Tribunal Constitucional del Perú

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL N.° 18

BICAMERALIDAD Y RELACIONES ENTRE LOS PODERES PÚBLICOS

18 | Nueva Época | Julio - Diciembre 2024

Centro de Estudios Constitucionales

ISSN: 2222-0615
ISSN-e: 2664-2719

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

BICAMERALIDAD Y RELACIONES ENTRE LOS PODERES PÚBLICOS

Centro de Estudios Constitucionales

Tribunal Constitucional del Perú

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

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL N.° 18
BICAMERALIDAD Y RELACIONES ENTRE
LOS PODERES PÚBLICOS
N.° 18 - Nueva Época - Julio - Diciembre 2024

Director: César Augusto Ochoa Cardich
Coordinador: Alfredo Orlando Curaca Kong
Editor: Eddy Chávez Huanca

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N.° 99-3844
ISNN: 2222-0615
ISSN-e: 2664-2719

La *Revista Peruana de Derecho Constitucional* se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia CREATIVE COMMONS Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)

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

Los artículos de la *Sección Especial* son arbitrados de manera anónima por especialistas externos.

Publicado: año 2024

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Revista Peruana de Derecho Constitucional

Publicación semestral del Tribunal Constitucional
N.° 18, julio-diciembre 2024
Lima, Perú

PRESIDENTA
Luz Imelda Pacheco Zerga
Tribunal Constitucional del Perú

DIRECTOR
César Augusto Ochoa Cardich
Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú

COORDINADOR
Alfredo Orlando Curaca Kong

EDITOR
Eddy Chávez Huanca

Consejo editorial

Javier Antonio Adrián Coripuna
Tribunal Constitucional del Perú

Edgar Enrique Carpio Marcos
Centro de Estudios Constitucionales
del Tribunal Constitucional del Perú

Luis Andrés Roel Alva
Universidad San Martín de Porres

Óscar Arturo Díaz Muñoz
Tribunal Constitucional del Perú

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

Berly Javier Fernando López Flores
Tribunal Constitucional del Perú

Roger Rafael Rodríguez Santander
Tribunal Constitucional del Perú

Luis Raúl Sáenz Dávalos
Tribunal Constitucional del Perú

Camilo Suárez López de Castilla
Tribunal Constitucional del Perú

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

Hernesto Vásquez Pérez
Tribunal Constitucional del Perú

Elmer Arce Ortiz
Pontificia Universidad Católica del Perú

Consejo consultivo

Jorge Alejandro Amaya
Universidad de Buenos Aires,
Argentina

Ronald Cárdenas Krenz
Universidad de Lima, Perú

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

Francisco Fernández Segado
Universidad Complutense de Madrid, España

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Universidad Nacional
Autónoma de México

Domingo García Belaúnde
Pontificia Universidad Católica del Perú

Tania Groppi
Universidad de Siena, Italia

Peter Häberle
Universidad de Bayreuth, Alemania

Luis López Guerra
Universidad Carlos III, España

Pablo Luis Manili
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Patricio Maraniello
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Consejo consultivo

Luiz Guilherme Marinoni
Universidad Federal de Paraná, Brasil

Luca Mezzetti
Universidad de Boloña, Italia

Marco Olivetti
Universidad de Roma LUMSA, Italia

Lucio Pegoraro
Universidad de Bologna, Italia

Juan Carlos Remotti Carbonell
Universidad Autónoma de Barcelona, España

Roberto Romboli
Universidad de Pisa, Italia

Gerardo Ruiz-Rico Ruiz
Universidad de Jaén, España

Néstor Pedro Sagüés (†)
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Alejandro Saiz Arnaiz
Universidad Pompeu Fabra, España

Michel Troper
Universidad de París X-Nanterre, Francia

Diego Valadés Ríos
Universidad Nacional Autónoma de México

Eduardo Andrés Velandia Canosa
Universidad Libre, Colombia

Sabrina Ragone
Universidad de Bolonia, Italia

María Sofía Sagüés
Universidad Austral, Argentina

María José Añón Roig
Universidad de Valencia, España

Martha Cecilia Paz
Universidad Santo Tomás de Aquino de Bogotá, Colombia

Carina X. Gómez Fröde
Universidad Nacional Autónoma de México

Carlos Bernal Pulido
Universidad Externado de Colombia

Patricia Tatiana Ordeñana Sierra
Centro de Estudios Sociales y Jurídicos del Ecuador

ISSN: 2222-0615
ISSN-e: 2664-2719

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

ÍNDICE GENERAL

César Ochoa Cardich
Presentación 13

SECCIÓN ESPECIAL

Luis Andrés Roel Alva / Carlos Rodrigo de la Torre Grados
Perspectivas de los nuevos procedimientos parlamentarios bicamerales de acusación constitucional y pedidos de información como actos de control político en el congreso bicameral 23

Roberto Cabrera Suárez
¿Parlamento sin frenos? La regulación y el control parlamentario en la Constitución Peruana de 1993 39

Alex Ulloa Ibáñez
Treinta y tres años de unicameralismo y una sólida apuesta por el retorno a la doble cámara legislativa en el Perú 57

Johnny Andrés Vásquez Soriano
Reimaginando el balance de poder entre gobierno central y gobiernos regionales: coerción estatal y eficiencia de Pareto 75

Miguel Angel Rojas Cotrina
El sistema de representación peruano: problemas y oportunidades de mejora del sistema electoral para la formación del congreso peruano 99

SECCIÓN ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Helder Domínguez Haro
El constitucionalismo responsable en el pensamiento bidartiano 127

Armando S. Andruet (h)
La retórica en la sentencia judicial (y la teoría estándar) ensayo sobre la práctica judicial en la Grecia clásica 141

Óscar Díaz Muñoz
El crucifijo y la Biblia en los tribunales peruanos: ¿son aceptables los símbolos religiosos en el espacio público? 179

Álvaro Alarcón Dávalos / Antonio Siquier Carbonell
El encaje de la anulación parcial de un laudo con la vulneración del orden público ... 197

Jhonny Tupayachi Sotomayor
Autonomía del juez constitucional y del poder judicial frente a la indebida configuración y naturaleza del amparo político en el Perú 215

Eber Omar Betanzos Torres / Ubaldo Márquez Roa
Juan Pablo Garrido López
El uso de la inteligencia artificial en la emisión de sentencias para mejorar el acceso a la justicia en México 237

SECCIÓN HOMENAJE

Javier Valle-Riestra González-Olaechea
La jurisdicción supranacional y la pena de muerte 265

Alberto Borea Odría
Javier Valle-Riestra. El tribuno 281

Luis R. Sáenz Dávalos
Javier Valle-Riestra y el Tribunal Constitucional 289

Heriberto Benitez Rivas
El legado democrático de Javier Valle-Riestra 293

Tino Santander Joo
Javier Valle-Riestra: defensor de la Libertad y los Derechos Humanos 299

SECCIÓN JURISPRUDENCIA COMENTADA

Astrid K. Cabezas Poma

Control constitucional de la prohibición de la compraventa de moneda extranjera en las calles: comentario de la Sentencia 368/2022 del Tribunal Constitucional del Perú 305

Nadia Paola Iriarte Pamo

La tutela de los derechos a la igualdad y al trabajo de las personas con discapacidad: comentario a la Sentencia 206/2024 (Expediente 01106-2022-PA/TC) 317

SECCIÓN CLÁSICOS

Eddy Chávez Huanca

Nota en relación al Proyecto de Reforma Constitucional de Bartolomé Herrera..... 331

Bartolomé Herrera

Proyecto de reforma constitucional 337

SECCIÓN RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Helder Domínguez Haro

¿Libertad individual vs. bien común? Lecciones de la pandemia y nudges como estrategia de vacunación 407

Eddy Chávez Huanca

La Constitución y el régimen económico en el Perú 411

María Sofía Cortez Olazábal

El camino de la docencia femenina. 50+ miradas de mujeres profesoras de la Facultad de Derecho de la UNAM 419

Alfredo Eduardo Sáenz Asencios

El Estado constitucional y sus alternativas 425

Eddy Chávez Huanca

El retorno al bicameralismo y la crisis del modelo político..... 429

SECCIÓN DOCUMENTOS

Alfredo Orlando Curaca Kong / María Sofía Cortez Olazábal
Nota preliminar. Fórum sobre «Inconstitucionalidad de las leyes» 437

Fórum sobre «Inconstitucionalidad de las leyes» 441

Presentación

Una nueva apuesta por la bicameralidad parlamentaria

La planificación, preparación y publicación del presente número de la *Revista Peruana de Derecho Constitucional* (en adelante RPDC o la Revista) significa tanto un reto como también una posibilidad de coadyuvar en la investigación y el debate de actualidad constitucional. En esa línea se orienta este número decimoctavo, cuyo contenido, como tema principal, está dirigido a la «Bicameralidad y relaciones entre los poderes públicos». Como director general del Centro de Estudios Constitucionales asumí la tarea de continuar con el posicionamiento de la RPDC dentro de los cánones y exigencias actuales de la excelencia académica en materia de estudios e investigación constitucionales y, con la entrega del presente número, reafirmamos ese compromiso.

La presente edición consolida la participación abierta, permanente y de alcance general para publicar en la RPDC, así como una exhaustiva evaluación de los trabajos académicos publicados, donde los autores reflexionan sobre un tema que ha tenido diversos vaivenes históricos, pero que permanece relevante: la bicameralidad, a propósito de la reciente promulgación de la Ley 31988, Ley de reforma constitucional, que la restablecerá en el Congreso de la República del Perú.

A lo largo de la historia constitucional peruana, las constituciones adoptaron diferentes modelos parlamentarios —unicameral, bicameral e, incluso, «tricameral» adoptada en la efímera Constitución de 1826—. Sin embargo, la tradición ha sido elegir principalmente el sistema bicameral, con la excepción de las constituciones

de 1823, 1867 y la actual de 1993, que implantaron el sistema unicameral. Cabe precisar, que esta última Carta ha sido reformada, por lo que a partir del año 2026 retornaremos a un sistema bicameral[1].

Sobre este regreso, debo expresar que, como ya sabemos, en el año 2018 se sometió a referéndum una serie de reformas constitucionales propuestas por el Poder Ejecutivo, entre ellas, la de aprobar un modelo parlamentario bicameral. Sin embargo, la pretensión fue desaprobada por una amplia mayoría de la población (el 90% rechazó la bicameralidad). Posteriormente, en marzo de 2024, merced a una reforma constitucional aprobada esta vez en dos legislaturas al interior del Congreso de la República, se acordó restablecer la bicameralidad, por lo que volveremos al modelo que, reitero, rigió la mayor parte de nuestra historia constitucional.

Los peruanos, en el año 2026, elegiremos a los representantes de dos cámaras legislativas: la de diputados, con 130 miembros; y la de senadores, con 60 representantes. En síntesis, en virtud de las reformas dadas, corresponderá a la Cámara de Diputados aprobar las propuestas normativas a ser remitidas al Senado, interpelar y censurar a los ministros del Estado, acusar ante el Senado a los altos funcionarios del Estado, conformar comisiones investigadoras con la finalidad de iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público, entre otras funciones. Por su parte, corresponderá a la Cámara de Senadores aprobar, modificar o rechazar las propuestas legislativas remitidas por la Cámara de Diputados; suspender, destituir o inhabilitar a los altos funcionarios del Estado; elegir al defensor del pueblo, a los magistrados del Tribunal Constitucional, al contralor general de la República; nombrar y ratificar a los miembros del Banco Central de Reserva; entre otros.

En términos generales, cierto sector considera que esta nueva apuesta por la bicameralidad en el Congreso resulta oportuna y pertinente con miras a optimizar la representación parlamentaria ante la ciudadanía y mejorar la calidad de leyes aprobadas, en la medida en que serán deliberadas en cámaras distintas y, por tanto, deberían ser promulgadas solo aquellas que tengan un amplio consenso político. Además, la existencia de dos cámaras podría servir como un mecanismo de control y balance dentro del Congreso, con lo cual se busca disminuir las posibilidades de abuso de poder.

Como producto de estas reformas, el regreso a la bicameralidad seguro que generará nuevas relaciones de poder *intraórganos* (Senado – Cámara de Diputados) e *interórganos* (Parlamento y otros poderes y órganos de Estado),

---

1 De acuerdo con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 31988, las reformas constitucionales entrarán en vigor a partir de las próximas elecciones generales, las que se tienen previsto realizar en el año 2026.

que merecen ser estudiadas y debatidas por los especialistas en la materia. En esta ocasión, algunas de estas cuestiones son abordadas rigurosamente en la sección especial de la RPDC, que marca el tema principal de esta edición con la esperanza de generar debates. También aparecen en el presente número las secciones que nos tiene acostumbrada la Revista: la Sección Estudios Constitucionales, que contiene investigaciones distintas al número temático de la RPDC; la Sección Homenaje, donde se publican textos con el fin de reconocer a un jurista destacado; la Sección de Jurisprudencia Comentada en la que se publican estudios críticos a sentencias constitucionales relevantes; la Sección Clásicos que contiene trabajos con relevancia histórica para el constitucionalismo; la Sección de Reseñas Bibliográficas donde se comentan obras de relevancia publicadas recientemente y la Sección de Documentos, en la que se republican documentos históricos. A continuación, realizaré una breve descripción de lo publicado en las secciones de este número.

La sección especial del presente número de la RPDC inicia con el trabajo académico de Luis Andrés Roel Alva y Carlos Rodrigo de la Torre titulado «Perspectivas de los nuevos procedimientos parlamentarios bicamerales de acusación constitucional y pedidos de información como actos de control político en el congreso bicameral», estos autores reflexionan sobre las instituciones del antejuicio político, juicio político, procedimiento de acusación constitucional y los cambios propuestos en los proyectos de ley que buscan aprobar los reglamentos del Congreso; cambios suscitados con la reciente aprobación de la reforma constitucional que reintroduce la bicameralidad.

El segundo trabajo es de Roberto Cabrera Suárez y lleva por rótulo «¿Parlamento sin frenos? la regulación y el control parlamentario en la Constitución peruana de 1993». En este, el profesor Cabrera explora la regulación y el control parlamentario en la Constitución Política del Perú de 1993. Sostiene que esta Constitución, surgida en un contexto de crisis política caracterizado por la violencia y la inestabilidad económica, introdujo un sistema unicameral en lugar del anterior bicameral y, aunque este cambio buscaba agilizar la toma de decisiones, ha suscitado preocupaciones sobre la acumulación de poder en el Congreso y la falta de mecanismos de control efectivo.

Por su parte, Alex Ulloa Ibáñez, en «Treinta y tres años de unicameralismo y una sólida apuesta por el retorno a la doble cámara legislativa en el Perú», realiza un estudio comparativo entre los dos modelos protagónicos en la historia del parlamento peruano. Describe los conceptos fundamentales de democracia, Estado constitucional de derecho, división y equilibrio de poderes, así como parlamento y

sistemas de cámaras congresales. Concluye poniendo énfasis en las bondades del bicameralismo para la deliberación y el control del poder parlamentario.

Johnny Andrés Vásquez Soriano, con su texto «Reimaginando el balance de poder entre Gobierno central y Gobiernos regionales: coerción estatal y eficiencia de pareto», entra a tallar en las relaciones de poder y examina la pertinencia en el uso del criterio económico de eficiencia como equivalente al criterio jurídico de equilibrio de poderes, al proporcionar una medición objetiva para la distribución del poder entre el Gobierno central y los gobiernos subnacionales. El autor, entre otros aspectos, analiza el papel de la «coerción estatal» en la distribución eficiente del poder y destaca su función disuasiva con respecto a los desequilibrios, así como su función restauradora del equilibrio, mediante un enfoque comparativo con los sistemas de Alemania y España.

A continuación, Miguel Ángel Rojas Cotrina, en su artículo «El sistema de representación peruano: problemas y oportunidades de mejora del sistema electoral para la formación del Congreso peruano», se centra en el sistema electoral peruano, específicamente en relación con la elección de parlamentarios. Resalta su importancia en la representación democrática e identifica sus deficiencias actuales. A partir de un enfoque mixto, que incluye el análisis legal y de datos recientes, concluye que el sistema es ineficiente y no garantiza una adecuada representación ciudadana, por la proliferación de partidos políticos y el mecanismo vigente que genera desconexión entre congresistas y votantes.

En la Sección Estudios Constitucionales aparece, en primer lugar, el artículo «El constitucionalismo responsable en el pensamiento bidartiano», de autoría de mi colega magistrado del Tribunal Constitucional, Helder Domínguez Haro, en el que se pondera la obra del maestro Germán J. Bidart Campos, analiza su notoria influencia en el constitucionalismo peruano y las razones de esta influencia. Asimismo, detalla aspectos poco difundidos de los aportes de Bidart, desarrolla un amplio catálogo de ideas *bidartianas* que demuestran cómo el tratadista dedicó buena parte de su vida al fenómeno jurídico y a la experiencia democrática, a la democracia constitucional, al funcionamiento de las instituciones políticas, a la moderación del poder y a la seguridad jurídica. Anota también la adhesión del maestro a la teoría trialista del mundo jurídico; sus aportes en cuanto a las relaciones del Derecho con la sociedad, la política, el poder y el Estado; sus planteamientos sobre los objetivos de una Constitución como aquella que contiene y propone un proyecto, traza un diseño abarcador del poder, del Estado y de la sociedad, y anida una ideología, un repertorio de creencias, doctrinas y

valoraciones; entre otros aspectos. Finaliza su artículo con estampas personales y sociales que hacen remembranza a la trayectoria del jurista argentino y sus lazos con el Perú.

Otro texto de la sección es el trabajo denominado «La retórica en la sentencia judicial (y la teoría estándar). Ensayo sobre la práctica judicial en la Grecia clásica», del profesor argentino Armando S. Andruet, en el que desarrolla la función de los jueces al dictar sentencias y la incidencia de la práctica retórica de los sujetos procesales, o de sus logógrafos o abogados, y de estos últimos, sean ellos filósofos o rétores. Presenta un recorrido que inicia en los clásicos del pensamiento y el aporte a la retórica forense y cómo esta se proyecta hasta nuestros días en una de sus manifestaciones: la teoría estándar de la argumentación jurídica. En tal orden, subraya las críticas, adecuaciones y propuestas de los actuales promotores de la argumentación jurídica y cierra con una exposición de su experiencia como juez.

Continúa el artículo titulado «El crucifijo y la Biblia en los tribunales peruanos: ¿son aceptables los símbolos religiosos en el espacio público?», de Óscar Díaz Muñoz, en el que el autor menciona a la tradición histórico-cultural y apela también al recurso de la comparación jurídica con énfasis en lo jurisprudencial para exponer y sustentar que la presencia del crucifijo y la Biblia en el espacio público es compatible con el respeto del derecho fundamental de libertad religiosa y la neutralidad religiosa del Estado. El profesor Díaz estudia la sentencia del Expediente 06111-2009-PA/TC, que desestimó una demanda de amparo que en su momento pretendió el retiro del crucifijo y la Biblia de las salas de audiencia de los juzgados y tribunales del Poder Judicial.

En «El encaje de la anulación parcial de un laudo con la vulneración del orden público», de los autores españoles Álvaro Alarcón Dávalos y Antonio Siquier Carbonell, estos plantean la siguiente interrogante: ¿permite la ley de arbitraje española anular de manera parcial un laudo cuando uno o alguno de sus pronunciamientos resultan contrarios al orden público o es necesario plantear la nulidad total del laudo? Sobre el particular, exponen las dos tesis existentes en el derecho español, la primera, favorable a la anulación parcial de un laudo por contravenir el orden público al entender que prima una interpretación teleológica; la segunda, en contra de la anulación parcial por seguir la senda de la estricta literalidad. Finalmente, se centran en la ley de arbitraje peruana para comprobar si sus conclusiones resultan o no compatibles y extrapolables a nuestra regulación.

Cierran la sección dos trabajos interesantes: el artículo «Autonomía del juez constitucional y del Poder Judicial, frente a la indebida configuración y naturaleza del amparo político en el Perú», del peruano Jhonny Tupayachi Sotomayor, que abre

el debate académico respecto de la incorporación del artículo 52-A en el Código Procesal Constitucional, el cual ha establecido un procedimiento especial en el trámite de demandas de amparo, que, según argumenta, vulnera la igualdad procesal, la separación de poderes y otros; mientras que el artículo «El uso de la inteligencia artificial en la emisión de sentencias para mejorar el acceso a la justicia en México», de los mexicanos Eber Omar Betanzos Torres, Ubaldo Márquez Roa y Juan Pablo Garrido López, en el que los autores estudian el impacto de la inteligencia artificial en las labores judiciales, especialmente en la elaboración de las sentencias tanto en la forma como en el fondo, la gestión de despacho judicial y la propia organización administrativa de sus protagonistas; todo ello, sin dejar de lado las controversias y debates deónticos en relación con los límites y criterios de su uso.

En la Sección Homenaje nos complace rendir tributo al jurista Javier Valle-Riestra (1932-2024), exconstituyente, ex primer ministro y excongresista de la república, destacado abogado constitucionalista y acérrimo defensor de los derechos humanos, quien contribuyó con sus aportes y su oratoria de manera decisiva en la consolidación de una jurisdicción constitucional en nuestro país, dado que en la Asamblea Constituyente que daría nacimiento a la Constitución de 1979 propuso la creación de un tribunal especial para la defensa de la Constitución, al cual le llamaron Tribunal de Garantías Constitucionales. Esta sección contiene de entrada un artículo del homenajeado «La jurisdicción supranacional y pena de muerte», en el que expone los vaivenes jurídicos, políticos y sociales que asoman cada cierto tiempo respecto a mantener o apartar al Perú de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Y, de modo más enjundioso, sustenta su posición abolicionista respecto de la pena de muerte y desarrolla un repaso histórico que contiene un nutrido repertorio de casos extranjeros y nacionales, todo ello apoyado en la literatura recurrente de aquellos casos donde se aplicó —la mayor de las veces de forma errada y mediática— la pena capital.

Acto seguido, como parte del homenaje, se incluyen escritos de diversos, cercanos y destacados profesionales que honran la memoria del homenajeado. Entre ellos, la remembranza de Alberto Borea Odría titulada «Javier Valle-Riestra. El tribuno»; de Luis Sáenz Dávalos denominada «Javier Valle-Riestra y el Tribunal Constitucional»; de Heriberto Benítez que lleva por título «El legado democrático de Javier Valle-Riestra»; y de Tino Santander Joo intitulada «Javier Valle-Riestra: defensor de la libertad y los derechos Humanos». En todos se distingue el aprecio y respeto por el extinto tribuno.

Como es usual, el presente número tiene también la mencionada Sección Jurisprudencia Comentada, en la que se ofrecen reflexiones y comentarios sobre

sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional. El primer comentario pertenece a Astrid Cabezas Poma, respecto a la sentencia dictada en el Expediente 04949-2022-PA/TC, que analizó la constitucionalidad de la prohibición de compra-venta de moneda extranjera en las calles de Miraflores, dispuesta por una ordenanza municipal. El segundo comentario es sobre el derecho a la igualdad y no discriminación basada en la discapacidad a cargo de Nadia Iriarte Pamo, tema desarrollado en la sentencia dictada en el Expediente 01106-2022-PA/TC.

