservas del sistema, que representan los pasivos a largo plazo, utilizando modelos matemáticos y probabilísticos. Estos modelos consideran variables clave como las tablas de mortalidad, tasas de interés, densidad de cotización y tasas de contribución.

ara evaluar la sostenibilidad, se emplean metodologías basadas en modelos actuariales de un solo decremento —que consideran un solo riesgo, usualmente la mortalidad— y de múltiples decrementos —incluyen varios riesgos simultáneos o independientes como discapacidad, cese laboral o cambio de régimen, para obtener una estimación más precisa de las obligaciones futuras—.

En síntesis, la actuaría permite determinar la viabilidad del sistema y la magnitud de los desafíos financieros a largo plazo.

b. La gestión de fondos

La sostenibilidad de los fondos, especialmente del Fondo Consolidado de Reservas (FCR) y de los fondos del SPP, depende en gran medida de su gestión a través de la *Asset Allocation* -Asignación Estratégica de Activos (AEA)-, que busca optimizar la combinación de inversiones (renta fija, renta variable e inversiones alternativas) para maximizar el riesgo-retorno.

Sin embargo, los retiros de fondos de las AFP, validados por el TC en la STC N.º 0020-2021-PI/TC, han tenido un impacto negativo significativo en esta gestión. La salida masiva de capital ha reducido la liquidez disponible, obligando a las AFP a reajustar sus inversiones hacia activos más líquidos, lo que genera una composición subóptima del portafolio y una menor diversificación. La venta rápida de activos para cubrir los retiros puede provocar pérdidas por liquidez y valor de mercado. Este ciclo erosiona la rentabilidad a largo plazo, deteriora la capacidad de los fondos para financiar inversiones privadas y afecta la estabilidad financiera del sistema.

c. Impacto en las finanzas públicas

El análisis de la sostenibilidad del sistema previsional va más allá del cálculo actuarial; debe considerar prudentemente el impacto a largo plazo en las finanzas públicas. El marco normativo es claro en este sentido. La Primera Disposición Complementaria Final de la Constitución exige explícitamente la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones, un principio que se complementa con el Decreto Legislativo 1436, que establece un marco de responsabilidad fiscal a largo plazo. En consecuencia, cualquier cambio en el modelo previsional debe evaluarse no solo por su impacto presupuestal a corto plazo (artículo 79 de la Constitución), sino por su viabilidad financiera en el futuro.

Lamentablemente, en algunas de sus últimas sentencias, el TC parece haber pasado por alto esta premisa fundamental, omitiendo sopesar las consecuencias a largo plazo para la sostenibilidad del sistema, como en el caso de los bonos de reconocimiento. Esta "desatención" no solo erosiona el propósito de la seguridad social, sino que también genera un pasivo financiero latente que, en el futuro, podría recaer sobre el Estado y comprometer la estabilidad de las finanzas públicas.

4. REFLEXIONES FINALES

El análisis del sistema previsional peruano revela una estructura en constante tensión, un delicado equilibrio entre la protección de derechos y la necesidad imperativa de sostenibilidad financiera. La jurisprudencia del TC, si bien ha sido un motor de progreso en la consolidación de la pensión como un derecho fundamental, ha mostrado en los últimos años una preocupante inclinación hacia decisiones de corto plazo. La validación de los retiros de fondos del SPP, la validación de la ampliación de los bonos de reconocimiento y el criterio formalista para la suspensión de pensiones fraudulentas son claros ejemplos de cómo una visión coyuntural puede socavar los fundamentos mismos de la seguridad social.

El gran desafío del Perú no es solo reformar las normas, sino reinventar la cultura institucional que las aplica. Es imperativo que el Poder Legislativo y el TC reconozcan el carácter sistémico de las pensiones y adopten una visión de largo plazo que priorice la sostenibilidad financiera, sustentada en un análisis actuarial riguroso. Solo así se podrá garantizar que el derecho a la pensión, consagrado en nuestra Constitución, no se convierta en una promesa vacía para las futuras generaciones.

El futuro de las pensiones en Perú es un reloj de arena que se vacía sin que nadie lo detenga. La inercia del sistema, el juego político de los retiros de fondos y la emisión de sentencias que rompen con precedentes previos nos conducen a una inminente crisis social. Aunque la Ley 32123 sienta las bases para la modernización del sistema, su éxito dependerá de una implementación rigurosa y de la capacidad del Estado para enfrentar problemas estructurales como el envejecimiento de la población, la alta informalidad y las decisiones populistas.

La factura de un sistema previsional fallido no será pagada por quienes tomaron las decisiones, sino por una generación de jóvenes que habrán cotizado toda su vida por una promesa que, si nada cambia, se disolverá en el aire. Esta carga será el resultado directo de la inercia del sistema, el juego político de los retiros de fondos y la emisión de sentencias que priorizaron la coyuntura sobre la visión de largo plazo. El costo de la alta informalidad y de las decisiones populistas se manifestará en un déficit que recaerá sobre las finanzas públicas, y en una población de adultos mayores sin la protección básica, lo que generará una crisis social de magnitudes incalculables.

Ante este panorama, es hora de dejar de ser simples espectadores y asumir la responsabilidad. El llamado a la acción es a actuar y construir, desde cada posición de influencia, un sistema que ofrezca la certeza de un mañana. Esto implica un compromiso colectivo para exigir a nuestros líderes que se aparten del cortoplacismo, que valoren la rigurosidad técnica sobre el aplauso fácil, y que se enfoquen en la sostenibilidad como el único camino para garantizar que el derecho a la pensión sea una realidad y no una quimera para las futuras generaciones.

LA DESCENTRALIZACIÓN COMO FACTOR DEL DESARROLLO HUMANO EN EL PERÚ

Gerardo ZEGARRA FLÓREZ*

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Fundamentos teóricos de la descentralización. 2.1. Concepto y evolución histórica. 2.2. Tipos de descentralización. **3.** Marco constitucional y legal de la descentralización en el Perú. 3.1. La descentralización en la Constitución de 1993. 3.2. Ley de Bases de la Descentralización y otras normas. **4.** El desarrollo humano como objetivo del Estado. 4.1. Conceptualización del desarrollo humano. 4.2. Indicadores del desarrollo humano en el Perú. **5.** Relación entre descentralización y desarrollo humano. 5.1. Descentralización política, administrativa y fiscal. 5.2. Mecanismos de participación y control ciudadano. **6.** Evaluación crítica del proceso de descentralización. **6.1.** Avances institucionales y logros. 6.2. Desigualdades regionales persistentes. 6.3. Obstáculos estructurales y coyunturales **7.** Propuestas para una descentralización efectiva con enfoque en desarrollo humano. 7.1. Reformas institucionales prioritarias. 7.2**.** Enfoque territorial del desarrollo humano. **8.**Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La descentralización es uno de los procesos más complejos y determinantes para la transformación del modelo de gestión estatal en las últimas décadas del Perú. Desde el retorno a la democracia en 1980 y, con mayor énfasis, desde el inicio del siglo XXI, la descentralización se ha presentado como una política estructural orientada a reducir las históricas desigualdades territoriales, mejorar la eficiencia del Estado y fortalecer el sistema democrático a través del acercamiento del poder a la ciudadanía. En este contexto, su implementación ha sido respaldada por un marco constitucional claro y un conjunto de leyes orgánicas que delinean la estructura, competencias y funciones de los gobiernos regionales y locales.

* Abogado. Licenciado en Ciencia Política. Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Santa María. Máster en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Bologna. Docente. Integrante de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Pese a estos avances normativos e institucionales, los resultados en términos de desarrollo humano no han sido homogéneos ni plenamente satisfactorios. El Perú continúa enfrentando profundas brechas entre las regiones de la costa, la sierra y la selva, tanto en acceso a servicios básicos como en calidad educativa, salud, infraestructura y oportunidades económicas. Estas disparidades ponen en cuestión la eficacia del modelo descentralizado implementado y obligan a replantear su orientación, diseño y mecanismos de evaluación.

El desarrollo humano, entendido como la expansión de las capacidades y libertades fundamentales de las personas, constituye uno de los fines esenciales del Estado. Así lo reconoce la propia Constitución peruana al señalar, en su artículo 1, que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Bajo esta premisa, cualquier política pública, incluidas aquellas de carácter territorial o administrativo como la descentralización, debe ser evaluada no solo por su eficiencia técnica o impacto económico, sino también por su contribución al bienestar integral y sostenido de la población.

En este artículo, se propone un análisis constitucional y político del proceso de descentralización en el Perú desde la perspectiva del desarrollo humano. Para ello, se parte de una revisión conceptual y teórica de ambos términos, seguida de un estudio del marco jurídico vigente y de los principales resultados obtenidos hasta la fecha. Se destacan las fortalezas del proceso, como el incremento de la inversión pública en regiones y la creación de espacios de participación ciudadana, así como sus limitaciones, entre ellas la persistencia del centralismo fiscal, la debilidad institucional y la corrupción.

La hipótesis central de este trabajo sostiene que, si bien la descentralización ha generado condiciones propicias para una gestión más cercana y participativa, su impacto sobre el desarrollo humano ha sido limitado debido a una implementación incompleta, desarticulada y, en muchos casos, capturada por intereses particulares. En consecuencia, se plantean propuestas orientadas a reestructurar el modelo descentralizado bajo un enfoque de desarrollo humano territorialmente equilibrado, centrado en la equidad, la planificación estratégica, la articulación intergubernamental y la rendición de cuentas.

Así, este estudio busca contribuir a la discusión académica y política sobre el rediseño del Estado peruano, reafirmando la necesidad de fortalecer la descentralización no como un fin en sí mismo, sino como un medio para alcanzar una sociedad

más justa, inclusiva y cohesionada, en la que todos los ciudadanos, sin importar su lugar de residencia, tengan la oportunidad de vivir con dignidad.

2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA DESCENTRALIZACIÓN

La descentralización es una noción polisémica que ha sido abordada desde distintas disciplinas como el Derecho, la Ciencia Política, la Economía y la Administración Pública. En términos generales, alude al proceso mediante el cual el poder político, la responsabilidad administrativa y los recursos fiscales son transferidos desde el gobierno central hacia instancias subnacionales, con el objetivo de mejorar la eficiencia del Estado, fortalecer la democracia y promover el desarrollo territorial equilibrado.

En el ámbito jurídico-constitucional, la descentralización implica el reconocimiento de una estructura estatal organizada en distintos niveles de gobierno con autonomía relativa. Ello supone una redistribución formal de competencias, funciones y recursos públicos, de manera que las decisiones no se concentren únicamente en el aparato central del Estado, sino que se tomen de forma más cercana a las necesidades de la población, promoviendo así una mayor participación ciudadana y una gobernanza más efectiva.

Desde una perspectiva política, la descentralización también puede entenderse como un mecanismo para la redistribución del poder en sociedades caracterizadas por altos niveles de centralismo y concentración de decisiones. En este sentido, representa un esfuerzo por democratizar la gestión pública y hacer del Estado un instrumento más legítimo, inclusivo y representativo de la diversidad territorial y cultural del país.

2.1. Concepto y evolución histórica

En el contexto peruano, la descentralización ha sido históricamente una aspiración postergada, marcada por avances normativos seguidos de retrocesos políticos. El concepto ha evolucionado desde una noción limitada a la administración municipal —que tuvo cierta expresión en las constituciones del siglo XIX— hasta un modelo más amplio de gobierno multinivel que se consolidó recién en el siglo XXI.

Durante gran parte del siglo XX, el Estado peruano fue centralista en extremo, tanto en términos políticos como económicos. Las decisiones relevantes eran tomadas en Lima, y los departamentos del interior del país eran tratados más como

territorios subordinados que como entidades con autonomía efectiva. Esta situación generó profundas desigualdades en el acceso a servicios públicos, infraestructura y oportunidades, y alimentó una narrativa de exclusión que en parte explica los conflictos sociales y la debilidad del Estado en regiones periféricas.

Fue la Constitución de 1979 la primera en establecer una concepción integral de descentralización, creando la figura de las regiones y reconociendo un sistema de gobierno tripartito (nacional, regional y local). Sin embargo, los avances fueron limitados debido a la inestabilidad política de la década de 1980, la crisis económica y el conflicto armado interno.

La Constitución Política de 1993 retomó la idea descentralizadora, pero bajo una concepción más pragmática y funcional. El artículo 43 establece que el Estado peruano es "unitario y descentralizado", lo cual marca el carácter indivisible del Estado, pero reconoce la necesidad de distribuir el poder territorialmente. No obstante, el verdadero impulso político al proceso descentralizador se dio recién a partir del año 2002, con la promulgación de la Ley de Bases de la Descentralización y la creación de los gobiernos regionales mediante elección directa.

Desde entonces, el Perú ha construido una arquitectura institucional que formalmente reconoce la existencia de tres niveles de gobierno con autonomía política, administrativa y económica. Sin embargo, en la práctica, esta descentralización ha sido incompleta, fragmentada y en muchos casos disfuncional.

2.2. Tipos de descentralización

El análisis teórico distingue entre distintos tipos de descentralización, los cuales pueden aplicarse de manera simultánea o secuencial, dependiendo del contexto político, institucional y económico del país. Los tres tipos principales son:

a) Descentralización política

Implica la transferencia de autoridad para la toma de decisiones políticas y la legitimación democrática de los gobiernos subnacionales. Se manifiesta principalmente en la elección directa de autoridades regionales y locales (gobernadores, alcaldes y consejos), quienes representan a sus respectivas jurisdicciones frente al gobierno central. Este tipo de descentralización fortalece la democracia representativa y promueve la rendición de cuentas a nivel local.

En el Perú, esta modalidad se inició formalmente en 2002 con la elección de los primeros gobiernos regionales, y ya existía con anterioridad en el ámbito mu-

nicipal. No obstante, la dinámica partidaria nacional ha influido negativamente en la consolidación de liderazgos regionales, dando lugar a fragmentación política y escasa articulación programática.

b) Descentralización administrativa

Consiste en la delegación o transferencia de funciones administrativas específicas (educación, salud, infraestructura, etc.) desde el gobierno central hacia los gobiernos regionales o locales. Su objetivo es mejorar la eficiencia en la prestación de servicios públicos al adecuar las políticas a las realidades locales.

En el caso peruano, la descentralización administrativa ha sido parcial y muchas funciones siguen siendo gestionadas desde ministerios centrales. A esto se suma la limitada capacidad técnica de muchas entidades subnacionales, lo que impide una gestión eficaz de sus competencias.

c) Descentralización fiscal

Este tipo de descentralización implica la transferencia de recursos financieros y la autonomía en la generación de ingresos por parte de los gobiernos subnacionales. Es una de las dimensiones más sensibles y conflictivas, ya que afecta la distribución del poder económico entre el centro y las regiones.

En el Perú, el sistema de canon (minero, gasífero, hidroenergético) ha sido un mecanismo clave para transferir ingresos a las regiones productoras. Sin embargo, la asignación ha sido desigual, y muchas regiones ricas en recursos han mostrado escasa mejora en sus indicadores de desarrollo humano, lo que evidencia problemas de capacidad de gasto, planificación y control.

3. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN EL PERÚ

El proceso de descentralización en el Perú no solo responde a una lógica política y administrativa, sino que se encuentra sólidamente respaldado por un conjunto de normas de rango constitucional y legal que le otorgan legitimidad y estructura. Desde una perspectiva jurídico-constitucional, la descentralización constituye un principio rector de la organización del Estado, con implicancias directas sobre la distribución del poder, la asignación de recursos y la gestión de políticas públicas a nivel subnacional. A lo largo de las últimas décadas, se han aprobado diversas

normas orientadas a establecer un modelo de Estado unitario descentralizado, con gobiernos regionales y locales autónomos y con competencias claramente definidas.

3.1. La descentralización en la Constitución de 1993

La Constitución Política del Perú de 1993 establece el carácter descentralizado del Estado desde su propio texto orgánico. El artículo 43 señala de forma explícita que "El Estado es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes". Esta formulación consagra el modelo de Estado unitario con descentralización funcional, en oposición a los modelos federales, pero establece el deber del Estado de distribuir el poder territorialmente para garantizar una gestión pública más eficaz y equitativa.

Asimismo, el artículo 189 reconoce la existencia de gobiernos regionales y gobiernos locales, los cuales gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Esta autonomía se expresa en su capacidad de elaborar normas, administrar recursos, ejecutar proyectos y representar a sus respectivas circunscripciones ante el gobierno nacional.

Los artículos 191 y 194 refuerzan el carácter democrático del proceso descentralizador al disponer que los gobernadores regionales, alcaldes y regidores sean elegidos por sufragio directo. Esta disposición refuerza el vínculo entre descentralización y legitimidad democrática, y sienta las bases para un sistema de gobierno multinivel basado en la participación ciudadana.

De igual forma, el artículo 192 enumera las competencias exclusivas de los gobiernos regionales, entre las que destacan la formulación y ejecución de planes regionales de desarrollo concertados, la promoción de inversiones y empleo, la administración de bienes y recursos públicos, así como la planificación del desarrollo urbano y rural en coordinación con los gobiernos locales.

Desde el punto de vista del diseño institucional, la Constitución no solo promueve la descentralización territorial, sino también funcional, al permitir la transferencia de competencias sectoriales a los niveles subnacionales. Este marco establece el sustento normativo para un modelo de descentralización integral que, sin embargo, ha encontrado serias dificultades en su implementación efectiva.

3.2. Ley de Bases de la Descentralización y otras normas

El desarrollo del marco constitucional de la descentralización ha estado acompañado por un cuerpo legislativo robusto que regula su implementación progresiva.

La Ley N.º 27783 – Ley de Bases de la Descentralización, promulgada en julio de 2002, constituye la norma fundamental del proceso. Esta ley establece los principios, objetivos y mecanismos del sistema descentralizado, y define la organización territorial del Estado en tres niveles de gobierno: nacional, regional y local.

Uno de los aspectos centrales de esta ley es el principio de subsidiariedad, que implica que las decisiones deben adoptarse en el nivel más cercano posible a los ciudadanos, siempre que exista capacidad técnica y financiera para su implementación. Asimismo, se reconoce el principio de gradualidad, que establece que la transferencia de competencias debe realizarse de manera progresiva y planificada, en función del fortalecimiento institucional de los gobiernos subnacionales (Ley N.º 27783, 2002, arts. 4-6).

Junto a esta ley, se promulgaron otras normas complementarias clave:

Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (Ley N.º 27867, 2002): Establece la estructura, funciones, competencias y órganos de los gobiernos regionales. Reconoce como funciones fundamentales la planificación del desarrollo regional, la gestión de servicios públicos, y la coordinación con los gobiernos locales. Además, regula la creación del Consejo de Coordinación Regional como órgano de concertación con participación de la sociedad civil.

Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N.º 27972, 2003): Define el régimen de los gobiernos locales (municipalidades provinciales y distritales). Les asigna competencias en desarrollo urbano, seguridad ciudadana, servicios públicos locales, y fomento de actividades productivas. Se promueve la participación vecinal a través de mecanismos como el presupuesto participativo.

Ley de Demarcación y Organización Territorial (Ley N.º 27795, 2002): Regula el proceso de delimitación y modificación de las circunscripciones territoriales, así como los criterios técnicos y sociales para la creación de nuevas unidades de gobierno.

Ley Marco de Presupuesto Participativo (Ley N.º 28056, 2003): Establece un mecanismo de participación directa de la ciudadanía en la formulación de los presupuestos públicos, promoviendo la transparencia, la eficiencia y la rendición de cuentas en el uso de recursos públicos.

Todas estas normas conforman un entramado jurídico que busca institucionalizar un modelo de gobernanza descentralizada basado en la autonomía, la participación y la eficiencia. No obstante, su aplicación ha sido desigual y, en muchos casos,

limitada por factores como la debilidad técnica de los gobiernos subnacionales, la ausencia de planificación articulada y la persistencia de prácticas clientelistas y patrimonialistas en el ejercicio del poder local (Tanaka, 2005, Arroyo, 2017).

En ese sentido, si bien el marco legal de la descentralización peruana es amplio y moderno en términos formales, su eficacia depende no solo de la existencia de normas sino de la voluntad política, la capacidad institucional y el involucramiento activo de la ciudadanía.

4. EL DESARROLLO HUMANO COMO OBJETIVO DEL ESTADO

Uno de los principios fundamentales que orientan la acción del Estado peruano es la promoción del desarrollo integral de las personas. Esta visión está estrechamente relacionada con el paradigma del desarrollo humano, que va más allá del crecimiento económico y coloca a la persona como centro y fin último de toda política pública. En consecuencia, el proceso de descentralización debe analizarse también desde su capacidad para contribuir al logro de ese desarrollo humano, entendido como la expansión de las libertades, capacidades y oportunidades de vida de cada individuo.

4.1. Conceptualización del desarrollo humano

El concepto de desarrollo humano fue impulsado a nivel internacional por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), a través del economista paquistaní Mahbub ul Haq y con el respaldo teórico del Premio Nobel de Economía Amartya Sen. Este enfoque se distancia de las teorías clásicas del desarrollo centradas únicamente en el Producto Bruto Interno (PBI) o el ingreso per cápita, y propone una mirada multidimensional, en la que el bienestar de las personas depende del acceso real a bienes, servicios, oportunidades y derechos fundamentales (Sen, 1999; PNUD, 2010).

Según el PNUD (2022), el desarrollo humano puede definirse como "el proceso de expansión de las libertades reales que disfrutan las personas para llevar la vida que valoran". Esta perspectiva reconoce que la libertad —entendida como la capacidad de elegir entre distintas opciones vitales— es tanto el medio como el fin del desarrollo. Por ello, no basta con incrementar los recursos o servicios disponibles: es necesario que estos se traduzcan en capacidades efectivas para participar activamente en la vida económica, social, política y cultural.

El enfoque del desarrollo humano incorpora dimensiones esenciales como:

La salud, que se mide usualmente por la esperanza de vida al nacer.

La educación, evaluada mediante el nivel de alfabetización, los años promedio de escolaridad y el acceso a educación superior.

El nivel de vida digno, representado por el ingreso nacional bruto per cápita ajustado al poder adquisitivo.

Estos tres componentes conforman el Índice de Desarrollo Humano (IDH), el cual permite comparar niveles de bienestar entre países y regiones. No obstante, desde 2010 se han desarrollado también indicadores complementarios como el Índice de Desarrollo Humano Ajustado por Desigualdad (IDHD) y el Índice de Pobreza Multidimensional (IPM), que permiten capturar de manera más precisa las privaciones que afectan a poblaciones vulnerables (PNUD, 2010; PNUD, 2014).

Desde una perspectiva constitucional, el desarrollo humano tiene plena conexión con los fines del Estado establecidos en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, que afirma que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Asimismo, el artículo 44 establece como deber esencial del Estado "promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación". Estos preceptos obligan a evaluar las políticas públicas —como la descentralización— desde su impacto real en la mejora de la calidad de vida de las personas.

4.2. Indicadores del desarrollo humano en el Perú

En las últimas décadas, el Perú ha experimentado mejoras sostenidas en sus indicadores de desarrollo humano a nivel nacional. Según el PNUD (2022), el país alcanzó un IDH de 0.777, ubicándose en la categoría de "desarrollo humano alto" y ocupando el puesto 84 de 191 países. Estos avances se explican en parte por el crecimiento económico sostenido, la expansión de programas sociales y la mejora en la cobertura de servicios básicos como salud y educación.

No obstante, detrás de estas cifras agregadas persisten profundas desigualdades entre las distintas regiones del país. Las brechas territoriales son particularmente visibles en los departamentos de la sierra y la selva, donde los niveles de pobreza multidimensional, desnutrición crónica infantil, analfabetismo y mortalidad materna siguen siendo elevados. Por ejemplo, mientras Lima y Arequipa presentan índices comparables a países de renta media-alta, regiones como Huancavelica,

Loreto o Cajamarca exhiben niveles similares a países de desarrollo medio o bajo (INEI, 2021).

La articulación de diversos reportes del PNUD (2010, 2021) y estudios regionales sugiere que las asimetrías territoriales en conectividad, infraestructura, capacidad de gestión y presencia estatal explican las diferencias de bienestar entre zonas del país. En ese sentido, la descentralización tiene un papel potencialmente crucial para cerrar brechas, siempre que se implemente con enfoque estratégico y fortalecimiento institucional.

En términos de acceso a servicios públicos, las disparidades también son significativas. Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, 2021), mientras que en Lima Metropolitana el 95 % de hogares tiene acceso a agua potable por red pública, en zonas rurales de la selva esta cifra desciende a menos del 40 %. Asimismo, la cobertura de Internet, electricidad y servicios educativos de calidad presenta una distribución geográfica profundamente desigual.

Estas diferencias evidencian que, si bien el Perú ha mejorado su posición en rankings internacionales de desarrollo, el desarrollo humano territorialmente equilibrado continúa siendo una deuda pendiente. La descentralización, entendida no solo como un mecanismo de gestión territorial, sino como una estrategia para la inclusión social y la justicia distributiva, debe articularse más firmemente con los objetivos de desarrollo humano, especialmente en los territorios históricamente excluidos.

5. RELACIÓN ENTRE DESCENTRALIZACIÓN Y DESARROLLO HUMANO

El proceso de descentralización no debe analizarse únicamente como una reforma administrativa o de gestión estatal, sino como una estrategia política que puede incidir profundamente en los niveles de desarrollo humano, al permitir una mayor adecuación de las políticas públicas a las realidades locales y una redistribución más equitativa de los recursos del Estado. El vínculo entre descentralización y desarrollo humano es, en ese sentido, estructural: mientras la descentralización representa el "cómo" se gestiona el poder y los recursos, el desarrollo humano es el "para qué" fundamental del diseño institucional del Estado.

Según el enfoque del desarrollo humano propuesto por el PNUD (2010), la descentralización permite ampliar las libertades reales de las personas cuando

facilita un acceso más oportuno y adecuado a servicios básicos, reduce las brechas territoriales y fortalece la capacidad de los ciudadanos para incidir en las decisiones públicas. Sin embargo, este potencial solo se realiza plenamente si la descentralización es acompañada de una planificación estratégica, un fortalecimiento institucional sostenido y mecanismos efectivos de rendición de cuentas.

5.1. Descentralización política, administrativa y fiscal

Cada una de las dimensiones clásicas de la descentralización —política, administrativa y fiscal— tiene implicancias específicas sobre el desarrollo humano. Su adecuada articulación es indispensable para garantizar que los gobiernos subnacionales puedan responder eficazmente a las demandas de sus poblaciones.

a) Descentralización política

La descentralización política, entendida como la elección directa de autoridades regionales y locales, permite que las decisiones públicas respondan mejor a las prioridades de cada territorio. Esta dimensión contribuye al desarrollo humano en tanto fortalece la representación democrática, la legitimidad de las autoridades subnacionales y la capacidad de los ciudadanos para participar en la formulación de políticas públicas (Faguet, 2012).

En el Perú, la instauración de los gobiernos regionales en 2002 supuso un paso importante hacia la democratización territorial del Estado. No obstante, los problemas estructurales del sistema político —como la debilidad de los partidos, la fragmentación del poder local y la alta rotación de autoridades— han limitado el impacto positivo de esta dimensión sobre el desarrollo humano. Según Tanaka (2005), en muchos casos los gobiernos subnacionales han sido capturados por redes clientelares o han carecido de un proyecto político claro, lo que ha reducido su capacidad para implementar políticas públicas coherentes y sostenibles.

b) Descentralización administrativa

La descentralización administrativa permite que los gobiernos regionales y locales gestionen directamente competencias en áreas clave para el desarrollo humano, como la salud, la educación, el agua y el saneamiento. Esta proximidad territorial puede traducirse en una mejor asignación de recursos, mayor capacidad de respuesta y mayor pertinencia cultural en la prestación de servicios.

Sin embargo, en el caso peruano, la descentralización administrativa ha sido asimétrica e incompleta. Muchas competencias siguen siendo gestionadas central-

mente desde los ministerios, y los gobiernos subnacionales enfrentan limitaciones técnicas, financieras y humanas para ejecutar eficazmente sus funciones. Según el Banco Mundial (2021), la baja calidad del gasto público a nivel subnacional es uno de los principales factores que limitan el impacto de la descentralización sobre el bienestar ciudadano.

c) Descentralización fiscal

La dimensión fiscal es quizás la más crítica para asegurar la autonomía real de los gobiernos subnacionales y su capacidad para promover el desarrollo humano. Esta implica tanto la transferencia de recursos del gobierno central como la posibilidad de generar ingresos propios mediante tributos locales o tarifas por servicios públicos.

En el Perú, el sistema de descentralización fiscal ha estado marcado por un modelo de transferencias condicionado, con énfasis en recursos derivados del canon (minero, gasífero, hidroenergético) en algunas regiones. Si bien esto ha permitido aumentar la inversión pública en departamentos como Cusco, Arequipa o Moquegua, el impacto sobre los indicadores de desarrollo humano ha sido desigual debido a la escasa capacidad de planificación y la ineficiencia en la ejecución del gasto (Grupo Propuesta Ciudadana, 2011).

La dependencia de las transferencias centrales, junto con la limitada autonomía tributaria de los gobiernos locales y regionales, genera un modelo fiscal verticalmente desequilibrado, lo cual restringe la posibilidad de implementar estrategias de desarrollo humano sostenibles desde el territorio.

5.2. Mecanismos de participación y control ciudadano

La descentralización no solo tiene un componente estructural, sino también relacional. Su éxito en términos de desarrollo humano depende en buena medida del grado en que incorpora a la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones, seguimiento y control del uso de los recursos públicos. En ese sentido, los mecanismos de participación ciudadana son herramientas clave para alinear las políticas públicas con las necesidades reales de la población y para prevenir la captura institucional por élites locales.

En el Perú, uno de los instrumentos más destacados de participación ciudadana es el presupuesto participativo, establecido por la Ley N.º 28056 (2003). Este mecanismo permite que organizaciones sociales y actores locales intervengan en la priorización de proyectos de inversión pública a nivel regional y municipal. Diversos

estudios han mostrado que este proceso ha contribuido a mejorar la transparencia y la rendición de cuentas en algunos gobiernos subnacionales. Sin embargo, su impacto ha sido desigual, dependiendo del nivel de organización de la sociedad civil, la capacidad técnica de los gobiernos locales y el compromiso político de las autoridades involucradas (Montecinos, 2018).

En el Perú, uno de los instrumentos más destacados en este ámbito es el presupuesto participativo, establecido por la Ley N.º 28056 (2003). Este mecanismo permite que la sociedad civil intervenga activamente en la priorización de proyectos de inversión pública, de manera concertada con los gobiernos locales y regionales. La implementación del presupuesto participativo ha fortalecido la transparencia en algunos contextos, pero su impacto real ha sido heterogéneo y depende del nivel de organización de la sociedad civil, así como del compromiso de las autoridades locales.

Además del presupuesto participativo, existen otras instancias de participación como las audiencias públicas, los comités de vigilancia y los consejos de coordinación regional y local. No obstante, muchos de estos mecanismos funcionan de manera formalista y sin un verdadero empoderamiento ciudadano. En regiones donde el capital social es bajo y los niveles de educación son limitados, la participación suele ser cooptada por grupos de interés o limitada a prácticas consultivas sin capacidad decisoria.

En suma, la descentralización tiene un gran potencial para mejorar el desarrollo humano en el Perú, pero ello requiere no solo estructuras formales, sino también procesos participativos efectivos, fortalecimiento institucional, transparencia y articulación intergubernamental. El reto principal no está en el diseño normativo, sino en su implementación efectiva, contextualizada y con enfoque en resultados.

6. EVALUACIÓN CRÍTICA DEL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN

A más de dos décadas de la reactivación del proceso descentralizador en el Perú, resulta imprescindible efectuar una evaluación crítica que permita identificar tanto sus avances como sus limitaciones estructurales. Si bien el marco constitucional y legal ha logrado construir una arquitectura institucional coherente, la implementación práctica del modelo descentralizado ha evidenciado tensiones, asimetrías y disfuncionalidades que afectan su contribución al desarrollo humano y al fortalecimiento democrático del Estado.

6.1. Avances institucionales y logros

El proceso de descentralización en el Perú ha generado transformaciones importantes en la organización del Estado, estableciendo una estructura de gobierno de tres niveles: nacional, regional y local. Este nuevo marco institucional fue formalizado mediante la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (Ley N.º 27867) y la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N.º 27972), las cuales reconocen la autonomía política, administrativa y económica de los gobiernos subnacionales, así como la elección directa de sus autoridades mediante sufragio universal.

En términos de inversión pública, el proceso de descentralización ha mostrado avances concretos. De acuerdo con el Índice Regional de Gestión Pública (IRGP) publicado por el Consejo Privado de Competitividad, utilizando datos oficiales del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), los gobiernos subnacionales —regionales y locales— han ejecutado más del 60 % del total de la inversión pública nacional durante el año 2024, especialmente en sectores clave como transporte, saneamiento, educación e infraestructura urbana (Consejo Privado de Competitividad, 2024). Esta participación evidencia la importancia creciente de los niveles subnacionales en la implementación del gasto público y su impacto en el desarrollo territorial.

Además, se han implementado mecanismos de participación ciudadana y transparencia que, en determinados ámbitos, han fortalecido la legitimidad de la gestión local. Entre estos se destacan el presupuesto participativo, las audiencias públicas de rendición de cuentas (APRC) y la vigilancia ciudadana, particularmente donde se realizan espacios deliberativos con seguimiento ciudadano. La Defensoría del Pueblo ha instado formalmente a los gobiernos subnacionales a garantizar al menos dos APRC anuales, en mayo y setiembre, como herramientas claves para promover transparencia, legitimidad institucional y mayor control social (Defensoría del Pueblo, 2023)

En el plano normativo e institucional, uno de los avances importantes del proceso de descentralización ha sido la implementación del planeamiento estratégico concertado en los tres niveles de gobierno. Este se ha materializado a través de instrumentos como los Planes de Desarrollo Concertado (PDC) a nivel local y los Planes Regionales de Desarrollo Concertado (PRDC) a nivel regional. Ambos planes, orientados por los lineamientos del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN), buscan articular las prioridades de desarrollo con participación de actores estatales, privados y de la sociedad civil, promoviendo así una gestión pública más coherente, transparente y enfocada en resultados (CEPLAN, 2024).

6.2. Desigualdades regionales persistentes

A pesar de los avances logrados en el proceso de descentralización, persisten marcadas brechas territoriales en el acceso a servicios básicos, infraestructura, oportunidades económicas y calidad institucional. Estas desigualdades evidencian un desarrollo humano desigual entre las distintas regiones del país. Según el Informe Nacional sobre Desarrollo Humano en el Perú, departamentos como Huánuco, Puno, Cajamarca, Huancavelica y Amazonas presentan rezagos importantes frente a regiones como Lima, Moquegua y Arequipa (PNUD Perú, 2025). A nivel global, el PNUD también ha advertido que las desigualdades estructurales —ampliadas por factores ambientales y sociales— limitan el potencial del desarrollo humano sostenible (PNUD, 2020). Estas desigualdades no solo reflejan las diferencias históricas en inversión y presencia estatal, sino también las limitaciones del modelo descentralizado para revertir esas tendencias estructurales.

A pesar de que el canon y las regalías han significado una transferencia sustancial de recursos a regiones extractivas, estas transferencias han tendido a concentrarse en pocos territorios, generando desigualdades horizontales y verticales sin lograr mejoras sustanciales en bienestar humano. Videnza Consultores (Von Hesse, 2021) demuestran que buena parte de los recursos no se traducen en cobertura universal de servicios básicos ni en mejora de indicadores de calidad de vida. El informe del Banco Mundial (2021) y del FMI (2016) confirman que la descentralización presupuestaria adelantada sin capacidad técnica adecuada genera ejecución deficiente, desperdicio de recursos e impone riesgos fiscales considerables.

Asimismo, el acceso desigual a capacidades técnicas y humanas en los gobiernos subnacionales ha provocado una descentralización asimétrica, donde las regiones más organizadas y con mayor capital humano han podido desarrollar proyectos sostenibles, mientras que otras han quedado rezagadas, profundizando la desigualdad territorial.

6.3. Obstáculos estructurales y coyunturales

La implementación efectiva del modelo descentralizado en el Perú enfrenta tanto obstáculos estructurales como limitaciones coyunturales que comprometen su sostenibilidad e impacto.

Entre los obstáculos estructurales destacan:

Según un operativo nacional de la Contraloría General de la República (2023), más de 1,500 directivos de confianza en gobiernos regionales y locales

no cumplían con los requisitos mínimos de formación académica o experiencia, lo cual evidencia la falta de profesionalización en la función pública subnacional. Además, en 2023 actuaron 1,439 entidades que no presentaron su Informe Anual de Rendición de Cuentas, lo que demuestra la debilidad institucional en planificación, gestión financiera y articulación intergubernamental (Contraloría General de la República, 2024).

La fragmentación del sistema político, que ha dado lugar a autoridades subnacionales sin filiación partidaria clara o con escasa articulación con el gobierno nacional, lo que dificulta la continuidad de políticas públicas.

La excesiva dependencia de transferencias del gobierno central, lo cual limita la autonomía fiscal efectiva de los gobiernos subnacionales y los convierte en entes receptores más que en gestores autónomos del desarrollo.

En cuanto a los factores coyunturales, se pueden mencionar:

La creciente conflictividad social en regiones con alta concentración de recursos naturales, que ha tensionado la relación entre el Estado y las comunidades locales, evidenciando la debilidad del modelo descentralizador para generar legitimidad territorial.

La corrupción y la captura institucional en los gobiernos subnacionales ha debilitado gravemente la confianza ciudadana en las autoridades regionales y locales. De acuerdo con la Contraloría General de la República (2022), solo en ese año se identificaron más de S/ 1,800 millones en perjuicio económico al Estado, así como más de 13,000 funcionarios con presunta responsabilidad por inconducta funcional. Asimismo, entre 2011 y 2022 al menos 23 gobernadores regionales han sido procesados o investigados por delitos de corrupción, lo que refleja una preocupante fragilidad institucional en el nivel subnacional.

La ausencia de un sistema efectivo de evaluación del desempeño, que permita monitorear el impacto de la descentralización en términos de eficiencia, equidad y desarrollo humano.

En conjunto, estos factores —débil capacidad institucional, fragmentación fiscal, captación de recursos subnacionales sin rendición efectiva— han generado lo que analistas como Arroyo Laguna (2017) describen como una descentralización inconclusa, en la que el marco normativo supera la capacidad operativa y técnica de los gobiernos regionales y locales, generando desalineación entre expectativas sociales y capacidades reales del Estado.

7. PROPUESTAS PARA UNA DESCENTRALIZACIÓN EFECTIVA CON ENFOQUE EN DESARROLLO HUMANO

Frente a los límites estructurales y las brechas identificadas en el proceso descentralizador peruano, se hace indispensable reorientar su diseño e implementación bajo un enfoque que priorice la mejora del desarrollo humano, especialmente en las regiones históricamente postergadas. Esto implica pasar de una descentralización meramente formal o normativa a una descentralización efectiva, articulada, funcional y centrada en resultados.

El desarrollo humano no puede ser una consecuencia eventual de la descentralización, sino su objetivo explícito. Por tanto, las propuestas de reforma deben incorporar no solo criterios de eficiencia administrativa, sino también principios de equidad territorial, justicia social y participación ciudadana activa.

7.1. Reformas institucionales prioritarias

Una primera línea de acción apunta al fortalecimiento de las instituciones subnacionales, cuyo desempeño sigue siendo desigual e insuficiente para responder a las demandas del desarrollo humano. Entre las reformas prioritarias se propone:

a) Profesionalización del servicio público subnacional

La mejora del capital humano en los gobiernos regionales y locales constituye un elemento esencial para lograr una gestión pública eficiente, ética y orientada al desarrollo. En esta línea, SERVIR ha impulsado estrategias de gestión del rendimiento y programas de capacitación dirigidos a funcionarios subnacionales, con el fin de fortalecer sus capacidades en planificación, ejecución y gobernanza. Estas acciones buscan promover la profesionalización de la función pública regional y local, así como atraer talento humano calificado mediante incentivos adecuados y condiciones laborales estables (SERVIR, 2019).

b) Evaluación del desempeño institucional

La Contraloría General de la República (2022) ha evidenciado deficiencias persistentes en la ejecución presupuestal, la planificación estratégica y el control interno de los gobiernos subnacionales. En este contexto, diversos analistas y organismos recomiendan avanzar hacia la implementación de sistemas de monitoreo del desempeño que permitan evaluar resultados en salud, educación e infraestructura, y que estén vinculados a mecanismos de incentivos presupuestales. Estos sistemas

deben incorporar indicadores territoriales del desarrollo humano y fomentar la transparencia y la rendición de cuentas.

c) Reforma del sistema de transferencias fiscales

El modelo actual de descentralización fiscal en el Perú ha perpetuado desigualdades significativas al privilegiar regiones con actividad extractiva, sin garantizar un uso eficiente ni equitativo de los recursos. Informes como el de Grupo Propuesta Ciudadana (2024) y la ANGR (2011) han señalado que la asignación del canon no considera elementos esenciales como la equidad territorial, el nivel de pobreza o la capacidad institucional de las regiones. Por ello, se propone reformar el sistema de distribución e incorporar procesos transparentes y participativos en la gestión de estos recursos (Grupo Propuesta Ciudadana, 2024; ANGR, 2011; Banco Mundial, 2017).

d) Reestructuración de la coordinación intergubernamental

El proceso de descentralización en el Perú requiere consolidar una gobernanza multinivel efectiva, basada en la articulación funcional entre los niveles nacional, regional y local. Es necesario fortalecer los espacios de concertación intergubernamental como el Consejo de Coordinación Intergubernamental (CCI), de modo que se convierta en un mecanismo estratégico para el alineamiento de prioridades, la resolución de conflictos de competencia y el intercambio de buenas prácticas.

e) Lucha frontal contra la corrupción regional y local

La corrupción representa uno de los mayores obstáculos para una descentralización que impulse el desarrollo humano. La Contraloría General de la República (2022) ha documentado graves deficiencias en el control del uso de recursos públicos en gobiernos regionales y locales. Asimismo, se requiere el fortalecimiento de las fiscalías y órganos de control especializados a nivel regional, así como el impulso de sistemas de vigilancia ciudadana mediante el acceso abierto a información presupuestaria, contratos públicos y auditorías.

7.2. Enfoque territorial del desarrollo humano

La descentralización debe asumirse como una política de desarrollo territorial integral, y no solo como una reforma del aparato administrativo. En esa línea, se plantea la necesidad de articular el proceso descentralizador con una estrategia

nacional de desarrollo humano territorialmente equilibrado, que considere la diversidad geográfica, cultural, social y económica del país.

a) Planificación territorial con enfoque en capacidades humanas

Los Planes de Desarrollo Concertado (PDC) deben alinearse con una visión integral del desarrollo humano, incorporando no solo metas de crecimiento económico o infraestructura, sino también indicadores de capacidades humanas como salud, educación y participación ciudadana. Según el CEPLAN (2024), los PDC con enfoque territorial deben basarse en un diagnóstico multisectorial que permita orientar las inversiones hacia el cierre de brechas de calidad de vida.

b) Políticas diferenciadas por macrorregiones

El Perú requiere diseñar políticas públicas diferenciadas para sus tres grandes regiones naturales (costa, sierra y selva), considerando variables como aislamiento geográfico, vulnerabilidad climática, densidad poblacional y presencia estatal. Estudios como los de Bebbington, Humphreys-Bebbington y Scurrah (2007) respaldan la idea de que las zonas rurales y amazónicas requieren un enfoque político e institucional diferenciado, con recursos e institucionalidad propia para cerrar brechas de desarrollo y reducir desigualdades socioambientales.

c) Participación ciudadana vinculante

Más allá de los mecanismos consultivos, es fundamental promover espacios de participación ciudadana vinculante en las decisiones estratégicas del desarrollo subnacional. Esto implica fortalecer la cultura democrática deliberativa y el tejido social mediante la educación cívica, el acceso a información pública confiable y el empoderamiento de organizaciones comunitarias. Estudios como los de Valdiviezo del Carpio (2013), subrayan que esas prácticas participativas pueden mejorar la transparencia, la legitimidad de las decisiones y la rendición de cuentas local.

d) Integración de la agenda climática y ambiental

Finalmente, el enfoque territorial del desarrollo humano en el Perú debe integrar de manera efectiva la variable ambiental. Los gobiernos subnacionales deberán diseñar e implementar estrategias orientadas a un desarrollo humano resiliente, centradas en la adaptación al cambio climático, la protección de ecosistemas estratégicos y la transición hacia economías sostenibles localmente.

8. CONCLUSIONES

El presente artículo ha explorado la descentralización como un factor determinante para el desarrollo humano en el Perú, destacando tanto sus fundamentos constitucionales como su aplicación práctica. A partir de este análisis, pueden formularse diversas conclusiones que permiten comprender con mayor claridad los logros, limitaciones y desafíos que enfrenta el proceso descentralizador en su contribución al bienestar integral de las personas.

En primer lugar, la descentralización constituye un mandato constitucional y legal en el Perú, expresado en la organización territorial del Estado y en la creación de gobiernos regionales y locales con autonomía política, administrativa y económica. Esta arquitectura busca redistribuir el poder y acercar la gestión pública a los ciudadanos, reconociendo la diversidad territorial y promoviendo la equidad. No obstante, la implementación del modelo ha sido desigual, y muchas veces formalista, sin traducirse plenamente en mejoras sustantivas en las condiciones de vida de la población.