De otro lado, en la Sección Clásicos presentamos la obra de Bartolomé Herrera denominada *Proyecto de reforma constitucional* la que viene acompañada de una nota introductoria elaborada por Eddy Chávez Huanca. En su propuesta —una labor harto resumida, reconocida por él mismo— manifiesta que se han de defender los derechos de la Iglesia, las libertades de los ciudadanos y que todo ello en sana representación de los habitantes de la república. El énfasis recurrente en estos casos según el sacerdote es el hecho de manifestar preocupación de cuáles serían los límites que deberían tener los encargados de llevar a cabo la reforma.

En la Sección Reseñas Bibliográficas se incluyen comentarios del libro *¿Libertad individual vs. bien común? Lecciones de la pandemia y nudges como estrategia de vacunación* (2024), de autoría de Ronald Cárdenas Krenz; *La Constitución y el régimen económico en el Perú* (2024), de Víctor García Toma; *El camino de la docencia femenina* (2023), edición de Carina Gómez Fröde; *El Estado constitucional y sus alternativas* (2024), de Mauro Barberis; *El retorno al bicameralismo y la crisis del modelo político* (2024), edición a cargo de César Landa y Pedro Grández.

La Revista culmina con la Sección Documentos, en la que se difunden las actas y conclusiones vinculadas al debate sobre la inconstitucionalidad de las leyes, organizado y llevado a cabo en las instalaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Lima en 1960. Es de resaltar que en las sendas participaciones de los juristas de aquella época es coincidente una sana preocupación por llevar a cabo un fuerte control de la constitucionalidad de las leyes, por lo que la polémica giraba en torno a las alternativas de empoderar al Poder Judicial o, finalmente, de crear un órgano especializado para ejercer tal control, todo ello en un contexto donde ya se avizoraba la posibilidad de la creación de un tribunal especializado, que a la postre se creó con la Constitución de 1979 y fue mantenido en la Constitución de 1993.

De manera conclusiva, cabe señalar que, desde 1999, año de la publicación de su primer número, la *Revista Peruana de Derecho Constitucional* ha ganado un reconocido prestigio en el ámbito académico del constitucionalismo peruano.

Es oportuno recordar y agradecer a los promotores de la creación de la revista y a todos los que han ido sumando esfuerzos para su posicionamiento y difusión. Esta suma de esfuerzos está dando sus frutos, pues la RPDC ya se encuentra indexada en *Latindex 2.0,* órgano que acredita la calidad de contenidos. No obstante, y a la par con las exigencias actuales, mantener la acreditación y sumarse a futuro a las bases de datos más importantes es un reto que todos los involucrados en el Centro de Estudios Constitucionales asumen con responsabilidad.

Finalmente, expreso mi gratitud a los colegas magistrados integrantes del Tribunal Constitucional, que de manera continua y profesional participan en las actividades académicas y aportan a la Revista. Agradezco, también, al equipo del Centro de Estudios Constitucionales, a los miembros del consejo editorial y consultivo, a los revisores de par ciego y a cada uno de los colaboradores que han enviado sus artículos que fueron sometidos a una exhaustiva revisión, tanto profesionales reconocidos de amplia trayectoria como también jóvenes investigadores. Ambas presencias son muestra de la convocatoria abierta, permanente y pluralista de la RPDC, y reafirman que es un espacio seguro para el debate y exposición de todas las ideas, como corresponde.

César Ochoa Cardich
Magistrado del Tribunal Constitucional
Director general del Centro de Estudios Constitucionales
Director de la Revista Peruana de Derecho Constitucional
Correo electrónico: ochoac@tc.gob.pe

SECCIÓN ESPECIAL

Perspectivas de los nuevos procedimientos parlamentarios bicamerales de acusación constitucional y pedidos de información como actos de control político en el congreso bicameral

Perspectives on the new bicameral parliamentary procedures of constitutional accusation and requests for information as mechanisms of political oversight in a bicameral congress

✍ Luis Andrés Roel Alva*
✍ Carlos Rodrigo de la Torre Grados**

Resumen

En el presente artículo se desarrollan las instituciones del antejuicio político, juicio político, procedimiento de acusación constitucional y los cambios propuestos en los proyectos de ley que buscan aprobar los reglamentos del Congreso; cambios suscitados con la reciente aprobación de la reforma constitucional que reintroduce la bicameralidad. Se expone la situación actual del procedimiento de acusación constitucional, y el desarrollo de los conceptos y finalidades del antejuicio político y del juicio político. También se exponen las fases y garantías mínimas del procedimiento parlamentario. Asimismo, se exponen las similitudes y diferencias

* 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 en 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. Código ORCID: 0000-0002-9784-137X. Correo electrónico: luis.roelalva@gmail.com

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios concluidos de la Maestría en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Código ORCID: 0009-0000-5044-9728. Correo electrónico: carlosrodrigodelatorre@gmail.com

de las propuestas en relación con el procedimiento de acusación constitucional, los pedidos de información y el procedimiento de reemplazo de parlamentarios.

Palabras claves

Bicameralidad, reforma constitucional, antejuicio político, juicio político, acusación constitucional.

Abstract

In this article, the institutions of political preliminary impeachment, political impeachment, the constitutional accusation procedure, and the proposed changes included in the bills aimed at approving the regulations of Congress are examined. Changes prompted by the recent approval of the constitutional reform that reintroduces bicameralism. It presents the current situation of the constitutional accusation procedure, as well as the development of the concepts and purposes of political preliminary impeachment and political impeachment. It also presents the stages and minimum guarantees of the parliamentary procedure. Additionally, the similarities and differences among the proposals regarding the constitutional accusation procedure, requests for information, and the procedure for replacing members of Congress.

Keywords

Bicameralism, constitutional reform, political preliminary impeachment, political impeachment, constitutional accusation.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. **II.** EL PROCEDIMIENTO ACTUAL DE ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL. **III.** EL PROCEDIMIENTO PROPUESTO EN LOS PROYECTOS DE LEY SOBRE EL NUEVO REGLAMENTO EN UN CONGRESO BICAMERAL PERUANO. **IV.** DIFERENCIA ENTRE LAS PROPUESTAS DE REGLAMENTO PARA LA CÁMARA DEL SENADO Y DE DIPUTADOS PRESENTADAS POR LA CONGRESISTA MARTHA MOYANO Y EL CONGRESISTA JOSÉ ELÍAS, ACTUALMENTE EN ESTADO DE PROYECTO DE LEY (PL). **V.** CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo aborda las instituciones del antejuicio político, el juicio político y el procedimiento de acusación constitucional, así como los cambios propuestos en los proyectos de ley que buscan aprobar los reglamentos del Congreso Bicameral y los de la Cámara de Diputados y del Senado, cambios suscitados con la reciente aprobación de la reforma constitucional que reintroduce la bicameralidad en el sistema parlamentario peruano.

De esta manera, se inicia con una presentación resumida de la situación actual del procedimiento de acusación constitucional, así como desarrolla los conceptos y finalidades del antejuicio político y del juicio político. También se exponen las fases y garantías mínimas que el procedimiento parlamentario recoge.

A continuación, se presenta la introducción de la reforma constitucional y los proyectos de ley materia de la ponencia, exponiendo el planteamiento propuesto por cada proyecto de ley con respecto al procedimiento de acusación constitucional, así como otros procedimientos de control político.

Asimismo, se exponen las similitudes y diferencias de las propuestas en relación con el procedimiento de acusación constitucional, los pedidos de información y el procedimiento de reemplazo de parlamentarios; en el caso del procedimiento de acusación constitucional, se sugieren elementos que las propuestas no han recogido y que podrían asumirse en el debate parlamentario de dichas propuestas.

II. EL PROCEDIMIENTO ACTUAL DE ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL

La acusación constitucional es un proceso especial de naturaleza parlamentaria orientado a establecer la responsabilidad de altos funcionarios del Estado, ya sea por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o por infracciones a la Constitución. Este procedimiento está regulado en los artículos 99 y 100 de la Constitución Política del Perú[1], así como por el artículo 89 del Reglamento del Congreso[2].

1 Constitución Política de 1993

«Artículo 99. Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas.

Artículo 100. Corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad.

El acusado tiene derecho, en este trámite, a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso. En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el fiscal de la nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente.

La sentencia absolutoria de la Corte Suprema devuelve al acusado sus derechos políticos.

Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso».

2 Reglamento del Congreso de la República

«Artículo 89. Mediante el procedimiento de acusación constitucional se realiza el antejuicio político de los altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99 de la Constitución Política.

[…]».

Existen dos figuras jurídicas relevantes:

- Antejuicio político: Esta figura protege a ciertos altos funcionarios del Estado, asegurando que no puedan ser sometidos a un proceso penal sin la autorización previa del Congreso.
- Juicio político: Es un mecanismo que permite someter a juicio político a los funcionarios mencionados en el artículo 99 de la Constitución por haber cometido infracciones a la misma.

En otras palabras, estos dos procedimientos parlamentarios —antejuicio y juicio políticos— conllevan acusaciones contra altos funcionarios del Estado. En el primer caso, ante la supuesta comisión de un delito en el ejercicio de la función, el Congreso se limita a investigar, acusar, levantar la prerrogativa y poner al funcionario a disposición del Poder Judicial; subsecuentemente, impuesta la sanción penal, cabe la imposición de una sanción política. En el segundo caso, ante una infracción constitucional, el Congreso investiga, acusa y sanciona. No obstante, en ambos casos, cabe un control constitucional atenuado sobre la decisión parlamentaria ante una flagrante violación del debido proceso (Roel Alva, 2024, p. 109).

2.1. Principios fundamentales

El procedimiento parlamentario de acusación constitucional se basa en principios esenciales que aseguran su adecuado desarrollo. En primer lugar, se destaca el principio del debido proceso, que garantiza derechos fundamentales, como el derecho a la defensa, la debida fundamentación de las decisiones y la posibilidad de presentar y valorar pruebas.

Asimismo, se rige por el principio de legalidad, que exige el cumplimiento estricto de las etapas y condiciones previstas en la normativa aplicable, adaptándose a su naturaleza parlamentaria para permitir cierta flexibilidad en las decisiones de los parlamentarios, basadas en criterios de oportunidad y razonabilidad. Además, incorpora el principio de *non bis in idem*, que garantiza que una persona no sea procesada o sancionada más de una vez por los mismos hechos.

Por consiguiente, se concluye que el procedimiento de denuncia constitucional, aunque incorpora garantías del derecho al debido proceso, debe ajustarse a su propia naturaleza parlamentaria y a los objetivos que persigue, ya sea permitir al Ministerio Público la persecución del delito (antejuicio político) o imponer sanciones por la comisión de infracciones constitucionales a los altos funcionarios establecidos en el art. 99 (juicio político).

Por lo tanto, la interpretación o pedidos de aplicación directa de figuras o instituciones de procesos jurisdiccionales o administrativos deberán primero ser compatibles con los fines y la naturaleza parlamentaria ya establecida (De la Torre, 2024).

Es pertinente señalar que tanto el antejuicio político como el juicio político son competencias exclusivas del Congreso, y su aplicación en casos específicos se realiza a través de procedimientos parlamentarios, cuyos resultados son considerados actos parlamentarios. Ambas figuras se aplican exclusivamente a los altos funcionarios previstos en el artículo 99 de la Constitución (Expediente N.º 00003-2022-PCC/TC, 2023).

Por otro lado, ambos mecanismos están sustentados en el deber del Congreso de garantizar el cumplimiento estricto de la Constitución. En el antejuicio, este deber se centra en verificar que las denuncias penales contra los altos funcionarios estén fundamentadas objetivamente y que no sean producto de una persecución política[3]. En el juicio político, el cumplimiento de este deber se evalúa analizando las conductas denunciadas por infracción a mandatos constitucionales o prohibiciones de esta.

De este modo, en ambas situaciones nos enfrentamos a procedimientos parlamentarios que implican pronunciamientos de naturaleza jurídica, pero con elementos políticos inherentes al fuero parlamentario. Esto se debe a la naturaleza eminentemente política de los parlamentos: su origen (elección popular), su ejercicio práctico (debate, consenso y confrontación entre sectores políticos diversos) y sus fines (ejercicio del poder de representación y fiscalización de otros poderes públicos).

Por consiguiente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reafirmado que el ejercicio de la función de acusación constitucional está determinado por criterios políticos (la voluntad de las mayorías calificadas del parlamento) vinculados a límites jurídicos (principios de razonabilidad y proporcionalidad) (Expediente N.º 3593-2006-AA/TC, 2006, ff.jj. 9 y 10).

2.2. Etapas del procedimiento

El procedimiento parlamentario de acusación constitucional consta de las siguientes fases o etapas:

---

3 Y, por tanto, en caso no sea ese supuesto, habilitar a los órganos de justicia a cumplir con su finalidad de persecución y sanción del delito.

- Presentación de la denuncia: Esta puede ser interpuesta por cualquier ciudadano, un congresista o el fiscal de la nación. Es necesario cumplir con ciertos requisitos formales, como la identificación del denunciante, los fundamentos legales pertinentes y las pruebas que respalden la denuncia.
- Calificación: La Subcomisión de Acusaciones Constitucionales (SCAC) es responsable de analizar tanto la admisibilidad como la procedencia de la denuncia. En caso de que falten requisitos, se concede un plazo de tres días para su subsanación. Si la denuncia es considerada improcedente, se procede a archivarla.
- Investigación: Si la denuncia es aceptada, la SCAC inicia la investigación con un plazo inicial de 15 días hábiles, prorrogable una sola vez. A lo largo de este proceso, se notifican a las partes, se recopilan pruebas y se realizan audiencias. Un congresista delegado puede encargarse de actos procesales específicos, como evaluar pruebas y proponer nuevas pruebas.
- Informe final: La SCAC elabora un informe en el que puede recomendar, según corresponda, archivar la denuncia o presentar una acusación. Este informe se remite a la Comisión Permanente, la cual lo discute y somete a votación. Si la acusación es aprobada, se designa una Subcomisión Acusadora que presentará y defenderá el informe ante el Pleno del Congreso.
- Decisión del Pleno: El Pleno del Congreso discute y vota la acusación. Para que se aprueben sanciones como la suspensión, inhabilitación o destitución, se requiere el voto favorable de dos tercios del total de congresistas, sin la participación de los miembros de la Comisión Permanente.

En caso de que el Pleno apruebe la acusación constitucional por antejuicio político, el expediente se envía al fiscal de la nación para que inicie las acciones legales pertinentes. En caso de que se apruebe una acusación constitucional por infracción a la Constitución, la acusación debe incluir la propuesta de sanción, que aplicará de forma inmediata[4].

El Tribunal Constitucional ha subrayado que este procedimiento debe garantizar el respeto a los derechos fundamentales, como el debido proceso y el derecho de defensa, asegurando que no se cometan arbitrariedades mediante una debida motivación de las decisiones (Expediente N.º 04044-2022-HC/TC, 2022, f.j. 46).

4 Al respecto, revisar el literal i) del artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República.

Durante la etapa postulatoria y de investigación, la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales no ejerce una función activa de acusación, sino que su labor se limita a verificar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia de la denuncia constitucional[5].

El resultado de la actividad de investigación, basada en los medios probatorios aportados por las partes o solicitados por el congresista delegado o los miembros de la Subcomisión, permitirá determinar si se cumplen los requisitos mínimos probatorios para establecer la viabilidad de una acusación constitucional, ya sea por antejuicio político o juicio político, y formular la propuesta de informe final respectiva. Esta propuesta debe ser aprobada por el pleno de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales y posteriormente ratificada por la Comisión Permanente.

Finalmente, la etapa de juzgamiento es exclusiva del Pleno del Congreso, que, sin la participación de la Comisión Permanente, determinará, cumpliendo con las votaciones calificadas previstas en el literal i) del artículo 89 del Reglamento del Congreso[6], si se aprueba o no la acusación constitucional según los términos expresados en el informe final y ratificados por la Comisión Permanente.

5 Ver el punto 5.2.3. del Informe de calificación de la denuncia constitucional N.º 307.

6 Reglamento del Congreso de la República

«i) Luego de la sustentación del informe y la formulación de la acusación constitucional por la Subcomisión Acusadora y el debate, el Pleno del Congreso vota, pronunciándose en el sentido de si hay o no lugar a la formación de causa a consecuencia de la acusación. En el primer caso, el Pleno del Congreso debate y vota, en la misma sesión, si se suspende o no al congresista acusado en el ejercicio de sus derechos y deberes funcionales, el cual queda sujeto a juicio, según ley. En el segundo caso, el expediente se archiva. **El acuerdo aprobatorio de una acusación constitucional, por la presunta comisión de delitos en ejercicio de sus funciones, requiere la votación favorable de la mitad más uno del número de miembros del Congreso, sin participación de los miembros de la Comisión Permanente. El acuerdo aprobatorio de suspensión requiere la misma votación. El acuerdo aprobatorio de sanción de suspensión, inhabilitación o destitución por infracción constitucional, en un juicio político previsto en el primer párrafo del artículo 100 de la Constitución, se adopta con la votación favorable de los 2/3 del número de miembros del Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, siguiendo el principio de razonabilidad** señalado por la Comisión de Constitución y Reglamento en su Informe presentado el 27 de enero del 2004 y aprobado por el Pleno del Congreso el 28 de enero del mismo año. En este caso, la aplicación de la sanción impuesta por el Congreso es inmediata. Si un Congresista solicitara, como consecuencia de la pluralidad de denunciados, que una acusación sea votada por separado, el Presidente accederá a su petición, sin debate. Los acuerdos del Pleno, que ponen fin al procedimiento, sobre acusación constitucional o juicio político, deben constar en Resolución del Congreso. En la votación están impedidos de participar los miembros de la Comisión Permanente y de la Subcomisión de Acusaciones

En suma, el procedimiento de acusación constitucional constituye una herramienta fundamental para garantizar la responsabilidad de los altos funcionarios y preservar el Estado de derecho en el Perú. Sin embargo, su efectividad depende del respeto a los principios legales y constitucionales en cada etapa del proceso.

III. EL PROCEDIMIENTO PROPUESTO EN LOS PROYECTOS DE LEY SOBRE EL NUEVO REGLAMENTO EN UN CONGRESO BICAMERAL PERUANO

Es importante destacar que la Ley N.º 31988, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 20 de marzo de 2024, establece la reforma constitucional que implementa la bicameralidad en el Congreso de la República del Perú, la cual entrará en vigor en las próximas elecciones generales del año 2026.

En consecuencia, en el marco de la reciente aprobación de esta reforma constitucional que restablece la bicameralidad en el Perú, se han presentado ante el Congreso los proyectos de ley destinados a la creación e implementación de los reglamentos específicos para el Congreso de la República, la Cámara de Senadores y la Cámara de Diputados.

Estos reglamentos se proponen establecer las normas que regirán el funcionamiento interno, las atribuciones y los procedimientos legislativos, así como el control político, en el contexto de una nueva estructura parlamentaria que ha sido debidamente autorizada.

3.1. Control político mediante el ejercicio del procedimiento parlamentario de acusación constitucional en el Congreso Bicameral

Ambos proyectos subrayan la relevancia del control político en el nuevo Congreso y destacan las diversas funciones generales asociadas al mismo:

- **Cámara del Senado**: Tiene la responsabilidad de atender acusaciones constitucionales que provengan de la Cámara de Diputados, evaluar decretos legislativos y de urgencia, y declarar estados de excepción. Además, cuenta con la facultad de suspender, inhabilitar o destituir a funcionarios, según lo

---

Constitucionales que estuvieron presentes. Cuando son varias las personas comprendidas en la acusación constitucional, la votación se efectúa en forma separada por cada uno de los acusados. El acuerdo de haber lugar a formación de causa o no, debe constar en Resolución del Congreso» (el resaltado nuestro).

estipulado en los artículos 5 y 6 de los Proyectos de Ley N.º 7337/2023-CR y N.º 8665/2024-CR.

- **Pleno del Congreso de la República:** Supervisa el manejo de los bienes públicos, las acciones del presidente y de los ministros, así como otras actividades inherentes a la administración del Estado, según lo estipulado en los artículos 31 y 6 de los Proyectos de Ley N.º 7387/2023-CR y N.º 8662/2024-CR, respectivamente.

3.2. Procedimiento de acusación constitucional

El procedimiento de acusación constitucional se adapta al sistema bicameral, abarcando las siguientes fases:

- **Presentación de la denuncia:** La denuncia puede ser presentada por congresistas o ciudadanos, siempre que se cumplan requisitos específicos, como los fundamentos de hecho y derecho, las pruebas pertinentes y la firma del denunciante.

  Tras su recepción por la Cámara de Diputados, se evaluará su admisibilidad y procedencia en un plazo de 10 días hábiles, pudiendo otorgarse un plazo adicional de 3 días para subsanar cualquier deficiencia en caso de inadmisibilidad.

- **Investigación:** La Subcomisión de Acusaciones Constitucionales llevará a cabo la investigación y elaborará un informe en un plazo de 15 días hábiles, el cual podrá ser prorrogado en circunstancias excepcionales.

  A partir de los resultados, el informe puede recomendar el archivo de la denuncia o, alternativamente, la formulación de una acusación.

- **Decisión de la Cámara de Diputados:** El Pleno de la Cámara de Diputados discutirá y votará sobre el informe. Si la acusación es aprobada, será enviada al Senado para su revisión.

- **Revisión en la Cámara de Senadores:** El Senado actúa como instancia revisora y establece las normativas para el debate de la acusación constitucional, otorgándole prioridad en la agenda.

  Para la aprobación de la acusación, se requiere una votación favorable de más de la mitad de los miembros del Senado, mientras que, en el caso de sanciones como inhabilitación o destitución, se requiere una votación favorable de dos tercios del total de senadores.

- **Sanción y comunicación al fiscal de la nación:** Una vez aprobada la acusación constitucional, las sanciones por juicio político se implementan de forma inmediata. En el caso de acusaciones relacionadas con el levantamiento del antejuicio político, el expediente se remite al fiscal de la nación para que actúe conforme a sus competencias

3.3. Procedimientos específicos para solicitudes de información

Ambos proyectos de ley enfatizan el derecho de senadores y diputados a solicitar información a ministros y otras autoridades gubernamentales, con el propósito de fundamentar adecuadamente sus decisiones en el ejercicio de sus funciones. Este derecho les permite acceder a información relevante sobre la gestión pública, asegurando que sus decisiones se basen en datos claros y actualizados.

Las solicitudes pueden realizarse por escrito, lo cual permite a los legisladores no solo plantear preguntas específicas, sino también presentar recomendaciones para la mejora de los servicios públicos. Este procedimiento facilita la toma de decisiones legislativas basadas en información precisa y fomenta, con ello, la transparencia y eficiencia en la administración pública.

Asimismo, promueve una comunicación efectiva entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo, lo que fortalece el control político y la fiscalización del gobierno. Finalmente, las autoridades competentes tienen la obligación de proporcionar respuestas completas dentro de los plazos establecidos, permitiendo a los congresistas evaluar adecuadamente las políticas y acciones del gobierno.

3.4. Diferencias y similitudes entre los proyectos de ley

Ambos proyectos comparten una estructura similar en relación con los procedimientos generales, abarcando tanto la función de control político como los requisitos esenciales para la presentación de denuncias. No obstante, se identifican diferencias significativas.

En principio, el Proyecto de Ley N.º 8665/2024-CR otorga un mayor énfasis a las atribuciones de control político del Senado, además de establecer plazos más específicos y detallados para la tramitación de las denuncias constitucionales. Esta distinción permite un proceso más claro y ordenado, que favorece así una mejor supervisión de las acciones gubernamentales.