En segundo lugar, el desarrollo humano —como expansión de capacidades y libertades reales— debe ser el fin último de toda política pública, incluida la descentralización. Si bien el Perú ha registrado avances en los indicadores agregados de desarrollo humano, estos logros ocultan profundas disparidades territoriales, étnicas y sociales. Las regiones más alejadas y con menor densidad institucional continúan enfrentando altos niveles de pobreza, exclusión y falta de servicios básicos, lo que pone en evidencia los límites del modelo descentralizado tal como ha sido ejecutado hasta hoy.

En tercer lugar, la evaluación crítica del proceso revela que la descentralización, en su dimensión política, administrativa y fiscal, requiere reformas profundas para alcanzar sus objetivos. La debilidad institucional de los gobiernos subnacionales, la falta de articulación entre niveles de gobierno, la corrupción persistente y la escasa participación ciudadana efectiva constituyen factores que han debilitado su legitimidad y eficacia. La descentralización, lejos de ser una panacea, ha reproducido en muchos casos los problemas del centralismo, aunque en clave territorial.

En cuarto lugar, es necesario reorientar el proceso descentralizador desde una perspectiva territorial del desarrollo humano. Esto implica políticas diferenciadas por regiones, fortalecimiento del capital humano local, planificación estratégica centrada en capacidades, y un sistema fiscal más equitativo y orientado al cierre de brechas. Asimismo, debe fortalecerse la gobernanza intergubernamental y estable-

cer mecanismos vinculantes de participación y control ciudadano, de manera que las decisiones públicas respondan verdaderamente a las necesidades del territorio.

Finalmente, el éxito de la descentralización no depende únicamente de reformas técnicas o normativas, sino de una visión política de largo plazo, comprometida con la justicia social, la cohesión territorial y la dignidad de las personas. En un país tan diverso y desigual como el Perú, descentralizar con enfoque en desarrollo humano no es solo una opción técnica, sino una exigencia democrática y constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

Arroyo Laguna, J. (2017). "¿Ha tenido la descentralización un efecto importante en el desarrollo de las regiones? El caso peruano 2002–2015." *Revista CLAD Reforma y Democracia.*

Asamblea Nacional de Gobiernos Regionales (ANGR). (2011). La descentralización fiscal en el Perú: Situación actual y propuesta de coparticipación tributaria. Lima.

Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR). (2019, 18 de marzo). SERVIR presenta estrategias de gestión del rendimiento y de capacitación en gobiernos regionales y locales.

Banco Mundial. (2017). Perú: Hacia la creación de un sistema de descentralización fiscal más eficiente y equitativo. Oficina de Lima, Grupo Banco Mundial.

Banco Mundial. (2021). Perú: Mejorando la calidad del gasto subnacional para promover el desarrollo.

Bebbington, A., Humphreys-Bebbington, D., & Scurrah, M. (2007). Minería, movimientos sociales y respuestas campesinas: Una ecología política de transformaciones territoriales. Lima: Instituto de Estudios Peruanos – CEPES.

Centro Nacional de Planeamiento Estratégico. (2024). Guías para la formulación de Planes Regionales y Locales de Desarrollo Concertado.

Consejo Privado de Competitividad. (2024). Índice Regional de Gestión Pública, cuarto trimestre 2024. Perú Compite.

Constitución Política del Perú. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2023) Décimo Séptima Edición Oficial.

Contraloría General de la República. (2022). Contraloría identificó perjuicio económico de S/ 1 885 millones al Estado durante 2022. Nota de prensa. Lima, Perú.

Contraloría General de la República. (2022). Informe anual de evaluación de cumplimiento de reglas fiscales de los gobiernos regionales y gobiernos locales al 2022.

Contraloría General de la República. (2023). Operativo nacional sobre requisitos e impedimentos al acceso y ejercicio de la función pública en gobiernos subnacionales. Nota de prensa. Lima, Perú.

Contraloría General de la República. (2024). 15 gobiernos regionales y 1 439 entidades no presentaron Informe de Rendición de Cuentas Anual 2023. Nota de prensa. Lima, Perú.

Defensoría del Pueblo (2023). La Defensoría del Pueblo exhorta a titulares de gobiernos regionales y alcaldías a rendir cuentas sobre resultados de sus gestiones. Nota de prensa.

Faguet, J. P. (2012). Decentralization and popular democracy: Governance from below in Bolivia. University of Michigan Press.

Grupo Propuesta Ciudadana (2011). *Cartilla: Lo que debemos saber del canon, sobrecanon y regalías.*

Grupo Propuesta Ciudadana. (2024). La descentralización fiscal en el Perú: Situación actual y propuesta de coparticipación tributaria.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). (2021). Indicadores de desarrollo humano a nivel departamental y provincial. Lima

International Monetary Fund (IMF). (2016). Perú: Selected issues (Country Report No. 16/235).

Ley N.º 27783 – Ley de Bases de la Descentralización. Diario Oficial El Peruano (2002).

Ley N.º 27795 - Ley de Demarcación y Organización Territorial. Diario Oficial El Peruano (2002).

Ley N.º 27867 – Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Diario Oficial El Peruano (2002).

Ley N.º 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades. Diario Oficial El Peruano (2003).

Ley N.º 28056 - Ley Marco de Presupuesto Participativo. Diario Oficial El Peruano (2003).

Montecinos, E. (2018*). Diseño institucional y participación ciudadana en el presupuesto participativo en América Latina*. Revista del CLAD Reforma y Democracia.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (Global). (2020). Human Development Report 2020: The Next Frontier – Human Development and the Anthropocene.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD Perú). (2025). Actuar, confiar y conectar caminos: El valor de la acción conjunta para el desarrollo sostenible (Informe Nacional de Desarrollo Humano).

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2010). Informe sobre desarrollo humano 2010: La verdadera riqueza de las naciones – Caminos al desarrollo humano.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2014). Informe sobre desarrollo humano 2014: Sostener el progreso humano – Reducir vulnerabilidades y construir resiliencia.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2021). Regional Human Development Report 2021: Trapped – High Inequality and Low Growth in Latin America and the Caribbean.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2022). Informe sobre desarrollo humano 2021/2022: Tiempos inciertos, vidas inestables. Nueva York.

Sen, A. (1999). Development as freedom. Oxford University Press.

Tanaka, M. (2005). *Democracia sin partidos: Perú, 2000–2005. Los problemas de representación y las propuestas de reforma política*. Instituto de Estudios Peruanos.

Valdiviezo del Carpio, M. (2013). *La participación ciudadana en el Perú y los principales mecanismos para ejercerla*. Gestión Pública y Desarrollo.

Videnza Consultores / Milton Von Hesse. (2021). *Los recursos del canon a nivel descentralizado no responden a una mirada territorial de desarrollo*. RCR.

EL DERECHO AMBIENTAL COMO PILAR DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES (DESCA) EN EL PERÚ Y AMÉRICA LATINA

Problemas y posibilidades de su constitucionalización y exigibilidad

Maghiori CASTRO CUBA VELASCO*

SUMARIO: 1. El derecho ambiental como pilar de los DESCA. **2.** La constitucionalización del derecho ambiental como garantía de los derechos fundamentales. **3.** Principios medioambientales: entre la declaración y la aplicación. **4.** El rol de la Corte Interamericana y el control de convencionalidad. **5.** Políticas públicas y desafíos estructurales en Perú y América latina. **6.** Conclusiones.

PRELIMINARES

En esta investigación, analizamos el derecho ambiental desde la perspectiva de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), subrayando su relevancia integral en su implementación. Además, señalamos la urgencia de incorporarlos dentro de la legislación en Perú y el resto de América Latina, con el propósito de garantizar su ejercicio completo. Este documento es un estudio de la legislación tanto nacional como internacional, resaltando el rol del derecho

* Abogado por la Universidad Andina del Cusco. Magíster en Derechos Humanos por la Université Lumière Lyon 2. Magíster en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional por la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Docente a tiempo completo en la Universidad de San Martín de Porres.

ambiental como elemento clave para proteger la dignidad humana, asegurar un entorno saludable y fomentar un desarrollo sostenible.

1. EL DERECHO AMBIENTAL COMO PILAR DE LOS DESCA.

En los últimos años, la concepción de los derechos humanos ha evolucionado hacia un enfoque más integral, reconociendo que los derechos civiles y políticos no son suficientes para garantizar una vida digna. Así, surge la necesidad de fortalecer los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), cuyo objeto es garantizar condiciones materiales y sociales que permitan el pleno desarrollo de las personas. Dentro de este conjunto, el derecho a un medio ambiente sano ocupa un lugar central, no solo como una prerrogativa autónoma, sino como un elemento transversal que sustenta el ejercicio de los demás derechos de la categoría. En el contexto latinoamericano, caracterizado por su riqueza natural y, al mismo tiempo, por la profunda desigualdad social y las presiones extractivas, esta relación se torna particularmente relevante.

Los DESCA encuentran su reconocimiento formal en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y en vigor desde 1976, el cual establece obligaciones estatales en materia de trabajo, salud, educación, seguridad social y cultura (Naciones Unidas, 1966). Si bien en su denominación original no figuraba expresamente el componente ambiental, desde finales del siglo XX, los organismos internacionales han reconocido que el goce efectivo de estos derechos depende de un medio ambiente sano y equilibrado (Boyle, 2012).

En el ámbito interamericano, la incorporación del componente ambiental se formalizó con el Protocolo de San Salvador (1988), cuyo artículo 11 reconoce el derecho a un medio ambiente sano y su vinculación con el bienestar humano (Organización de Estados Americanos, 1988). De esta forma, los DESCA pasaron de una visión centrada en lo social y lo económico a una perspectiva integral que incluye la protección ambiental como condición sine qua non para el desarrollo sostenible.

En el caso peruano, la Constitución de 1993 consagra el derecho de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida (artículo 2, inciso 22), alineándose con esta tendencia internacional. Esto implica un mandato directo al Estado para adoptar políticas que aseguren la compatibilidad entre las actividades económicas y la protección ambiental.

> "Los DESCA surgen de la constatación histórica de que los derechos humanos requieren condiciones materiales para su ejercicio, y que la degradación ambiental es una amenaza directa a esas condiciones" (Rodríguez Garavito, 2011, p. 45).

El derecho ambiental no es un simple apéndice dentro del catálogo de derechos humanos, sino un pilar estructural de los DESCA. Sin un ambiente sano, los derechos a la salud, al agua, a la alimentación, a la vivienda y a la cultura se ven gravemente comprometidos (Knox, 2018). Por ejemplo, la contaminación atmosférica afecta el derecho a la salud; la degradación de fuentes hídricas vulnera el derecho al agua y la seguridad alimentaria; y la pérdida de ecosistemas atenta contra la diversidad cultural de comunidades indígenas que dependen de ellos.

El Acuerdo de Escazú (2018) ha reforzado este pilar al reconocer, en su artículo 1, que el acceso a la información, la participación pública y la justicia en asuntos ambientales son condiciones indispensables para garantizar los DESCA (CEPAL, 2018). Este enfoque es coherente con la idea de que el derecho ambiental no solo protege la naturaleza, sino también las bases de la vida humana en condiciones de dignidad.

En la práctica, la transversalidad del derecho ambiental en los DESCA se refleja en la obligación estatal de prevenir daños ambientales significativos y de garantizar mecanismos de reparación en caso de afectación. Esto requiere una interacción constante entre políticas ambientales, de salud, de educación y de desarrollo económico, para evitar que el progreso material se logre a costa de la degradación de los ecosistemas.

En la actualidad, Latinoamérica enfrenta un doble desafío: preservar su extraordinaria biodiversidad y garantizar el desarrollo económico en contextos de desigualdad estructural. Según la CEPAL (2021), la región alberga seis de los países con mayor biodiversidad del mundo, pero también presenta algunos de los índices más altos de conflictividad socioambiental, especialmente vinculados a actividades extractivas como la minería, la tala y los hidrocarburos.

La tensión entre el aprovechamiento económico de los recursos naturales y la protección ambiental ha generado múltiples litigios, muchos de los cuales han llegado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En casos como Lhaka Honhat vs. Argentina (2020), la Corte reconoció explícitamente la relación directa entre la degradación ambiental y la vulneración de los DESCA, marcando un precedente relevante para la región (Corte IDH, 2020).

En el plano social, la lucha por el derecho ambiental en Latinoamérica está estrechamente ligada a los derechos colectivos de pueblos indígenas y comunidades rurales, quienes suelen ser los principales afectados por proyectos de gran escala. La implementación efectiva del derecho ambiental como pilar de los DESCA requiere, por tanto, políticas públicas con enfoque territorial, respeto por la consulta previa y mecanismos de participación ciudadana robustos.

2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

La protección del medio ambiente ha generado mucha preocupación por parte de los estados, organizaciones políticas y movimientos sociales y esto ha generado que se materialice en distintas constituciones y leyes, y en cómo se pueden regular las zonas de desarrollo, particularmente en las de extracción de recursos que se encuentran en los subsuelos de las comunidades. Diversos informes han diagnosticado la manera en la que el desarrollo económico logra impactar en el medio ambiente, pues se quiere buscar el equilibrio deteniendo la contaminación que se produce en gran medida debido a la explotación irracional de recursos naturales que no son renovables (petróleo, minería), lo cuales deberían ser estrictamente controlados.

La región andina posee un patrimonio natural innato, por lo tanto, conserva la biodiversidad planetaria, aquí encontramos muchos ecosistemas afectados por una irracional sobreexplotación de los recursos, provocando pérdidas en la flora y fauna natural, ante lo cual muchos estados de América latina no han sabido responder de manera eficaz, ya que esta extracción irracional es la forma más cómoda para conseguir los presupuestos estatales. En las últimas décadas se han fortalecido corrientes para la conservación de los recursos naturales, así tenemos el protocolo de Kyoto que busca regular las compensaciones del mercado sobre el impacto del carbono, generando entre otros una forma de compensación económica por conservación del medio ambiente por ejemplo la iniciativa Yasuní en el Ecuador (Mendoza, 2009).

En Perú, la legislación de los años 90s, que guía el desarrollo de derecho ambiental y sus tendencias, se caracterizó por tener un tono más declarativo que eficaz, a diferencia de la importancia que se le brinda al desarrollo económico. Sin embargo, en el caso de España se ha observado un desarrollo eficaz en la legislación ambiental, que ha seguido la propuesta de la Unión Europea, la cual exige un mayor control y restringe las importaciones de productos, así como la reducción de emisiones de

CO2 a la atmósfera contribuyendo al desarrollo sostenible. Lo antes mencionado deviene un proyecto incongruente para los países que se encuentran fuera de la UE y en los cuales se tiene actividad de empresas europeas, si tomamos en cuenta el actuar de algunas empresas de origen y capital español en la región Andina, un claro ejemplo es el caso de la empresa REPSOL-YPF y los cuestionamientos por sus actividades contaminantes en las zonas en las que se explota el petróleo, como en Perú, Ecuador y Bolivia. En este contexto, podemos evidenciar que los países andinos además de ser los más sensibles a la contaminación y agravación del ambiente por la explotación de recursos naturales, tienen también elevados niveles de pobreza, a pesar de contener gran cantidad de recursos.

La Constitución de Perú vigente, la de 1993, no contiene ninguna disposición sobre el tema de prevención del derecho ambiental a este nivel, únicamente hace referencia a la obligación que tiene el Estado para establecer políticas en este ámbito. En sus articulados la ley General del Ambiente menciona que para lograr una gestión eficiente del ambiente se debe tener como objetivo "prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental y cuando no sea posible eliminar las causas, se adoptan las medidas de recuperación o restauración que correspondan" (Congreso de la República del Perú, 2005). Podemos observar entonces un margen dentro de la política ambiental y la existencia de una legislación secundaria, pero la carencia de una obligación constitucional. Asimismo, la Constitución del Perú no se refiere ni protege la participación social en actividades en el ámbito ambientales, en este sentido, se hace importante también, mencionar el rol vital el acceso a la información para controlar la conducta de protección ambiental de los actores de producción, por lo tanto, no encontramos el acceso de información referente al tema de protección ambiental a nivel constitucional, no obstante, se están estableciendo normas en legislaciones secundarias, a esto se suma que tampoco existen disposiciones respecto a ejercer la acción popular para protección ambiental.

La delimitación jurídica del contenido que debe tener un derecho fundamental, requiere de se ponga referencia, en primer lugar, lo que dispone la constitución. No obstante, lo que ocurre con más Francia en la práctica es que solo se reconocen los derechos, sin precisar mayores detalles importantes sobre su contenido. Un ejemplo claro, es el caso de la Carta Magna peruana y la manera en la que se reconoce el derecho al medio ambiente, ya que en su segundo artículo, inciso 22, se ha limitado a mencionar que "toda persona tiene derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida" (Constitución Política del Perú,

1993, art. 2, inc. 22). El hecho que un texto constitucional no señale mayores aspectos relacionados con el contenido del derecho al medio ambiente implica un reto para los operadores jurídicos que lamentablemente muchas veces tienen un nulo conocimiento de interpretación constitucional (Huerta Guerrero, 2013).

Sobre la Constitución peruana, Alegre Chang (2009), señala que, si bien todos intuimos qué es lo ambiental y existe consenso mayoritario acerca de la importancia de protegerlo desde la perspectiva jurídica, el alcance del derecho fundamental reconocido en el artículo 2, numeral 22, requiere aún una clara determinación de su materialidad y, conjuntamente con ello, las herramientas jurídicas para garantizar su cumplimiento. En este sentido, este derecho está reconocido como un derecho fundamental pero con un alcance y mecanismos escasamente definidos, vinculado con los derechos a la vida y a la dignidad humana, presenta además, un carácter subjetivo, público, prestacional y al ser de estructura abierta les permitirá a los legisladores poder desarrollarlo sin alterar su esencia con un objetivo jurídico que responda al interés público y la protección de los derechos de las futuras generaciones.

Lamentablemente, en el caso peruano, la Constitución no reconoce muchos derechos y principios ambientales, tampoco reconoce el derecho de los pueblos indígenas sino sólo hace referencia a las comunidades originarias. En contraste, la Constitución política del año 1979 si refería a las comunidades indígenas. Aunque en el 2000 se realizó una reforma constitucional reconociendo a los "pueblos originarios", pero no se llega a definir con claridad a qué grupo se refiere, generando mucha confusión en especial en los operadores jurídicos. En cuanto a la consulta previa, tampoco existe una definición constitucional, dicho derecho está regulado dentro de la Ley General del Ambiente en el capítulo que trata y desarrolla la manera en la que se deben aprovechar los recursos naturales. Sin embargo, no hace referencia a las comunidades indígenas o mestizas por lo que no está plenamente garantizado, de tal modo que es un mecanismo para llegar a acuerdos, pero no se promueve el consentimiento de los pueblos indígenas.

Si bien la Constitución peruana vigente regula en el artículo 68 que el Estado está obligado a promover la conservación de las áreas Naturales protegidas, promueve la protección y la conservación como en la ley de áreas naturales protegidas y su reglamento regulado en el artículo 102, que prohíbe desarrollar actividades de hidrocarburos en áreas naturales protegidas de uso directo (Mendoza, 2009).

Podemos evidenciar entonces que en el caso peruano gran parte de los principios ambientales son regulados de manera reglamentaria, por lo tanto, su aplicación se encuentra muy por debajo de lo que se regula en la ley y la Carta Magna. Algo que no ocurría con la anterior Constitución, la del año 1979 que, sí consagró el derecho de las personas a tener un medio ambiente que sea saludable y también equilibrado. La Constitución actual, fue modificada regulando que "toda persona tiene derecho a la paz, a la tranquilidad y al disfrute del tiempo libre y descanso" (Constitución Política del Perú, 1993, art. 2, inc. 22), como se mencionó previamente, lo que ha generado una laguna legal en el reconocimiento pleno y aplicación efectiva de este derecho.

La Ley General del Ambiente constituye el principal cuerpo normativo que regula la gestión y protección ambiental en nuestro país. Establece principios y normas para garantizar el desarrollo de la vida en un ambiente equilibrado, disposiciones de carácter obligatorio para todas las personas, jurídicas o naturales, privadas o públicas, dentro del territorio nacional. De manera complementaria, existen otras leyes que regulan el ámbito ambiental, como la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, los artículos pertinentes de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, y la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, entre otras. Esta pluralidad normativa, lejos de unificar criterios y facilitar la aplicación del derecho, en muchas ocasiones la dificulta.

3. PRINCIPIOS MEDIOAMBIENTALES: ENTRE LA DECLARACIÓN Y LA APLICACIÓN.

En el Perú, el derecho a un ambiente sano está estructurado en un sentido solidario y dentro de los derechos de tercera generación, lo cual supone una afectación a otros derechos fundamentales; asimismo, es interpretado como un derecho inseparable del desarrollo y la paz. De igual forma, como indicó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "la vulneración del derecho a un ambiente sano impide que las personas disfruten de un nivel de vida adecuado para desarrollarse dignamente" (CDESC, 2022 párr. 4). En este sentido, un medio ambiente saludable se relaciona con la salud plena. Por ello, la Constitución Política es importante en cuanto contiene las principales disposiciones en un Estado de derecho, que regula a la sociedad y a toda institución política y social. A continuación, desarrollaremos

los principales principios constitucionales relacionados con el medio ambiente, tanto en Francia como en el Perú.

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Naciones Unidas, 1992), consolidó principios que hoy resultan esenciales para orientar la acción ambiental en el ámbito constitucional. Entre ellos destacan el desarrollo sostenible como eje para equilibrar crecimiento económico y protección de los ecosistemas; la responsabilidad común pero diferenciada, que reconoce el deber compartido de los Estados frente a la degradación ambiental, aunque con obligaciones proporcionales a sus capacidades; y la necesidad de garantizar el acceso a la información y la participación ciudadana en la toma de decisiones. Estos postulados, incorporados en diferentes grados en la normativa peruana, ofrecen un marco de referencia para fortalecer la aplicación efectiva de las disposiciones constitucionales en materia ambiental.

La incorporación de los principios de derecho ambiental en los países andinos en las últimas décadas ha estado marcada por la adopción del desarrollo sostenible como eje central. A partir del *Informe Brundtland* (Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo [CMMAD], 1987), se puso especial énfasis en la idea de la sustentabilidad, especialmente en los contextos de desarrollo social y económico, así como en la definición de modelos de políticas ambientales que debían aplicarse con alta responsabilidad. De este modo, durante la década de 1980 se produjo un avance significativo en la comprensión de la relación entre el medio ambiente y el desarrollo.

A nivel mundial, muchos países han desarrollado el principio de sostenibilidad, y en la región andina se han dado ejemplos como la Declaración de Santa Cruz de la Sierra (Organización de Estados Americanos [OEA], 1996), la cual reafirma el derecho a una vida saludable y al desarrollo sustentable. De igual forma, el reconocimiento del modelo de desarrollo basado en la sostenibilidad ambiental se incorporó a la Constitución Política de la República de Guatemala (1985) y a la Constitución de la República Federativa del Brasil (1988). Así, a partir de la década de 1990, el desarrollo sostenible comenzó a regularse en la mayoría de las constituciones de Latinoamérica.