IV. DIFERENCIA ENTRE LAS PROPUESTAS DE REGLAMENTO PARA LA CÁMARA DEL SENADO Y DE DIPUTADOS PRESENTADAS POR LA CONGRESISTA MARTHA MOYANO Y EL CONGRESISTA JOSÉ ELÍAS, ACTUALMENTE EN ESTADO DE PROYECTO DE LEY (PL)

Se ha señalado previamente que los proyectos de ley presentados por los congresistas Martha Moyano (Proyecto de Ley N.º 8665/2024-CR y Proyecto de Ley N.º 8663/2024-CR) y José Luis Elías (Proyecto de Ley N.º 7337/2023-CR y Proyecto de Ley N.º 7343/2023-CR), que buscan regular la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores, presentan diferencias sustanciales en varios aspectos, entre los que se incluyen los procedimientos parlamentarios, las atribuciones en materia de control político y las fases del proceso de acusación constitucional.

A continuación, se procede a un análisis de las principales discrepancias:

4.1. Procedimientos de control político

- Proyecto de Ley de la congresista Martha Moyano (Fuerza Popular): Amplía el ámbito del control político al subrayar la función del Senado en la evaluación de decretos de urgencia, tratados internacionales y declaraciones de regímenes de excepción. A la Cámara de Diputados se le otorgan atribuciones específicas, como la censura y la interpelación de ministros, desarrolladas dentro de un marco claramente definido de supervisión política.
- Proyecto de Ley del congresista José Luis Elías (Podemos Perú, ahora APP): Se concentra en las investigaciones sobre asuntos de interés público llevadas a cabo por ambas cámaras, aunque no especifica de manera clara las etapas para la ejecución de juicios o antejuicios políticos.

Asimismo, otorga un rol más limitado al Senado en el control político sobre decretos de urgencia y otros actos del Poder Ejecutivo.

Una diferencia clave radica en cómo se distribuyen las funciones de control político entre las cámaras. La propuesta de la congresista Moyano establece un control político más detallado que recae principalmente en el Senado; mientras que la iniciativa del congresista Elías otorga mayor protagonismo a la Cámara de Diputados en las tareas de fiscalización, destacando las competencias de los diputados para supervisar los actos del gobierno e interpelar a los ministros.

4.2. Procedimientos de acusación constitucional

Cabe recalcar que el desarrollo del procedimiento parlamentario de acusación constitucional está recogido en el artículo 89[7] del Reglamento del Congreso de la República, dispositivo que detalla el iter procedimental de los procedimientos constitucionales de juicio y antejuicio políticos, que tienen lugar a partir de las denuncias constitucionales formuladas contra aquellos funcionarios públicos investidos de la prerrogativa constitucional correspondiente (Roel Alva, 2024, pp. 110-111).

En ese sentido, las diferencias en este ámbito del caso son notables; el proyecto de ley de la congresista Moyano establece plazos estrictos para las diversas etapas de calificación e investigación, con un período definido de 15 días hábiles para la investigación por parte de la Cámara de diputados, limitado a una sola prórroga. A su vez, la Cámara de Senadores requiere un voto favorable de dos tercios para imponer sanciones como la destitución o la inhabilitación, asegurando así un procedimiento más exhaustivo en la toma de decisiones respecto a sanciones.

En contraste, el proyecto de ley del congresista José Luis Elías se caracteriza por una mayor flexibilidad en sus procedimientos y carece de plazos específicos para las prórrogas en las investigaciones de la Cámara de Diputados, además, presenta normas menos detalladas sobre cómo actuar ante denuncias que sean rechazadas o archivadas. Por lo tanto, la diferencia principal radica en que la propuesta de la congresista Moyano busca un procedimiento más riguroso y establecido, mientras que la del congresista Elías opta por un enfoque más flexible.

4.3. Oportunidades de mejora en los proyectos de reglamento en relación con el procedimiento de acusación constitucional

Tras revisar los proyectos propuestos, se observa que no han considerado adecuadamente la experiencia acumulada y los problemas que han surgido en la tramitación de los procedimientos de acusación constitucional a lo largo de los años.

Se sugiere, por lo tanto, que se tomen en cuenta los siguientes elementos durante el estudio y debate de los dictámenes correspondientes:

- Proponerse un procedimiento diferenciado para el juicio político y el antejuicio político, que reconozca sus distintos fines y objetivos (preventiva de la persecución política, así como para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores de la Constitución).

---

7 Ver artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República.

- Establecerse que el procedimiento parlamentario de acusación constitucional sea de naturaleza pública, salvo que la materia involucrada esté sujeta a reserva.
- Incluir las reglas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional relacionadas con la obligación de presentar el informe de calificación y el informe final con una adecuada motivación, que sustenten las conclusiones arribadas en cada documento, garantizando así el debido proceso.
- Especificar si las sanciones por juicio político, según el artículo 100 de la Constitución Política de 1993, pueden ser interpuestas simultáneamente o si se debe optar por una sola sanción.
- Establecer un plazo para la etapa de investigación en la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, eliminando la referencia a un plazo específico y responsabilizando al Congreso de llevar a cabo el procedimiento dentro del período de cinco años estipulado en el artículo 99 de la Constitución Política de 1993.

4.4. Pedidos de Información

Respecto a las metodologías de los pedidos de información, se observa lo siguiente:

- Proyecto de ley de la congresista Martha Moyano[8]: Extiende el alcance de las solicitudes de información, permitiendo a los parlamentarios requerir datos de cualquier entidad de la administración pública —y no únicamente a los ministros— con el fin de asegurar decisiones debidamente fundamentadas (Congreso de la República, 2024, pp. 108-109).
- Proyecto de ley del congresista José Luis Elías[9]: Restringe las solicitudes de información al ámbito ministerial, aunque permite incluir propuestas para la mejora de los servicios públicos[10].

En resumen, una diferencia clave radica en el alcance de la transparencia y la fiscalización. Mientras que la propuesta de la congresista Moyano propone un enfoque más amplio, el congresista Elías limita este derecho a las interacciones con el Ejecutivo.

---

8 Ver artículo 88 de la Resolución Legislativa del Congreso de la República que aprueba el Reglamento de la Cámara de Diputados.

9 Ver artículo 63, inciso b) de la Resolución Legislativa que aprueba el Reglamento de la Cámara de Diputados.

10 Ver artículo 69 de la Resolución Legislativa que aprueba el Reglamento de la Cámara de Senadores.

4.5. Reemplazo de parlamentarios

El proyecto de ley de la congresista Martha Moyano establece regulaciones precisas para el reemplazo de parlamentarios por accesitarios en casos de inhabilitación, destitución o procesos penales, asegurando que, en caso de absolución, el parlamentario suspendido recupere sus derechos y haberes acumulados.

En contraste, el proyecto de ley del congresista José Luis Elías aborda situaciones similares, pero carece de especificaciones sobre el procedimiento para la restitución de derechos y haberes de parlamentarios absueltos, lo que genera una diferencia notable con la propuesta de su colega Moyano.

Finalmente, la propuesta de la congresista Moyano proporciona una mayor claridad sobre las repercusiones de las sanciones, tanto para el parlamentario como para su accesitario, mientras que la propuesta de su colega Elías no ofrece la misma profundidad en cuanto a las implicaciones de las sanciones[11].

V. CONCLUSIONES

Los proyectos de ley analizados, que se espera sean aprobados antes de que finalicen las elecciones generales de 2026, representan un cambio relevante en el procedimiento parlamentario de acusación constitucional para altos funcionarios del Estado, alterando no solo los plazos, sino también la dinámica legislativa actual.

La formación del nuevo Congreso de la República, compuesto por dos Cámaras: la de diputados y la de senadores, implica una reconfiguración en las competencias asignadas a cada una, lo cual tendrá impactos directos y significativos en el equilibrio de poderes y la eficacia de los procesos de control político bajo este nuevo esquema legislativo.

---

11 Cabe señalar que parte de lo expuesto en este extremo de la ponencia ha sido presentado ante la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, a través del informe remitido por la Comisión Especial en materia parlamentaria de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (en la cual se encuentra Luis Andrés Roel Alva), aprobada por la Resolución de Consejo N.º 002-2024-APDC/CD, de fecha 2 de octubre de 2024, en respuesta al Oficio N.º 0189-2024-2025-CCR/CR, de fecha 25 de septiembre de 2024, de la Presidencia de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República. En ella, se solicitaba opinión respecto de seis proyectos de Resolución Legislativa que versan sobre los reglamentos de las Cámaras del Congreso Bicameral a instalarse en julio del 2026.

Por último, las propuestas reglamentarias de ambas cámaras evidencian enfoques contrastados: mientras que la congresista Martha Moyano opta por un marco normativo riguroso con reglas claras y plazos establecidos, el congresista José Luis Elías propone mayor flexibilidad y un alcance restringido en cuanto al control político. Estas diferencias reflejan visiones complementarias que inducen a una discusión sobre la viabilidad y el funcionamiento efectivo de un Congreso de la República bicameral en Perú.

BIBLIOGRAFÍA

Congreso de la República del Perú. (2024). *Ley N.º 31988*. *Ley de reforma constitucional que restablece la bicameralidad en el Congreso de la República del Perú.* Diario Oficial El Peruano. https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2272076-2

Congreso de la República del Perú. (2024). *Proyecto de Resolución Legislativa N.º 7337/2023-CR. Proyecto de Resolución Legislativa que aprueba el Reglamento de la Cámara de Senadores*. https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MTkwOTA1/pdf

Congreso de la República del Perú. (2024). *Proyecto de Resolución Legislativa N.º 7343/2023-CR. Proyecto de Resolución Legislativa que aprueba el Reglamento de la Cámara de Diputados.* https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MTcwMjky/pdf

Congreso de la República del Perú. (2024). *Proyecto de Resolución Legislativa N.º 7387/2023-CR. Proyecto de Resolución Legislativa que aprueba el Reglamento General del Congreso de la República — Cámara de Senadores y Diputados*. https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MTcxNTEx/pdf

Congreso de la República del Perú. (2024). *Proyecto de Resolución Legislativa N.º 8662/2024-CR. Proyecto de Resolución Legislativa que aprueba el Reglamento del Congreso*. https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MjA5MjAx/pdf

Congreso de la República del Perú. (2024). *Proyecto de Resolución Legislativa N.º 8663/2024-CR. Proyecto de Resolución Legislativa que aprueba el Reglamento de la Cámara de Diputados.* https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MjA5MzA2/pdf

Congreso de la República del Perú. (2024). *Proyecto de Resolución Legislativa N.º 8665/2024-CR. Proyecto de Resolución Legislativa del Congreso que aprueba el Reglamento del Senado.* https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MjA5MjA0/pdf

Congreso de la República del Perú. (2025). *Reglamento del Congreso de la República*. https://www.congreso.gob.pe/biblioteca/reglamentos-congreso/

De la Torre Grados, C. R. (2024). Los «estándares probatorios» requeridos en una acusación constitucional a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia del Perú. *Revista Peruana de Derecho Constitucional* (Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional), julio-diciembre, (18).

Roel Alva, L. A. (2024). *El procedimiento parlamentario de acusación constitucional. Aproximaciones teóricas y prácticas para acusar constitucionalmente a un alto funcionario del Estado peruano*. Fondo Editorial de la Universidad Católica de Santa María.

Subcomisión de Acusaciones Constitucionales. (2024). *Informe de calificación de la denuncia constitucional N.º 307*. https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2021_2026/Acusaciones_Constitucionales/Informe_de_Calificacion/INF_CAL_307..pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2006). *Sentencia recaída en el Expediente N.º 3593-2006-AA/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2022). *Sentencia recaída en el Expediente N.º 04044-2022-HC/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2023). *Sentencia recaída en el Expediente N.º 00003-2022-PCC/TC*.

Recibido: 28-11-2024
Aprobado: 25-06-2025

¿Parlamento sin frenos? La regulación y el control parlamentario en la Constitución Peruana de 1993

A Parliament without checks? regulation and parliamentary oversight under the 1993 Peruvian Constitution

✍ Roberto Cabrera Suárez*

Resumen

En el presente artículo, se explora la regulación y el control parlamentario en la Constitución Política del Perú de 1993. Esta, surgida en un contexto de crisis política caracterizado por la violencia y la inestabilidad económica, introdujo un sistema unicameral en lugar del anterior bicameral. Aunque este cambio buscaba agilizar la toma de decisiones, ha suscitado preocupaciones sobre la acumulación de poder en el Congreso y la falta de mecanismos de control efectivo.

A pesar de que la Constitución establece un marco teórico para el equilibrio de poderes, en la práctica, el Parlamento ha enfrentado críticas por su ineficacia en representar a la ciudadanía y rendir cuentas. La ausencia de un mandato imperativo y de mecanismos de interpelación ha debilitado la supervisión parlamentaria, permitiendo que los legisladores actúen de manera independiente a los intereses de sus electores. Recientemente, se aprobó el retorno a la bicameralidad, que se implementará a partir de 2026. Sin embargo, las nuevas propuestas para la Cámara de senadores y la de diputados han suscitado inquietudes sobre su efectividad para mejorar el control parlamentario.

* Abogado, especialista en Justicia Constitucional por la Universidad de Castilla - La Mancha, máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, máster en Cultura Jurídica por la Universidad de Girona, maestro en Gestión Pública y doctor en Derecho. Código ORCID: 0000-0002-0122-2161. Correo electrónico: lcabreras@usmp.pe

Revista Peruana de Derecho Constitucional, N.º 18, 2024, julio-diciembre, pp. 39-55.

En el artículo, también se aborda el impacto del aumento desmedido del presupuesto parlamentario, que genera conflictos de interés y socava la confianza pública. Para tratar estos problemas, se proponen reformas que fortalezcan los mecanismos de rendición de cuentas, promuevan la participación ciudadana y aseguren la transparencia en la gestión parlamentaria. Se enfatiza la necesidad de restablecer controles efectivos en el Parlamento para garantizar una democracia representativa y funcional en el Perú.

Palabras clave

Control parlamentario, Constitución peruana, bicameralidad, rendición de cuentas, democracia representativa.

Abstract

In this article, the regulation and parliamentary oversight in the 1993 Political Constitution of Peru are examined. This Constitution, enacted in a context of political crisis characterized by violence and economic instability, introduced a unicameral system in place of the previous bicameral one. Although this change sought to expedite decision-making, it has raised concerns regarding the concentration of power in Congress and the lack of effective oversight mechanisms.

Despite the Constitution establishing a theoretical framework for the balance of powers, in practice Parliament has faced criticism for its inefficiency in representing the citizenry and ensuring accountability. The absence of an imperative mandate and of interpellation mechanisms has weakened parliamentary oversight, allowing legislators to act independently of the interests of their constituents. Recently, the return to bicameralism was approved, to be implemented beginning in 2026; however, the new proposals for the Chamber of Senators and the Chamber of Deputies have raised concerns about their effectiveness in improving parliamentary oversight.

The article also addresses the impact of the excessive increase in the parliamentary budget, which generates conflicts of interest and undermines public trust. To address these problems, reforms are proposed that strengthen accountability mechanisms, promote citizen participation, and ensure transparency in parliamentary management. The need to reestablish effective controls within Parliament is emphasized in order to guarantee a representative and functional democracy in Peru.

Keywords

Parliamentary oversight, peruvian constitution, bicameralism, accountability, representative democracy.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. **II.** CONTEXTO HISTÓRICO. **III.** ANÁLISIS TEÓRICOS. **IV.** EL DESCONTROL DEL PARLAMENTO. **V.** IMPACTO DEL AUMENTO DESMEDIDO DEL PRESUPUESTO EN LA RENDICIÓN DE CUENTAS. **VI.** IMPACTO DEL DESCONTROL PARLAMENTARIO EN LA CONFIANZA Y LA ESTABILIDAD DEMOCRÁTICA. **VII.** ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS PROYECTOS DE RESOLUCIÓN LEGISLATIVA QUE BUSCAN APROBAR LOS REGLAMENTOS DE LA CÁMARA DE SENADORES Y LA CÁMARA DE DIPUTADOS. **VIII.** CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política del Perú de 1993 se creó en el marco de una serie de reformas impulsadas por el entonces presidente Alberto Fujimori, después de disolver el Congreso y asumir poderes extraordinarios en 1992. Este contexto político generó un fuerte debate en torno a la legitimidad de la Constitución de 1993, y sus efectos sobre la gobernabilidad y la democracia en el país (Mendes *et al.*, 2021).

En relación con el Parlamento, la Constitución de 1993 introdujo un cambio significativo respecto a su predecesora de 1979, al establecer un Congreso unicameral en lugar de uno bicameral. Esta transformación, junto con otras disposiciones constitucionales, ha tenido profundas implicancias para el equilibrio de poderes en el Perú y para la manera en que se ejerce el control parlamentario. Recientemente, el Congreso aprobó el retorno a la bicameralidad, que se implementará a partir de 2026. Sin embargo, las propuestas de reglamento para las nuevas cámaras de diputados y senadores han suscitado inquietudes, pues agravarían aún más la falta de control parlamentario.

Desde la adopción de la Constitución de 1993, han surgido críticas persistentes sobre la efectividad de este control. A pesar de que la Constitución establece teóricamente un equilibrio de poderes entre el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, en la práctica, han prevalecido las preocupaciones sobre la acumulación excesiva de poder en el Parlamento, lo cual ha debilitado los mecanismos de supervisión. En este contexto, Strøm *et al.* (2010) han señalado que la estructura existente limita la rendición de cuentas y la representación efectiva.

Además, se ha señalado que el Parlamento no siempre cumple adecuadamente su función de representar a la ciudadanía ni rendir cuentas de manera efectiva. Este resulta un problema grave que, como sostienen Manin *et al.* (1999), destaca la importancia de la rendición de cuentas y la representación como elementos fundamentales en cualquier democracia representativa.

Este trabajo se centra en el análisis de la regulación del Parlamento en la actual Constitución Política del Perú, así como en las críticas relativas a la deficiencia del control parlamentario. A través de un examen detallado de la Constitución y de la práctica legislativa, se pretende identificar los principales desafíos que enfrentan las instituciones parlamentarias. Asimismo, se proponen reformas orientadas a fortalecer el control parlamentario y mejorar su capacidad para representar a la ciudadanía y rendir cuentas de modo efectivo.

II. CONTEXTO HISTÓRICO

Según Pastor (2012), la Constitución de 1993 nace en un contexto político y social sumamente complejo en el Perú. El país atravesaba un periodo de violencia y agitación económica, con el enfrentamiento de las fuerzas de seguridad y los grupos rebeldes Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, y la economía sufriendo una hiperinflación. En este escenario, el presidente Alberto Fujimori ejecutó un autogolpe de estado el 5 de abril de 1992, y disolvió el Congreso y el Poder Judicial, lo cual desembocó en la creación de la nueva Constitución.

Fujimori justificó su decisión argumentando que los cambios radicales se requerían para combatir la violencia y estabilizar la economía. En noviembre de 1992, se convocó a una Asamblea Constituyente Democrática para redactar una nueva Constitución, la cual fue aprobada en un referéndum en 1993.

Uno de los cambios más relevantes de la Constitución de 1993 fue la transformación del Congreso bicameral, establecido por la Constitución de 1979, a uno unicameral. Esta decisión se justificó con el objetivo de agilizar la toma de decisiones y evitar la duplicación de funciones. Sin embargo, generó preocupaciones sobre la concentración de poder y la falta de contrapesos y controles internos.

La Constitución de 1993 también otorgó al Parlamento nuevas prerrogativas, fortaleciendo su papel en el Gobierno y aumentando su capacidad para supervisar y controlar al Poder Ejecutivo. No obstante, según Rubio (1999), estas disposiciones han sido criticadas, puesto que se considera que han provocado un desequilibrio de poderes y una falta de control efectivo del Parlamento.

El papel del Parlamento y su relación con otros órganos del Estado, especialmente con el Poder Ejecutivo, ha sido uno de los temas más debatidos y controvertidos en el Perú desde la adopción de la Constitución de 1993. Este debate ha incluido discusiones sobre la capacidad del Parlamento para representar a la ciudadanía, rendir cuentas y equilibrar el poder del Ejecutivo; temas fundamentales, según Coppedge (1994), para la gobernabilidad democrática y la legitimidad del Estado.

III. ANÁLISIS TEÓRICOS

3.1. La relevancia de la teoría de separación de poderes

La teoría de la separación de poderes es una doctrina que establece la división del poder político del Estado en tres ramas independientes: legislativa, ejecutiva y judicial. Así, según anota Tuteleers (1982), este modelo busca evitar la concentración de poder y garantizar la libertad y los derechos de los ciudadanos.

La teoría de la separación de poderes, aunque a menudo se atribuye a Montesquieu, tiene sus raíces en la antigüedad. En su obra *Política*, Aristóteles en la antigua Grecia habló de tres elementos de gobierno: el deliberativo, el oficial y el judicial. Sin embargo, la formulación más cercana a nuestra comprensión actual de la separación de poderes se encuentra en los escritos del pensador inglés John Locke (1690). Según este autor, resulta fundamental distinguir entre el acto de legislar y el de nombrar a los legisladores. Por un lado, el poder de elaborar leyes se refiere a la voluntad que permite que existan; y, por otro lado, la autoridad para decidir quién se encarga de crear las leyes es un aspecto distinto. En una buena política, este último poder se debe considerar supremo, pero no se tiene que confundir con el poder legislativo (Locke, 1690, capítulo XI, sección 142).

La teoría de la separación de poderes, tal como la conocemos en la actualidad, se articuló de manera más precisa y detallada por Montesquieu en *El espíritu de las leyes* (1748). El autor propuso que el poder se debe regir por una red de controles y equilibrios, donde cada rama del gobierno cuente con la capacidad de verificar y limitar el poder de las demás. Según Montesquieu, esta interacción de contrapesos previene el abuso de poder y garantiza la libertad de los ciudadanos.

En *El espíritu de las leyes*, Montesquieu (1748) escribió lo siguiente:

> Cuando en un mismo sujeto o en el mismo cuerpo de magistratura, el poder legislativo está unido al poder ejecutivo, no hay libertad; porque se puede temer que el mismo monarca o el mismo senado hagan leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente (libro XI, capítulo 6).

Para Montesquieu, la separación de poderes era un medio de proteger la libertad civil y prevenir la tiranía. Afirmaba que, cuando los poderes legislativo y ejecutivo se concentran en la misma persona o entidad, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para ejecutarlas de la misma forma.

La teoría de la separación de poderes se implementó de manera concreta por primera vez en la Constitución de los Estados Unidos de 1787. Según Kent (2022), los padres fundadores de Estados Unidos, influenciados por las ideas de Montesquieu y su temor a un gobierno centralizado demasiado fuerte, dividieron los poderes del gobierno federal en tres ramas: legislativa (Congreso), ejecutiva (presidente) y judicial (Corte Suprema).

James Madison, en *The Federalist Papers* (1787-1788), también abordó ampliamente el tema de la separación de poderes. Como uno de los padres funda-

dores de Estados Unidos, proporcionó una perspectiva muy importante sobre este principio. En el Federalista n.º 51, expresó lo siguiente:

> Para que prevalezca en el gobierno la necesidad de consentimiento, los intereses del hombre deben estar vinculados con los derechos de su puesto. Así se hace que los gobernantes, quienes son sus agentes, al fin y al cabo, sean vigilantes y minuciosos guardianes de las prerrogativas públicas, y que los derechos privados sean cuidados con el mismo celo por aquellos a los que destruirlos sólo podría servir para violar el distrito que representa (Madison, 1787-1788, número 51).