En el caso del Perú la Constitución Política del Perú (1993), prescribe que el estado promoverá el uso sostenible de sus recursos naturales. En este texto constitucional, se observa que no se ha tenido un desarrollo y dinámica muy eficaz en cuanto los temas ambientales, debido a que el modelo de la política económica

se basa en una explotación acelerada de recursos con un débil control y presencia estatal. En consecuencia, la Constitución presenta un tratamiento insuficiente en cuanto a la protección ambiental y la incorporación efectiva de principios de sostenibilidad.

En esta misma línea, apenas el artículo 67 de la Constitución Política del Perú (1993), señala que el Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de los recursos naturales. Por su parte, el artículo 69 establece que el Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía mediante una legislación adecuada. Sin embargo, no se menciona expresamente el principio de sostenibilidad ambiental, el cual se desarrolla principalmente a través de leyes secundarias. Entre ellas destaca la Ley General del Ambiente (Congreso de la República del Perú, 2005), que regula la gestión del ambiente y sus componentes, así como el ejercicio y la protección de los derechos que esta ley reconoce, sustentados en los aspectos sociales, económicos y ambientales, y orientados a garantizar la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras.

No obstante, aunque el principio de sostenibilidad esté regulado en las leyes, en la práctica la explotación de los recursos naturales no se ha llevado a cabo de forma sustentable, lo que ha generado pérdida de biodiversidad e incluso de elementos culturales. Se ha registrado contaminación del agua y derrames de sustancias tóxicas que, en la región amazónica, han ocasionado graves daños a la ecología y a la salud de los pobladores. De igual forma, la utilización de tierras para monocultivos mediante el uso de químicos provoca contaminación ambiental y riesgos para la salud, lo que evidencia el incumplimiento del principio de sostenibilidad.

Es fundamental cautelar los derechos de las comunidades indígenas que puedan verse afectadas por actividades industriales. En este sentido, la Sentencia N.º 01206-2005-AA/TC del Tribunal Constitucional del Perú establece que "(...) este principio de prevención se desprende de la faz prestacional inherente al derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, lo que ha sido concretizado por el legislador ordinario. En tal sentido, es ineludible el deber del Estado de prevenir adecuadamente los riesgos ante los cuales se encuentra el ecosistema, así como los daños que se pueden causar al ambiente como consecuencia de la intervención humana, en especial en la realización de una actividad económica. Más aún, el principio de prevención obliga al Estado a ejecutar acciones y adoptar medidas técnicas que tengan como fin evaluar los posibles daños que se pueda ocasionar al medio ambiente" (Tribunal Constitucional del Perú, 2005, sentencia, N.º 01206-2005-AA/TC).

La prevención implica adoptar medidas para evitar, entre otros: (i) la extinción de especies de flora y fauna; (ii) la contaminación de los mares (por petróleo, desechos radiactivos, desperdicios y sustancias peligrosas de origen terrestre o de cualquier otra fuente); (iii) la contaminación de los ríos; (iv) la alteración violenta del ambiente; (v) los efectos adversos de actividades que impiden la migración de especies; (vi) la contaminación del aire; (vii) la alteración de la capa de ozono; (viii) la degradación del ambiente natural; (ix) las implicancias adversas de los impactos ambientales; y (x) la pérdida de biodiversidad (Mendoza, 2009).

El principio de prevención y el de precaución no están regulados en la Constitución Política del Perú; sin embargo, sí se encuentran previstos en los artículos 6 y 7 de la Ley General del Ambiente, que establece lo siguiente:

Los objetivos de primer orden de la gestión ambiental son la prevención, la vigilancia y con esto lograr evitar la degradación del ambiente. Además se establece que existe la imposibilidad de desaparecer las causas, se deben establecer medidas que mitiguen, recuperen, restauren o compensen los daños causados. En el caso de estar en riesgo de daño grave o irreversible, el hecho de que falte certeza absoluta de ninguna manera puede ser utilizado como una causal para postergar la puesta en marcha de medidas de carácter eficaz y eficiente parar la degradación que se esté produciendo en el medio ambiente (Congreso de la República del Perú, 2005, arts. 6 y 7).

De esta manera, se aprecia que los principios de prevención y precaución están reconocidos a nivel legislativo, pero no como obligación o principio de rango constitucional.

Otro principio que ha tenido una importante incorporación en las últimas décadas es el de participación ciudadana en la gestión y control ambiental, el cual ha impulsado movimientos sociales y de organizaciones indígenas, dado que muchos grupos humanos han sido perjudicados por actividades extractivas mineras. La participación es un elemento importante en el desarrollo sostenible, ya que permite incorporar criterios para el aprovechamiento de los recursos naturales. Sin embargo, la Constitución Política del Perú no hace referencia específica a la participación social en actividades ambientales, aunque la Ley General del Ambiente, en su artículo 3, establece que las personas pueden participar en la toma de decisiones sobre políticas ambientales. Esta regulación meramente legislativa puede convertirse en un instrumento meramente informativo, provocando que la participación ciudadana en temas ambientales continúe siendo ineficaz.

4. EL ROL DE LA CORTE INTERAMERICANA Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

A pesar de la falta de disposición expresa en los textos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), lo cierto es que la práctica de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha demostrado que, en el contexto regional interamericano, es posible apoyar y proteger de manera eficaz las cuestiones relacionadas con el medio ambiente. Esta influencia se ejemplifica con el fenómeno denominado "ecologización" (greening o "reverdecimiento*) del derecho internacional de los derechos humanos (De Oliveira y De Faria, 2015).

El sistema interamericano de derechos humanos y las cuestiones ambientales, estructurados por la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha participado desde su creación en los debates sobre los grandes temas del derecho internacional público. Dicho tratado —la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José—, además de regular el funcionamiento de la Comisión Interamericana, creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un órgano consultivo y contencioso del sistema regional interamericano (De Oliveira y De Faria, 2015).

Para los Estados Parte de la Convención que reconocen su competencia contenciosa, la Corte Interamericana actúa como el organismo responsable del análisis de las acciones de responsabilidad internacional presentadas por los Estados Parte o por la Comisión Interamericana —con base en denuncias individuales— contra los Estados que hayan, en tesis, violado las disposiciones de la Convención Americana. Aunque hasta ahora ningún Estado Parte ha demandado a otro ante la Corte, el envío de casos a este tribunal ha sido impulsado por la actuación de la Comisión Interamericana, tras el análisis de las peticiones individuales que se presentan conforme a los artículos 44, 46 y 47 de la Convención (De Oliveira y De Faria, 2015).

Durante la construcción del sistema de protección de los derechos humanos de la OEA, en las décadas de 1960 y 1970, el tema ambiental comenzó a destacarse como un problema mundial relevante, especialmente después del período de descolonización de África. Ante las crecientes preocupaciones sobre la degradación del medio ambiente, tanto la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio

Ambiente Humano celebrada en Estocolmo en 1972 como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo realizada en Río de Janeiro en 1992 impulsaron la inclusión del derecho de acceso a un medio ambiente sano en la lista de garantías fundamentales de la persona humana que deben ser protegidas (Silva Soares, 2001). En 1993, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena reafirmó que todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y están interrelacionados (Piovesan, 2005). En este sentido, Estocolmo, Río y Viena contribuyeron a la "globalización" del derecho ambiental, entendida como una mayor comprensión de la interconexión entre los mecanismos de protección de los derechos humanos y las cuestiones ambientales (de Oliveira & de Faria, 2015).

La protección jurídica del medio ambiente, desde la Conferencia de Río de 1992, se ha estructurado a partir de una "nueva ingeniería" consistente en acelerar la aplicación de las normas internacionales relativas al medio ambiente mediante la adopción, en los tratados más emblemáticos, de anexos, apéndices y términos generales. Estos instrumentos tienen el propósito de conformar un amplio espacio normativo que se complementa con futuras decisiones derivadas de cumbres regulares de los Estados Parte, conocidas como Conferencias de las Partes o COPs (Silva Soares, 2001).

No obstante, estas estrategias desarrolladas por el derecho internacional del medio ambiente contemporáneo no están exentas de inconvenientes. Si bien las reglas ambientales se aplican con mayor rapidez, esta "ingeniería" plantea serias interrogantes sobre la eficacia de sus decisiones, dado que los compromisos asumidos por los Estados en materia ambiental suelen adoptar la forma de reglas de soft law. Es decir, normas que, en principio, no tienen fuerza vinculante y que, por ello, si no se cumplen, no establecen sanciones directamente aplicables a los Estados (De Oliveira y De Faria, 2015).

La limitada eficacia de los tratados internacionales sobre medio ambiente evidencia que las cuestiones ambientales aún no han alcanzado un desarrollo pleno en el ámbito de las relaciones internacionales contemporáneas. No obstante, este avance podría lograrse mediante una mayor integración entre la protección ambiental y la defensa de los derechos humanos, generando un enfoque más sólido y coherente frente a los desafíos globales.

Esto nos permite afirmar que los sistemas de protección de derechos humanos, en el final del siglo XX, pasaron por un proceso de reverdecimiento: a) la Carta

Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988) insertaron dispositivos que expresamente reconocieron el derecho de vivir en un medio ambiente sano y equilibrado y b) el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) –a pesar de la ausencia de disposiciones relativas a la protección del medio ambiente– ha sido utilizado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuestiones ambientales (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1994 y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1990).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha estado estableciendo un proceso de "renovación" doctrinal, el cual está poco maduro y caracterizado por la inclusión gradual del aspecto ambiental en la interpretación de las cláusulas del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta evolución aunque germinal, ha facilitado la creación de conexiones significativas entre la salvaguarda del entorno y derechos establecidos como la vida, la privacidad y la vida familiar, la propiedad y el acceso a tribunales efectivos (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1990).

Un caso representativo de esta tendencia es el asunto Powell y Rayner contra el Reino Unido (1990), que involucra la polución acústica provocada por las operaciones del aeropuerto de Heathrow, ubicado en las afueras de Londres. En su decisión, el TEDH afirmó que el gobierno británico tenía la responsabilidad de implementar medidas apropiadas y razonables para asegurar a los demandantes la protección otorgada por el artículo 8. 1 del Convenio —que protege el derecho a la vida privada y familiar—. No obstante, el Tribunal consideró que "la existencia de un gran aeropuerto internacional es un propósito legítimo [del Estado] y el impacto ambiental negativo resultante no puede ser completamente erradicado" (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1990).

Este fallo refleja la implementación del principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos humanos, donde el TEDH busca armonizar los intereses públicos de gran importancia —como la infraestructura y la conexión internacional— con la defensa de los derechos individuales frente a daños al medio ambiente, reconociendo que este equilibrio requiere un examen caso por caso que tome en cuenta tanto la magnitud del daño como la legitimidad del objetivo estatal.

Sin embargo, once años después, en el año 2001, en el Caso Hatton y otros vs. Reino Unido, también relativo al aeropuerto de Heathrow, el Tribunal Europeo concluyó que, en clara violación del art. 8.1 del Convenio Europeo, el Estado "no logró un justo equilibrio entre el bienestar económico del Reino Unido y el

efectivo derecho de los peticionarios gozaren de sus hogares y de sus vidas privadas y familiares (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1997).

Es importante también señalar que la duración de once años entre los dos casos de Heathrow fue importante para poder consolidar las cláusulas del Convenio Europeo de Derechos Humanos con los problemas ambientales en Europa. Podemos verificar que en la década de 1990, especialmente después de la Conferencia de Río, las cuestiones medioambientales se convirtieron en un tema de interés internacional y dentro de este panorama, el caso López Ostra contra España de 1994 se destacaría como uno de los ejemplos más relevantes en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En este asunto, el tribunal determinó que las emisiones de sulfuro de una planta de tratamiento de aguas residuales en Lorca impactaban directamente en el derecho a la vida privada y familiar de la familia López Ostra. Este hallazgo significó reconocer que la contaminación ambiental no solo es un desafío ecológico, sino también una violación de derechos humanos, lo que obliga al Estado a asegurar un equilibrio adecuado entre la implementación de políticas públicas, la protección del entorno y el bienestar de la población.

Al concluir que, en este caso específico, el Estado español no había logrado equilibrar correctamente los intereses de la comunidad y los derechos individuales de los residentes perjudicados, el tribunal ordenó a España que pagara 40. 000 pesetas en compensación por los daños a la salud y la calidad de vida de la familia López Ostra.

El Caso López Ostra vs. España también dio lugar a una segunda fase del reverdecimiento del Tribunal Europeo: el aumento de las interrelaciones entre los casos que involucran cuestiones ambientales y la protección de los dispositivos del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el Caso Anna María Guerra y otros vs. Italia, el Tribunal Europeo concluyó que, al no proporcionar la información necesaria sobre una fuga de productos químicos de la fábrica en Manfredonia, las autoridades locales habían cometido una violación al art. 10 del Convenio Europeo sobre el derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1996). En 2004, el derecho a la vida privada y familiar, garantizado por el art. 8.1 de la Convención Europeo, fue una vez más interrelacionado con un tema ambiental, esta vez en el Caso Moreno Gómez vs. España, sobre la contaminación acústica causada por un club nocturno construido sobre la licencia ilegal a las afueras de Valencia (De Oliveira y De Faria, 2015).En el

Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (Corte IDH, 2020), la Corte Interamericana estableció que la degradación ambiental impacta directamente en el goce de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), al afectar recursos esenciales como el agua, los alimentos y el territorio. El tribunal reconoció que la afectación de los ecosistemas compromete la salud, la seguridad alimentaria y la identidad cultural, lo que convierte la protección del medio ambiente en una condición indispensable para garantizar una vida digna, en especial en contextos de pueblos indígenas y comunidades en situación de vulnerabilidad.

En esta misma línea, en el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Corte IDH, 2013), la Corte precisó que el derecho de propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana incluye el uso y disfrute de los recursos naturales como parte esencial de la cultura, la subsistencia y la identidad de los pueblos originarios. Al vincular la protección del patrimonio natural con el ejercicio de derechos colectivos, el tribunal resaltó que la explotación de recursos sin el consentimiento previo, libre e informado vulnera no solo la integridad territorial, sino también el derecho a un medio ambiente sano, reafirmando así la centralidad del derecho ambiental como eje transversal de los DESCA.

Como pudimos evidenciar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido un rol fundamental en reconocer al medio ambiente como un elemento indispensable para la efectividad de los derechos humanos, aun en ausencia de una referencia expresa en la Convención Americana. Mediante el control de convencionalidad, el tribunal ha reinterpretado las normas vigentes para integrarlas con un enfoque ambiental, fortaleciendo así el proceso de "reverdecimiento" del derecho internacional de los derechos humanos. Fallos como Lhaka Honhat vs. Argentina (2020) y Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2013) confirman que el deterioro ambiental incide directamente en la vulneración de los DESCA, al comprometer derechos como el acceso al agua, la alimentación, la salud y la identidad cultural. Este avance jurisprudencial amplía la dimensión protectora de la Convención e impone a los Estados la responsabilidad de armonizar sus marcos normativos y políticas con los estándares interamericanos, asegurando un medio ambiente sano como pilar para el goce efectivo de todos los derechos humanos.

5. POLÍTICAS PÚBLICAS Y DESAFÍOS ESTRUCTURALES EN PERÚ Y AMÉRICA LATINA.

Las políticas ambientales constituyen un conjunto de acciones y lineamientos estratégicos diseñados para preservar las bases naturales que sustentan la vida y garantizar un desarrollo sostenible. Estas se articulan mediante objetivos, principios, criterios y orientaciones generales que buscan proteger el medio ambiente de una sociedad específica (BID, 1998). Desde la década de 1970, con el incremento de la conciencia ambiental, este ámbito ha adquirido autonomía como sector político, con relevancia tanto a nivel nacional como internacional.

La política ambiental no actúa de forma aislada, sino que mantiene una estrecha interrelación con otras políticas públicas, como las de infraestructura, economía, agricultura y ordenamiento territorial. Esta vinculación exige altos niveles de coordinación interinstitucional, lo que plantea un reto, especialmente cuando las decisiones ambientales se ven condicionadas por otros intereses políticos y económicos (Informe GEO Ecuador, 2008).

En el Perú y en otros países andinos, las políticas ambientales han enfrentado retos estructurales en su implementación, los cuales se agrupan en cinco categorías:

- Tecnológicos: capacidades científicas y técnicas para afrontar problemas de contaminación y prevención.
- Sociales: mecanismos de inclusión ciudadana en la gestión ambiental para alcanzar consensos y prevenir conflictos.
- Legales: desarrollo de marcos normativos y sancionadores para garantizar el cumplimiento efectivo.
- Políticos: estabilidad institucional y continuidad de las políticas.
- Económicos: disponibilidad de recursos financieros para ejecutar y evaluar planes y proyectos (BID, 1998).

Durante la década de 1990, la región andina experimentó una notable evolución institucional con la creación de ministerios y secretarías ambientales, lo que permitió avanzar en la incorporación de la dimensión ambiental en las políticas nacionales. Sin embargo, estudios señalan que esta integración ha sido limitada debido a la excesiva carga de competencias sin los recursos humanos, financieros y técnicos adecuados, así como por la duplicidad de funciones entre organismos estatales (BID, 1998; Informe GEO Ecuador, 2008).

En el ámbito de la gestión de recursos ambientales, la descentralización se presenta como una estrategia clave para mejorar la administración sostenible de los bienes naturales. Este mecanismo conlleva la asignación de poderes y deberes a las autoridades locales, facilitando así la toma de decisiones y promoviendo una mayor implicación de las comunidades en la planificación y supervisión de las acciones que afectan su entorno. También fomenta el surgimiento de una conciencia colectiva sobre los beneficios y gastos económicos asociados a la explotación de los recursos, aspecto fundamental para impulsar su uso responsable y conservación a largo plazo (Informe GEO Ecuador, 2008).

Dentro de este marco, es relevante considerar el Acuerdo de Escazú, que fue aprobado el 4 de marzo de 2018 en Costa Rica y estuvo disponible para firma hasta 2020. Este acuerdo representa el primer marco legal regionalmente vinculante en América Latina y el Caribe, diseñado para garantizar el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en temas ambientales (Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL], 2018). Este convenio incluye una característica innovadora: la protección de quienes defienden los derechos humanos en materia ambiental, quienes son esenciales en la defensa y promoción de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA).

El Acuerdo de Escazú es relevante para el Perú y la región ya que se establecen criterios normativos y responsabilidades claras para asegurar que los ciudadanos participen de manera efectiva en la creación de políticas ambientales y dispongan de un sistema legal sólido para exigir el cumplimiento de las leyes. De esta forma, el pacto fortalece el derecho a un medio ambiente saludable, que está integrado como parte de los DESCA, y, simultáneamente, afianza principios de transparencia, respuestas a la rendición de cuentas y gobernanza democrática (EarthRights International, s. f.).

Desde un enfoque latinoamericano, este acuerdo representa una oportunidad para avanzar hacia una justicia ambiental que sea inclusiva, permitiendo establecer un sistema normativo y operativo sólido para la salvaguarda del medio ambiente y el cumplimiento de los DESCA. Sin embargo, esto requiere un compromiso social y político por el bien de nosotros y las nuevas generaciones. (EarthRights International, s. f.; CEPAL, s. f.).

6. CONCLUSIONES

El reconocimiento del derecho al medio ambiente es base en la actualidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, ello producto de un progreso tanto teórico como normativo que se evidencia en la positivización de los propios derechos humanos, permitiendo así entender la importancia de aplicarlos y protegerlos de manera transversal. La inclusión de la dimensión ambiental no surge únicamente de una inquietud ecológica, sino también de la necesidad de garantizar la dignidad humana en un entorno sano, equilibrado y sostenible.

En América Latina, gracias a nuestra enorme riqueza natural, la aplicación de modelos económicos de extracción intensiva ha generado históricamente daños a nuestro ecosistema, los cuales pueden ser reparados, mediante el fortalecimiento de marcos legales que garanticen de su respeto en los tribunales correspondientes o incluso mediante la creación de espacios donde los ciudadanos puedan participar activamente e influir en las decisiones que impactan al medio ambiente, lo cual se viene dando y puede mejorarse.

El futuro de los DESCA, y con ello la calidad de vida de las sociedades, dependerá de la habilidad de los Estados en especial aquí en América Latina para armonizar el desarrollo económico, la justicia social y la sostenibilidad ambiental. Ya que no se trata de no extraer o no utilizar recursos, sino más bien de cómo realizamos dichos procesos.

Así, el derecho ambiental se debe de entender como una garantía transversal que al ser plenamente protegida, no solo protegerá un derecho concreto, sino también otros derechos conexos. Deviniendo en una necesidad legal para salvaguardar la vida y el bienestar de todos nosotros y de las generaciones actuales y futuras.

Ante esta realidad, es fundamental reforzar el reconocimiento constitucional del derecho al medio ambiente, proporcionándole una definición normativa precisa, sistemas judiciales efectivos y estrategias públicas coherentes que unan los aspectos económicos, sociales y ambientales del progreso.

BIBLIOGRAFÍA

Alegre Chang, Ada. (2009). Derecho al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la "vida". En Juan Manuel Sosa (coord.), *Los derechos fundamentales* (p. 489). Lima: Gaceta Jurídica.

Banco Interamericano de Desarrollo. (1998). *Políticas ambientales en América Latina y el Caribe*. BID.

Boyle, A. (2012). Human rights and the environment: Where next? *European Journal of International Law, 23*(3), 613–642. https://doi.org/10.1093/ejil/chs054

Brasil. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

CDESC. (2022). Observación general No 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). *Refworld*. https://www.refworld.org/es/leg/coment/cescr/2000/es/36991

CEPAL. (2018). *Acuerdo de Escazú*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu

CEPAL. (2021). *Perspectivas del medio ambiente en América Latina y el Caribe*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2018). *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú)*. Naciones Unidas. https://repositorio.cepal.org/handle/11362/43595

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (s. f.). *Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean*. CEPAL. https://www.cepal.org/en/escazuagreement

Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. (1987). *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*. http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm

Congreso de la República del Perú. (2005). *Ley General del Ambiente*. https://www.gob.pe/institucion/congreso-de-la-republica/normas-legales/3569-28611

Constitución Política del Perú. (1993). *Constitución Política del Perú*. https://www.gob.pe/institucion/presidencia/informes-publicaciones/196158-constitucion-politica-del-peru

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Sentencia de 6 de febrero de 2020.

de Oliveira, V., & de Faria, G. (2015). Protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos, 5*, 19–50.

EarthRights International. (s. f.). Avances y dificultades del Acuerdo de Escazú en la región sudamericana. *EarthRights*. https://earthrights.org/blog/avances-y-dificultades-del-acuerdo-de-escazu-en-la-region-sudamericana/

Guatemala. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*. https://ace-project.org/ero-en/regions/americas/GT/guatemala-constitution-as-amended-to-1993-english/view

Gudynas, E. (2015). *Derechos de la naturaleza: Ética biocéntrica y políticas ambientales*. Abya Yala.