Esta disposición fue vista como una forma de prevenir la tiranía y proteger las libertades individuales, ya que cada rama del gobierno podía controlar y equilibrar a las otras. Desde entonces, la idea de la separación de poderes se ha incorporado en muchas otras constituciones alrededor del mundo, por lo que se convirtió en un principio fundamental de las democracias constitucionales.

En el caso de la Constitución peruana de 1993, a pesar de contar formalmente con esta separación de poderes, se levantaron preocupaciones respecto a si la práctica se aleja de la teoría, en particular en lo que respecta al control parlamentario.

3.2. La necesaria teoría de la representación democrática

De acuerdo con la teoría de la representación democrática, los ciudadanos deben participar activamente en la toma de decisiones del Estado a través de sus representantes electos (Apter & Gevenini, 1967).

Los fundamentos de la representación democrática se pueden encontrar en las primeras democracias de la antigua Grecia, en especial en Atenas, donde los ciudadanos participaban directamente en la toma de decisiones. Sin embargo, la representación política como la conocemos hoy no fue parte de la democracia ateniense, que era un sistema de democracia directa, no representativa.

La idea de la representación democrática comenzó a tomar forma en la Edad Media, con el desarrollo de las asambleas representativas como el Parlamento en Inglaterra. Sin embargo, recién durante la Ilustración, los filósofos empezaron a formular teorías de la representación democrática.

John Locke y Jean-Jacques Rousseau son dos filósofos cuyas ideas han contribuido enormemente a la teoría de la representación democrática.

Locke, en el *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, argumentó que los Gobiernos deben obtener su autoridad del consentimiento de los gobernados; y los representantes, actuar en interés de aquellos a quienes representan.

Por su parte, en *El contrato social*, Rousseau sostuvo que la soberanía reside en el pueblo y que los ciudadanos tienen el derecho de gobernarse a sí mismos; aunque reconoció que, en una sociedad grande, este autogobierno se debe realizar a través de representantes.

La representación democrática como principio de gobierno apareció con más fuerza durante los siglos XVII y XVIII, con la creación de parlamentos y congresos en muchos países europeos y en las nuevas repúblicas americanas. Esta idea se solidificó con las revoluciones democráticas sucedidas en Francia y en América, donde se estableció la idea de que el poder del Gobierno proviene del pueblo.

El concepto de representación democrática ha sido central en la evolución de los sistemas democráticos y en las constituciones que han surgido desde entonces. En el caso de la Constitución de 1993 del Perú, la representación democrática es una piedra angular; aunque no se haya implementado de manera efectiva, particularmente en términos de la responsabilidad y rendición de cuentas de los representantes.

3.3. Sobre el constitucionalismo

El constitucionalismo es una teoría política que sostiene que el poder del Gobierno y su legitimidad se derivan de una constitución, que es una norma suprema que define y limita los poderes del Estado (Ferrajoli, 2011).

La idea de que una constitución puede y debe limitar el poder del Estado se encuentra en algunos de los primeros códigos escritos, como el Código de Hammurabi en Mesopotamia y las Leyes de las Doce Tablas en la antigua Roma. Sin embargo, el concepto de constitucionalismo como lo entendemos hoy tiene sus raíces en el pensamiento político de la Edad Media y la Ilustración.

Durante la Edad Media, la idea de los derechos del inglés y la ley común en Inglaterra creó las condiciones para el surgimiento del constitucionalismo (Plucknett, 1956). En la Ilustración, los filósofos formularon teorías de constitucionalismo que implicaban que una constitución debía limitar el poder del Estado y proteger los derechos de los ciudadanos.

El constitucionalismo, como principio de gobierno, se fortaleció en el siglo XVIII con la creación de constituciones escritas en los Estados Unidos y Francia. Estos documentos se convirtieron en normas supremas que definían los poderes del Estado, y establecían los principios de los derechos humanos y la soberanía popular (Beard, 1913).

IV. EL DESCONTROL DEL PARLAMENTO

La teoría de la separación de poderes, el constitucionalismo y la teoría de la representación democrática constituyen tres pilares fundamentales de cualquier sistema político moderno que aspire a ser considerado una democracia. Estas teorías no solo forman la base de los gobiernos contemporáneos, sino que también determinan sus expectativas y responsabilidades en relación con los ciudadanos a quienes sirven.

Sin embargo, resulta posible que los problemas surjan cuando un parlamento, institución que debería ser el corazón de la democracia representativa, no respeta ni se adhiere a estos principios fundamentales. Un parlamento en descontrol es un síntoma evidente de que algo esencial en el sistema político no está funcionando bien.

Mucho tiene que ver el diseño constitucional en ese objetivo. En el artículo 93 de la Constitución, se ofrece un punto de referencia importante: «Los senadores y diputados representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación. No son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones [...]».

A primera vista, este artículo parece garantizar la independencia de los parlamentarios para actuar según su propio criterio, libre de presiones externas. Esta independencia implica un aspecto importante de la democracia, pues permite a los representantes tomar decisiones basadas en lo que consideran mejor para la nación.

Sin embargo, en una lectura crítica, este artículo supone un grave problema. En primer lugar, al no estar sujetos a un mandato imperativo, los parlamentarios pueden actuar de manera independiente a los intereses de sus electores. Este es un punto de tensión con la teoría de la representación democrática, que sostiene que los representantes deben actuar en función de los intereses de sus electores.

En segundo lugar, la falta de mecanismos de interpelación constituye un obstáculo para la rendición de cuentas. La interpelación es un proceso fundamental para mantener a los congresistas responsables de sus acciones y decisiones. Sin la posibilidad de interpelación, se puede argumentar que se está debilitando la capacidad de los ciudadanos para mantener a sus representantes responsables.

Finalmente, la exención de responsabilidad por las opiniones y los votos emitidos pone en peligro la transparencia y la rendición de cuentas, pilares fundamentales de una democracia saludable. Esta cláusula ha sido utilizada como un escudo que protege a los parlamentarios de las consecuencias de sus decisiones y permite potencialmente decisiones que no favorecen al interés de la nación.

Por otro lado, en relación con nuestra reflexión en curso, conviene citar el contenido del artículo 79 de la Constitución, que indica lo siguiente: «Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto [...]».

Este artículo otorga al Parlamento una excepción a la restricción general que le impide proponer la creación o el aumento de gastos públicos, lo que le permite hacerlo sobre su propio presupuesto. Esto, en esencia, le concede una considerable autonomía en la gestión de sus recursos financieros.

De este modo, este poder se puede percibir como una medida necesaria para garantizar la independencia del Poder Legislativo y su capacidad para desempeñar sus funciones eficazmente. En este sentido, la autonomía financiera se entiende como un elemento esencial para mantener la separación de poderes y el funcionamiento adecuado de una democracia.

Sin embargo, esta autonomía también motiva preocupación si no se equilibra con una rendición de cuentas adecuada. La capacidad de controlar y aumentar su propio presupuesto genera un uso irresponsable o excesivo de los recursos públicos, especialmente en un parlamento ya identificado como carente de controles y balances adecuados.

La ausencia de un mecanismo de control externo en la gestión del presupuesto parlamentario incentiva comportamientos indeseables y crea un escenario en el que el Parlamento puede, esencialmente, «escribir su propio cheque». Esto ha suscitado un desequilibrio en la asignación de los recursos públicos, donde los recursos necesarios para otras áreas críticas se canalizan hacia el Parlamento de una manera desproporcionada.

Además, el hecho de que el Parlamento tenga la capacidad de aumentar su propio presupuesto sin un control externo constituye una afectación al principio de representación democrática. En lugar de actuar en función de los intereses de sus electores, los representantes actúan según sus propios intereses financieros, distorsionando así el objetivo de su mandato.

De acuerdo con Vesga y Jaimes (2022), cabe destacar que uno de los principios constitucionales más fundamentales es la «rendición de cuentas» o *accountability*. Este principio sostiene que los representantes elegidos son responsables ante los ciudadanos que los eligieron. Sin embargo, si los representantes pueden aumentar su propio presupuesto sin restricciones ni supervisión, este principio puede verse amenazado. Los ciudadanos pueden sentir que sus representantes no están actuando en su mejor interés y que no pueden hacer nada al respecto.

V. IMPACTO DEL AUMENTO DESMEDIDO DEL PRESUPUESTO EN LA RENDICIÓN DE CUENTAS

El incremento desmedido del presupuesto parlamentario genera un conflicto de interés inherente, donde los parlamentarios, en lugar de supervisar el gasto público, se benefician directamente de él (Beard, 1913; Kent, 2022), lo cual erosiona la confianza pública y socava la legitimidad del Parlamento (Apter & Gevenini, 1967; Emmerich, 2004). Esta situación permite la asignación discrecional de recursos, favoreciendo intereses particulares sobre el bien común. En un sistema donde los mismos parlamentarios deciden su remuneración y gasto operativo, la transparencia se convierte en una mera formalidad, se provocan dudas sobre la información proporcionada y se dificulta la exigencia de responsabilidades (Apter & Gevenini, 1967; Rubio, 1999; Gutiérrez Ayala, 2015). Para restaurar la confianza, resulta fundamental establecer controles externos e independientes, donde se involucre a la ciudadanía en la toma de decisiones (Del Castillo, 2003; Urbalejo, 2018).

Además, el principio de imparcialidad se compromete (Strøm *et al.*, 2010) cuando los parlamentarios se convierten en juez y parte al asignar recursos públicos, socavando la transparencia (Beard, 1913). La neutralización de los mecanismos de control existentes afecta la rendición de cuentas, y crea así un ambiente propicio para el abuso de poder (Kent, 2022; Strøm *et al.*, 2010; Cejudo, 2009). Esto pone en peligro la teoría del Estado de derecho (Bobbio, 2006; Rubio, 1999), y se vuelve fundamental el establecimiento de mecanismos de control independientes y externos (Del Castillo, 2003; Ugalde, 2002).

Este incremento desmedido puede conllevar una distorsión de las prioridades en la asignación de recursos públicos, prevalecer los beneficios de los legisladores sobre áreas críticas y comprometer la rendición de cuentas (Apter & Gevenini, 1967). Por tal motivo, la falta de controles externos dificulta la evaluación del impacto en el bienestar social (Emmerich, 2004; Gutiérrez, 2015; García, 2014).

VI. IMPACTO DEL DESCONTROL PARLAMENTARIO EN LA CONFIANZA Y LA ESTABILIDAD DEMOCRÁTICA

Si un Parlamento carece de responsabilidad, los ciudadanos a quienes se supone que debe representar se pueden sentir desconectados y frustrados. Esto motiva un descontento generalizado y un sentimiento de desconfianza hacia el sistema político en su conjunto.

Un parlamento en descontrol es el resultado de la falta de adhesión a las teorías de la separación de poderes, el constitucionalismo y la representación democrática. La importancia de estos fundamentos no se debe subestimar, ya que juntos forman

la base de cualquier sistema político democrático. La ausencia de reglas claras que orienten la consecución de este objetivo erosiona la confianza en las instituciones democráticas y, en última instancia, genera inestabilidad política y social.

La falta de rendición de cuentas, la irresponsabilidad por los votos emitidos y la ausencia de un mandato imperativo o interpelación son manifestaciones de una crisis más profunda en la democracia representativa.

Cuando un parlamento no rinde cuentas, esencialmente, se coloca por encima de los ciudadanos que se supone debe representar. Sin rendición de cuentas, no hay manera de evaluar el desempeño de los representantes ni de sancionar la mala conducta. Los parlamentarios pueden actuar según sus propios intereses, sin considerar las necesidades y aspiraciones de los ciudadanos. Esto se contrapone a la esencia de la teoría de la representación democrática, ya que los representantes no cumplen sus obligaciones hacia el electorado.

La irresponsabilidad por los votos emitidos significa otro problema grave. En un sistema democrático, cada voto emitido en el Parlamento debe tener consecuencias. Los representantes tienen que ser capaces de justificar sus decisiones y responder por ellas. Cuando esto no sucede, se rompe la relación entre el representante y el representado, y la confianza en el sistema democrático se puede erosionar.

La ausencia de un mandato imperativo y de interpelación también plantea serios problemas. El mandato imperativo asegura que los representantes deben actuar de acuerdo con los deseos y las necesidades de sus electores; sin este mandato, podrían tomar decisiones que no reflejan los intereses de los ciudadanos. La interpelación, por su parte, permite cuestionar y responsabilizar por sus acciones a los parlamentarios; sin la posibilidad de esta, los representantes pueden actuar impunemente, sin temor a las consecuencias de sus decisiones.

VII. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS PROYECTOS DE RESOLUCIÓN LEGISLATIVA QUE BUSCAN APROBAR LOS REGLAMENTOS DE LA CÁMARA DE SENADORES Y LA CÁMARA DE DIPUTADOS

El «Proyecto de Resolución Legislativa que aprueba el Reglamento de la Cámara de Senadores», presentado por el congresista José Luis Elías Ávalos y acompañado por otros miembros del Congreso de la República del Perú, representa un avance fundamental en el marco legislativo nacional. En el contexto de la reciente reforma constitucional que restableció el bicameralismo, este proyecto tiene como objetivo estipular las normas que regularán la organización, el funcionamiento y los procedimientos internos del Senado. Sin embargo, su análisis revela importantes preocupaciones que se deben considerar con urgencia.

Uno de los aspectos más controvertidos del proyecto es la concentración de funciones en el Senado. Todas las decisiones relacionadas con acusaciones constitucionales, así como la elección y remoción de altos funcionarios, recaen exclusivamente en esta cámara. Esta concentración de poder plantea serias interrogantes sobre la vigencia del equilibrio de poderes, que, como se señaló, se trata de un principio cardinal en cualquier sistema democrático. Incluso, solo a nivel intraparlamentario, la ausencia de un marco que permita la intervención de la Cámara de Diputados en tales decisiones no solo merma su capacidad de control, sino que también abre la puerta a la arbitrariedad en la gestión de acusaciones constitucionales, lo cual desencadena una dinámica de poder que podría resultar perjudicial para la institucionalidad del país.

Adicionalmente, la configuración del Senado —con sesenta senadores elegidos directamente— carece de criterios que aseguren una representación efectiva y proporcional de las diversas regiones y grupos poblacionales del país. La omisión de estos lineamientos se podría traducir en una subrepresentación de comunidades históricamente marginadas. Esto no solo vulnera el principio de igualdad ante la ley, sino que también erosiona la legitimidad de la institución legislativa ante los ojos de la ciudadanía.

Además, el proyecto adolece de claridad en los procedimientos destinados a manejar las discrepancias entre las dos cámaras del Congreso. Según el texto, cualquier modificación o desaprobación por parte de una cámara de un proyecto previamente aprobado por la otra requeriría una mayoría calificada para que la posición original sea reinstaurada. Esta disposición crea un escenario propenso al bloqueo legislativo, que conllevaría la obstrucción de la función esencial del Parlamento: la elaboración y la promulgación de leyes que respondan a las necesidades del Estado y de la población.

Sumado a esto, la designación y remoción de altos funcionarios por parte del Senado suscita preocupaciones sobre la independencia de los organismos controladores y del sistema de justicia en su conjunto. Esta concentración de poderes compromete la separación entre los distintos órganos del Estado, un principio esencial para el correcto funcionamiento de una democracia. La facultad del Senado de nombrar a funcionarios autónomos sin mecanismos que garanticen la transparencia y la idoneidad en estos procesos ocasionaría una mayor politización, lo cual, en última instancia, debilitaría la independencia operativa de estas instituciones críticas.

Asimismo, respecto a lo pertinente al reglamento de la Cámara de Diputados, también existen diversas preocupaciones que socavarían el adecuado ejercicio del control parlamentario. Una de las inquietudes primordiales es la posibilidad de que

la regulación interna propicie una concentración de poder en la Mesa Directiva, lo cual debilitaría la capacidad de la Cámara para ejercer su función de fiscalización sobre el Ejecutivo y otras instituciones. Cuando las decisiones clave recaen en un grupo reducido de miembros, se corre el riesgo de que se adopten medidas que favorezcan intereses particulares, despreciando el principio de rendición de cuentas que debería prevalecer en un cuerpo legislativo.

Además, la falta de mecanismos claros que promuevan la representación equitativa de las regiones y los sectores de la población en su totalidad constituye un grave obstáculo para el control democrático. Si las decisiones legislativas no reflejan adecuadamente la diversidad del país, se corre el riesgo de que las voces de las minorías y grupos históricamente marginados permanezcan excluidos del proceso legislativo. Esto debilita la legitimidad del Parlamento en su conjunto y su capacidad de respuesta ante las demandas ciudadanas.

Otro aspecto crítico constituye el procedimiento para la modificación de la agenda legislativa. La posibilidad de que un grupo mayoritario realice cambios sin la debida consulta o transparencia podría limitar el debate sobre temas de especial interés y, por ende, impedir que la Cámara actúe de manera efectiva en defensa de los intereses de la ciudadanía. Esta falta de apertura y participación provocaría decisiones arbitrarias y el sacrificio de la deliberación plural, un elemento esencial en cualquier democracia.

En esa misma línea, la regulación de las votaciones también presenta preocupaciones importantes. Aunque la norma establece que las votaciones deben ser públicas, la posibilidad de que sean secretas bajo ciertas condiciones potencialmente generaría un ambiente propicio para la opacidad y las decisiones no transparentes. Esto resulta particularmente preocupante en un contexto donde se busca fortalecer la confianza pública en las instituciones democráticas.

Finalmente, las restricciones impuestas a los medios de comunicación y a los ciudadanos en el acceso a la información legislativa son, sin duda, una barrera para el control y la supervisión que la sociedad civil debe ejercer sobre el Parlamento. Sin un acceso libre y sin restricciones a la información, se dificulta que los ciudadanos puedan ejercer efectivamente su derecho a la participación y al escrutinio, elementos críticos para el fortalecimiento de la democracia.

Todo esto nos lleva a señalar que, respecto a los proyectos de reglamentos para ambas cámaras, cuentan con el potencial de ser instrumentos que, si se implementan adecuadamente, fortalecerían el sistema legislativo. Sin embargo, las deficiencias en su contenido evidencian la urgencia de abordar con seriedad su

potencial aprobación, con la finalidad de garantizar un efectivo sistema de controles y equilibrios. Se requiere asegurar el correcto funcionamiento del nuevo Senado y de la Cámara de Diputados, así como consolidar un marco democrático que respete los principios de representación, participación y rendición de cuentas. Sin estos ajustes, las propuestas corren el riesgo de perpetuar desequilibrios que comprometan la integridad del sistema político peruano, lo cual afectaría seriamente la efectividad de estas instituciones.

La concentración de funciones en el Senado y la falta de un marco que permita la intervención de la Cámara de Diputados en decisiones clave plantean interrogantes sobre el equilibrio de poderes, mientras que la ausencia de mecanismos que aseguren una representación equitativa de las diversas regiones del país puede resultar en la subrepresentación de comunidades históricamente marginadas. Además, la indefinición en los procedimientos para manejar las discrepancias legislativas aumenta el riesgo de bloqueos y decisiones poco transparentes, y las restricciones al acceso de la ciudadanía y los medios de comunicación a la información legislativa erosionan la confianza pública.

Por lo tanto, cobra especial importancia que ambos proyectos incorporen mecanismos que promuevan la transparencia y la inclusión. De este modo, se asegura que el Parlamento actúe como un verdadero representante del pueblo y fortalezca los pilares de la democracia en el Perú.

VIII. CONCLUSIONES

Al observar la gravedad de esta situación, se deben considerar posibles soluciones y formas de restablecer el equilibrio y el control en el Parlamento. Una democracia sólida y saludable requiere un Parlamento responsable y transparente, que respete la separación de poderes y el marco constitucional. Para lograrlo, se necesita una serie de reformas estructurales, legales y culturales.

Primero, resulta crucial establecer mecanismos sólidos de rendición de cuentas. Esto podría incluir la implementación de sistemas de monitoreo y evaluación, auditorías independientes y comités de ética parlamentarios no conformados por los mismos miembros del Parlamento. Los ciudadanos también deben cumplir un papel activo en la rendición de cuentas, quizá a través de consultas públicas regulares y la participación en procesos de supervisión.

Además, se necesita fortalecer la responsabilidad de los representantes por los votos que emiten. Esto se podría lograr mediante la transparencia en la votación y la creación de canales de comunicación efectivos entre los representantes

y sus electores. Se debe incentivar a los representantes a justificar sus votos y a mantener un diálogo abierto con los ciudadanos.

En cuanto al mandato imperativo y a la interpelación, se requieren establecer reglas claras y mecanismos que permitan a los ciudadanos cuestionar y desafiar a sus representantes. Esto implicaría reformas que fortalezcan el derecho de los ciudadanos a interpelar a sus representantes y a exigirles que actúen de acuerdo con el mandato que les han confiado.

En el corazón de estas reformas, se encuentra la necesidad de un cambio cultural en el Parlamento. Los representantes deben tomar conciencia de sus responsabilidades y comprometerse con los principios democráticos. Se necesita un cambio de mentalidad que coloque a los ciudadanos en el centro del proceso político.

Estas reformas resultan esenciales para restablecer el control en un Parlamento en descontrol y para fortalecer la democracia. Sin embargo, no se pueden implementar de la noche a la mañana. Requieren un compromiso a largo plazo y una voluntad política real. Aunque hay desafíos, estos esfuerzos son importantes para proteger la democracia y asegurar un Parlamento al servicio de los ciudadanos.

En última instancia, la restauración del control en un Parlamento en descontrol significa una tarea colectiva que precisa el esfuerzo y la cooperación de todos los actores del sistema político. La democracia no es un estado estático, sino un proceso continuo que se debe nutrir y proteger. A través de un compromiso genuino con los principios democráticos, se puede restaurar la confianza en el Parlamento y fortalecer el sistema democrático en su conjunto.

A manera de conclusión, el descontrol parlamentario constituye un problema que pone a prueba la solidez de la democracia. Sin embargo, a través del compromiso colectivo y la adhesión a los principios de la separación de poderes, el constitucionalismo y la representación democrática, es posible superar este obstáculo y fortalecer la democracia. Las lecciones aprendidas nos pueden servir de guía para futuras reformas y para la promoción de un Parlamento responsable, transparente y verdaderamente representativo.

BIBLIOGRAFÍA

Apter, D. & Gevenini, D. (1967). Notas para una teoría de la representación no democrática. *Desarrollo Económico*, *7*(27), 287-328.

Beard, C. (1913). *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. Macmillan.

Bobbio, N. (2006). *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. Fondo de Cultura Económica.

Cejudo, G. (2009). *La construcción de un nuevo régimen de rendición de cuentas en las entidades federativas*. Auditoría Superior de la Federación.

Congreso Unión. (2015). *Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública*.

Coppedge, M. (1994). Instituciones y gobernabilidad democrática en América. *Síntesis: Revista Documental en Ciencias Sociales Iberoamericanas*, (22), 61-88.

Del Castillo, A. (2003). *Medición de la corrupción: un indicador de la rendición de cuentas*. Auditoría Superior de Federación.

Emmerich, G. (2004). Transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad gubernamental y participación ciudadana. *Polis. Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial*, *4*(2), 67-90.

Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), 15-53.

García, J. (2014). Gobierno abierto: transparencia, participación y colaboración en las Administraciones públicas. *Innovar*, *24*(54), 75-88.

González, O. A. (2014). Análisis crítico sobre el sistema nacional anticorrupción. *Revista Proceso, Semanario de Información y Análisis*. https://www.proceso.com.mx/reportajes/2014/12/13/analisis-critico-sobre-el-sistema-nacional-anticorrupcion-140987.html

Gutiérrez, M. (2015). El gasto público en el seno de la transparencia y rendición de cuentas. Una perspectiva argumentativa. *Díke*, (17), 173-188.