Huerta Guerrero, L. A. (2013). Constitucionalización del derecho ambiental. *Derecho PUCP, 71*, 477–502. https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.017

Informe GEO Ecuador. (2008). *Perspectivas del medio ambiente: GEO Ecuador 2008*. Ministerio del Ambiente del Ecuador y Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

Knox, J. H. (2018). *Framework Principles on Human Rights and the Environment*. Naciones Unidas.

Mendoza, W. G. (2009). *Estudio comparado de derecho ambiental: Ecuador, Perú, Bolivia, España: énfasis en Parámetros de Calidad y Límites Máximos Permisibles dentro de Actividades Extractivas*. Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH.

Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI).

Naciones Unidas. (1992). *Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm

Organización de Estados Americanos. (1988). *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador")*.

Organización de Estados Americanos. (1996). *Declaración de Santa Cruz sobre Desarrollo Sostenible*. https://www.summit-americas.org/boliviadec-spanish.htm

Piovesan, F. (2005). *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17973/material/Fl%C3%A1via%20Piovesan%20DH%20Direito%20Constitucional.pdf

Rodríguez Garavito, C. (2011). El derecho a un ambiente sano en la era del cambio climático. Universidad de los Andes.

Sarmiento, J. (2020). *Derecho ambiental y derechos humanos: Una interdependencia necesaria*. Editorial Jurídica Continental.

Silva Soares, G. F. (2001). *Direito internacional do meio ambiente*. https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:livro:2001;000592776

Tribunal Constitucional del Perú. (2005). *Sentencia N.º 01206-2005-AA/TC*. https://legislacionanp.org.pe/sentencia-del-tc-sobre-el-acr-cordillera-escalera/

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1990). *Caso Powell y Rayner vs. Reino Unido*. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57616%22]}

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1994). *Caso López Ostra vs. España*. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57905%22]}

LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

Carlos Alberto FONSECA SARMIENTO*

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** ¿La libertad de empresa es un derecho distinto a la libertad de industria y comercio? **3.** La libertad de empresa como derecho constitucional limitado. **4.** El contenido constitucionalmente protegido de la libertad de empresa. **5.** Elementos configuradores y limitadores de la libertad de empresa. 5.1. Iniciativa privada y libertad de empresa. 5.2 Economía social de mercado y libertad de empresa. 5.3 Sectores constitucionalmente prioritarios y libertad de empresa. 5.4 Actividad empresarial del Estado y libertad de empresa. 5.5. Moral, salud, seguridad pública y libertad de empresa. 5.6 Seguridad nacional, necesidad pública, bien común y libertad de empresa. 5.7 La reserva de ley y libertad de empresa. 5.8 Los otros derechos constitucionales relacionados con la libertad de empresa. 5.9. La interpretación conforme a los tratados de derechos humanos. 5.10. Los valores constitucionales y la libertad de empresa. 5.11 Los Estados de Excepción y la libertad de empresa. **6.** Conclusiones.

PRELIMINARES

En el presente artículo el autor analiza el concepto, alcances y problemas de la libertad de empresa como derecho limitado y las fuentes constitucionales de tal limitación. El autor identifica los elementos que configuran el concepto de la libertad de empresa y los que le imponen condiciones y restricciones, conforme a la Constitución de 1993.

* Abogado por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Administración Pública por el Instituto Ortega y Gasset de Madrid. Candidato a Doctor en Derecho. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Contacto: carlos@fonseca.pe

1. INTRODUCCIÓN

Podemos considerar como derechos constitucionales a los poderes o facultades libremente ejercidos por los seres humanos (o categorías identificables de ellos, por ejemplo, los ciudadanos, los trabajadores, los empresarios, etc.) frente a los demás, sea el Estado o particulares, que se encuentran reconocidos expresa o tácitamente por la Constitución y que son jurisdiccionalmente garantizados por ella.

Tienen que derivar de la Constitución. Pero no necesariamente de modo expreso. El artículo 3 de la Constitución peruana[1] admite la inclusión como derechos constitucionales no solo a la lista de derechos fundamentales establecidos en su artículo 2 sino a los demás contenidos en otros artículos de la Constitución y a otros que, no estando allí, tienen naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno[2].

Uno de estos derechos, no incluidos en el artículo 2, es la libertad de empresa. En efecto, el artículo 59 constitucional dispone lo siguiente:

> El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

1 La actual Constitución Política del Perú fue aprobada por el Congreso Constituyente Democrático, ratificada mediante un referéndum el 31 de Octubre de 1993, promulgada por el Presidente Alberto Fujimori el 29 de Diciembre de 1993, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 30 de Diciembre de 1993 y con vigencia desde el 31 de Diciembre de 1993. El Congreso Constituyente Democrático o CCD fue establecido luego que Fujimori provocara un autogolpe de Estado al decretar el cierre del Congreso el 05 de Abril de 1992. Al CCD le correspondió la función de legislar, pero paralelamente la de reemplazar la Constitución de 1979 –es por ello el adjetivo de *constituyente*- por una nueva. En las elecciones llevadas a cabo el 22 de Noviembre de 1992, para designar a los 80 miembros del CCD, resultó victorioso el partido del Presidente Fujimori, la Alianza Nueva Mayoría-Cambio 90 con un 49%, aproximadamente.

2 Dentro del Capítulo I de nuestra Constitución vigente de 1993, denominado "Derechos Fundamentales de la Persona", el artículo 2º contiene una lista de derechos constitucionales, sin embargo el artículo 3º , a continuación dice: *"La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".*

Este derecho será objeto de la presente investigación y principalmente, los límites que sobre el mismo encontramos en nuestra Constitución. En consecuencia, será un trabajo positivista circunscrito al derecho peruano.

Dicho esto, encontramos cuatro ideas importantes sobre la libertad de empresa:

i) La subsunción de la libertad de comercio e industria en la libertad de empresa.
ii) Su carácter limitado al ser interpretada bajo el principio de unidad de la Constitución.
iii) El contenido constitucionalmente protegido según el Tribunal Constitucional.
iv) Los elementos de la Constitución que la configuran y limitan.

2. ¿LA LIBERTAD DE EMPRESA ES UN DERECHO DISTINTO A LA LIBERTAD DE INDUSTRIA Y COMERCIO?

Las Constituciones son escritas en modo político más que jurídico. Consecuencia de ello, algunas veces encontramos ideas o construcciones gramaticales técnicamente inadecuadas o jurídicamente inciertas. Éstas pueden ser aclaradas mediante los métodos de interpretación, siendo el literal, por cierto, sólo uno, pero no necesariamente el mejor para entender el sentido de la Constitución y sus normas.

Un ejemplo de lo dicho se advierte en el pleonasmo en que incurre el citado artículo 59. Allí se consagra el derecho a *"la libertad de empresa, comercio e industria"*; sin embargo, constituye una redundancia innecesaria. Era suficiente mencionar únicamente a la primera. Pasamos a explicar.

La libertad de empresa es el derecho de todos, de manera individual o asociada, a generar riqueza mediante el desarrollo de una actividad económica de libre elección. Las actividades industriales y las actividades comerciales son actividades económicas, por lo tanto, su desarrollo está protegido por la libertad de empresa.

La industria es el *"conjunto de operaciones materiales ejecutadas para la obtención, transformación o transporte de uno o varios productos naturales"*[3]. Aquí se puede incluir a la industria primaria, cuyo objeto es la extracción básica de las materias primas, por ejemplo, la agricultura, minería y pesquería. Asimismo, se puede incluir a la industria secundaria, donde la materia prima -es decir, los recursos obtenidos de la industria primaria- son transformados en forma más útil para su comercialización,

3 Real Academia Española (1992). *Diccionario de la Lengua Española.* Tomo II, p. 1160.

por ejemplo, la industria manufacturera o la industria automotriz. Por otro lado, el comercio es la *"negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías"*[4], generalmente de los fabricados o producidos mediante actividades industriales y está conformado por todo tipo de distribución de bienes y servicios. Sin embargo, como son conceptos económicos dependerá de la corriente doctrinal invocada para determinar si una actividad económica es "industria" o "comercio", por ejemplo, la actividad turística es conocida como la industria sin chimeneas, pero a quien la provee se le considera un prestador de servicios. Entonces, siendo la "industria" y el "comercio" conceptos económicos, proclives a tener varias acepciones y alcances, sólo justificaría su reconocimiento constitucional si cuentan con un contenido esencial protegible distinto al de la libertad de empresa y definitivamente no lo tienen. Sin embargo, de lo que no hay duda es que, viéndolas conjuntamente, abarcan a todas las posibles actividades empresariales. Por lo tanto, para evitar discusiones inútiles sobre los límites o conflictos entre estas, solo era necesario reconocer a la libertad de empresa.

3. LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL LIMITADO

No cabe duda de que los derechos constitucionales no son absolutos. Sería imposible garantizarlos si ello fuera así. El "contrato social"[5] implica renunciar a ciertas porciones de nuestra libertad con el propósito de asegurar el funcionamiento de nuestra sociedad. Si queremos vivir en comunidad, es necesario reconocer derechos a los demás y esto impacta en los nuestros. Los derechos constitucionales son *"realidades vivas en continua evolución y desarrollo"*[6], y esto significa que carecen de

4 Real Academia Española (1992). *Diccionario de la Lengua Española.* Tomo I, p. 517.

5 Aquí nos referimos a la teoría política de Jean-Jacques Rousseau plasmada en su famoso libro *Du Contrat Social* (1762), por la cual, aquellos que quieran vivir en una sociedad política con el propósito que se le reconozca y garantice sus derechos, a cambio de ello, deben renunciar a ciertos ámbitos de su libertad. Para mayor investigación, puede verse: Rousseau, J. *El contrato social o Principios de derecho político* (1995). Santafé de Bogotá, Colombia: Rei Andes Ltda.

6 Catoira A. *El concepto jurisprudencial de límite de los derechos fundamentales.* p. 15. Material de Lectura proporcionado en el Doctorado de Derecho de la UPAO. La profesora CATOIRA es una de las defensoras de la tesis de los derechos constitucionales como derechos que nacen limitados por la propia Constitución, la cual también suscribo. Un mayor desarrollo de este tema y por esta misma autora, puede verse en: Catoira, A. (1999). *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

fronteras completamente claras[7], estando expuestos a colisiones entre ellos o con otras normas constitucionales, y ante tal situación, interpretar bajo la unidad de la Constitución será la solución adecuada. Es por esta razón que Alexy al explicar su teoría de los derechos fundamentales como principios, señala:

> El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos[8].

Entonces, nacen como derechos limitados como única forma de poder ser protegidos y ello porque al ser parte de la Constitución, su interpretación tiene que hacerse en este sentido, como una unidad. El Tribunal Constitucional reconoce la importancia de este principio, *"conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto"*[9]. Este principio es vital para la interpretación congruente de la Constitución, caracterizada por ser fruto del consenso político, donde todos los constituyentes ansían que sus demandas sean reconocidas, provocando no pocas dificultades para comprender el sentido de sus normas.

Advirtiéndose estos aprietos en los que podrían ponernos los constituyentes, el Tribunal Constitucional da cuenta de algunos ejemplos de nuestra Constitución para reforzar la importancia de dicho principio:

> La Constitución del Estado está plagada de disposiciones entre las que existe una "aparente" contradicción. Así, por ejemplo, mientras en el inciso 1) del artículo 2 se reconoce que toda persona tiene derecho a la vida, en el artículo 140 se regula la pena de muerte; mientras en el inciso 2) del artículo 2 se reconoce el principio-derecho a la igualdad ante la ley, el artículo 103 establece que puede expedirse leyes especiales cuando así lo exija la naturaleza de las

7 Para muestra, un caso. La delimitación del derecho a la vida provocó una de las sentencias más polémicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica.* El contenido íntegro de la sentencia puede encontrarse en: https://www.Corte IDH.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

8 Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 67-68.

9 STC N.º 5584-2005-PA/TC, FJ 12. Caso *Pedro Andrés Lizana Puelles*.

> cosas; (...) resulta evidente que luego de la lectura aislada de alguna de estas disposiciones se llegará a resultados inconsecuentes con el postulado unitario o sistemático de la Constitución. De ahí que nunca ha sido ni será válido interpretar las disposiciones constitucionales de manera aislada. Es indiscutible que esta es una lectura más sencilla; sí, tan sencilla como ilegítima[10].

Como no puede ser de otro modo, la libertad de empresa también tiene límites. La protección no es absoluta porque al coexistir con otros derechos y dentro de un régimen económico constitucionalizado[11], bajo el citado principio de unidad, sólo puede ser garantizada como derecho limitado. Por ello, para un correcto entendimiento de su alcance es necesario interpretarla sistemáticamente en conjunto con otros conceptos consagrados en nuestra Constitución como son la "iniciativa privada", la "economía social de mercado", los "sectores constitucionalmente prioritarios", la "actividad empresarial del Estado"; y los fines constitucionales que como límites expresos y concretos le han sido establecidos en su reconocimiento constitucional: "moral pública", "salud pública" y "seguridad pública". Asimismo, debe tenerse en cuenta los otros fines específicos señalados en el texto de la Constitución como son el "bien común", la "seguridad nacional" y la "necesidad pública", la garantía formal de la ley; la interpretación conforme a los tratados de derechos humanos, los otros derechos constitucionales de sujetos relacionados con la libertad de empresa (principalmente consumidores, trabajadores, competidores y contratantes), los valores constitucionales como la dignidad y el Estado democrático de derecho; y finalmente, los Estados de excepción.

Todos estos elementos de la Constitución impactan o podrían impactar en la libertad de empresa, ya sea configurándola (por ejemplo, la iniciativa privada y la interpretación conforme a los tratados de derechos humanos) o limitándola

10 STC N.º 5584-2005-PA/TC, FJ 15 y 16. Caso *Pedro Andrés Lizana Puelles.*

11 Una parte importante de las Constituciones modernas es su "Constitución económica". Sobre este tema, García Belaunde D. (2020). *Tiempos de constitucionalismo,* p. 31, ha dicho: "Algunos autores sostenían que había una Constitución Política y que debajo de ella había una Constitución económica. Creo que sería más práctico, y así lo señala la tendencia reciente, a denominar "Constitución económica" a aquel apartado de la Constitución que se endereza a la regulación jurídica del sistema u ordenamiento económico. Esto es lo que se está imponiendo últimamente; a su vez, pensaría que, para seguir con la tradición, ya no debemos considerar que solamente hay dos grandes apartados en la Constitución, como son la Constitución dogmática, o parte dogmática, por un lado, y la otra parte orgánica, sino que habría una tercera parte que sería la Constitución económica". Nosotros, por cierto, agregaríamos un cuarto apartado en las Constituciones modernas: la jurisdicción constitucional.

(por ejemplo, los Estados de excepción). Más adelante, haremos un breve análisis de los mismos.

4. EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

Nuestra Constitución no contiene una norma como la del artículo 19, numeral 2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, la cual dispone lo siguiente: *"Artículo 19. [Restricción de los derechos fundamentales] (...) (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial. (...)".*

En líneas generales, consideramos como contenido esencial de un derecho a aquello que puede considerarse como lo más distintivo y propio del mismo que lo hace ser tal derecho y no otro. Aquello que al ser despojado pierde su propia naturaleza. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional si ha abordado este tema con relación a la libertad de empresa y lo ha circunscrito al ejercicio de cuatro libertades:

> "- En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado, tema que será materia de un mayor análisis infra.
> - En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros).
> - En tercer lugar, está la libertad de competencia.
> - En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno.
>
> De otro lado, la libertad de empresa está íntimamente relacionada con las libertades de comercio y de industria. La primera consiste en la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal. Por su parte, la libertad de industria se manifiesta en la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica

> cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos"[12].

De la primera libertad podemos decir que es donde radica la esencia de la libertad de empresa y como veremos más adelante, es en esa libre iniciativa donde se concretiza, prioritariamente, este derecho. Es tan importante para nuestro ordenamiento jurídico esta libertad que inclusive antes de la Constitución de 1993, en 1992, fue creado el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual -INDECOPI-, el cual cuenta con una Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, cuya función es identificar las barreras burocráticas ilegales y/o irracionales que afectan el ejercicio de la libre iniciativa y la libre competencia.

Respecto de la segunda libertad, al referirse al funcionamiento de la empresa, es allí donde la intervención del Estado, sobre todo cuando regula mercados e impone requisitos para la obtención de una autorización, puede generar medidas injustificadas y por ello, la técnica de la ponderación y el juicio de razonabilidad jugarán un rol trascendente para determinar si estamos ante una afectación legítima a la libertad de empresa. El primer párrafo del artículo 5 del Decreto Legislativo 757[13] dispuso que: *"El Estado garantiza el pluralismo económico. Toda empresa tiene el derecho de organizarse bajo cualquier forma empresarial en la legislación nacional".*

Con relación a la tercera libertad, la competencia es la mejor manera de controlar el abuso del ejercicio de la libertad de empresa, en particular ante el incremento de precios, pues al aparecer competidores en un mercado en el que antes no lo había, el precio bajará en beneficio de los usuarios. El artículo 4 del Decreto Legislativo 757 señala que: *"La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes. Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República".*

Finalmente, con relación a la cuarta libertad, es una consecuencia de la primera. Si puedo abrir una empresa, también la puedo cerrar.

---

12 STC N.º 3330-2004-AA/TC, FJ 13. Caso *Ludesminio Loja Mori.*

13 Publicado el 13 de noviembre de 1993 en el diario oficial "El Peruano", el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada es una de las normas más importantes de la legislación peruana en el proceso de reconocimiento, impulso y protección de la libertad de empresa.

Como puede notarse entonces, de lo declarado por el Tribunal Constitucional, el contenido esencial de la libertad de empresa se concentra en aquello que califica como "actividad económica" y específicamente en lo qué debe hacerse con ella: iniciarla, organizarla, cesarla, así como competir en ella.

5. ELEMENTOS CONFIGURADORES Y LIMITADORES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

Conforme lo indicamos anteriormente, en nuestra Constitución existen 11 elementos o grupos de elementos configuradores y/o limitadores de la libertad de empresa.

5.1. Iniciativa privada y libertad de empresa

El artículo 58 de la Constitución empieza declarando que: *"La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. (...)".*

Nuestra Constitución es liberal pues defiende la tesis que la protección y estimulación de la libertad individual es la mejor forma de conseguir el progreso de nuestra sociedad. Esta filosofía ya estaba plasmada legislativamente en una norma preconstitucional, el citado Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada, la cual puede calificarse como el desarrollo legislativo de la libertad de empresa.

En su artículo 2, define a la libre iniciativa privada como *"el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las Leyes".*

Tal como ha sido definida, se está refiriendo a la libertad de empresa, sin embargo, como hemos visto anteriormente, el Tribunal Constitucional ha desarrollado más especificaciones de la libertad de empresa, por ejemplo, la libertad de competencia y la libertad de cesar una actividad económica. Entonces, podemos considerar que cuando el artículo 58 constitucional menciona que la iniciativa privada es libre, se está refiriendo al componente más notorio de la libertad de empresa, el derecho a "hacer empresa". Por otro lado, otro aspecto relevante del artículo 2 del Decreto Legislativo 757 es que se reconoce que la libertad de em-

presa es un derecho no sólo de las personas naturales sino también de las personas jurídicas.

5.2. Economía social de mercado y libertad de empresa

Ya hemos visto, que el artículo 58 de la Constitución señala que la libre iniciativa privada, "*se ejerce en una economía social de mercado.*" Este concepto constituye un aspecto fundamental para la configuración de la libertad de empresa pues es la base de nuestro modelo económico y de nuestra Constitución Económica.

El Tribunal Constitucional ha sostenido que:

> [...] Nuestro régimen económico, según el artículo 58 de la Constitución, se ejerce dentro de una economía social de mercado. Este es representativo de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado Social y Democrático de Derecho. En ésta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado. (...) dado el carácter "social" del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.[14]

Por lo dicho por el Tribunal Constitucional, podemos concluir que la Economía Social de Mercado reconoce un Estado promercado pero que contempla, la posibilidad de que el Estado pueda intervenir en el mercado para promover la igualdad material y en determinadas áreas consideradas constitucionalmente prioritarias, como veremos a continuación, entonces, es un concepto limitador de la libertad de empresa.

Bajo otra perspectiva, también puede interpretarse que el régimen de Economía Social de Mercado estimula la "responsabilidad social empresarial", -el cual usualmente actúa como un mecanismo de autorrestricción del empresario-, y puede emplearse como un argumento para la limitación de la libertad de empresa, aunque menos invasiva que la intervención directa del Estado.

14 STC N.º 00034-2004-PI/TC, FJ 19 y 20. Caso *Luis Nicanor Maraví Arias en representación de 5,000 ciudadanos contra el Congreso de la República.*

El carácter limitador que sobre la libertad de empresa puede provocar la Economía Social de Mercado, es una característica reconocida por el Tribunal Constitucional:

> Consagrado por el artículo 59 de la Constitución, el derecho a la libertad de empresa se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación y, simultáneamente, le impondrá límites a su accionar. Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley -siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente-, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce[15].

5.3. Sectores constitucionalmente prioritarios y libertad de empresa

El citado artículo 58 de la Constitución -que recoge la Economía Social de Mercado- también dispone lo siguiente: *"(...). Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura"*.

Esto supone que, invocando el régimen de la Economía Social de Mercado, el Estado puede intervenir legítimamente y con mayor intensidad que en otros sectores, en estos considerados constitucionalmente prioritarios.

Entonces, al analizar las limitaciones a la libertad de empresa, por ejemplo, con las regulaciones de las tarifas a las empresas prestadoras de servicios públicos como la telefonía o la electricidad, el intérprete debe tener en consideración que constitucionalmente se ha reconocido un interés especial por el Estado en este sector. Todas estas áreas señaladas en el artículo 58 constitucional son "socialmente relevantes", por lo tanto, quien dentro de su legítima iniciativa pretende hacer empresa en estos sectores, conoce anticipadamente que podría estar expuesto a ciertas restricciones más gravosas en comparación a otras actividades económicas.

15 STC N.º 7320-2005-PA/TC, FJ 53. Caso *Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real S.R.L.*

5.4. Actividad empresarial del Estado y libertad de empresa

El segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución señala que: *"Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional".*

En consecuencia, otra limitación que puede afectar a la libertad de empresa, principalmente con relación a la libertad de competencia es cuando se permite que el Estado realice actividad empresarial. Nuestra Constitución recoge el principio de subsidiariedad del Estado en las actividades económicas, por lo tanto, si el Estado participa sin esta condición, así sea en virtud de una ley expresa podría considerarse -para quienes realizan la misma actividad- una afectación a su libertad de empresa.