Kent, J. (2022). *Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos de América*. Outlook Verlag.

Lassalle, F. (2009). *¿Qué es una Constitución?* Colofón.

Manin, B., Przeworski, A. & Stokes, S. (1999). Elections and Representation. En A. Przeworski, S. Stokes & B. Manin (Eds.), *Democracy, Accountability, and Representation* (Cambridge Studies in the Theory of Democracy, pp. 29-54). Cambridge University Press.

Mendes, C., Gargarella, R. & Guidi, S. (Eds.). (2021). *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*. Oxford University Press.

Pastor, G. (2012). Los veinte años del «autogolpe» de Fujimori: el surgimiento del «fujimorismo». *Amérique Latine Political Outlook 2012*.

Plucknett, T. (1956). A Concise History of the Common Law. Little, Brown.

Quintanilla, G. (2012). E-transparencia y E-rendición de cuentas en los sitios web mexicanos. *Espacios Públicos*, *15*(34), 95-119.

Rubio, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Strøm, K., Müller, W. & Smith, D. (2010). Parliamentary Control of Coalition Governments. *Annual Review of Political Science*, *13*, 517-535.

Tuteleers, S. (1982). Sobre la separación de los poderes del Estado. *Revista de Ciencia Política*, *4*(2), 73-97.

Ugalde, L. (2002). *Rendición de cuentas y democracia: el caso de México*. Instituto Federal Electoral.

Urbalejo, C. (2018). Rendición de cuentas como herramienta para prevenir la corrupción. *Trascender, Contabilidad y Gestión*, (9), 19-30.

Valverde, M. (2004). *Rendición de cuentas*.

Vergara, R. (2008). La transparencia como problema. *Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos* (Cuadernos de transparencia), 1-50.

Vesga, Y. & Jaimes, P. (2022). El control social como mecanismo de fortalecimiento de las corporaciones públicas. El caso del observatorio ciudadano al Concejo de Bucaramanga. *Reflexión Política*, *24*(50), 116-126.

Recibido: 20-02-2025
Aprobado: 10-04-2025

Treinta y tres años de unicameralismo y una sólida apuesta por el retorno a la doble cámara legislativa en el Perú

Thirty-three years of unicameralism and a firm determination to return to a bicameral legislature in Peru

✍ Alex Ulloa Ibáñez*

Resumen

Investigaremos los dos modelos de organización desplegados en el sistema legislativo peruano y que, a su vez, han tenido mayor presencia en nuestra historia constitucional. Se identifican sus características, fortalezas y debilidades, así como se describe el cambio de giro del sistema unicameral al bicameral en nuestra actual Constitución. Finalmente, se brindan nuestras apreciaciones sobre el retorno al sistema de dos cámaras en el Perú, desde el próximo año, por mandato de la Ley 31988, «Ley de reforma constitucional que reestablece la bicameralidad en el Congreso de la República del Perú», a partir de las próximas elecciones generales, las cuales se realizarán el 12 de abril de 2026[1].

Palabras clave

Constitución, democracia, Parlamento, sistema unicameral, sistema bicameral.

---

* Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Código ORCID: 0009-0005-6599-9577. Correo electrónico: aulloa@tc.gob.pe

1 Ver la nota periodística «JNE dispone publicación de proyecto de Cronograma Electoral de las Elecciones Generales 2026». Disponible en https://portal.jne.gob.pe/portal/Pagina/Nota/17295

Abstract

We will investigate the two organizational models that have beeen deployed in the Peruvian legislative system and that have had a greater presence in our constitutional history; identifying their characteristics, strengths and weaknesses; as well as, we will describe the change of direction from the unicameral system to the bicameral system in our current Constitution; finally, we will provide our opinions on the return to the two-chamber system in Peru, starting next year by mandate of Law 31988, «Constitutional reform law that reestablishes bicameralism in the Congress of the Republic of Peru», starting with the next general elections, which would be held on April 12, 2026.

Keywords

Constitution, democracy, Congress, unicameral system, bicameral system.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. **II.** CONCEPTOS PREVIOS QUE PERMITIRÁN AFIANZAR EL OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN. **III.** EL PERÚ Y EL RETORNO A LA BICAMERALIDAD. **IV.** CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Los sistemas unicamerales o bicamerales son formas a través de las cuales se configuran los parlamentos a nivel mundial. En Hispanoamérica, actualmente, no existe una tendencia predominante. Así, encontramos que países como España, Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, México, Paraguay, República Dominicana y Uruguay acogen el sistema de doble cámara legislativa. Por su parte, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Venezuela tienen un sistema de cámara única.

En el caso peruano, con la Constitución de 1993, se rompió una de nuestras tradiciones constitucionales, ya que pasamos del sistema de doble cámara al sistema de cámara única. Al respecto, Salcedo (2022) expresa lo siguiente:

> Hasta antes de la Constitución de 1993, en la historia constitucional peruana predominó el sistema bicameral, que fue establecido por las constituciones de 1828 (que fue la primera constitución peruana que tuvo vigencia efectiva), 1834, 1839, 1856, 1860, 1920, 1933 y 1979, que son las cartas políticas que mayor vigencia han tenido en nuestra accidentada historia constitucional. (p. 31)

A la fecha, luego de casi treinta y tres años, retornaremos al sistema de dos cámaras, cuyos detalles brindaremos en un acápite posterior. Para una mejor ilustración, describiremos los sistemas legislativos que han tenido los parlamentos peruanos a lo largo del tiempo.

Tabla 1
Las formas del sistema legislativo en las constituciones del Perú

Constitución y artículo		Modelo legislativo	Cantidad de representantes
1	Constitución Política de 1823, artículo 51	Unicameralismo	No se indica de forma expresa. La cantidad se reserva para la ley.
2	Constitución Política de 1826, artículo 27	Tricameralismo	24 miembros por cada cámara en los primeros 20 años (diputados, senadores y censores).
3	Constitución Política de 1828, artículo 10	Bicameralismo	Cámara de Diputados. Los colegios electorales eligen a los diputados a razón de uno por cada 20 000 habitantes o por una fracción que pase de 10 000. Cámara de Senadores. 3 senadores por cada departamento, elegidos por la Junta Departamental y 2 senadores suplentes por cada departamento.
4	Constitución Política de 1834, artículo 10	Bicameralismo	Cámara de diputados. Los colegios electorales eligen a los diputados a razón de uno por cada 24 000 habitantes o por una fracción que pase de 12 000. Cámara de Senadores: cinco Senadores por cada departamento. Tres senadores suplentes por cada departamento.
5	Constitución Política de 1839, artículo 15	Bicameralismo	Cámara de Diputados. 1 diputado por cada 30 000 habitantes o por una fracción que pase de 15 000. Cámara de Senadores. 21 ciudadanos, 2 suplentes por cada 3 senadores.
6	Constitución Política de 1856, artículo 43	Bicameralismo	Se elegirán representantes al Congreso (titular y suplente) por cada 25 000 habitantes o por una fracción que pase de 15 000. Instalado el Congreso, se sacará por suerte la mitad de los representantes para que formen la Cámara de Senadores, y la otra mitad, la Cámara de Diputados.
7	Constitución Política de 1860, artículo 44	Bicameralismo	Cámara de Diputados. 1 diputado propietario y 1 suplente por cada 30 000 habitantes o por cada fracción que pase de 15 000, y por cada provincia, aunque su población no llegue a este número.

			Se fijará por ley el número de diputados que corresponda a cada provincia. Cámara de Senadores. 4 senadores propietarios y 4 suplentes por cada departamento que tenga más de 8 provincias.
8	Constitución Política de 1867, artículo 45	Unicameralismo	1 representante propietario y 1 suplente en todas las provincias por cada 25 000 habitantes y otros por las fracciones que superen los 15 000.
9	Constitución Política de 1920, artículo 72	Bicameralismo	Cámara de Diputados: 110. Cámara de Senadores: 35.
10	Constitución Política de 1933, artículo 89	Bicameralismo	El número de diputados y senadores será fijado por ley.
11	Constitución Política de 1979, artículo 164	Bicameralismo	Cámara de Diputados: 180. Cámara de Senadores: 60.
12	Constitución Política de 1993, artículo 90	Unicameralismo	130 congresistas.
		Bicameralismo (a partir del 12 de abril de 2026)	Cámara de Diputados: 130. Cámara de Senadores: 60.

Fuente: Elaboración propia.

II. CONCEPTOS PREVIOS QUE PERMITIRÁN AFIANZAR EL OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Democracia

Definir la democracia no es tarea fácil, ya que se trata de un concepto polisémico y, muchas veces, confuso. Así lo explica Domínguez (2008) cuando afirma lo siguiente:

> [...] es frecuente ligar a la democracia con los significados que siguen: sistema político, régimen político, sistema político-institucional, sistema de reglas político-institucional, método político, procedimiento, técnica organizativa del poder, orden jurídico-político, organización jurídica, principio constitucional, principio de legitimidad, forma de Estado, forma de gobierno, sistema de gobierno, sistema gubernamental, sistema social, modelo social, régimen social, tipo de sociedad, clase de sociedad, sistema de vida, forma de vida, modo de vida, modo de vivir, estilo de vivir, modelo socio económico, estructura socio económica, sistema de producción de decisiones socio

> económicas, forma sustantiva, sistema ético, sistema moral, valor, sistema de valores, principio humanista, doctrina, ideología, filosofía, forma de pensamiento, conjunto de ideales, conjunto de creencias, espíritu, entre otros tantos más. Súmese un significado que en los últimos años se está manejando como el considerar a la democracia como un derecho (p. 142).

Asimismo, el destacado profesor peruano señala que todas estas formas de comprender a la democracia «encajan en una visión triádica de la democracia: una forma política, una forma de vida y una forma de liberación del hombre» (Domínguez, 2008, p. 143).

Por otro lado, a nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional (TC) peruano acierta al indicar que el contenido esencial de la democracia se puede abordar desde tres planos; en ese sentido, desde el plano iuspolítico, la democracia es concebida de la siguiente manera:

> [...] un principio y un derecho humano, un derecho marco, un derecho global bajo la ecuación «derecho a tener y ejercer derechos», y donde se despliega el conjunto de derechos humanos garantizados y su notoria relación con los poderes del Estado. Es un elemento consustancial su calidad de principio legitimador de la voluntad ciudadana que promueve por medio de la competencia, el diálogo y la participación política para la titularidad, ejercicio y control del poder político; y como organización de la libertad-igualdad se articula dentro de un Estado constitucional democrático, en cuyo seno se desenvuelven los pluripoderes con sujeción a la Constitución y, por ende, al control constitucional (Sentencia 443/2023, recaída en el Expediente 00001-2023-PI/TC, FJ. 11).

Continúa el alto colegiado al precisar:

> [...] una segunda dimensión de la democracia es identificarla como una forma o estilo de vida, en tanto la persona en su interrelación con los otros tenga incumbencia cotidiana en el escenario social, dentro de un mínimo de bienestar y desarrollo socioeconómico (presupuestos socioeconómicos) para el ejercicio de la libertad en condiciones iguales y para la prosperidad del colectivo humano. (Sentencia 443/2023, recaída en el Expediente 00001-2023-PI/TC, FJ. 12)

Finalmente, señala que, desde el plano de la experiencia democrática:

> [...] es una forma de liberación del hombre en su dimensión humanista, principista, ética, de respeto a sí mismo y de reconocimiento de los otros, por cuanto la calidad de ser humano —su dignidad— es fin de toda orga-

> nización estadual y social. (Sentencia 443/2023, recaída en el Expediente 00001-2023-PI/TC, FJ. 13)

Por ello, el TC peruano ha definido la democracia de la siguiente forma:

> [...] un derecho marco-fundamental de la persona, en tanto sin ella no se podrá concretizar plena y eficientemente el derecho a la dignidad, los derechos de la libertad, el derecho democrático a participar en el gobierno o en los asuntos públicos y las generaciones de derechos constitucionales; y es un derecho marco-rector de organización de la sociedad, del poder político y del Estado, en tanto que, con la configuración de los principios de soberanía popular, separación y equilibrio de poderes, alternancia en el poder y supremacía de la Constitución, entre otros, se articula un Estado constitucional o democrático de derecho (forma de Estado de la democracia). (Sentencia 443/2023, recaída en el Expediente 00001-2023-PI/TC, FJ. 15)

2.2. Estado constitucional de derecho

Vivimos y convivimos en un Estado constitucional de derecho. Evidentemente, este no puede existir sin desprenderse de los conceptos de democracia, dignidad humana y Constitución. En esa línea, Häberle (2003) menciona sobre el Estado constitucional:

> El Estado constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico —cultural, por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales [...]. Su Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, posee una validez jurídica formal de naturaleza superior. La Constitución es creadora del momento de la estabilidad y la permanencia [...]. (p. 3)

Sin embargo, como afirma Nino (2005), el constitucionalismo se explica desde dos sentidos:

> El primero, un sentido mínimo, se refiere al requerimiento de que un Estado tenga una constitución en el vértice de su sistema jurídico. Hay de nuevo una considerable nebulosidad alrededor de la expresión Constitución, pero uno puede suponer aquí que se refiere a un conjunto de normas que dispone la organización básica del poder político y la relación entre el Estado y los individuos, que implican determinadas restricciones sobre la actividad

> legislativa normal. [...] A ese sentido mínimo de constitucionalismo se opone un sentido pleno. Este sentido requiere no sólo la existencia de normas que organizan el poder y que están en cierto modo atrincheradas frente al proceso legislativo normal, sino también y preeminentemente que se satisfagan ciertas exigencias acerca del procedimiento y contenido de las leyes que regulan la vida pública. [...] Estas exigencias son las que definen el concepto de democracia liberal o constitucional [...]. (pp. 2-4)

Tanto el concepto de democracia como el de Estado constitucional se autoincluyen, se vuelven uno solo. De esta manera, Figueroa (2021) afirma lo siguiente:

> afirmamos una relación indisoluble entre democracia y Estado constitucional, pues se trata de conceptos que van de la mano, entrelazados, y uno se diluye sin el otro. Bajo esa pauta, solo hay democracia fundamental, esto es, una democracia con pleno respeto de los derechos fundamentales, dentro de un Estado constitucional, y solo existe un Estado constitucional con aspiraciones de realización dentro de un régimen democrático. (p. 178)

Así las cosas, coincidimos con el maestro Humberto Henríquez (2015) en describir al Estado constitucional de derecho de la siguiente manera:

> un nuevo paradigma de Estado que se consolida con el cumplimiento de dos elementos fundamentales: 1º que la Constitución sea producto del poder constituyente como expresión de la soberanía popular y 2º que exista un órgano que controle, de manera efectiva, la supremacía constitucional. (p. 81)

Entonces, surge una pregunta válida: ¿cuál es la finalidad de convivir en un Estado constitucional de derecho? En este contexto, el profesor Borea (1999) ya ha señalado ciertas aproximaciones al afirmar que dicha finalidad u objetivo es la «aseguración de la libertad y la dignidad de la persona humana, como arquitecto y realizador de su destino y como partícipe en la fijación de pautas comunes para la sociedad» (p. 541).

2.3. División y equilibrio de poderes

La pertinencia de escribir sobre la división de poderes radica en la posibilidad de identificar cómo se fragmenta y equilibra el poder dentro del Estado constitucional. A su vez, permite reconocer al interior del Poder Legislativo la forma en que se encuentra diseñado: sistemas unicameral o bicameral. En este contexto, el TC peruano, al referirse a la división de poderes, explica lo siguiente:

> El principio de la división de poderes (reconocido en el tercer párrafo del artículo 43 de la Constitución) no se condice más con una tesis monovalente de las funciones correspondientes a cada uno de los poderes del Estado, según la cual, a cada uno de ellos corresponde una función específica no susceptible de ser ejercida por los demás, bajo cargo de quebrantar el principio de independencia y autonomía de los poderes estaduales que sirve de garantía contra la instauración del Estado absoluto. En efecto, hoy se reconoce que esta garantía no supone una férrea impenetrabilidad entre los poderes estatales, sino un equilibrio entre los mismos, expresado en la mutua fiscalización y colaboración. (Expediente 00028-2010-PI/TC, FJ. 2)

Como se evidencia, el principio de separación y equilibrio de poderes no se refiere a compartimientos estancos, sin vasos comunicantes. El máximo intérprete de la Constitución enseña que los poderes —si bien autónomos e independientes— también están sujetos a controles, bajo un principio de colaboración mutua.

También resulta importante mencionar lo siguiente sobre el constitucionalismo en la actualidad:

> [...] el constitucionalismo no considera que existan diversos poderes del Estado, sino más bien un solo poder estatal que se manifiesta de diversas maneras, a través del ejercicio de diversas funciones. En otras palabras, el Estado debe cumplir determinadas funciones y los destinatarios del poder resultan beneficiados si estas son ejercidas por diferentes órganos. (Guzmán, 2015, p. 484)

2.4. El Parlamento

Existen algunas ideas básicas que debemos conocer para poder hablar del Parlamento. En ese sentido, Álvarez y Tur (2023) lo definen de la siguiente manera:

> Etimológicamente, Parlamento significa conversación. La expresión [Parlamento] es, en su significado político, de origen británico, desde donde extiende su influencia al resto del continente. El origen de los Parlamentos suele situarse, al menos en algunos países, como Inglaterra y los antiguos reinos españoles, en la Baja Edad Media. La razón de su aparición es fundamentalmente económica. El monarca recibía ingresos de determinados estamentos sociales, los cuales participaban, a su vez en los asuntos públicos. El principio [there are not taxes without representation] se convirtió en la razón de ser de estas Asambleas. (p. 550)

De acuerdo con Espín Templado (como se citó en Gutiérrez, 2021), «en los sistemas constitucionales, surge el parlamento como órgano de representación nacional cuya función principal es expresar la voluntad popular mediante normas de carácter general» (p. 611). Por lo tanto, en relación con la finalidad del parlamento, Delgado-Guembes (2012) manifiesta:

> [...] la finalidad central del parlamento es asegurar la discusión y la deliberación de los representantes sobre la naturaleza de las cuestiones puestas en su conocimiento, las alternativas de solución, y el efecto que tales alternativas tienen en las distintas esferas implicadas en la problemática y en la comunidad en general. [...] De ahí la otra razón de ser y finalidad del parlamento: para que exista un mínimo básico y elemental de control que impida el ejercicio autocrático del poder. (pp. 34-35)

Asimismo, coincidimos con Bernales (2001), quien expresa:

> [...] el estado democrático de derecho se asienta en dos pilares: la división de poderes y la soberanía popular. El Parlamento es la institución que sintetiza el enlace estructural de estas dos columnas; su legitimidad es indispensable, si carece de ella, todo el edificio democrático se desmorona. La democracia y el Estado de Derecho no existen sin un Parlamento legítimo. (pp. 25-26)

En ese sentido, Fuentes (2018) menciona lo siguiente:

> [...] la organización de los cuerpos encargados de dar las leyes no es una misma en las diversas formas de gobierno que han adoptado las naciones, y en cada una de estas el transcurso de los tiempos, los progresos de la civilización y el ensanche de las libertades públicas, han variado y modificado aquella organización. [...] ¿El cuerpo legislativo debe componerse de dos cámaras, o de una sola? (pp. 183-184)

Esta es, precisamente, la pregunta que trataremos de responder.

2.5. El sistema unicameral

> En el gobierno, unicameralidad es la práctica de tener una de las cámaras legislativas o parlamentarias. Por lo tanto, un parlamento unicameral es un cuerpo legislativo que consta de una cámara o de la casa. Legislaturas unicamerales normalmente existen en los Estados unitarios pequeños y homogéneos, una segunda cámara se considera innecesario. (Rosas, 2015, p. 523)

La unicameralidad es el actual modelo peruano recogido por la Constitución vigente —que pronto dejará de estar en uso— y una de las formas en las cuales se puede organizar el Poder Legislativo. «El Constituyente de 1993 consideró la necesidad de un parlamento unicameral atendiendo a que el proyecto de Constitución contemplaba mecanismos de consulta popular, como el referéndum, que estaban previstos en las cartas anteriores» (Hakansson, 2009, p. 285).

> Según Kelsen, el más importante defensor de este sistema en el siglo xx, la idea democrática exige que el órgano legislativo se componga de una sola cámara debido a que la unidad política exige unidad de criterio en la asamblea popular para evitar así la dualidad de opiniones que con frecuencia se presenta en el régimen bicameral. En efecto, el proceso de insistencias que existe en los Parlamentos bicamerales puede traer como consecuencia que una de las cámaras imponga su voluntad, a pesar de no existir mayoría en la otra. De manera que el argumento que pretende hacer coexistir dos voluntades distintas para la aprobación de una ley falla por su propia base (Henríquez, 2018, p. 332).

No obstante, el Congreso de la República y, por ende, su sistema unicameral, a pesar de tener treinta y dos años de vigencia, siempre ha sido cuestionado. Basta con señalar que «para todos resulta un valor entendido que el Congreso no funciona eficientemente, lo que se refleja en su alto grado de desaprobación ciudadana» (Ferrero, 2012, p. 45).

En este contexto, resulta importante recordar:

> […] como parte de los cuestionamientos al origen autoritario de la Constitución de 1993, que surgió como una salida política al autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992 perpetrado por Alberto Fujimori, en diversos momentos se propuso la necesidad de retornar a nuestra tradición constitucional, rota por la Constitución de 1993; es a partir del periodo legislativo 2006-2011 que se plantea seriamente, en el seno del propio Parlamento, la posibilidad de restablecer el sistema bicameral y, de este modo, retornar a nuestra tradición constitucional. (Salcedo, 2022, p. 32)

A la fecha, y como ya se precisó, se encuentra aprobado el retorno al sistema bicameral, mediante la Ley 31988.

2.6. El sistema bicameral

De origen inglés (Cámara de los Lores y Cámara de los Comunes), el sistema bicameral es la forma de organización legislativa de dos cámaras (diputados

y senadores). De acuerdo con Rosas (2015), «la bicameralidad es la práctica de tener dos cámaras legislativas. En ese sentido, un Parlamento bicameral es un Parlamento o Congreso que consiste de dos cámaras legislativas. La bicameralidad es un elemento esencial de la clásica noción de Gobierno» (p. 72).

> Si en su origen el bicameralismo responde, como dice Laski, a un accidente de la historia, a la circunstancia de que en Inglaterra, modelo copiado luego por doquier, fuesen dos los cuerpos en que el Parlamento se articuló, la invención obedeció, evidentemente, a razones de contenido que explican asimismo la persistencia del tipo creado y justifican su difusión, que llegó a tal punto que, como señalara Biscaretti, pocos principios de técnica constitucional han conseguido entre los Estados de democracia clásica una afirmación tan plena y difusa semejante a la alcanzada por la existencia en el Parlamento de dos Cámaras legislativas. Y a la par, lo cierto es que ha sido este punto uno de los aspectos más controvertidos del Derecho Constitucional. (Fernández, 1992, pp. 573-574)

Para comprender la institución de la bicameralidad, coincidimos con Salcedo (2022) cuando explica lo siguiente:

> […] en la historia constitucional comparada se puede identificar tres tipos básicos de modelos de bicameralidad que responde a diversos criterios de representación: la bicameralidad aristocrática (propia de sociedades estamentales), la bicameralidad federal (propia de las repúblicas federativas) y la bicameralidad meramente revisora o de control. (p. 34)

El ejemplo por excelencia de la bicameralidad aristocrática es el Parlamento británico, dividido en dos cámaras: la Cámara Alta o Cámara de los Lores y la Cámara Baja o Cámara de los Comunes. [...] La razón de esta división es que nobles y plebeyos no se deben mezclar en el mismo órgano político, ya que pertenecen a distintos estamentos con diferentes derechos, privilegios y prerrogativas, así como distintos intereses que deben equilibrar entre sí sus poderes. En este caso, la Cámara de los Lores ha representado los intereses conservadores de la nobleza británica, como un freno al radicalismo de la Cámara de los Comunes, integrada por representantes de la burguesía y la plebe. Claro está que este modelo bicameral responde a una visión eminentemente aristocrática que no se condice con el principio de los regímenes republicanos según el cual todos los individuos de una sociedad son ciudadanos libres e iguales en derechos y deberes (Salcedo, 2022, pp. 34-35).

Respecto a la bicameralidad federal (o regional), Salcedo (2022) señala sobre su desarrollo inicial:

> […] este tipo de bicameralidad se desarrolló inicialmente en los estados federales, habiéndose luego hecho extensivo el modelo a estados unitarios pero descentralizados o regionalizados. En estos casos, la existencia de dos cámaras obedece a la necesidad de establecer diferentes tipos de representación: una cámara para representar al conjunto de ciudadanos de la república (propio del modelo republicano) y otra cámara para representar a los estados miembros de la federación (propio del modelo federal). (p. 35)

En relación con el tercer tipo de bicameralismo, Salcedo (2022) expresa:

> […] corresponde a los países que no están organizados oficialmente como aristocracias ni como estados federados. En estos países la existencia de dos cámaras no se justifica apelando a distintas necesidades de representación, sino únicamente a la supuesta calidad revisora o al rol de control que tendría el senado dentro de la estructura parlamentaria. Desde esta perspectiva estrictamente funcional, se supone que la existencia de dos cámaras permite mejorar la calidad de las leyes, ya que estas se aprobarían luego de un proceso de debate más largo y reflexivo. Se parte del supuesto que la decisión de la cámara de diputados (la cámara joven o cámara política) obedecería fundamentalmente a criterios políticos más que a criterios técnicos, lo que podría afectar la calidad de las leyes que [sean][2] aprobadas por esta. Frente a esta situación, el senado, compuesto por individuos más experimentados, desempeñaría el rol de cámara reflexiva al revisar y corregir los eventuales desaciertos o excesos de la cámara joven. (pp. 36-37)

En este contexto, corresponde mencionar lo siguiente:

> […] los defensores del bicameralismo sostienen que en los países de escasa o mediana cultura política, la existencia de la segunda cámara es una necesidad que evita la legislación precipitada [...] el argumento que mayor solidez tiene en las actuales circunstancias es que el procedimiento bicameral asegura el estudio más profundo y sereno de las leyes sancionadas. En ese sentido, la segunda cámara opera como una cámara de reflexión, constituyéndose en un límite a los excesos de la cámara joven o del impulso. La prudencia, en este caso es una virtud del sistema bicameral que,

2 Palabra en corchetes, agregado por nosotros.

> incluso, hace posible que la opinión pública tenga el tiempo suficiente para pronunciarse acerca de la conveniencia o no de las normas en discusión. (Henríquez, 2018, pp. 330-331)

III. EL PERÚ Y EL RETORNO A LA BICAMERALIDAD

En nuestro país, la doctrina enseña que el unicameralismo debilita la representatividad y la deliberación normativa.

> Las pocas experiencias del unicameralismo en nuestro país han resultado traumáticas y constituyen causa suficiente para el retorno al bicameralismo que, si bien no es la panacea, es al menos el que menos riesgo representa para el funcionamiento de la democracia. (Henríquez, 2018, p. 334)

Así, el 20 de marzo de 2024, se publicó la Ley 31988, «Ley de reforma constitucional que restablece la bicameralidad en el Congreso de la República del Perú», norma jurídica que enmendó, entre otras, el artículo 90 de nuestra Constitución de 1993. No obstante, por mandato de la misma ley (primera disposición complementaria final), la mencionada reforma entrará en vigor a partir de las próximas elecciones generales, que se deberían realizar el 12 de abril de 2026. A continuación, presentaremos un cuadro comparativo del artículo 90 de la Constitución vigente y del que entrará en vigencia el próximo año.

Tabla 2
Comparativo del texto del artículo 90 de la Constitución de 1993 vs. la Ley 31988

Artículo 90, de conformidad con la Constitución Política de 1993	Artículo 90, de conformidad con la Ley 31988
El poder legislativo reside en el Congreso de la República, el cual consta de cámara única. El número de congresistas es de ciento treinta. El Congreso de la República se elige por un periodo de cinco años mediante un proceso electoral organizado conforme a ley. Los candidatos a la presidencia no pueden integrar las listas de candidatos a congresistas. Los candidatos a vicepresidentes pueden ser simultáneamente candidatos a una representación en el Congreso.	El poder legislativo reside en el Congreso de la República, el cual está conformado por el Senado y la Cámara de Diputados. El Senado está conformado por un número mínimo de sesenta senadores, elegidos por un periodo de cinco años mediante un proceso electoral conforme a ley, asegurando que, por lo menos, se elija a un representante por cada circunscripción electoral, mientras que los restantes son elegidos por distrito único electoral nacional. El número de senadores puede ser incrementado mediante ley orgánica.

Para ser elegido congresista, se requiere ser peruano de nacimiento, haber cumplido veinticinco años y gozar del derecho de sufragio.	La Cámara de Diputados cuenta con un número mínimo de ciento treinta diputados, elegidos por un periodo de cinco años mediante un proceso electoral conforme a ley. El número de diputados puede ser incrementado a través de la ley orgánica en relación con el incremento poblacional. Durante el receso, funciona la Comisión Permanente, conforme a lo previsto en el Reglamento del Congreso. La Presidencia del Congreso de la República recae de manera alternada sobre los presidentes de cada cámara. Para ser elegido senador, se requiere ser peruano de nacimiento, haber cumplido cuarenta y cinco años al momento de la postulación o haber sido congresista o diputado, y gozar del derecho de sufragio. Para ser elegido diputado, se necesita ser peruano de nacimiento, haber cumplido veinticinco años al momento de la postulación y gozar del derecho de sufragio. Los candidatos a la presidencia o a las vicepresidencias de la República pueden ser simultáneamente candidatos a senador o diputado. Los senadores y diputados pueden ser reelegidos de manera inmediata en el mismo cargo.

Fuente: Elaboración propia.

Evidentemente, en el nuevo artículo, resalta el cambio sustancial de transitar de una cámara única a una doble cámara. Implícitamente, la representación nacional coincide en que el unicameralismo tiene ciertas debilidades; básicamente, la carencia de un mayor análisis y reflexión en la expedición de leyes. Recordemos que el Congreso actual solicita en un alto porcentaje la exoneración de la segunda votación de los proyectos de ley que ya han sido aprobados por el Pleno. Asimismo, se busca rescatar una tradición histórica bicameral en la historia constitucional peruana. Cabe señalar que muchos parlamentarios que votaron por esta reforma constitucional aspiran a convertirse en senadores en las próximas elecciones; pues consideran reunir las condiciones de experiencia política y democrática para representar al soberano, quien tendrá la decisión de elegir sabiamente.

Cabe destacar que existe una delegación en la ley orgánica para determinar a futuro el incremento del número de senadores y diputados, atendiendo al crecimiento poblacional. A mi entender, esta situación se debería evaluar técnicamente

y con datos objetivos, y nunca según criterios políticos. Esta ventana abierta legislativa es correcta, ya que no recurriremos a futuras reformas constitucionales para establecer el número de nuestros representantes congresales.

Además, el Congreso ya debería estar elaborando una propuesta de nuevo reglamento para que las funciones y competencias de ambas cámaras se encuentren delimitadas. Recordemos que el artículo reformado prescribe la existencia de una Comisión Permanente durante el receso parlamentario y la alternancia de la Presidencia del Congreso.

Finalmente, se establece, y coincidimos en ello, que los candidatos a la presidencia o a las vicepresidencias de la República pueden candidatear simultáneamente a senador o diputado, así como manifestamos nuestra conformidad con la reelección inmediata en estos cargos. No obstante, advertimos que esta parte final del artículo reformado (reelección inmediata) generará interpretaciones disímiles que buscarán responder la siguiente interrogante: ¿los senadores y diputados se pueden reelegir de forma inmediata por una sola vez o de forma indefinida? Dejamos la pregunta abierta para el debate y reflexión.

IV. CONCLUSIONES

Consideramos que la apuesta realizada por el Parlamento para retornar al bicameralismo —y con la cual estamos plenamente de acuerdo— se sostiene en los siguientes argumentos, que también validamos como nuestras conclusiones:

- El país retoma la tradición histórica de la bicameralidad. Este sistema ha existido en nueve de nuestras doce cartas constitucionales.
- La bicameralidad es un sistema legislativo adoptado, mayoritariamente, por países con grandes poblaciones, como el caso peruano.
- La bicameralidad aporta una cuota de mayor experiencia política a través de sus senadores.
- La bicameralidad asegura que las leyes que expida un parlamento tengan un tiempo prudente de reflexión. Esta situación no ocurre hoy con nuestro actual Parlamento, ya que los proyectos de ley aprobados en primera votación son exonerados de la segunda votación[3] en la mayoría de casos.

---

3 En el artículo 73 del Reglamento del Congreso de la República, se describen las etapas del procedimiento legislativo; y, en su literal «e», se indica que un proyecto de ley tiene que ser aprobado por doble votación. No obstante, los mismos parlamentarios solicitan, en la

- Los gobernantes autocráticos tienen mayor control sobre los parlamentos unicamerales.
- Existe una mayor concentración del poder (en pocas manos) cuando se trata de parlamentos unicamerales.
- La función revisora de las normas legislativas casi desaparece en los sistemas unicamerales, pues dicha función en la práctica es realizada por el Poder Ejecutivo (al observar las leyes) o por el TC (cuando declara la inconstitucionalidad de las leyes).

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez, E. y Tur, R. (2013). *Derecho constitucional*. Tecnos.

Bernales, E., Dargent, E., Mendoza, R. y Otárola, A. (2001). *Parlamento y ciudadanía. Problemas y alternativas*. Comisión Andina de Juristas.

Borea, A. (1999). *Derecho y Estado de derecho*. Editorial Gráfica Monterrico.

Delgado-Guembes, C. (2012). *Manual del Parlamento. Introducción al estudio del Congreso peruano*. Biblioteca del Congreso del Perú.

Domínguez, H. (2008). *El derecho a la democracia. Repensando un modelo societario constitucional*. Editora Jurídica Grijley.

Fernández, F. (1992). *El sistema constitucional español*. Dykinson.

Ferrero, R. (2012). *La Constitución como soporte indispensable de la política*. Gaceta Jurídica.

Figueroa, E. (2021). Bicentenario, democracia y Estado constitucional. En *Reflexiones constitucionales sobre el bicentenario. Significado, importancia y retos en la forja del Estado constitucional peruano* (pp. 173-181). Tribunal Constitucional del Perú; Centro de Estudios Constitucionales.

Fuentes, M. (2018). *Derecho constitucional filosófico*. Tribunal Constitucional del Perú; Centro de Estudios Constitucionales.

Gutiérrez, G. (2021). *Comentarios a la Constitución Política del Perú*. Editora Jurídica Grijley.

---

mayoría de casos, la exoneración de esta segunda votación. Esto, en la práctica, resulta en una omisión de la etapa reflexiva de las leyes que permita dotarle al país de normas jurídicas que contengan legitimidad.

Guzmán, C. (2015). *La Constitución Política: un análisis funcional*. Gaceta Jurídica.

Häberle, P. (2003). *El Estado constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México; Pontificia Universidad Católica del Perú.

Hakansson, C. (2009). *Curso de Derecho Constitucional*. Palestra Editores.

Henríquez, H. (2015). *Del Estado moderno al Estado constitucional de derecho*. Fondo Editorial de la Universidad Privada Antenor Orrego.

Henríquez, H. (2018). *Derecho constitucional general*. Fondo Editorial de la Universidad Privada Antenor Orrego.

Nino, C. (2005). *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Editorial Astrea.

Rosas, J. (2015). *El derecho constitucional y procesal constitucional en sus conceptos claves. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. Gaceta Jurídica.

Salcedo, C. (2022). Unicameralidad. En *La Constitución comentada* (pp. 31-46). Gaceta Jurídica.

Tribunal Constitucional. Expediente 00001-2023-PI/T (Sentencia Constitucional 443/2023); 20 de octubre de 2023.

Tribunal Constitucional. Sentencia 00028-2010-PI/TC; 4 de abril de 2011. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00028-2010-AI.html

Recibido: 14-03-2025
Aprobado: 18-04-2025

Reimaginando el balance de poder entre gobierno central y gobiernos regionales: coerción estatal y eficiencia de Pareto

Reimagining the balance of power between the central government and regional governments: state coercion and Pareto efficiency

✍ Johnny Andrés Vásquez Soriano*

Resumen

Este artículo examina la pertinencia del criterio económico de la eficiencia de Pareto como equivalente al criterio jurídico de equilibrio de poderes, proporcionando una medición objetiva para la distribución del poder entre el gobierno central y los gobiernos subnacionales. Se analiza el papel de la «coerción estatal» en la distribución eficiente del poder, destacando su función disuasiva frente a desequilibrios y restauradora del equilibrio, con un enfoque comparativo sobre los sistemas de Alemania y España. Además, se explora cómo, en la Constitución del Perú, una distribución eficiente del poder entre el gobierno central y los gobiernos regionales podría alcanzar el óptimo de Pareto, proponiendo la inclusión de la «coerción estatal» como un mecanismo clave para garantizar esta distribución eficiente entre los diferentes niveles de gobierno en el Perú.

* Abogado por la Universidad ESAN. Maestro en Derecho Administrativo Económico por la Universidad Continental. Investigador Independiente en Derecho Constitucional y Administrativo, con enfoque en el análisis económico del Derecho. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Código ORCID: 0009-0003-4004-7428. Correo electrónico: vasquezsoriano76@gmail.com

Revista Peruana de Derecho Constitucional, N.º 18, 2024, julio-diciembre, pp. 75-97.

Palabras claves

Eficiencia de Pareto, equilibrio de poderes, coerción estatal, distribución del poder, gobierno central, gobiernos subnacionales, Constitución del Perú, óptimo de Pareto, reforma constitucional, descentralización.

Abstract

This article examines the relevance of the economic criterion of Pareto efficiency as equivalent to the legal criterion of the balance of powers, providing an objective measure for the distribution of power between the Central Government and subnational governments. The role of «state coercion» in the efficient distribution of power is analyzed, highlighting its dissuasive function against imbalances and its restorative role in restoring equilibrium, with a comparative focus on the systems of Germany and Spain. Furthermore, it explores how, in the Constitution of Peru, an efficient distribution of power between the Central Government and Regional Governments could achieve Pareto Optimality, proposing the inclusion of «state coercion» as a key mechanism to ensure this efficient distribution among the different levels of government in Peru.

Keywords

Pareto efficiency, balance of powers, state coercion, power distribution, central government, subnational governments, Constitution of Peru, Pareto optimality, constitutional reform, decentralization

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. **II.** UNA VISIÓN ECONÓMICA DE LA CONSTITUCIÓN: DISTRIBUIDORA DEL RECURSO PODER. **III.** LA ARMONÍA EN EL ARCHIPIÉLAGO PERUANO. **IV.** EL ÓPTIMO DE PARETO COMO EQUIVALENTE AL EQUILIBRIO DE PODERES. **V.** LA DIVERGENCIA DE INTERESES Y LEGITIMIDADES EN EL CASO CONGA. **VI.** LA COERCIÓN ESTATAL: DISUASIVA Y RESTAURADORA. **VII.** CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Si bien Montesquieu (1972) afirmó que «Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales de los nobles o del pueblo ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares» (p. 151), lo cierto también es que la noción de separación tripartita del poder, a estas alturas de la historia, resulta insuficiente, dado que las funciones del Estado se

encuentran distribuidas entre los diversos organismos que lo conforman y que mutuamente se controlan los unos a los otros, por lo que más que la independencia, hoy se tiene la interdependencia de los poderes del Estado. Entonces, ¿por qué la noción de equilibrio de poderes sigue siendo esencial en el diseño y funcionamiento de los Estados modernos, incluso frente a las críticas y reinterpretaciones de la separación del poder? La definición teórica se aleja de la interrogante planteada, puesto que la tradición jurídica occidental no discute hoy la necesidad de la separación de poderes, reciba aquella el nombre de independencia o interdependencia, sino que ha dirigido su atención hacia un concepto más complejo y dinámico: el equilibrio de poderes.

El meollo del asunto estriba en la elección del polisémico término «equilibrio», un significante con distintos significados. Este concepto, que evoca la precisión de las matemáticas, contrasta con la subjetividad de las ciencias sociales, en especial con el derecho, una disciplina eminentemente hermenéutica. Esta es una discusión que inevitablemente se ha de ver tamizada por la ideología, los intereses, animadversiones y/o las ignorancias de quienes discuten no solo cuándo se alcanza el equilibrio de poderes, sino si acaso este es un estado permanente de las cosas o es, más bien, dinámico.

En el debate sobre cuál es la forma más adecuada de estructurar las instituciones de un estado-nación para alcanzar el mayor nivel de prosperidad sin perturbar el frágil equilibrio entre los diversos actores o elementos dentro del país, quiénes tienen roles e intereses en el proceso político, la cuestión de cómo se distribuye el poder entre estos agentes es fundamental, y el caso del Perú no es una excepción, pues «Se trata nuevamente un ejercicio de ponderación entre los riesgos de que el equilibrio degenere en inmovilidad, desgaste o destrucción mutua; y el riesgo de que la supremacía degenere en el sometimiento a la voluntad unificada de un único órgano estatal, […]». (Vásquez, 2022).

El presente artículo se inserta en este marco y se apoya en las investigaciones previas del autor, en particular en la tesis de maestría titulada *La incorporación de la coerción estatal en la Constitución para restaurar la eficiente distribución de poder entre Gobierno Central y Gobiernos Regionales del Perú*, con la cual obtuvo el grado de Maestro en Derecho Administrativo Económico por la Universidad Continental, y en la tesis profesional titulada *La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización en supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales*, con la que obtuvo el título de Abogado por la Universidad ESAN. Estas investigaciones proporcio-

nan una base sólida para reflexionar sobre la interacción entre la autonomía regional y la autoridad central, y sobre cómo preservar el equilibrio de poderes en sistemas descentralizados.

Así pues, se adopta un enfoque cualitativo que integra los principios del derecho constitucional y la economía para analizar la distribución de competencias entre el gobierno central y los gobiernos regionales en un Estado descentralizado. Se aplica el método cualitativo en cuanto este permite explorar fenómenos complejos desde una perspectiva inductiva, enfocándose en los significados, experiencias y contextos. Este enfoque es particularmente relevante para abordar la interacción entre autonomía y soberanía en la distribución del poder político, un fenómeno que no puede ser reducido a cifras o indicadores numéricos.

La investigación es de carácter aplicado, con un alcance correlacional, y utiliza un diseño no experimental y transeccional de tipo correlacional-causal. Esto implica observar las variables en un único momento temporal, sin intervención directa, para identificar las relaciones y correlaciones causales entre los elementos estudiados. Asimismo, la metodología contempla el análisis de casos específicos, como el conflicto del proyecto Conga en el Perú, respaldado por jurisprudencia relevante. Este enfoque permite no solo describir y explicar los fenómenos estudiados, sino también proponer soluciones prácticas orientadas a optimizar el equilibrio de poderes en el contexto peruano.

Desde una perspectiva de derecho comparado, se examina la figura de la «coerción estatal» como un mecanismo empleado en Alemania y España para disuadir desequilibrios y restaurar el orden institucional. Especial atención se da al análisis del artículo 155 de la Constitución española y su aplicación durante la crisis catalana, explorando paralelismos con las tensiones observadas en el Perú. A través del concepto de eficiencia de Pareto, la investigación introduce un criterio económico para enriquecer el análisis constitucional, entendiendo el equilibrio de poderes no solo como un principio normativo, sino también como un mecanismo práctico para garantizar el funcionamiento armónico del Estado.

En definitiva, el estudio concluye que la coerción estatal se perfila como una alternativa legítima y eficaz frente al estado de emergencia al permitir al gobierno central restaurar el orden constitucional sin comprometer derechos fundamentales ni recurrir a medidas extremas. Este marco metodológico interdisciplinario no solo contribuye al debate teórico, sino que ofrece valiosas lecciones para el fortalecimiento de la estabilidad y cohesión estatal, tanto en el Perú como en otros Estados descentralizados que enfrentan desafíos similares.

II. UNA VISIÓN ECONÓMICA DE LA CONSTITUCIÓN: DISTRIBUIDORA DEL RECURSO PODER

La tradición afirma que la Constitución, al ser la norma suprema dentro de un ordenamiento jurídico, ostenta un estatus privilegiado que la sitúa por encima de todas las demás leyes. Es más que una simple norma: se le considera una metanorma, una especie de fundamento último del sistema jurídico. Este estatus le ha sido otorgado por su carácter de contrato social, una figura que surge de la idea de una ficción histórica en la que la nación, en su calidad de poder constituyente absoluto, acuerda un pacto que da origen al gobierno. En este acuerdo, la nación impone de manera voluntaria límites a su propia discrecionalidad, es decir, restringe su poder ilimitado para garantizar un orden estructurado. Esta cesión de poder se traduce en la creación de una estructura de gobierno con competencias claramente definidas, lo que llamamos el poder constituido.

La propuesta de una visión económica de la Constitución no es incompatible con las construcciones axiomáticas previamente sustentada, al contrario, es una visión paralela. Lo que se postula es entender también a la Constitución como una herramienta para distribuir el recurso poder, cuyo *nomen juris* es el de competencias. Ensayando una definición básica, la economía puede entenderse como una herramienta que las sociedades emplean para utilizar recursos escasos en la producción de bienes y servicios valiosos, buscando distribuirlos de manera eficiente entre sus miembros con el propósito de satisfacer sus necesidades ilimitadas. (Samuelson y Nordhaus, 1999, p. 4)

En ese sentido, no es impreciso apuntar que la tendencia natural del ser humano ante la finitud de los recursos, es decir, ante la escasez, es la de acaparar la mayor cantidad de recursos. Esta tendencia no sería, por tanto, diferente en cuanto al recurso poder. Uniendo esa idea a la definición básica de la función del derecho, la de dar a cada uno lo suyo, puede afirmarse que el derecho es una herramienta que distribuye el poder al avocarse a la asignación de legitimidades. De hecho, el poder como recurso intrínsecamente escaso y valioso está sujeto a una lógica inmutable: su tendencia a expandirse en la medida en que los actores puedan adquirirlo, controlarlo y ejercerlo.

En el caso peruano, al tratarse de un Estado descentralizado, se introduce una nueva variable en la ecuación del equilibrio de poderes, porque la clásica separación horizontal de tres poderes coexiste con una separación vertical de poderes entre el gobierno central y las regiones. Y «nadie quiere menos poder; todo el mundo quiere más». (Greene, 2020, p. 19). Así, la descentralización, si bien pretende distribuir competencias para mejorar la eficiencia y la proximidad del gobierno, también

se convierte en un escenario donde las partes buscan maximizar sus beneficios, a menudo en detrimento de la otra. La práctica revela que esta búsqueda de poder no está necesariamente asociada a un objetivo altruista o colectivo.