Un caso donde puede analizarse la afectación de la libertad de empresa por la actividad empresarial del Estado es la auspiciada por el Decreto Legislativo Nº1411, que regula la naturaleza jurídica, funciones y otras actividades de las Sociedades de Beneficencia, las cuáles son personas jurídicas de derecho público. Dicha norma dispone que sólo éstas, directamente o de manera indirecta a través de un contrato de asociación en participación con una empresa privada, están permitidas de realizar los juegos de lotería. Ello es incompatible con la iniciativa privada y la actividad empresarial subsidiaria del Estado, pero principalmente, con la libertad de acceder a una actividad económica pues no se justifica que una actividad empresarial de juegos de apuesta quede en manos de unas determinadas organizaciones. En otras palabras, cualquier empresario que en legítimo ejercicio de su libre iniciativa pretendiera ofrecer juegos de lotería tendría que "tocarle la puerta" a una Sociedad de Beneficencia para asociarse a ella y poder participar en esta actividad económica.

5.5. Moral, salud, seguridad pública y libertad de empresa

El segundo párrafo del artículo 59 señala que: "*El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud ni a la seguridad públicas".* Estos tres conceptos jurídicos indeterminados son los que con mayor frecuenta invoca el legislador para imponer restricciones. Por ejemplo, para la operación de salas de juego, se imponen restricciones de distancias de colegios con el propósito de defender la *moral pública* de los menores de edad. Del mismo modo, en las oficinas, establecimientos comerciales y fábricas de las empresas está prohibido el consumo de cigarros para proteger la *salud pública* de los trabajadores y usuarios. Finalmente,

para ciertas actividades económicas es requisito elaborar un estudio de impacto ambiental previo a su funcionamiento como una garantía de la *seguridad pública.*

5.6. Seguridad nacional, necesidad pública, bien común y libertad de empresa

La libertad de empresa puede ser limitada por los fines indicados en su norma de reconocimiento anteriormente mencionados (artículo 59) pero también por otros fines constitucionales expresamente incluidos para otros derechos conexos o simplemente por ser fines de relevancia constitucional que justifican su evaluación al ejercerse la libertad de empresa. Por ejemplo, el derecho de propiedad debe ejercerse en *armonía con el bien común* y la expropiación procede por causa de *seguridad nacional* o *necesidad pública* (artículo 70). Asimismo, también por *seguridad nacional* pueden establecerse temporalmente, restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes (artículo 72).

5.7. La reserva de ley y libertad de empresa

La reserva de ley significa que únicamente mediante la categoría normativa de la "ley", de modo exclusivo y excluyente, el legislador ´puede intervenir en la restricción de los derechos fundamentales, admitiéndose la colaboración reglamentaria, pero sin desnaturalizar este ámbito de poder. Sin embargo, hay que anotar que, en algunas materias, conforme a nuestra Constitución, hay "reserva a ley" entendida como instrumento normativo privativo del Congreso y en otras, hay "reserva a normas con rango de ley", donde pues incluirse, por ejemplo, a los Decretos Legislativos y a los Decretos de Urgencia del Poder Ejecutivo que tienen la misma jerarquía normativa. Con relación a la "reserva de ley" propiamente dicha, cabe resaltar el caso de los tratados sobre derechos humanos (los cuáles, claro está podrían contener alcances y restricciones sobre la libertad de empresa). Efectivamente, el artículo 56 constitucional en su numeral 1 señala lo siguiente: *"Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos".*

Desde otra perspectiva, una forma válida de limitar la libertad de empresa y que se hace a través de la ley es la tipificación de delitos. Actividades económicas como el tráfico de órganos, el tráfico de drogas o la venta de armas, por ejemplo, podría ser tipificado como delito y por lo tanto restringida la libertad empresarial en estos casos, siempre y cuando se haga mediante Ley, en virtud del principio de legalidad en materia penal recogido en el artículo 2, numeral 24, inciso d) de

nuestra Constitución que dispone: *"Toda persona tiene derecho: 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley".*

Nuestra Constitución también admite que los recursos naturales y bienes de uso público puedan ser concedidos a un particular para su aprovechamiento económico, es decir, para que realicen actividad empresarial, pero expresamente señala que debe ser conforme a ley orgánica, en el caso de los recursos naturales (artículo 66) y por ley ordinaria, en el caso de los bienes de uso público (artículo 73). Por lo tanto, la libertad de empresa en los bienes públicos podrá ser restringida por el legislador.

Finalmente, un tema polémico es hasta qué punto, en virtud del poder de policía, el Poder Ejecutivo puede expedir medidas limitantes de la libertad de empresa. El artículo 118, numeral 4 de la Constitución reconoce como atribución presidencial velar por el orden interno y las leyes generales de procedimiento confieren autorización no sólo al Poder Ejecutivo sino a otros órganos constitucionalmente autónomos y a los gobiernos subnacionales, para "crear requisitos" mediante sus instrumentos normativos[16].

5.8. Los otros derechos constitucionales relacionados con la libertad de empresa

La libertad de empresa -que es un derecho del empresario- está relacionada con otros derechos, el de sus trabajadores, de sus competidores, de sus contratantes y de sus consumidores. En efecto, dentro del Título III, denominado "Del Régimen Económico", nuestra Constitución reconoce los derechos considerados como "libertades económicas": libertad de trabajo (artículo 59), libre competencia (artículo 61), libertad de contratar (artículo 62) y defensa de los consumidores (artículo 65).

16 El artículo 40.1 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General dispone que: "Los procedimientos administrativos y requisitos deben establecerse en una disposición sustantiva aprobada mediante decreto supremo o norma de mayor jerarquía, por Ordenanza Regional, por Ordenanza Municipal, por Resolución del titular de los organismos constitucionalmente autónomos. En el caso de los organismos reguladores, estos podrán establecer procedimientos y requisitos en ejercicio de su función normativa. Los organismos técnicos especializados del Poder Ejecutivo pueden establecer procedimientos administrativos y requisitos mediante resolución del órgano de dirección o del titular de la entidad, según corresponda, para lo cual deben estar habilitados por ley o decreto legislativo a normar el otorgamiento o reconocimiento de derechos de los particulares, el ingreso a mercados o el desarrollo de actividades económicas. (....)".

Asimismo, los empresarios pueden estar directamente impactados en sus derechos fundamentales reconocidos en el artículo 2 constitucional, principalmente los de: igualdad ante la ley (inciso 2), inviolabilidad de domicilio (inciso 9), secreto de las comunicaciones (inciso 10), propiedad (inciso 16) entre otros; por el ejercicio de la potestad tributaria o como ya indicamos, el poder de policía del Estado, por ejemplo, creando impuestos o disponiendo la realización de un procedimiento administrativo como requisito previo para ejercer una actividad económica.

Bajo estas circunstancias, toda medida de intervención a la libertad de empresa que pueda justificarse en la protección de otros derechos, fines o valores constitucionales deberá pasar exitosamente el test de razonabilidad para que pueda considerarse legítima. Este es, que tal medida no sea inadecuada, innecesaria y desproporcionada.

Lamentablemente, la principal razón de encontrar -no con poca frecuencia- leyes inconstitucionales, es la falta de preocupación real de nuestros legisladores en hacer un verdadero juicio de razonabilidad respecto de las restricciones a los derechos fundamentales que aprueban. Y esto ocurre con la libertad de empresa. Invocando, por ejemplo, los mencionados fines constitucionales como seguridad nacional, salud pública y moral pública, renuncian al más mínimo nivel de análisis de ponderación respecto de los derechos involucrados trasladando el costo de expulsar la norma inconstitucional a quienes tienen legitimidad activa (restrictiva, por cierto, en el proceso de inconstitucionalidad) o de buscar su inaplicación concreta mediante los procesos de amparo.

5.9. La interpretación conforme a los tratados de derechos humanos

La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución dispone lo siguiente: *"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 sobre las mismas materias ratificadas por el Perú"*.

Esto supone que la "última palabra" en la interpretación de la libertad de empresa y cualquier otro derecho constitucional se encuentra en los tratados y sobre todo, en sus tribunales internacionales, lo cual ha generado el concepto de "control de convencionalidad" y que ha sido desarrollado hasta límites discutibles por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues se plantea hasta donde tiene legitimidad un tribunal extranjero para modificar las decisiones de los legisladores y jueces nacionales.

5.10. Los valores constitucionales y la libertad de empresa

El citado artículo 3 constitucional reconoce cuatro valores que pueden generar el reconocimiento de otros derechos y, por lo tanto, que pueden entrar en conflicto con la libertad de empresa haciendo necesario utilizar la ponderación para poder coexistir. Nos estamos refiriendo a la dignidad del hombre, la soberanía del pueblo, el Estado democrático de derecho y la forma republicana de gobierno. Por ejemplo, un Tribunal Constitucional activista podría reconocer en base a ellos los "derechos de la naturaleza" y en virtud de ello, establecer mayores límites al ejercicio de libertad de empresa en actividades intensivas de recursos naturales, por ejemplo, la industria petrolera.

5.11. Los Estados de Excepción y la libertad de empresa

Finalmente, el artículo 137 constitucional reconoce la restricción y/o suspensión de derechos constitucionales mediante el Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la nación; y a través del Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil o peligro inminente de que se produzcan. Esta es una atribución del Presidente de la República con el acuerdo del Consejo de Ministros.

Esta norma fue invocada muchas veces en el Perú para restringir la libertad de empresa en la peor época del Covid-19, en particular, para el cierre absoluto de establecimientos comerciales con gran concentración de público como cines, teatros y gimnasios. No hubo una valoración adecuada de las restricciones, que en muchos casos fueron excesivamente intensas provocando el cierre definitivo de estos locales.

6. CONCLUSIONES

Hemos tratado de resumir el status de la libertad de empresa como derecho limitado y las fuentes constitucionales para esta limitación. Hay muchos temas controvertidos que abren paso al debate y la investigación. Por ahora, podemos concluir lo siguiente:

1. La libertad de empresa es un derecho constitucional que no está incluido en la lista de los indicados en el artículo 2 pero que tiene esta naturaleza en virtud de lo indicado en el artículo 3 de la Constitución.

2. No obstante que el artículo 59 constitucional reconoce a la libertad de industria y comercio, éstas deben ser interpretadas como especificaciones de la libertad

de empresa y por lo tanto subsumidas en ésta. Asimismo, la iniciativa privada, reconocida en el artículo 58 debe ser considerada como el componente más notorio de la libertad de empresa.

3. La libertad de empresa como todos los derechos constitucionales nacen como derechos limitados y deben ser interpretadas bajo el principio de la unidad de la Constitución y conforme a los tratados sobre derechos humanos en aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

4. El Tribunal Constitucional ha reconocido que el contenido esencial de la libertad de empresa incluye el ejercicio de cuatro libertades: la libertad de crear empresas, la libertad de organizar de empresas, la libertad de competir en el mercado y la libertad de cesar una empresa.

5. La libertad de empresa puede ser limitada por los siguientes elementos establecidos en la Constitución: i) Economía social de mercado, ii) Sectores constitucionalmente prioritarios, iii) Actividad empresarial del Estado, iv) Fines constitucionales limitadores específicos (Moral, Salud y Seguridad Pública), v) Otros Fines constitucionales (Seguridad Nacional, Interés Público y Bien Común), vi) Reserva de Ley, vii) Otros derechos constitucionales; viii) Valores constitucionales (dignidad humana, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho y forma republicana de gobierno) y ix) Estados de excepción.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert (2008). *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Catoira, Ana Aba. *El concepto jurisprudencial de límite de los derechos fundamentales.* Material de Lectura proporcionado en el Doctorado de Derecho de la UPAO.

Catoira, A. (1999). *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

García Belaunde, Domingo (2020). *Tiempos de constitucionalismo.* Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Real Academia Española (1992). *Diccionario de la Lengua Española.* Tomo I. Madrid, España: Editorial Espasa Calpe S.A.

Real Academia Española (1992). *Diccionario de la Lengua Española.* Tomo II. Madrid, España: Editorial Espasa Calpe S.A.

Rousseau, Jean-Jacques (1995). *El contrato social o Principios de derecho político.* Santafé de Bogotá, Colombia: Rei Andes Ltda.

DESAFÍOS CONSTITUCIONALES AL CONTROL DEL PODER POLÍTICO

Un análisis de tres posibles causas

Joaquín I. CÁCERES ROSADO*

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** La parlamentarización del sistema político. **3.** La polarización de la sociedad y la fragmentación política. **4.** El uso desproporcionado de los instrumentos de control por responsabilidad política. **5.** Conclusiones.

PRELIMINARES:

Este estudio analiza las causas de la inestabilidad en el sistema político peruano, centrándose en la debilitación del sistema, la polarización de la sociedad y la consecuente fragmentación política, así como, en el uso desproporcionado de los instrumentos de control parlamentario. Mediante un enfoque cualitativo que incluye revisión de literatura, análisis de datos históricos y estadísticos, evaluaremos las tensiones generadas por la combinación de elementos presidenciales y parlamentarios, la dificultad en la formación de mayorías sólidas debido a la polarización y fragmentación, y el uso excesivo de mecanismos de control parlamentario. Las conclusiones destacan que la debilitación de la relación entre los poderes del Estado, sumada a la polarización y fragmentación política, dificulta el control efectivo del poder político. Además, el uso desproporcionado de instrumentos de

* Abogado por la Universidad Católica de Santa María. Candidato a Doctor por la Universidad Complutense de Madrid. Máster en Derecho Parlamentario, Elecciones y Estudios Legislativos por la Universidad Complutense de Madrid. Máster en Gobierno y Cultura de las Organizaciones por la Universidad de Navarra. Profesor en la Universidad de San Martin de Porres. Exregidor Distrital. Código ORCID: https://orcid.org/0009-0007-1726-8512 Correo electrónico: jcaceresr@usmp.pe

control parlamentario agrava esta situación. En consecuencia, resulta crucial reducir la fragmentación congresal, emplear los mecanismos de control de forma más racional y proporcional, y fomentar una cultura de respeto a la ley, los principios democráticos y la institucionalidad.

1. INTRODUCCIÓN

Desde las antiguas civilizaciones, numerosos eventos han evidenciado los riesgos de la ausencia de control sobre el poder político. Ejemplos de ello son las monarquías absolutas y las dictaduras totalitarias, que ilustran claramente las consecuencias devastadoras de la concentración excesiva del poder en unas pocas manos. Por ello, al abordar el control del poder político, es fundamental considerar la protección de las libertades individuales, la prevención de arbitrariedades, la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión gubernamental. En última instancia, es imperativo garantizar que ninguna entidad actúe por encima de la ley.

En el contexto peruano, la consolidación de un sistema robusto y transparente de rendición de cuentas se presenta como una necesidad urgente para contrarrestar los abusos de poder y asegurar un equilibrio genuino en la toma de decisiones. Esto requiere fortalecer las instituciones de control y supervisión, así como adoptar un enfoque integral que consolide las bases de la democracia peruana y fomente un sistema político más equitativo y justo para todos los ciudadanos.

Comprender los problemas constitucionales relacionados con el control del poder exige analizar la complejidad de las relaciones entre los distintos órganos de gobierno y las implicaciones de sus interacciones. Este tópico es crucial para la estabilidad democrática y el Estado de derecho, ya que incide directamente en la calidad de la gobernanza en cualquier sociedad.

En el presente trabajo pretendemos dar explicación sobre posibles causas de los problemas constitucionales relacionados con el control del poder político en el sistema político peruano. Para ello, hemos considerado tres elementos principales.

En primer lugar, revisaremos la atenuación del sistema presidencial, teniendo en cuenta que la combinación de elementos presidenciales y parlamentarios puede generar tensiones y conflictos en lugar de funcionar como mecanismos efectivos de interacción entre poderes. Esta situación puede comprometer la eficacia del control político y socavar la estabilidad del sistema.

Luego, analizaremos la relación entre la polarización social y la fragmentación congresal, dos factores íntimamente relacionados que dificultan la formación de mayorías sólidas o minorías constructivas. Esto, a su vez, complica la toma de decisiones efectivas necesarias para ejercer el control político y garantizar la rendición de cuentas.

Finalmente, analizaremos el uso desproporcionado de los instrumentos de control parlamentario. Este aspecto resulta clave, ya que el empleo indebido de estos mecanismos puede incrementar la inestabilidad del sistema de gobierno peruano y dificultar el control político y la rendición de cuentas.

Esta investigación adopta un enfoque analítico que combina el estudio documental de la legislación constitucional y congresal peruana con el análisis de datos estadísticos relevantes. Asimismo, incluye una revisión crítica de la literatura académica sobre el tema, con el fin de fundamental sólidamente las conclusiones. Nuestro objetivo es ofrecer una explicación coherente y precisa de los problemas constitucionales vinculados al control del poder político en el sistema peruano, además de contribuir al debate académico sobre este importante asunto.

2. LA PARLAMENTARIZACIÓN DEL SISTEMA POLÍTICO

La dinámica de los sistemas políticos en América Latina, particularmente en Perú, resalta la necesidad de evaluar un modelo diferente al presidencial de Estados Unidos o México, así como al parlamentarismo europeo presente en países como España, Alemania o Italia. En este contexto, surge el sistema atenuado o, como lo define el profesor Javier García Roca (2017), "la parlamentarización del presidencialismo iberoamericano" (p. 48).

La parlamentarización del sistema político peruano se ha desarrollado mediante la incorporación gradual de diversos instrumentos de control parlamentario destinados a mitigar el hiperpresidencialismo, considerando el extremo opuesto a la parlamentarización. Según Javier García Roca estos mecanismos "han servido para fomentar la colegialidad del Gobierno, generar consensos y relaciones de colaboración" (García R, 2017, p. 23). Sin embargo, estos instrumentos, aunque han mitigado los excesos del presidente, también han inclinado la balanza hacia una parlamentarización disfuncional (M. Campos, 2022, p. 229).

Es importante señalar las razones por las cuales consideramos que el sistema político es el más parlamentarizado de Latinoamérica. Antes de ello, es necesario

aclarar qué entendemos por parlamentarización. Según Diego Valadés (2008), la racionalización del sistema es "el proceso de actualización de los mecanismos de dominación tradicional, o como un proceso para regular la estructura y el funcionamiento de los órganos del poder y, sus relaciones con sus destinatarios" (p. 14-15).

Ahora, si el sistema optó por este camino, tenía dos opciones a la vista de la doctrina, racionalizarse como lo hizo España desde 1978, según señala Miguel Revenga (2017p. 113), o, convertirse en un sistema disfuncional o inestable como consideramos ocurre en Perú. Por ejemplo, si el ejercicio del control político fuera proporcional, entonces el Congreso debería deliberar sobre los intereses generales del Estado peruano (Diez-Picaso, 2020, p. 119).

En ese orden de ideas, todo proceso legislativo de control político que no tome en cuenta los intereses generales del Estado seguirá por la senda de la disfuncionalidad y será considerado desleal con el ordenamiento constitucional y el soberano. Además, si se presentan cambios injustificados, cargas facultativas excesivas o avances en contra de la estructura y funcionamiento de órganos del sistema, esta parlamentarización carecerá de respeto y responsabilidad hacía la institucionalidad.

Retomando la tarea de determinar por qué Perú es el sistema más parlamentarizado de la región, consideramos que la suma de diversos hechos que involucran la mitigación de un sistema pasado con el uso de los instrumentos de control constituye será el primer punto para revisar. De igual forma, relataremos diversos hechos que consideramos impiden el ejercicio de las funciones congresales con proporcionalidad y criterio, finalizando con un breve pero sustancial análisis comparativo con países de la región.

A lo largo de la historia republicana del Perú, hemos implementado mecanismos para mitigar el poder político del presidente de la república. Esto es así, porque en el pasado el jefe de Estado representaba "un cesarismo presidencial, también conocido por la doctrina como dictadura constitucional con hipertrofia de los poderes del presidente" (M. Campos, 2022, p. 225). De hecho, a lo largo de la historia constitucional peruana, se han incorporado instrumentos de corte parlamentario para mitigar esta condición del presidente. No obstante, esta figura aún cuenta con veto parcial y capacidad para disolver el parlamento.

El veto parcial y la facultad de disolver el parlamento son prerrogativas constitucionales del presidente de la República para ejercer control político. En el caso del veto parcial, reconocido en el artículo 108 de la Constitución Política del Perú, este mecanismo permite al presidente objetar o modificar disposiciones específicas

de leyes aprobadas por el Congreso (Alcántara y Sánchez, 2001, p. 161). Aunque esta herramienta busca fomentar una interacción constructiva entre poderes, las observaciones y propuestas del ejecutivo están sujetas a la aprobación del legislativo.

Respecto de esta primera institución, (Alcántara y Sánchez, 2001) se remontan a los comentarios vertidos por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay en "El Federalista" señalando lo siguiente:

> (...) los padres fundadores argumentan que el veto es un elemento que ayuda a preservar (y defender) la autoridad del Ejecutivo frente a una posible mayoría legislativa que amanece su autoridad o que quiere romper con la división o separación de poderes. Plantean también que, además de servir como un escudo del Ejecutivo, proporciona una garantía más contra la expedición de leyes indebidas. (p. 161).

En cuanto a la capacidad de disolver el parlamento, este instrumento consagrado en el artículo N.º 134 de la Constitución política del Perú es una prerrogativa presidencial que otorga al presidente la facultad de disolver el Congreso en determinadas circunstancias. En líneas generales, la disolución del parlamento implica la destitución de todos los congresistas y la convocatoria a nuevas elecciones congresales. A diferencia de Colombia, donde este proceso requiere la aprobación del Consejo de Estado, el decreto de disolución en Perú necesita la rúbrica del presidente del Consejo de ministros. Además, es una institución atípica en el modelo originario estadounidense. Esta figura ha sido empleada en la historia reciente de Perú como una forma de resolver conflictos políticos y buscar la renovación del Congreso.

Por otra parte, como precisa (M. Campos, 2022), el uso de instrumentos de control de responsabilidad política ha aumentado considerablemente en los últimos ocho años, estos son, la moción de interpelación, la censura ministerial, el voto de confianza y las mociones de vacancia (p. 226). Si bien es cierto, los controles operan de forma permanente, su uso no debe obedecer a caprichos políticos, sino a necesidades sustanciales de la sociedad en su conjunto. Un ejemplo de esto es el autogolpe de Pedro Castillo y su posterior vacancia; recordemos que no debemos permitir excesos contra el ordenamiento jurídico-constitucional. (Cáceres, 2022).

De igual forma, la falta de criterio y responsabilidad de parlamentarios provenientes de diversos grupos parlamentarios ha conllevado a una serie de denuncias que han devenido en procedimientos disciplinarios iniciados por la comisión de ética del parlamento (Congreso, 2022). Entre los excesos cometidos diversos medios de comunicación (El Comercio; 2023; El País, 2023; La República, 2023) han ex-

puesto a parlamentarios que retienen parte de la remuneración de sus colaboradores sin justificación ni apego normativo, grupos de parlamentarios dedicados al tráfico de influencias, incluso, parlamentarios denunciados por violación sexual, como relata el acta de la vigésima sesión ordinaria de la Comisión de Ética Parlamentaria del Congreso de la República, de fecha 08 de agosto de 2022 (Congreso, 2022).

Como señala García Roca (2017), "el parlamento debe por definición, controlar al gobierno en una democracia representativa, también en el presidencialismo moderno" (p. 48). Por ejemplo, en Chile, el ordenamiento constitucional prevé que sea la Cámara de diputados la responsable de ejercer el control de fiscalización de los actos de gobierno (Rojas, 2024, p. 53). En Perú sucede lo mismo, la Constitución Política del Perú establece que el Congreso de la República es el responsable de controlar el poder político, en esencia, como precisa Víctor García Toma (2022) los instrumentos contemplados en la Constitución Política del Perú le permiten al poder legislativo ejercer la función de fiscalización de los actos políticos del gobierno (p. 107).

Ahora bien, antes de continuar, es necesario profundizar en el concepto de control puesto que estará presente a lo largo de la presente investigación. En palabras de Fernando Santaolalla (2019):

> (...) el control constituye la actividad que un sujeto (el controlante) ejerce sobre otro (controlado) para la tutela de ciertos valores que el primero tiene el deber de proteger, actividad que puede consistir en la verificación de si se han respetado los valores y principios protegidos y en la adopción de medidas sancionatorias o correctivas en caso contrario. (Santaolalla, 2019, p. 264-265).

En numerosas oportunidades el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la interposición de demandas competenciales entre los dos poderes. En estas, la justicia constitucional ha resuelto las causas sobre la disolución del parlamento a través del Expediente N.º 006/2019-CC/TC, así como el conflicto generado sobre la cuestión de confianza a través del Expediente N.º 0032-2021-PI/TC, el Expediente N.º 002-2020-CC/TC sobre la moción de vacancia presidencial al exmandatario Martin Vizcarra o, el Expediente N.º 004-2022-PPC/TC sobre la exclusividad para calificar el rechazo de la cuestión de confianza.

En términos generales, como precisa Francisco Eguiguren en Campos (2022), "el presidencialismo parlamentarizado puede tener un funcionamiento muy distinto en función de la mayoría que logre formar" (p. 225). Esto quiere decir que el control del poder político por parte del Legislativo sobre el Ejecutivo y viceversa,

dependerá en buena cuenta del respaldo que este último tenga en el parlamento. A su vez, este proceso de poder dependerá del uso que los Congresistas les den a las herramientas de control parlamentario, lo que representa un ejercicio puro de poder político.

A la par de ello, debemos tener en cuenta que el sistema de partidos políticos influye en la forma de gobierno de un Estado. Esto se debe a que, de acuerdo con el tipo de sistema de partidos políticos, el presidencialismo tendrá características variadas. Por ejemplo, en Estados Unidos impera el bipartidismo, lo cual dota de estabilidad a su sistema político; en cambio, en Perú, el multipartidismo lo radicaliza, polariza y fragmenta aún más. Una muestra de ello son los 40 partidos políticos inscritos ante el Registro de Organizaciones Políticas (DROP) del Jurado Nacional de Elecciones (JNE, 2025).

A consideración de la doctrina, el intento de atenuar los poderes del presidente en Perú no dio los frutos que se esperaban, es decir no se logró contar con un sistema de gobierno parlamentarizado racional (Eguiguren, 2021). Si así fuera, este podría responder "no como proceso para incrementar la concentración y discrecionalidad del poder, sino a la inversa, para hacerlo más acorde con las expectativas sociales" (Valadés, 2008, p. 14). Dicho todo lo anterior, esta situación tiene una repercusión directa en las instituciones que cimientan el ordenamiento jurídico constitucional peruano; puesto que, no solo afectan la estabilidad del sistema, sino que lo hacen con la totalidad de instituciones.

En conclusión, el sistema político peruano ha evolucionado hacia una parlamentarización disfuncional, introduciendo mecanismos que han reducido el presidencialismo, pero también han generado desequilibrios institucionales. Superar esta condición requiere un uso racional de las herramientas parlamentarias y una reevaluación del contexto en el que operan estas dinámicas de poder.

3. LA POLARIZACIÓN DE LA SOCIEDAD Y LA FRAGMENTACIÓN PARLAMENTARIA

El fenómeno de la parlamentarización de los sistemas políticos es el resultado de un proceso histórico que se adaptó a las características y necesidades de diversas sociedades latinoamericanas. Cuando Pedro Planas (1997) se refería al desarrollo histórico de los sistemas de gobierno y sus instrumentos consideraba que "hubo un desarrollo parlamentario y constitucional propio, autónomo, paralelo al desarrollo

constitucional que tuvieron los mismos instrumentos de control parlamentario en Europa continental" (p. 8).

Debemos recordar que Perú no es el único Estado sujeto de este fenómeno en su sistema político, Colombia y Argentina comparten una serie de elementos que los hacen similares entre sí (Herrera, 2019). En la sociedad contemporánea existen otros fenómenos que influyen en el entorno político y social de un Estado. Hoy en día, Perú y otros países se enfrentan a la polarización, al respecto, *Varieties of Democracy* (2023) precisa que américa Latina y el Caribe ha experimentado el mayor aumento de la polarización política en los últimos 20 años.

Como vemos, la polarización no es un fenómeno reciente, de hecho, ha estado presente a lo largo de la historia política del Perú, desde la formación de la República, manifestándose en diversas revoluciones en las que se enfrentaron posiciones e ideas políticas (McEvoy, 2017). Sin embargo, actualmente, este fenómeno se ha trasladado a las instituciones políticas en las que la población peruana más confiaba. Esto ha generado una creciente fragmentación de la mayoría de los espacios políticos, sobre todo en los partidos políticos, el Congreso y el Gobierno (IEP, 2023; IPSOS, 2023).

En primer lugar, para adentrarnos en ambos conceptos que ocasionan tensiones en la sociedad, y, por tanto, en la representación política, recordaremos lo dicho por Giovani Sartori cuando se refería al concepto de representación, en su discurso al Congreso de los diputados español en 1998. Para el maestro italiano, "la representación es la actuación en nombre de otro en defensa de sus intereses" (Sartori, 1999, p.2), es decir, los ciudadanos eligen a sus representantes para que tomen decisiones y defiendan sus intereses en el ámbito político. Por lo tanto, estos representantes, a través de su actuación en instituciones como los partidos políticos o el Congreso deben reflejar las preferencias y necesidades de los ciudadanos a quienes representan (Oliver, 2022).

En esa línea de ideas, cuando vinculamos la polarización al concepto de representación, automáticamente aparecen señales de divisiones profundas y conflictos en la sociedad con relación a cuestiones políticas, sociales y culturales. Esto se debe a la presencia de diversas perspectivas que pueden ser contradictorias y difíciles de conciliar. Un ejemplo de esto es el debate doctrinario sobre un nuevo proceso constituyente en Perú, el cual está dividido por dos posturas; por una parte, la idea que respalda la reforma parcial y por otra, la posición que respalda la reforma total (H. Campos, 2023, p. 133).

De igual manera, la polarización estuvo presente durante la crisis de 2020 que enfrentó a los poderes Ejecutivo y Legislativo. En este caso, como señala Steven Levitsky (2018), ambos poderes luchaban por tener control sobre el otro, lo que provocó la falta de respeto al equilibrio de poderes y creó un ambiente de tensión que llevó a un bloqueo político sin tregua, lleno de acusaciones mutuas y dificultades para tomar decisiones efectivas, especialmente durante el período de pandemia.

Otro ejemplo de polarización en el sistema de gobierno peruano se encuentra en la forma en la candidatura presidencial, particularmente, cuando recurrimos a la figura del *ballotage*. Recordemos que esta fórmula proporcional permite realizar la segunda vuelta presidencial, pero divide al país en dos posiciones muy polarizadas (ONPE, 2021). Además, la presencia de numerosos partidos y agrupaciones dispersa el voto en porcentajes de representación muy bajos, y al mismo tiempo, estimula la conformación de un Congreso fragmentado, radicalizado y polarizado "sin coincidencias programáticas, ni ideológicas, ni políticas coherentes de Gobierno" (ONPE, 2021).

En consecuencia, podemos exponer que la polarización evita que diversas ideas converjan en un mismo espacio; además, imposibilita que la representación se reúna en un mismo lugar debido a diferencias de pensamiento, impidiendo el diálogo y con esto la dificultad de establecer mecanismos que mejoren la relación entre los poderes públicos y la ciudadanía. Esta condición de nuestro tiempo hace más compleja la posibilidad de representar intereses concretos y sobre todo los difusos. Sumado a lo mencionado, esta condición incluso lleva a enfrentamientos letales como los ocurridos a finales del año 2023 en el sur del país (CNN, 2023).

Dejamos de lado por un momento la polarización para adentrarnos en otro fenómeno: la fragmentación. Como señala Manuel Carrasco (2022), en su dimensión cualitativa "un Parlamento fragmentado se caracteriza por la dificultad para alcanzar acuerdos entre distintas fuerzas políticas (...)" (p. 84-86). Debemos advertir que esta idea es de naturaleza parlamentaria, pero resulta útil para entender mejor a esta compleja anomalía en el sistema de político peruano.

Tomando en cuenta este concepto desarrollaremos el sentido de la fragmentación política dentro del sistema de partidos, del Congreso peruano y finalmente cómo esta afecta las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo. En ese contexto, debemos destacar que esta situación genera varios desafíos y, sobre todo, dificultades para canalizar los diversos intereses que representan los partidos u organizaciones políticas, los Congresistas y el propio Gobierno.

Como destaca la Ley de Organizaciones Políticas N.º 28094, los partidos políticos expresan el pluralismo democrático y son los responsables de canalizar los intereses de la ciudadanía. Bidart Campos en García Toma (2022), menciona que "(...) el partido es una asociación con fines políticos, tales como alcanzar el poder, influenciar en la toma de decisiones o ejercer actos de control sobre la conducción del gobierno" (p. 84). Sin embargo, ¿qué sucede cuando no cumplen con esta tarea? Principalmente, podemos decir que surge la fragmentación y con esta, la imposibilidad de encauzar los diversos intereses de la sociedad. Además, como señala el Tribunal Constitucional peruano:

> [...] Los partidos políticos tienen por función, entre otras, evitar que la legitima, pero atomizada existencia de intereses, al interior de la sociedad, se proyecte en igual grado de fragmentación al interior del Congreso de la República, pues si ello ocurre, resultara minada la capacidad deliberativa y, con ella, la posibilidad de adoptar oportuna y consensuadamente decisiones para afrontar los distintos problemas políticos, sociales y económicos del país [...] (Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 0030-2005-PI/TC, fundamento jurídico 13)

En ese sentido, es correcto afirmar que, si el sistema de partidos políticos en Perú está fraccionado, radicalizado y polarizado, entonces, el encauzamiento de intereses dentro del Congreso es limitado. En otras palabras, la fragmentación del sistema de partidos políticos no solo debilita la deliberación del parlamento por cuestiones prácticas, sino también, afecta la eficacia de la fiscalización o control (artículo 93, 94, 96 y 97 de la Constitución), ya que, cuando hablamos de deliberación, nos referimos a los diferentes procedimientos constitucionales y reglamentarios que permiten tomar decisiones en beneficio del país (Campos, 2014. P. 298).

En la misma línea de ideas, el sistema de partidos políticos peruano en la actualidad está caracterizado por su diversidad y fragmentación. Durante las últimas décadas, ha surgido una proliferación de partidos y alianzas políticas, que han llevado a una mayor fragmentación del parlamento. Esta diversidad de partidos también ha dificultado la formación de mayorías sólidas y la consolidación de un bloque político dominante. Dieter Nohlen nos explica que esta situación puede atribuirse a la composición del sistema electoral que es:

> producto de la orientación de las ideas de reforma política hacia una mayor inclusión política y mayor ampliación de la representación política, promovida como profundización de la democracia, sin considerar los obvios efectos de fragmentación partidaria. Y entre más elevada la fragmentación

> de una asamblea, mayor es la probabilidad de que se promueva una reforma electoral para adoptar el sistema de mayoría absoluta (Nohlen, 2015, p. 128).

El autor señala también que resultaría sumamente complejo reformar el sistema de representación proporcional por un sistema mayoritario uninominal, con la finalidad de reducir el vasto número de partidos políticos hasta convertirse en un sistema bipartidista como el caso británico. Sin embargo, no podría concretarse esta reforma, en principio, por la falta de institucionalización de nuestros partidos político (Nohlen, 2015, p. 134).

En línea con lo señalado por Nohlen, el politólogo peruano Fernando Tuesta Soldevilla señala que el voto preferencial es un voto letal porque rompe con una característica esencial de un representante, el liderazgo. Además, "no les permite a los candidatos tener lazos firmes con los partidos" (Tuesta, 2013, p. 266). Consideramos que probablemente este es uno los factores que incentiva con mayor fuerza la fragmentación del sistema de gobierno, ya que los integrantes de los partidos políticos luchan internamente por espacios y poder.

Respecto de la fragmentación y el Congreso peruano debemos indicar que, en la actualidad este compuesto por ciento treinta Congresistas, sin embargo, con la Reforma Constitucional desarrollada a través de la Ley N.º 31988, del 20 de marzo de 2024, a partir de las próximas elecciones generales, estará compuesto por un mínimo de ciento treinta Parlamentarios (artículo 90 de la Constitución). Cada uno pertenece a un partido político que, a su vez, conforma -internamente- (i) un grupo parlamentario; (ii) una cédula parlamentaria o; (iii) es independiente. En Perú, el sistema de partidos tiene las características del pluripartidismo que se replica en Ecuador y Bolivia. Esta composición acepta la participación de tres partidos a más (García Toma, 2022. P. 106). En otros países de América Latina como Paraguay, el sistema de partido es hegemónico o como la denominada Vargas Llosa al sistema mexicano en la entrevista "Encuentro Vuelta. Siglo XXI: La experiencia de la libertad" (Sánchez, 2020, 137m:15s) una "dictadura perfecta" acontecida entre el año 1929 y 2000 (Luna, 2022, pág. 473).

Si queremos ser precisos, a junio de 2023 existían veintidós partidos inscritos y cinco en proceso de inscripción en el Registro de Organizaciones Políticas a nivel nacional, así como setenta y seis movimientos regionales inscritos y dos en proceso de inscripción; en la actualidad, existen cuarenta partidos inscritos y treinta y cuatro en proceso de inscripción ante el mismo Registro de Organizaciones Políticas (JNE, 2025). Como un ejercicio comparativo hemos considerado a Bolivia, otro

país con similares índices de polarización en la región (V-Dem, 2023). Este país cuenta con nueve organizaciones políticas de alcance nacional inscritas a junio de 2023 (OEP, 2024); así como ciento cuarenta y cinco organizaciones políticas de alcance departamental (OEP, 2024). Como vemos, las cifras son abrumadoras en ambos casos, que demuestra la enorme brecha para canalizar intereses.

Como sistema pluripartidista, en Perú tras conocerse los resultados electorales de 2021, el parlamento quedó constituido por diez grupos parlamentarios. Tres años después, contó con once grupos parlamentarios y dieciocho Congresistas independientes. En la actualidad hay catorce grupos parlamentarios y seis no agrupados (Congreso, 2024) A la par, el expresidente Castillo contó con el respaldo de treinta y siete de estos parlamentarios, es decir, el 28, 46% del total de parlamento. Aún peor, la presidenta Dina Boluarte no cuenta con un grupo parlamentario que le respalde formalmente dentro del Congreso. Estos resultados muestran dos conclusiones: i) el Congreso peruano se encuentran altamente fraccionado (Congreso, 2024) y, ii) a pesar de la victoria de la fórmula presidencial del Partido Político Perú Libre, este no cuenta con mayorías que le permitan gobernar holgadamente, como ocurrió en 2016 con el partido PPK y en 2018 con el gobierno de Martin Vizcarra (Perú 21, 2016; El Búho, 2018).

Ante ello, vemos que, a partir de la evidente fragmentación partidaria, existe un problema que sale a flote y está vinculado al espacio interno de las organizaciones políticas: es la falta de disciplina partidaria. En la doctrina comparada autores como Maingwaring en Campos (2014) señalan que "con partidos disciplinados, el presidente también resulta favorecido, pues tiene que negociar una nueva colación por cada propuesta legislativa" (p. 25). Nosotros consideramos que efectivamente la disciplina partidaria beneficia al presidente al simplificar el proceso de negociación política.

De igual manera, entendemos que la falta de disciplina parlamentaria modula el sistema político, No es lo mismo un parlamento plural en el que se canalizan los intereses de diversos sectores de la sociedad y el respeto por la institucionalidad funcional, que un Congreso plural fragmentado, donde los intereses difusos no son prioridad y las facultades son menoscabadas por bajas pasiones (El País, 2024).

Como apunte a esta situación, es frecuente en el Congreso peruano el transfuguismo de una bancada a otra por parte de los representantes nacionales. Tal es así que el 27% de los legisladores cambió de bancada en los primeros 18 meses de mandato legislativo (El Comercio, 2023). Esta situación se debe a diversos factores, entre estos, la falta de control interpartidario efectivo, más que del Reglamento

interno de cada grupo parlamentario. Además, al renunciar a su bancada, los intereses que representaba pueden verse mermados, debido a que, para sacar adelante un proyecto de ley es necesario contar con el respaldo de una bancada o grupo parlamentario que impulse y refrende dicho proyecto.

Además, es importante destacar que, cuando los partidos son disciplinados, el presidente tiene un respaldo sólido y predecible en el Congreso. Esta situación facilita el proceso de negociación política y permite al presidente contar con un bloque de votos más o menos unificados para respaldar sus propuestas legislativas. Por el contrario, si los partidos no son disciplinados y sus miembros actúan de manera fragmentada o insisten en agendas individuales, el presidente tendrá que enfrentarse a mayores desafíos para lograr el apoyo del parlamento. En este caso, cada propuesta requerirá negociaciones individuales con diferentes facciones o legisladores, lo cual puede ser más complicado y consumir más tiempo (Delgado, 2006, p. 102).

En el caso peruano, la indisciplina partidaria se debe a la fragmentación parlamentaria, que refleja una multiplicidad de partidos con diferentes agendas, intereses y ambiciones individuales. Estas características combinadas con la falta de liderazgos sólidos y las ideologías difusas o débiles complican las posibilidades de mejorar las relaciones entre los poderes (El Comercio, 2023). Como señalaba Sartori en Campos Ramos (2014) "si un sistema se basa en asambleas fragmentadas, ingobernables y emocionales, por su propia inercia seguirá tal cual es" (p.26).

En conclusión, la polarización y la fragmentación son dos fenómenos que afectan el sistema de gobierno peruano, dificultan la representación política efectiva y el ejercicio del control político. La polarización provoca divisiones profundas en la sociedad, obstaculizando el diálogo y la convergencia de ideas en el ámbito político. Esto se refleja especialmente en los debates sobre reformas constitucionales, donde posiciones opuestas generan conflictos y dificultan la toma de decisiones consensuadas. Por otro lado, la fragmentación política en el sistema de partidos impide la formación de mayorías en el Congreso peruano, lo que afecta la eficacia de la deliberación y el control político.

4. EL USO DESPROPORCIONADO DE LOS INSTRUMENTOS DE CONTROL POR RESPONSABILIDAD POLÍTICA.

Los instrumentos de control por responsabilidad política han sido parte del sistema de gobierno peruano desde inicios de la República, en particular desde 1828. En consecuencia, debemos reconocerlos como mecanismos que han cultivado

las relaciones entre los poderes durante prácticamente dos siglos. Sin embargo, en los últimos años han adquirido un protagonismo negativo sin precedentes en la historia constitucional del país (Mora-Donatto, 2001, pág. 86). Un ejemplo de esto es su aplicación para disolver el Congreso, vacar a más de un presidente de la República y solicitar la dimisión conjunta e individual de más de una docena de ministros (Expediente N.º 004-2022-PCC/TC, fundamento jurídico 91, 92 y 93).

Los instrumentos de control por responsabilidad política pueden definirse desde dos perspectivas principales. Por un lado, atendiendo el concepto de responsabilidad que "constituye uno de los *checks and balances* característicos del sistema constitucional de raíz liberal" y; el de responsabilidad política que "se resume en la posibilidad de que un Gobierno, o cualquiera de sus miembros, pueda ser desalojado de su cargo por el Parlamento" (Bustos, 2001, pág. 16). Por el otro, deben entenderse como mecanismos de naturaleza parlamentaria y no presidencial, alineados con las bases del sistema político peruano.

Es importante aclarar que, en esta oportunidad, nos referiremos específicamente a los instrumentos de control-responsabilidad política. Reconocemos la existencia de los instrumentos de control-fiscalización, pero no los desarrollaremos debido a su amplitud y porque este estudio se centra en las relaciones entre los poderes a partir de los primeros. (J. García, 2017, p. 20).

Cuando hablamos de control-fiscalización, nos referimos a instrumentos cotidianos del legislativo como los denomina Javier García Roca (2017, p. 40), que incluyen la estación de preguntas, el pedido de información o la conformación de comisiones. En contraste, el control-responsabilidad política, incluye mecanismos más incisivos como las mociones de censura, interpelación, vacancia o acusaciones constitucionales. Mientras los primeros están orientados a la rendición de cuentas, los últimos tienen efectos significativos sobre la estabilidad del Estado al conllevar la destitución de cargos (Bustos, 2001. P. 39).

En ese sentido, es crucial que los instrumentos de control por responsabilidad política se ejerzan con razonabilidad y proporcionalidad, ya que su implementación puede generar "terremotos" que afectan la estabilidad del sistema. Fortalecer los mecanismos de control-fiscalización, menos lesivos, también puede contribuir a consolidar el sistema de gobierno y mejorar el ejercicio del poder político. Como bien señala García Roca (2017): "Hay un amplio elenco de herramientas de control posibles, y deben seleccionarse las más adecuadas a las necesidades de cada país" (p. 48).

Habiendo realizado esta aclaración, hemos encontrado en la doctrina una afirmación esencial respecto a la responsabilidad política y control parlamentario cuando estos son manipulados con excesos: "El problema se encuentra en la necesidad de imbricar la responsabilidad política, o más concretamente los instrumentos para poder obtener la remoción del Gobierno en una de tales funciones" (Bustos, 2001, pág. 39). A partir de aquí podemos señalar numerosos argumentos, como la referencia a un sistema parlamentario o la idea de que este simplemente no encaja en el ordenamiento peruano; de igual forma, lo esencial en esta cuestión es preguntarnos ¿cómo se sostiene la estabilidad política, a través de qué instrumentos y, ¿por qué?

Veamos, si tomamos en cuenta a la facultad de destituir al Gobierno observamos que, en los países de corte presidencial, este procedimiento se realiza a través de un *impeachement* o juicio político y en los sistemas europeos parlamentarios se le denomina moción de censura (D. García y Tupayachi, 2022). En el ordenamiento constitucional peruano, para remover a un gobernante es necesario recurrir a la moción de vacancia acompañada por una de las cuatro causales establecidas en el artículo N.º 113 de la Constitución política del Perú y lo dispuesto en el artículo N.º 117 de la misma Carta Magna (D. García, 2022, p. 57).