III. LA ARMONÍA EN EL ARCHIPIÉLAGO PERUANO

La teoría que, desde la Ley de Bases de la Descentralización, aspiraba a una relación armónica entre el centro y las regiones se contrasta con la realidad, cuando «Hoy el Perú ha dejado de ser un país unitario de facto para convertirse en un archipiélago de 26 regiones en las que —paradójicamente— se practica el «centralismo en pequeño» [...]». (Abusada, 2019)

Para entender la dinámica del poder político en los gobiernos central y regional, puede concebirse la relación entre estos actores en términos de dos elementos clave: la autonomía y las competencias exclusivas. La autonomía se refiere a la capacidad de tomar decisiones políticas de manera independiente en un territorio, mientras que las competencias exclusivas son aquellas funciones o responsabilidades que le pertenecen a uno u otro nivel de gobierno, sin que el otro pueda intervenir. Son distintos estados del mismo recurso: el poder.

El gobierno central, en su rol de representante de la nación, ostenta un poder originario y más amplio. Este poder le permite, en principio, establecer el marco de actuación tanto a nivel nacional como regional. Sin embargo, en un Estado descentralizado, particularmente en el caso peruano, en que el todo precede a las partes, parte de ese poder se transfiere a los gobiernos regionales mediante el otorgamiento de competencias exclusivas. Una vez establecido lo mencionado, es menester poner de relieve que tales competencias no son parte del poder originario de los gobiernos regionales, sino que les son conferidas para que puedan gobernar de manera más eficiente en sus respectivas circunscripciones.

En un escenario ideal, este reparto de competencias entre el gobierno central y los regionales debe estar equilibrado. Es decir, el gobierno central debería retener aquellas competencias que garanticen la unidad nacional y la estabilidad, mientras que los gobiernos regionales deberían ejercer autonomía en las áreas que afecten de manera directa a sus territorios. Este estado de equilibrio puede verse alterado en diversas circunstancias. Los gobiernos regionales, bajo la bandera de la autonomía y el desarrollo local, pueden adoptar posturas que priorizan intereses particulares o políticos, incluso a costa del orden constitucional. Del lado del gobierno central, la resistencia a ceder competencias exclusivas responde no solo a la necesidad de

garantizar la cohesión nacional, sino también a la idea de preservar la soberanía como una garantía contra la fragmentación del Estado. Este tipo de invasiones puede darse de manera deliberada o accidental, pero en ambos casos se afecta la eficiencia del sistema.

El Tribunal Constitucional, como árbitro de estas disputas, tiene la tarea de restaurar el equilibrio. Sus pronunciamientos son vinculantes y tienen la finalidad de devolver el orden y la claridad en cuanto a la distribución de competencias. Sin embargo, no siempre prevalece la interpretación constitucional en la práctica política; a veces, los intereses subnacionales desafían de facto el equilibrio establecido, especialmente cuando los individuos depositarios del poder regional buscan consolidar más poder del que originalmente les fue asignado. Esto resulta, si cabe, más contradictorio cuando estas pretensiones son acompañadas de una negligencia en el ejercicio de las competencias básicas en la gestión pública.

Basándose en la propuesta de Pérez (2007) sobre la Teoría de la agencia aplicada al derecho constitucional (p. 8), se parte del concepto de que el gobierno central, como principal, delega ciertas competencias a los gobiernos regionales en calidad de agentes. Esta relación se fundamenta en la confianza de que los agentes actuarán en beneficio del principal, gestionando sus respectivas jurisdicciones de acuerdo con los principios de eficiencia y probidad, lo que contribuirá al bienestar general del país. En este vínculo de principal-agente, el gobierno Central tiene la autoridad y toma las decisiones, eligiendo descentralizar funciones y responsabilidades a los gobiernos regionales, quienes, como agentes, se encargan de implementar dichas competencias en la práctica, siguiendo los objetivos y metas que ha establecido el Gobierno Central. Tal como ha señalado oportunamente el Tribunal Constitucional del Perú (2020):

> En este orden de ideas, la consagración de la autonomía de los gobiernos regionales abarca las potestades, en su ámbito competencial, para autogobernarse por las autoridades representativas electas; para autorregularse en aplicación de las normas que aprueban; para autofiscalizarse, a través de la verificación del cumplimiento de sus normas; y, para autoadministrarse en su organización interna, en su presupuesto y en los servicios públicos que deben atender, así como en la autogeneración de recursos a través de la potestad tributaria de la cual están dotados. Lo expuesto no excluye la posibilidad de que existan controles interorgánicos de acuerdo con las competencias atribuidas por la Constitución y las leyes orgánicas. (EXP N.° 00001-2019-CC/TC FJ. 17)

Por lo tanto, el desafío reside en mantener un equilibrio dinámico, donde las competencias exclusivas sean suficientes para que cada nivel de gobierno pueda cumplir con su función, sin que uno interfiera en la esfera del otro. En este sentido, el equilibrio no es un estado estático, sino un proceso continuo de ajustes y reinterpretaciones del marco constitucional, con el objetivo de garantizar que tanto el gobierno central como los regionales trabajen en conjunto para lograr el bien común, sin perder de vista sus respectivas responsabilidades y funciones.

IV. EL ÓPTIMO DE PARETO COMO EQUIVALENTE AL EQUILIBRIO DE PODERES

Antes de sustentar la pertinencia de equiparar la noción de eficiencia paretiana como equivalente al criterio jurídico de equilibrio de poderes, una analogía ciertamente disruptiva y casi sacrílega, es importante retornar a una de las nociones fundamentales de la economía: la eficiencia. Aquella puede entenderse como un punto óptimo que se alcanza al haber distribuido los recursos escasos disponibles minimizando el desperdicio y maximizando el beneficio para lograr la consecución de un fin específico. La integración de la eficiencia en el análisis jurídico no implica sacrificar los principios fundamentales o la coherencia interna de las normas. En cambio, busca enriquecer la discusión al considerar cómo el derecho puede adaptarse mejor a las dinámicas sociales y resolver problemas de manera más efectiva.

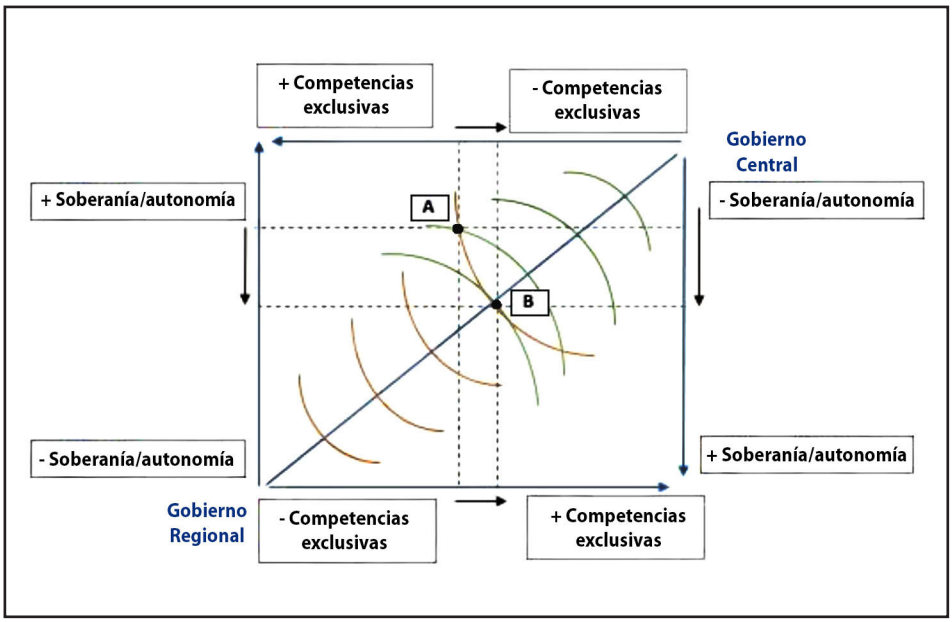
Al respecto, la profesora Camacho (2019) ha explicado que «[… en la economía clásica, la eficiencia es el principal instrumento para evaluar y comparar las decisiones económicas. […]] El tema de reflexión para nosotros los juristas es si se puede separar la eficiencia de aquello que es justo». (p. 49). Ahora, en cuanto a la noción paretiana propuesta, Miller y Meiners (1988) refieren la condición de Pareto «[…] como […] una situación en la cual es imposible que algunos individuos ganen mediante la realización de un intercambio adicional voluntario», (p. 304). Esto hace referencia a una asignación de recursos, tal que cuando se compara con cualquiera otra, las partes involucradas están por lo menos en iguales condiciones de lo que estaban antes y por lo menos una de ellas está mejor de lo que inicialmente estaba. En ese orden de ideas, una situación es calificada como óptimamente paretiana, o, en una palabra: inmejorable, cuando dados los recursos existentes en una nueva sociedad determinada no es posible que alguien mejore salvo que otro empeore. Utilizando términos propios de las ciencias económicas: un punto de equilibrio.

Siendo ello así el equilibrio de poderes en la distribución de las competencias entre el gobierno central y los gobiernos regionales se ha logrado cuando se han distribuido las competencias de tal manera que no exista legítima capacidad de

ampliar la cuota de poder, sino solamente en detrimento proporcional de la cuota de poder del otro nivel u órgano de poder. Ciertamente con la adopción de esta equivalencia de criterios entre la eficiencia de Pareto y el equilibrio de poderes las tensiones y pugnas por el poder entre los distintos niveles de gobierno pueden verse explicadas gráficamente.

Figura 1

La eficiencia del óptimo de Pareto



Nota. Adaptado de *La incorporación de la coerción estatal en la constitución para restaurar la eficiente distribución de poder entre Gobierno Central y gobiernos regionales del Perú.* (p. 68), por Johnny Andrés Vásquez Soriano, 2024, Tesis para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho Administrativo Económico, Escuela de Posgrado, Universidad Continental.

El gráfico describe la relación dinámica entre la autonomía y la soberanía, entendidas como expresiones del poder político en sistemas descentralizados, y la distribución de competencias exclusivas entre el gobierno central y los gobiernos regionales. Además de ello, para interpretar adecuadamente la representación gráfica, resulta indispensable precisar tanto su alcance como su naturaleza. En primer lugar, es crucial reconocer que los recursos plasmados en el gráfico no se cuantifican mediante unidades absolutas ni valores numéricos definidos. Más bien, la representación responde a un enfoque cualitativo basado en una hermenéutica constitucional, que busca interpretar y expresar las relaciones dinámicas entre

autonomía y soberanía dentro del marco de la distribución de competencias. Este enfoque no pretende simplificar una realidad jurídica y política compleja a datos exactos, sino más bien ofrecer una herramienta analítica que capture la esencia de estas relaciones en su contexto estructural y normativo.

En segundo lugar, el gráfico no solo es ilustrativo, sino que por un lado, proporciona un diagnóstico visual del desequilibrio actual entre los niveles de gobierno, evidenciando los puntos críticos en la asignación de competencias que afectan la eficiencia del sistema descentralizado. Por otro lado, proyecta una situación ideal alcanzable bajo las condiciones sugeridas en la propuesta de esta investigación, señalando un camino hacia el restablecimiento de un equilibrio dinámico y funcional.

En ese sentido, se entiende que el gobierno central, como depositario del poder político originario otorgado por la nación, tiene el deber de actuar en favor del interés nacional. En contraste, los gobiernos regionales ejercen una autonomía derivada y limitada, conferida mediante el proceso de descentralización, que implica competencias exclusivas, compartidas y retenidas por el gobierno central. La autonomía, en este contexto, refleja el grado de poder político transferido y limitado, mientras que la soberanía caracteriza el poder originario e integral del gobierno central.

La relación entre estas variables, representada en el gráfico, es inversamente proporcional: a mayor autonomía y competencias exclusivas asignadas a los gobiernos regionales, menor es la capacidad de decisión soberana del gobierno central, y viceversa. Este equilibrio dinámico encuentra su expresión ideal en el punto óptimo de Pareto, donde las competencias exclusivas se distribuyen de manera eficiente, garantizando que no sea posible mejorar la posición de un nivel de gobierno sin perjudicar proporcionalmente al otro. No obstante, los desequilibrios actuales (punto A en el gráfico) reflejan escenarios en los que la autonomía de los gobiernos regionales excede los límites eficientes, generando conflictos de competencias y reduciendo la capacidad del gobierno central para cumplir sus objetivos nacionales. En estos casos, instrumentos como la coerción estatal, observados en los sistemas jurídicos español y alemán, son necesarios para restaurar el equilibrio, garantizando la cohesión estatal y la correcta asignación del recurso poder, mientras se evita que los intereses particulares de los gobiernos regionales vulneren el orden constitucional.

Ahora bien, el modelo gráfico representa un elemento significativo —y posiblemente determinante— en la identificación y solución del desequilibrio, pero se reconoce que no opera en un vacío. La restauración del equilibrio en la distribución del poder político depende de una conjunción de factores jurídicos, económicos

y políticos, siendo este modelo uno entre varios componentes necesarios en el intrincado proceso de armonización intergubernamental. Así, el gráfico no solo refleja un diagnóstico, sino que también actúa como una herramienta conceptual para orientar la implementación de soluciones fundamentadas en principios constitucionales y criterios de eficiencia.

No obstante, el siguiente paso lógico conlleva inquirir qué sucedería si se rebasasen los límites establecidos por el derecho al asignar las competencias a los distintos niveles de poder.

V. LA DIVERGENCIA DE INTERESES Y LEGITIMIDADES EN EL CASO CONGA

El conflicto minero Conga es un caso emblemático de una escalada en un conflicto de competencias motivado por una divergencia de intereses en el que se rebasaron los límites del derecho en la asignación de competencias, y que expuso las limitaciones del gobierno central en lidiar con el desacato regional.

En 2011, durante el gobierno del presidente Ollanta Humala, quien en su etapa como candidato había adoptado una postura crítica frente a las actividades mineras en Cajamarca, el conflicto estalló tras la aprobación de los permisos para iniciar el proyecto. Las protestas, lideradas por Gregorio Santos, entonces presidente regional de Cajamarca, crecieron rápidamente y se prolongaron por meses, con manifestaciones masivas, bloqueos de carreteras y enfrentamientos con la policía. Desbordado por la magnitud de la crisis, el gobierno central declaró el estado de emergencia en varias provincias de la región, lo que exacerbó aún más las tensiones. En diciembre de 2011, los enfrentamientos entre manifestantes y fuerzas del orden dejaron varios muertos y decenas de heridos, intensificando la resistencia al proyecto y polarizando aún más a la población.

El caso Conga tuvo un gran impacto en la política nacional, ya que obligó al entonces mandatario a reconsiderar su postura frente al proyecto y su propio gobierno sufrió una crisis de gabinete. En 2012, suspendió temporalmente el proyecto y encargó un peritaje internacional para evaluar el impacto ambiental, lo que dio como resultado una serie de recomendaciones, pero las tensiones no disminuyeron.

En respuesta a la aprobación del proyecto Conga por parte del gobierno central y ante la creciente oposición social en la región, el Gobierno Regional de Cajamarca emitió una ordenanza regional que declaraba la intangibilidad de las cabeceras de cuenca, y, por tanto, la inviabilidad del proyecto Conga en su territorio. Esto constituyó la utilización de una herramienta jurídica para manifestar una

respuesta política a la imposición del proyecto Conga desde el gobierno central. Sin embargo, la ordenanza regional generó un claro conflicto de competencias entre el gobierno central y el gobierno profesional. Este conflicto radicaba en el hecho de que el gobierno central, a través del Ministerio de Energía y Minas, tenía la autoridad legal para autorizar proyectos mineros a gran escala, mientras que el gobierno regional intentaba ejercer control sobre su territorio en supuesta defensa de su población y del medio ambiente.

La naturaleza de los intereses en juego fue uno de los principales factores que alimentaron el conflicto. Por un lado, el gobierno central buscaba impulsar el proyecto Conga como una prioridad nacional, argumentando que su implementación generaría significativos ingresos económicos a través de regalías y contribuciones tributarias, así como empleos en la región. Este enfoque privilegiaba el bienestar general del país, representado por los beneficios económicos de la minería a gran escala. Por otro lado, en el ámbito regional, la población cajamarquina temía los impactos ambientales del proyecto, particularmente en las fuentes de agua, debido a la posible afectación de las cabeceras de cuenca. Desde esta perspectiva, el gobierno regional se presentó como el defensor de los intereses locales, adoptando una postura de protección ambiental y autonomía territorial.

El Tribunal Constitucional, al revisar esta situación, ratificó que la explotación de los recursos naturales a gran escala es una competencia exclusiva del gobierno central. Si bien los gobiernos regionales pueden tener competencias en materia de gestión ambiental y desarrollo territorial, no tienen la potestad para bloquear o declarar inviable un proyecto minero de interés nacional que haya sido debidamente autorizado por el Estado. Así pues, el Tribunal, en su último fundamento antes de declarar fundada la demanda de inconstitucionalidad, expresó lo siguiente:

> Por último, queda claro que, a juicio de este Tribunal, los funcionarios del Estado, cualquiera sea su jerarquía (artículo 39º de la Constitución), deben ejercer sus competencias y atribuciones de manera proporcionada al principio de «lealtad constitucional» [Lucas Verdú, Pablo. El sentimiento constitucional, 1985], que consiste en la obligación de respetar el orden público constitucional realizando un ejercicio responsable de las funciones atribuidas por la Constitución y la Ley, así como a la jurisprudencia constitucional vinculante. (EXP. N.º 0001-2012-PI/TC, FJ. 70)

En consecuencia, es imperativo que los gobiernos regionales respeten las leyes nacionales y no utilicen sus competencias de manera arbitraria; pero este conflicto pone de relieve el problema de legitimidad que surge cuando los intereses

del gobierno central y las autoridades subnacionales no coinciden. Esta colisión de legitimidades exacerbó el conflicto y debilitó las relaciones intergubernamentales, al punto que, eventualmente, debido a la fuerte oposición social y la falta de condiciones políticas para su implementación, el proyecto Conga fue suspendido indefinidamente, pero el conflicto dejó huellas profundas en la región, cuyas repercusiones, como réplicas de un sismo, siguen manteniendo en una inquieta zozobra a la nación en su conjunto.

Aquí merece la pena realizar una acotación referida a la conexión entre el principio de cooperación leal y la unidad estatal, tal como lo establece el Tribunal Constitucional en sus pronunciamientos, puesto que es esencial para comprender cómo el sistema descentralizado busca garantizar la cohesión del Estado sin sacrificar la autonomía regional. En este marco, los gobiernos regionales tienen el deber de actuar en coordinación con los fines estatales, absteniéndose de adoptar medidas que contradigan los intereses nacionales o comprometan la misión constitucional del Gobierno Nacional y de los gobiernos municipales (EXP. N.° 00020-2005-PI/TC, 00021-2005-PI/TC, FJ. 42). Este deber de lealtad regional no solo exige evitar conflictos competenciales, sino que también implica una obligación activa de facilitar el cumplimiento de las funciones estatales, consolidando así una colaboración dinámica entre los distintos niveles de gobierno.

El Tribunal Constitucional refuerza esta idea al señalar que, aunque el poder del Estado es único, el diseño del sistema descentralizado en un Estado unitario difiere significativamente del centralismo. En un sistema centralista, el poder se concentra en un único órgano que domina a los poderes locales y particulares, ejerciendo una subordinación absoluta sobre ellos. En cambio, el Estado unitario y descentralizado, como el peruano, distribuye competencias entre diversos niveles de gobierno y organismos constitucionales autónomos, permitiendo una transferencia de facultades para el desarrollo integral de las políticas públicas (EXP. N.° 006-2008-PI/TC, FJ. 9). Sin embargo, esta distribución de competencias está limitada por el marco constitucional, que establece los alcances y límites de la autonomía regional y municipal.

El principio de unidad estatal, entonces, actúa como un límite inherente a la descentralización. Aunque los gobiernos regionales y locales gozan de autonomía para dictar normas y políticas dentro de su ámbito territorial, esta facultad debe ejercerse en atención a las competencias asignadas por la Constitución. Cualquier acción que exceda esos límites contraviene el principio de cooperación leal y pone en riesgo la cohesión del Estado. Este equilibrio entre autonomía y unidad es fundamental para que la descentralización no se convierta en un factor

de fragmentación, sino en un mecanismo que refuerce la eficacia del gobierno y el desarrollo nacional. Como apuntó oportunamente Hakkanson (2023): «Se trata que las regiones se gobiernen conforme con su autonomía, aprovechamiento del factor humano y sus recursos naturales, conservando sus tradiciones e implementando políticas públicas para la búsqueda de su desarrollo y bienestar, pero no en desmedro del sentido de unidad de toda la República».

Ahora bien, la Constitución de 1993 establece un modelo de Estado unitario con un sistema de descentralización progresiva, donde los gobiernos regionales y locales tienen autonomía en ciertos asuntos. Sin embargo, la autoridad de conceder derechos para la explotación de recursos mineros, en lo que se conoce como la gran minería, corresponde al gobierno central. Esto hace sentido puesto que, si cada región tuviera autonomía total sobre la aprobación o rechazo de proyectos extractivos, se corre el riesgo de crear un escenario de fragmentación normativa, donde las reglas varían drásticamente entre regiones, generando conflictos entre los intereses de las regiones y el bienestar colectivo. No obstante, este modelo presenta tensiones inherentes en la interacción entre el gobierno central y los gobiernos regionales. La implementación de proyectos extractivos a nivel nacional puede generar ciertas percepciones de desconexión en las regiones, especialmente si los beneficios derivados de estos proyectos no son percibidos de manera equilibrada en los territorios afectados. Este contexto resalta la complejidad de gestionar el equilibrio entre las decisiones nacionales y las particularidades regionales, lo que plantea desafíos para asegurar que el sistema de descentralización y la distribución de recursos sea adecuado y eficaz para todos los actores involucrados.

Además, el único recurso del Estado Nacional para restaurar el orden en situaciones de conflicto extremo o desobediencia civil es la declaración del estado de emergencia, una medida de carácter excepcional prevista en la Constitución. Este mecanismo permite suspender temporalmente ciertas libertades individuales y ampliar las facultades discrecionales de las autoridades, como la Policía Nacional o las Fuerzas Armadas, para abordar situaciones críticas. Si bien, su carácter extraordinario resalta la necesidad de explorar alternativas jurídicas que permitan al Gobierno intervenir de manera eficiente y proporcional sin recurrir a medidas que limiten de forma significativa las libertades ciudadanas. Al ejercer la prerrogativa de la legitimada institucionalización del monopolístico uso de la violencia, el Gobierno Central podría disuadir temporalmente la resistencia, pero también corre el riesgo de inflamar la narrativa de que los intereses locales son ignorados. «La cuestión es que si alguien incita a la violencia derramando gotas de gasolina poco a poco por meses o años, ¿cómo es posible identificar la gota que prenderá fuego a todo?». (Benesch, citada en El Pais, 2021)

En consecuencia, este caso evidencia la necesidad de que el Poder Ejecutivo cuente con herramientas jurídicas efectivas para superar los impasses que surgen en la dinámica —intergubernamental—. El diseño del sistema constitucional, basado en el principio de «pesos y contrapesos», busca garantizar un equilibrio de poderes que proporcione estabilidad institucional. Dicha estabilidad, tal como se ha propuesto, puede evaluarse mediante una métrica objetiva basada en el criterio de eficiencia de Pareto, el cual mide la asignación óptima de recursos, en este caso, competencias. En este contexto, la figura de la coerción estatal se presenta como una alternativa eficaz para restaurar el equilibrio perdido, asegurando que las tensiones intergubernamentales no degeneren en disfuncionalidades estructurales que comprometan el orden constitucional.