Sobre la figura de la vacancia existen numerosas publicaciones (D. García y Tupayachi, 2022; Hakansson, 2020; Chavarri, 2013). A pesar de ello, no resulta ocioso recordar los aspectos por los que consideramos esta figura ha sido manipulada y utilizada con despropósito, en determinados casos. Desde la primera moción de vacancia presentada en contra del exmandatario Pedro P. Kuczynski en 2016, se emplearon maniobras reiterativas para emplear este instrumento como si se tratase de un mecanismo de control y fiscalización, es decir, no se consideró la proporcionalidad de los efectos de esta figura sobre el régimen democrático y el sistema político peruano (Arce e Incio, 2018, p. 364).

Una muestra cualitativa son las dieciocho mociones de vacancia presentadas en contra de diversos mandatarios, que, a pesar de pertenecer a diferentes posturas ideológicas, demuestran que el uso desmedido de instrumentos tan lesivos como este afecta a la estabilidad del país (Congreso, 2024). En esencia, este tipo de instrumentos debe emplearse como *última ratio*, como señala Rafael Bustos (2001), "la responsabilidad política no será, por tanto, una consecuencia de control parlamentario del Gobierno, sino más bien un presupuesto lógico, un *prius*" (p. 43).

En el procedimiento utilizado para sacar adelante esta moción se deben contemplar las causales de disolución y a continuación el procedimiento dispuesto en el Reglamento del Congreso (artículos 113 y 117 de la Constitución y artículos 68, 89-A del Reglamento del Congreso de la Republica del Perú). No obstante, el conflicto no se encuentra en el procedimiento, sino en el fondo del asunto, es decir en las causales, específicamente, la vinculada a la declaratoria de incapacidad moral permanente (Palomino y Paiva, 2022). Esta situación nos lleva a señalar que en Perú nos encontramos frente a un parlamento que no puede formar gobierno porque se trata de un sistema de bases presidencialista, pero que si puede derribarlo.

Recordemos que el contexto parlamentario durante el proceso de vacancia a Kuczynski, el parlamento estaba compuesto por una mayoría opositora y por varias minorías que no alcanzaban juntas la mitad del parlamento. Aquella conformación mostraba un parlamento altamente fragmentado que respondía a diversos intereses. Como señala Negretto (2014) esta situación convertía a Kuczynski en un presidente minoritario (p. 10). En otras palabras, un presidente débil ante el Congreso de la República, por lo tanto, era un blanco fácil de destituir como ocurrió en el pasado con José Luis Bustamante en 1948, y Rivero y Fernando Belaunde en 1968 (D. García, 2008, p. 103-105).

Ahora bien, otro de los instrumentos que pertenece a esta tipología son las mociones de censura. Esta institución se encuentra prevista en el artículo N.º 132 de la Constitución y en el artículo N.º 86 del Reglamento del Congreso de la República. Su origen se remonta al sistema parlamentario, y está presente en once constituciones latinoamericanas como señala Diego Valadés en su obra sobre la parlamentarización del sistema presidencialista. Se utiliza, como señala la doctrina, para desaprobar "la falta de idoneidad, transparencia o corrección en el ejercicio de la actividad del gobierno" (V. García, 2022, p. 129).

Además, este instrumento permite cultivar las relaciones entre los poderes, sin embargo, al igual que la vacancia por incapacidad moral, su uso puede resultar desproporcionado no por lo cualitativo, sino por cuestiones ajenas al ejercicio político, es decir, cuando no se exigen responsabilidades políticas. En esos casos, no se cumplirá con su propósito y solo alimentará la inestabilidad del sistema. Por tanto, es necesario señalar que el parlamento debe actuar proporcionalmente a la necesidad o recurrir a vías igualmente satisfactorias, menos lesivas, que no atenten con el sistema de gobierno o, en caso de recurrir a ellas, los actores actúen con criterio y responsabilidad.

Otro de los instrumentos en cuestión es la moción de interpelación. Este instrumento de origen francés da lugar a las mociones de censura. Se encuentra previsto en el artículo N.º 131 de la Constitución política del Perú y en el artículo N.º 83 del Reglamento del Congreso de la República (Cáceres, 2022, pág. 722). El profesor Víctor García Toma (2022) se refiere a este instrumento como "un pedido de explicación o aclaración en sesión pública, por parte del Consejo de ministros o un ministro en particular, con el objetivo de que se cumpla con rendir cuentas sobre un asunto de interés público y su competencia funcional" (p. 123).

Al igual que los anteriores instrumentos, la interpelación se convirtió en una figura recurrente que alimentaba el conflicto entre el parlamento y el gobierno. Esto, en principio, se puede atribuir a su carácter político, puesto que permitía cuestionar y presionar al gobierno. En algunos casos, las mociones de interpelación provocan discusiones acaloradas y debates intensos que demostraban las discrepancias políticas y los choques de poder entre las mayorías y minorías o viceversa.

Como señala la profesora Milagros Campos (2022), la moción de interpelación se convirtió en una fuente frecuente de constante tensión y conflicto entre el Congreso y el Gobierno. Prueba de ello son las ocho mociones realizadas entre 2016 y 2021 (p.226). En torno a esta cuestión, parte de la doctrina peruana se ha manifestado señalando "sin importar la forma en la que los ministros fueron removidos, queda claro que existe una relación entre la inestabilidad política, los cambios en los gabinetes y la oposición parlamentaria" (Landa, 2023, pág. 51).

Ahora bien, el uso de este instrumento en múltiples oportunidades puede significar la pérdida de confianza y legitimidad, ya que emplearlo de manera desproporcionada erosiona la confianza en las instituciones políticas por parte de la ciudadanía (INEI, 2024). La opinión pública percibe estas disputas como una muestra de confrontación y falta de consenso, lo que genera una imagen negativa de los actores políticos y debilita la confianza de la ciudadanía en el sistema político (IPSOS, 2024). Por ello, y con la finalidad de evitar arbitrariedades, los actores políticos deben considerar el uso proporcional y basado en criterios objetivos para emplear este tipo de instrumentos.

Para evitar que estos instrumentos se conviertan en herramientas destructivas para el régimen democrático peruano y sus instituciones, debemos garantizar que se utilicen con proporcionalidad y, sobre todo, con racionalidad. Estos dos principios podrían convertirse en una alternativa ante la coyuntura política actual, como lo ha señalado la doctrina (J. García, 2017). De igual manera, es importante destacar

la labor constructiva del Tribunal Constitucional que colabora con la mitigación de estos excesos de poder (Sar & Raffo, 2021).

Ante los argumentos esgrimidos, lo más razonable sería sostener que estos instrumentos deberían reformularse o incluso ser eliminados del sistema político peruano, ya que dificultan la concreción de un proceso de diálogo y, con ello, obstaculizan las relaciones entre poderes para estimular la estabilidad, como es el caso de la vacancia presidencial. No obstante, debemos ir más allá y reconocer que estos instrumentos son herramientas para controlar el poder político y que tienen un impacto significativo en las instituciones; porque, no es lo mismo crear una comisión de investigación luego de un ciclo de preguntas a un ministro de Estado para que rinda cuentas, que interpelarlo directamente, salvo que existan elementos concluyentes que justifiquen el proceso de interpelación. Este argumento cobra sentido, dado que los controles en el Congreso peruano se han utilizado de formas radicales, negativas y, sobre todo, de manera desproporcionada.

Dicho esto, realizar una evaluación que nos permita determinar el impacto del uso de un instrumento sobre otro, no resulta una tarea fácil; sin embargo, es posible reconocer cómo estos instrumentos podrían afectar la estabilidad del sistema. Si nos remitimos a la idea de la racionalidad del sistema, debemos considerar que este principio actúa como un factor clave para la estabilidad, tal como lo reconocen otros sistemas en los que el parlamento actúa de manera racional ante acontecimientos políticos complejos (Hernández, 2003).

Para concluir este apartado, recordemos lo señalado por el Tribunal Constitucional peruano en el fundamento 15 de la Sentencia 0030-2005-AI/TC, sobre rol de fiscalización y el control del poder en Perú:

> El hecho de que la gobernabilidad implique la generación de consensos no significa que en la democracia resulte proscrito el disenso. Por el contrario, la democracia implica el consenso de las mayorías, con pleno respeto frente al disenso de la minoría. Aunque el gobierno democrático es un gobierno de mayorías, éste pierde sustento constitucional si no se encuentran plenamente garantizados los derechos fundamentales de las minorías. De ahí la necesidad del establecer distintos mecanismos de control al gobierno que, inevitablemente, se presentan como vías, por así decirlo, "contra - mayoritarias".

Siguiendo la tesis de la sentencia precedente, podemos decir, que sólo así se encuentra plenamente asegurada la libertad (en igualdad) de todas las personas al interior del Estado social y democrático de derecho. En ese mismo sentido, Javier

García Roca señala que "sin control parlamentario no puede existir democracia representativa; tampoco en el presidencialismo iberoamericano contemporáneo que ha sufrido una seria transformación" (García R, 2017, pág. 45).

5. CONCLUSIONES

Se planteó como objetivo general de este trabajo explicar las posibles causas de los problemas constitucionales relacionados con el control del poder político en el sistema parlamentarizado peruano. Para ello, se analizó como la atenuación del sistema presidencial, la relación entre la polarización social y la fragmentación congresal y su impacto en la efectividad del control político, finalmente, se exploró el uso desproporcionado de los instrumentos de control parlamentario en Perú y sus consecuencias para la estabilidad del sistema.

Una vez desarrollada la investigación se concluye que el sistema político peruano, caracterizado por una creciente parlamentarización, ha experimentado una transformación significativa en las últimas décadas. Si bien los mecanismos de control parlamentario han logrado mitigar los excesos del presidencialismo, su uso excesivo y desproporcionado ha generado una dinámica de poder inestable y disfuncional. Recordemos que, en la relación de control de poder, se encuentra tanto quien es controlado como quien controla, en función de los límites establecidos por la Constitución, la Ley Orgánica o las normas pertinentes. Es decir, existe un controlador y un controlado; por tanto, esta relación debe mantenerse dentro de los márgenes normativos y no en excesos subjetivos. En otras palabras, ningún acto de control político o rendición de cuentas debe ser desproporcionado o ilegal.

Los políticos, inquilinos del poder político deben recordar que el límite de sus acciones está establecido en la carta fundamental y que extralimitarlos representa una grave vulneración de su mandato. No solo ello, sino también han de recordar que, "el control parlamentario a menudo tendrá una eficacia extraparlamentaria y provendrá de la opinión pública a través de los medios de comunicación" (J. Roca, 2023, p. 777), por lo que les corresponde no atender a sus pasiones, sino a los elementos objetivos que permiten controlar. En buenas cuentas, los fiscalizadores del control político no deben actuar por mero impulso o vocación.

Como se ha destacado, en Perú resulta necesario consolidar un sistema de rendición de cuentas robusto para evitar el abuso del poder político y de esta manera combatir a los abusos detallados en la presente investigación y garantizar un equilibrio genuino de los poderes y órganos constitucionalmente autónomos. Para

ello, se debe considerar que los elementos de control al poder político no deben estar sujetos a condiciones externas a las jurídicamente reconocidas en la constitución y el reglamento del Congreso, es decir, se debe evitar la contaminación que genera tanto la polarización como la fragmentación.

Otro elemento que se debe considerar para fortalecer dicho sistema es evitar el uso desproporcionado los mecanismos de control por responsabilidad política. Su existencia no representa una carta abierta de aplicación, en otras palabras, la existencia de mecanismos como la moción de interpelación, vacancia o censura, no debe significar una oportunidad para los fiscalizadores de emplearlos desproporcionalmente, como lo han hecho en los últimos nueve años. Por el contrario, estos deben ser empleados para limitar el uso del poder político cuando el gobernante y sus ministros intenten erosionar el Estado de Derecho o no establezcan un clima de gobernabilidad.

Por lo tanto, se debe considerar que los mecanismos de control por responsabilidad política deben ser empleados con mayor gradualidad por parte de los fiscalizadores, dado que, su uso desproporcionado genera instabilidad política, un gradual menoscabo a la democracia y al sistema político peruano, así como a la credibilidad de la ciudadanía en sus instituciones.

BIBLIOGRAFÍA

Alcantara, M., & Sánchez, F. (2001). Veto, Insistencia y control político en America Latina: Una aproximación institucional. *Perfiles latinoamericanos.* 9(19), 153-179. https://perfilesla.flacso.edu.mx/index.php/perfilesla/article/view/320/274

Arce, M & Incio, J. (2018). Perú: un caso extremo de gobierno dividido. *Revista de Ciencia Política*, 38(2), 361-377. https://www.scielo.cl/pdf/revcipol/v38n2/0718-090X-revcipol-38-02-0361.pdf

Bustos, R. (2001). La responsabilidad política del gobierno: ¿Realidad o ficción? COLEX.

Cáceres, J. L. (2022). *La crisis constitucional republicana que no debe imitarse*. En Libro de ponencias XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Fondo Editorial Universidad Católica de Santa María.

Campos, H. (Mayo-Agosto de 2023). La constitución (in) orgánica: una reflexión sobre las tensiones e inconsistencias del régimen político peruano. *Revista Derecho del Estado(56),* 131-161. doi:https://doi.org/10.18601/01229893.n56.05

Campos, M. (2014). *Relaciones ejecutivo-parlamento: Grupos parlamentarios y mecanismo control político al Poder Ejecutivo.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Santa María.

Campos, M. (2022). Presidentes sin mayoría en congresos fragmentados. *Revista Iberoamericana* 22, (79), 223-229.

Carrasco, M. (2022). El parlamento fragmentado, como parlamento desracionalizado: Investidura, formación de gobierno y actividad legislativa en J. Tudela, Editor (Ed.), *Calidad Democrática y Parlamento* (1er. ed., pp. 83-108). Marcial Pons.

CŃŃ. (2023. 09 de enero). Aumentan a 17 las personas que murieron en un solo día durante las protestas en Puno. CŃŃ. https://cnnespanol.cnn.com/2023/01/09/peru-puno-protestas-muertos-orix/

Congreso de la República (20 de Mayo de 2024). Departamento de Investigación Parlamentaria. https://www.congreso.gob.pe/didp/procedimiento-parlamentario-vacancia-presidencial/periodos

Delgado, C. (2006). Transfuguismo, su matriz histórica. Entre la libertad y la anomia en la institucionalidad política. *Derecho PUCP*, (59), 93-110. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2976/2875

Diez-Picaso, L. M. (2020). Ordenamiento Constitucional español. Valencia: Tirant lo Blanch.

El Comercio. (2022, 14 de febrero). Congreso fragmentado: El 27% de legisladores cambio de bancada en 18 meses. https://elcomercio.pe/politica/transfugas-fragmentacion-y-transfuguismo-en-el-parlamento-mas-de-la-cuarta-parte-de-congresistas-ha-cambiado-de-bancada-en-18-meses-congreso-peru-libre-renovacion-popular-alianza-para-el-progreso-accion-popular-somos-peru-noticia/

El Comercio. (2023, 8 de junio) Esdras Medina presenta su carta de renuncia a la bancada Somos Perú. https://elcomercio.pe/politica/congreso/esdras-medina-presenta-su-carta-de-renuncia-a-la-bancada-somos-peru-congreso-de-la-republica-ultimas-noticia/?ref=ecr#google_vignette

El País. (2023, 7 de agosto). Los "mochasueldos", los congresistas de Perú que roban el sueldo a sus trabajadores. El País. https://elpais.com/internacional/2023-08-27/los-mochasueldos-los-congresistas-de-peru-que-roban-el-sueldo-a-su-trabajadores.htmlEguiguren, F. (2021). Las relaciones entre el Gobierno y el Congreso en el régimen político peruano. Lima: Palestra.

García Belaunde & Tupayachi. (2022). *El Juicio político en el Perú.* Una mirada a la experiencia peruana y comparada. Instituto Pacífico.

García Belaunde, D. (2022). *El juicio político en el Perú: algunas precisiones conceptuales.* Lima. Instituto Pacífico.

García Belaunde. (2008). Evolución y características del presidencialismo peruano. *Pensamiento Constitucional.* 13, (13), 95-109. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/1962/1893

García R, J. (2023). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Pamplona. Aranzadi.

García R, J. (Julio-Diciembre de 2017). Control Parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo. Cuestiones Constitucionales: *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*(37), 3-49. Recuperado el 15 de Mayo de 2024, de https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932017000200003

García T, V. (2022*). Democracia, Organizaciones Políticas y Control Parlamentario*. Palestra.

García T, V. (2022). Las Organizaciones Políticas. Palestra Editores.

García, A. (2013), La incapacidad moral como causal de vacancia presidencial en el sistema constitucional. Pensamiento Constitucional, (18), 383-402. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8962/9370.

Hakansson, C. (2020). Vacancia presidencial, transición democrática y omisiones constitucionales. *Revista de Derecho*, (21), 137-154. https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/2908

Hernández, A. M. (2003). Reflexiones sobre la situación actual y perspectivas de los sistemas políticos y constitucionales en America Latina. *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional,* 7, 295-313. https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/1461aib007295.pdf

Herrera, W. (2019). *El presidencialismo latinoamericano y sus claroscuros*. Santiago. Olejnik.

Instituto Nacional de Estadística e Información. (28 de Febrero de 2024). Percepción ciudadana sobre la Gobernabilidad, Democracia y Confianza en las Instituciones. https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/informe-tecnico-de-gobernabilidad-jul-dic-2023-febrero-2024-28-febrero.pdf

IPSOS. (2024, 4-5 de Abril). Evaluación de la Gestión Pública. https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2024-04/LinkedIn_Aprobaci%C3%B3n%20Dina_Encuesta%20America%20Ipsos.pdf

Jurado Nacional de Elecciones. (2024, 18 de Mayo). Dirección de Registro de Organizaciones Políticas https://portal.jne.gob.pe/portal/Pagina/Ver/328/page/ArchivoROP

Jurado Nacional de Elecciones. (2025, 15 de enero) Registro de Organizaciones Políticas. https://sroppublico.jne.gob.pe/Consulta/OrganizacionPolitica

La República (2023, 31 de agosto). Fiscalía abre investigación contra Guillermo Bermejo por presunto tráfico de influencias. La República https://larepublica.pe/politica/2023/08/31/fiscalia-abre-investigacion-preliminar-contra-guillermo-bermejo-por-presunto-trafico-de-influencias-congreso-de-la-republica-ministerio-publico-2473366.

Landa, C. (2023). *La posición constitucional del Poder Ejecutivo*. Fondo Editorial PUCP.

Levitsky, S. &. (2018). *Como mueren las democracias*. Ariel.

Luna, M. (2022). Los Estados Unidos Mexicanos en Sistemas constitucionales europeos y comparados (pp. 443-483). *ATHENAICA*.

McEvoy, C. (2017). *La utopía Republicana: Ideales y realidades en la formación de la cultura política peruana (1871-1919*). Fondo Editorial PUCP.

Mora-Donatto, C. (2001). Instrumentos constitucionales para el control parlamentario. *Revista Cuestiones Constitucionales*, 85-113. doi:https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2001.4.5611

Negretto, G. (2014). Estudio del Presidencialismo en America Latina: Una evolución critica en R. Castiglioni, *Manual de Política latinoamericana* (pp. 1-34.). Universidad Diego Portales Ediciones.

Nohlen, D. (2015*). Gramática de los Sistemas Electorales*. Tecnos.

Oliver, J. (2022). *Manual de Derecho Constitucional* (Vol. II). Tirant lo Blanch.

Palomino, J., & Paiva, D. (2022). Juicio Político y judicialización de la política. Reflexiones a partir de la experiencia peruana. en D. García & J. Tupayachi (Ed.), *El juicio político en el Perú. Una mirada a la experiencia peruana y comparada* (1er. ed., pp. 223-244*).* Instituto Pacifico.

Planas, P. (1997). *Regímenes Políticos Contemporáneos.* Fondo de Cultura Económica.

Revenga Sánchez, M. (2017). La funcionalidad del artículo 99 de la Constitución ante el caso de un resultado electoral fragmentado: ¿mejorar su aplicación o proponer su reforma? *Revista Española de Derecho Constitucional*, 109, 97-120. doi: https://doi.org/10.18042/cepc/redc.109.04

Rojas, L. (2024). Fortalecimiento del control parlamentario en el presidencialismo chileno: comisiones parlamentarias de investigación, comparecencias y acceso a la información [Tesis de doctorado, Universidad Complutense de Madrid]. Biblioteca Universidad Complutense de Madrid. https://docta.ucm.es/home

Sánchez M. (28 de Diciembre de 2020). Encuentro Vuelta. Siglo XX: La experiencia de la libertad [Archivo de Video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=G-5aq86kylI

Santaolla, F. (2019). Derecho Parlamentario español. *Dykinson*.

Sar, O., & Raffo, J. F. (2021). La revisión constitucional de las decisiones políticas por la vía del proceso competencial. *VOX IURIS*, 39 (2), 76-92. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8023416

Sartori, G. (1999). En defensa de la representación política. *Revista claves de la razón práctica,* 91, 2-6. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=151292

Tanaka, M. (2024). Perú en 2023: de la polarización a la coalición conservadora y populista durante el gobierno de Dina Boluarte. *Revista de ciencia política*. 44(2), 415-439. https://dx.doi.org/10.4067/s0718-090x2024005000123

Tuesta, F. (2013). Un voto letal: el voto preferencial y los partidos políticos en el Perú. *Politai,* 107-118. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/politai/article/view/13900/14523

Valadés, D. (2008). *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Nota

Nota

Nota

Publicado: Setiembre 2025
Este libro se terminó de imprimir
en setiembre del 2025 en los
talleres gráficos de:
Q&P IMPRESORES SRL
Av. Ignacio Merino 1546, Lince
Lima-Perú

La Universidad de San Martín de Porres y su Facultad de Derecho reafirman su compromiso con el país en la difusión y el fortalecimiento de la cultura jurídica. Muestra de ello es la labor académica constante de sus alumnos, cuyo ejercicio junto con el de la sociedad académica y política se manifiesta hoy en la organización del XV Congreso Nacional de Derecho Constitucional (11, 12 y 13 de septiembre del 2025), en coordinación con la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Por medio de esta iniciativa, se renueva la tradición de convocar al debate universitario a los mejores profesores de la especialidad constitucional, tanto nacionales como internacionales, para reflexionar sobre temas de coyuntura política y académica, siempre dentro del marco constitucional.

El presente libro recoge las ponencias de los docentes y académicos participantes. No solo constituye una lectura obligatoria para quienes deseen mantenerse al tanto del desarrollo de los debates académicos actuales, sino que también es una fuente para nuevas discusiones, producto de la diversidad de sus autores y de los contextos de interpretación o aplicación. Nuestro rol como universidad es, sin duda, propiciar y brindar espacios para que dichas controversias se orienten hacia un propósito principal: el mayor bien de la sociedad.

Ernesto Álvarez Miranda
Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de San Martín de Porres