VI. LA COERCIÓN ESTATAL: DISUASIVA Y RESTAURADORA

El caso Conga refleja lo que sucedió cuando se rebasaron los límites del equilibrio establecido por el derecho al asignar las competencias a los distintos niveles de poder en el Perú. Se puso también de manifiesto la impotencia del gobierno central para hacer cumplir el imperio de la ley ante el desafío de un poder autónomo en grado tal que ni la sentencia del Tribunal Constitucional le fue suficiente. Ante tal situación se plantea considerar la introducción de la coerción estatal, una figura jurídica cuya función sería disuadir los desafíos al statu quo y restaurar el equilibrio, en caso este llegue a desbordarse.

La coerción estatal puede entenderse como aquella prerrogativa extraordinaria y excepcional que conserva el gobierno central en un Estado descentralizado para, agotadas todas las vías previas jurídica y políticamente razonablemente esperadas, forzar a un órgano de gobierno autónomo a cesar una conducta gravemente atentatoria contra la unidad del Estado, siendo posible incluso llegar a intervenir y desplazar temporalmente las instituciones autónomas. Como explica Arroyo:

> Parece, en efecto, de una lógica difícilmente discutible que el Estado central, que, como sabemos ya, es el único soberano, disponga de facultades suficientes para someter a control, incluso por vías coercitivas, a aquellas entidades constitutivas del mismo que incumplieren obligaciones constitucionales o legales susceptibles de poner en riesgo grave o peligro serio la propia existencia del Estado o su normal funcionamiento. (2015, p. 57)

Resulta interesante examinar las disposiciones sobre coerción estatal en dos contextos europeos y reflexionar sobre su relevancia para el sistema peruano. La Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la Constitución del Reino de España de 1978

son dos ejemplos de cómo dos estados complejos con sistemas descentralizados abordan las tensiones entre el gobierno central y las entidades subnacionales, habiendo desarrollado mecanismos de coerción estatal para corregir este tipo de desviaciones, permitiendo al gobierno central intervenir de manera legítima y eficiente cuando se sobrepasan los límites de la autonomía regional.

Así pues, la Ley Fundamental de Bonn, que establece la base constitucional de la República Federal de Alemania, contiene un mecanismo en su artículo 37[1]. Este artículo otorga al Gobierno Federal la capacidad de intervenir en los Länder, o estados federados, cuando estos no cumplan con las obligaciones que les imponen la Ley Fundamental o las leyes federales. Esta intervención requiere la aprobación del Bundesrat, el órgano que representa a los Länder en el sistema federal. En esencia, el Gobierno Federal puede imponer medidas coactivas para garantizar que los Länder se alineen con las leyes federales. Además, tiene la autoridad para impartir instrucciones a todos los gobiernos estatales y sus autoridades, asegurando que estos cumplan con las normativas establecidas a nivel federal.

De esto se puede colegir que, en un determinado momento histórico, la organización del Estado requirió de una salvaguarda o garantía residual de naturaleza extraordinaria para preservar el preciado equilibrio de poderes. La inclusión de mecanismos como la coerción federal en la Ley Fundamental de Bonn respondió a la necesidad de asegurar que la autonomía de los Länder no derivara en fragmentación o desarticulación del Estado federal, especialmente ante posibles incumplimientos graves de obligaciones constitucionales o legales. En este sentido, la coerción federal fue concebida como una herramienta preventiva y correctiva, descrita gráficamente como un «garrote dentro del saco» (Erbguth y Schubert, 2018) o una «amenaza entre bastidores» (Klein, 2010), enfatizando su naturaleza excepcional y su carácter disuasivo más que operativo. Este mecanismo tiene como objetivo preservar la cohesión y funcionalidad del sistema federal alemán, evitando que las tensiones naturales entre el Gobierno Federal y los Länder puedan escalar hasta poner en riesgo la unidad estatal o el cumplimiento efectivo del ordenamiento jurídico. La coerción federal no es un recurso de uso cotidiano, sino un instrumento

1 Artículo 37

(1) Si un Land no cumpliere los deberes federales que la Ley Fundamental u otra ley federal le impongan, el Gobierno Federal, con la aprobación del Bundesrat, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar al Land al cumplimiento de dichos deberes por vía coactiva federal.

(2) Para la ejecución de las medidas federales coactivas, el Gobierno Federal o su representante tiene el derecho de impartir instrucciones a todos los Länder y a las autoridades de los mismos.

de último recurso, diseñado para situaciones de crisis constitucionales en las que la intervención directa del Gobierno Federal sea indispensable para restaurar el equilibrio entre los niveles de gobierno.

En cambio, la Constitución española de 1978, influenciada por la figura germana, introduce en su artículo 155[2] una disposición similar, aunque con una connotación más política. Este artículo permite al Gobierno central intervenir si una Comunidad Autónoma no cumple con sus obligaciones constitucionales o legales, o actúa de manera que atente gravemente el interés general de España. El proceso para activar esta intervención comienza con un requerimiento al presidente de la comunidad autónoma en cuestión. Si no se atiende el requerimiento, el Gobierno central puede solicitar al Senado, que debe aprobar la intervención por mayoría absoluta, la autorización para tomar medidas coercitivas. Estas medidas pueden incluir dar instrucciones a las autoridades regionales para asegurar el cumplimiento de las leyes y políticas nacionales. De esta manera, el artículo 155 actúa como una herramienta para restaurar el equilibrio y proteger la unidad del estado español.

El énfasis en que la figura española funge de herramienta para restaurar el equilibrio y proteger la unidad del estado merece una atención particular, debido a que, a diferencia de la germana, esta sí fue efectivamente aplicada con ocasión del intento separatista de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Ciertamente, el reclamo catalán es de larga data e involucra la consideración de diferentes factores que exceden los límites de las ciencias jurídicas; el punto álgido se alcanzó cuando las tensiones se intensificaron el 7 de septiembre de 2017, fecha en que el Tribunal Constitucional de España emitió una medida cautelar que advertía a las autoridades catalanas de no involucrarse en la organización de un referéndum programado sin autorización y en contravención expresa del gobierno central, suspendiendo así la ley aprobada por la Comunidad Autónoma para celebrar el referéndum de autodeterminación.

---

2 Artículo 155

(1) Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.

(2) Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas.

Hasta ese momento, el equilibrio de poder estaba siendo desafiado, aunque ciertamente no quebrantado aún, y el Tribunal Constitucional de España, en su papel de garante del orden, intervino solicitando tiempo para resolver el fondo del asunto y evaluar el impacto que la continuación de las acciones catalanas tendría sobre el balance de poderes. Sin embargo, desafiando abiertamente lo dictado por el Tribunal, el referéndum se llevó a cabo sin las debidas garantías, lo que resultó en la ambigua declaración política de Carlos Puidgemont, quien proclamó y suspendió la independencia de Cataluña el 10 de octubre de 2017. A partir de este evento, es relevante señalar una diferencia en la naturaleza de las dos causas previstas en el precepto, ya que como precisa Urías (2019), «mientras que el incumplimiento de obligaciones legales o constitucionales se describe como una causa jurídica, las acciones autonómicas contra el interés general de España solo pueden ser valoradas políticamente». (p. 101)

Esta interpretación se halla en el Fundamento Jurídico N.° 9 de la Sentencia 90/2019, en la cual el Tribunal Constitucional de España sostiene que el artículo 155 de la Constitución Española es un mecanismo de control diseñado para situaciones excepcionales, que permite al Estado intervenir en las comunidades autónomas en casos de incumplimientos constitucionales especialmente graves. Su activación está estrictamente reservada como último recurso, es decir, únicamente cuando las vías comunes de control, tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales, resulten insuficientes o manifiestamente ineficaces. A diferencia de un control competencial ordinario, el artículo 155 habilita una medida extraordinaria que constriñe temporalmente la autonomía de la comunidad afectada. Sin embargo, esta intervención está sometida a límites claros: su duración debe ser determinada o determinable, aunque puede prorrogarse o modificarse previa solicitud del Gobierno y autorización del Senado, asegurando así el respeto a la temporalidad y la proporcionalidad.

El Tribunal Constitucional de España destaca que el supuesto de hecho que permite su aplicación debe ser de extraordinaria gravedad, pudiendo abarcar simultáneamente el incumplimiento de obligaciones constitucionales o legales y el atentado grave contra el interés general de España, como quedó evidenciado en el intento de secesión de Cataluña. Así pues, lejos de ser un fin en sí mismo, el artículo 155 es un instrumento destinado a garantizar la validez y eficacia de la Constitución, con el objetivo primordial de restablecer el orden constitucional y el normal funcionamiento institucional de la comunidad intervenida. Las medidas adoptadas en su aplicación deben ser idóneas y necesarias, respetando siempre los principios constitucionales y evitando cualquier suspensión indefinida de la autonomía, la supresión institucional de la comunidad autónoma o la limitación de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Su carácter es y debe ser, en todo caso, temporal.

Por otra parte, el fundamento Jurídico N.° 6 de la Sentencia 90/2019 subraya que el artículo 155.1 es un precepto abierto, lo que significa que no delimita de manera exhaustiva o específica las medidas de coerción estatal que el Gobierno puede proponer al Senado. Esta falta de concreción responde a la naturaleza excepcional del artículo, que tiene como objetivo preservar la unidad del Estado y el cumplimiento de la Constitución y el ordenamiento jurídico en situaciones de gravedad extrema. Al no establecer una lista cerrada de medidas, el artículo otorga al Gobierno y al Senado un margen de discrecionalidad para adaptarse a las circunstancias concretas del caso. Por otra parte, el Tribunal también aclara que las medidas autorizadas por el Senado bajo el artículo 155.1 no tienen por qué ser autoaplicativas. Esto significa que no siempre serán de ejecución inmediata y directa, sino que pueden requerir ulteriores disposiciones o actos administrativos por parte del Gobierno para su implementación efectiva. Esta flexibilidad permite que las medidas se materialicen de manera escalonada o progresiva, en función de las necesidades prácticas o jurídicas del caso. Además, un aspecto clave en la sentencia es la distinción entre las «medidas» del artículo 155.1 y las «instrucciones» del artículo 155.2. Según el Tribunal, mientras que las medidas son las acciones o estrategias generales que el Gobierno diseña y el Senado aprueba para abordar la situación de incumplimiento autonómico, las instrucciones son instrumentos concretos y jerárquicos que el Gobierno puede emitir para ejecutar dichas medidas.

La aplicación de la coerción estatal en España durante la crisis catalana fue una situación excepcional y sin precedentes en su historia. La abierta rebelión de los representantes del gobierno catalán puso en riesgo el frágil equilibrio de poderes que se había mantenido hasta entonces. Y aunque podría argumentarse críticamente que en lugar de medidas coercitivas percibidas como imposiciones del Gobierno Central la respuesta debió haber sido más conciliadora; es importante recordar la función básica del derecho: regular el caos y mantener el orden social. El derecho otorga al Estado el monopolio legítimo de la fuerza, y las leyes deben ser cumplidas para preservar la estabilidad. La declaración de independencia catalana fue el clímax de un prolongado conflicto político, que exigía una respuesta del Gobierno Central en defensa de la unidad de España. Aunque esta medida no extinguió los reclamos independentistas, su objetivo no era ese, sino restaurar el estado de derecho y el equilibrio de poderes, aun a costa de limitar temporalmente el poder subnacional.

Otro de los aspectos destacados de la coerción estatal es que permite al gobierno central intervenir directamente en asuntos regionales, asumiendo temporalmente competencias de las autoridades locales o regionales para asegurar el cumplimiento de las normas y obligaciones legales. Esta figura es especialmente

relevante cuando se presenta una situación de grave conflicto entre las competencias de los gobiernos regionales y el poder central, como ocurre en situaciones de constante e ilegítima oposición a proyectos de interés nacional. A diferencia del estado de emergencia, que conlleva la posibilidad de un despliegue militar o de fuerzas armadas, la coerción estatal no requiere de la intervención militar para garantizar el orden.

En el caso de la crisis del proyecto Conga, por ejemplo, el gobierno central podría haber utilizado la coerción estatal luego de la abierta oposición regional ante la declaratoria de inconstitucionalidad de la ordenanza regional que declaraba la intangibilidad de las cabeceras de cuenca y, con ello, restablecer la autoridad del gobierno nacional sobre la gestión de los recursos naturales en su conjunto. En lugar de recurrir a la fuerza militar vía la declaración de un estado de emergencia, el uso de la coerción estatal habría permitido al Gobierno Central tomar medidas estrictamente jurídicas para restablecer el cumplimiento de las leyes nacionales[3].

La experiencia de estos dos países ofrece valiosas lecciones para Perú. No obstante, «[…], hay que tener en cuenta que incluso la translación literal de un artículo de una constitución hacia otra sin ningún cambio no significa necesariamente que el artículo de la constitución receptora tenga que tener el mismo contenido y significado que tenía en la constitución de origen». (Bauer, 2019, p. 17). Los problemas inherentes a la dinámica de poder entre el gobierno central y las regiones no son únicos, en cambio resultan similares en esencia, independientemente del tipo de sistema político. Como apuntó Gómez: «[…] el núcleo de la coerción o compulsión es la imposición de un cumplimiento forzoso o la protección de un interés que se considera fundamental […]». (2015, p. 41-60). Por lo tanto, es útil tomar en consideración estas experiencias al diseñar las propias estrategias para gestionar la descentralización y la relación entre el gobierno central y las regiones. Garantizar la unidad y estabilidad del Estado descentralizado no es un acto pasivo, sino una labor constante que exige preparación y disposición para actuar con firmeza en defensa del orden constitucional. En palabras de Vegecio: *Si vis pacem, para bellum.*

---

3 Para una mayor claridad respecto a cómo incorporar la figura de comercio estatal en el Perú, se recomienda revisar la Propuesta de proyecto de reforma constitucional que se adjunta en el apéndice 2 de *La incorporación de la coerción estatal en la constitución para restaurar la eficiente distribución de poder entre Gobierno Central y gobiernos regionales del Perú.* Tesis para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho Administrativo Económico, Escuela de Posgrado, Universidad Continental, 2024.

VII. CONCLUSIONES

- La visión económica de la Constitución, que la concibe como una herramienta para la distribución eficiente del poder a través de las competencias, complementa la perspectiva tradicional que la ve como una meta-norma que garantiza un equilibrio de poderes, reconociendo que tanto a nivel horizontal (entre los tres poderes del Estado) como vertical (entre el gobierno central y las regiones) la lucha por el poder es inherente y constante.
- El desafío central en el modelo descentralizado del Perú radica en mantener un equilibrio dinámico entre la autonomía de los gobiernos regionales y las competencias del gobierno central, donde ambos niveles de poder deben cooperar de manera eficiente y respetar sus responsabilidades para evitar conflictos que afecten la unidad y estabilidad del país.
- La equiparación del óptimo de Pareto al equilibrio de poderes sugiere que la distribución de competencias entre el gobierno central y los gobiernos regionales alcanza su punto ideal cuando cualquier intento de ampliar la cuota de poder de un nivel solo puede hacerse a expensas del otro, lo que ayuda a explicar las tensiones entre ambos y destaca la importancia de respetar los límites jurídicos en esta distribución.
- El conflicto Conga expone cómo la colisión entre las competencias exclusivas del Gobierno Central y las aspiraciones autonómicas del Gobierno Regional de Cajamarca generó una crisis de legitimidad, poniendo en evidencia las tensiones entre el interés nacional y los intereses locales, subrayando la necesidad de mecanismos jurídicos efectivos que equilibren el poder descentralizado y central para evitar la fragmentación normativa.
- El análisis de la coerción estatal revela la necesidad de dotar al gobierno central en Perú de herramientas jurídicas excepcionales que permitan restaurar el equilibrio de poder y la unidad estatal cuando los gobiernos regionales desafían gravemente el orden constitucional, aprendiendo de las experiencias de sistemas descentralizados como Alemania y España, donde este tipo de intervención se emplea como último recurso para preservar la cohesión y estabilidad del Estado.
- En conclusión, la Constitución peruana, al establecer un modelo descentralizado de distribución de competencias, enfrenta el desafío de mantener un equilibrio entre la autonomía regional y la autoridad central, reconociendo que la lucha por el poder es constante. El óptimo de Pareto equiparado a

este equilibrio sugiere que cualquier expansión de poder de un nivel solo puede lograrse a expensas del otro, lo que genera tensiones inherentes entre los intereses nacionales y locales.

BIBLIOGRAFÍA

Abusada Salah, R. (2019) El archipiélago peruano. *Diario El Comercio*, 21 febrero, 2019. https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/descentralizacion-regiones-peru-archipielago-peruano-roberto-abusada-salah-noticia-609819-noticia/?ref=ecr

Arroyo Gil, A. (2015). Unidad, lealtad y coerción federal (o estatal) en Alemania y España. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (31).

Bauer, H. (2019) La coerción federal en el ordenamiento territorial de la constitución alemana. *Revista Catalana de Dret Públic*.

Camacho Zegarra, M. A. (2019) Derecho Económico en *Derecho Económico, Financiero y Bancario*. Editorial y Librería Jurídica Grijley.

Erbguth, W. y Schubert, M. (2018). Art. 37 GG. En Michael Sachs (Coord.), Grundgesetz Kommentar. C. H. Beck.Miller.

Gómez Orfanel, G. (2015) La coerción federal en el Derecho comparado. *Cuadernos de Derecho Público*, I.N.A.P., (26), 41-60.

Greene, R. (2020). *Las 48 leyes del Poder*. Editorial Planeta.

Hakansson, C. (02 de octubre de 2023). *¿Cómo preservar la unidad estatal?* El Montonero https://elmontonero.pe/columnas/como-garantizar-la-unidad-estatal

Klein, H. H. (2010) «Art. 37 GG». En Theodor Maunz, Günter Dürig, et al. Grundgesetz-Kommentar. C. H. Beck.

Montesquieu. (1972) *Del Espíritu de las Leyes*. Tecnos.

Pais, A. «Si alguien incita a la violencia derramando gotas de gasolina poco a poco por meses o años, ¿cómo es posible identificar la gota que prenderá fuego todo?», BBC Mundo 19 de marzo de 2021. https://www.bbc.com/mundo/noticias-56373272

Pérez Salazar, M. (2007) Una aproximación a la teoría económica del derecho constitucional. *Revista Derecho del Estado,* (20), 8.

Roger y Roger M. (1988) Economía del Bienestar en *Microeconomía*, trad. Carlos Arango y Víctor, Mayorga. Editorial Mc Graw Hill Latinoamérica.

Samuelson, P. y William, N. (1999) *Economía*. McGraw Hill.

Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.° 00020-2005-PI/TC, 00021-2005-PI/TC. 27 de setiembre de 2005

Tribunal Constitucional del Perú. N.° 006-2008-PI/TC. 11 de junio de 2008

Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 0001-2012-PI/TC. 7 de abril de 2012.

Tribunal Constitucional del Perú. Exp N.° 00001-2019-CC/TC. 27 de noviembre de 2020

Urías Martínez, J. P. (2019) El artículo 155 CE: alcance y límites de una excepción constitucional. *Revista Catalana de Dret Públic*. N.° Especial.

Vásquez Soriano, J. A. (2022) *La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la constitución por parte de los gobiernos regionales*. [tesis de Licenciatura]. Universidad ESAN.

Vásquez Soriano, J. A. (2024). *La incorporación de la coerción estatal en la constitución para restaurar la eficiente distribución de poder entre Gobierno Central y gobiernos regionales del Perú.* [tesis de maestría] Universidad Continental.

Vásquez Soriano, J. A. «¿Puede alcanzarse la eficiencia en la distribución del poder en un contrato social?» LP. Pasión por el Derecho (blog) https://lpderecho.pe/puede-alcanzarse-la-eficiencia-en-la-distribucion-del-poder-en-un-contrato-social/

Recibido: 21-01-2025
Aprobado: 24-06-2025

El sistema de representación peruano: problemas y oportunidades de mejora del sistema electoral para la formación del congreso peruano

The peruvian system of representation: problems and opportunities for improvement of the electoral system for the formation of the peruvian congress

✍ Miguel Angel Rojas Cotrina*

Resumen

El sistema de representación peruano tiene como uno de sus pilares angulares al sistema electoral, este constituye el mecanismo para la transformación de los votos emitidos por los ciudadanos en los representantes que ostentarán los diferentes cargos públicos. Ante ello, el sistema electoral para la representación congresal se constituye un tema de análisis desafiante debido a la magnitud de dicho poder, así como lo complejo que puede resultar dicho mecanismo para una inmensa mayoría de la población. Ante esto, la última elección realizada manifiesta cierta problemática respecto a la elección de los representantes al Congreso, presentando datos estadísticos que no garantizan un funcionamiento efectivo de dicho sistema y, en vista de su importancia para la materialización de la democracia, es necesario analizarlo. Este artículo entonces, busca caracterizar dicho

* Estudiante del undécimo Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada del Norte – Cajamarca. Licenciado en Administración por la Universidad Nacional de Cajamarca. Miembro del equipo de tutores académicos del programa de Estudiantes Líderes de la Universidad Privada del Norte. Código ORCID: 0009-0000-4337-131X. Correo electrónico: miguelroj.20@gmail.com

sistema, para posteriormente encontrar los principales problemas y establecer oportunidades de mejora en el mismo. Para ello, se propone una metodología mixta, a través del examen del marco jurídico legal, además de realizar un análisis de algunos datos de la última elección que ayudan a visualizar a mayor detalle el problema y entonces hacer una reflexión sobre las oportunidades de mejora al sistema electoral para la elección congresal. Finalmente, como resultados de la presente investigación, se encuentra que el actual sistema electoral para la distribución de escaños en el Congreso es ineficiente y no cumple con su finalidad de garantizar la representación idónea del ciudadano; además de ello se concluye que esto se da debido a la gran atomización política manifestada en el número creciente de partidos políticos y también debido al mecanismo usado actualmente, el cual resulta en la elección de congresistas con los cuáles la población presenta poco o nada de identificación. Se propone entonces un sistema electoral uninominal que tenga como objetivo establecer un estándar más eficiente para dicha representación y así lograr un Congreso que responda de manera óptima a los intereses del pueblo.

Palabras claves

Sistema de representación, sistema electoral, representación congresal, uninominal, identificación, escaño, oportunidad de mejora.

Abstract

The peruvian representation system has the electoral system as one of its cornerstones, which transforms the votes cast by citizens into representatives who will hold various public offices. Given this, the electoral system for congressional representation is a challenging topic of analysis due to the magnitude of this state power and the complexity of the mechanism for the vast majority of the population. The last election revealed certain issues regarding the election of congressional representatives, presenting statistical data that do not guarantee the effective functioning of the system. Given its importance for the realization of democracy, it is necessary to analyze it. This article aims to characterize the system, identify the main problems, and establish opportunities for improvement. A mixed methodology is proposed, examining the legal framework and analyzing data from the last election to visualize the problem in greater detail and reflect on opportunities for improvement in the electoral system for congressional elections. The results of this research indicate that the current electoral system for seat distribution in Congress is inefficient and does not fulfill its purpose of ensuring adequate citizen representation. This inefficiency is due to the high political fragmentation manifested in the growing number of political parties and the current mechanism, which results in the election of congress members with whom the population has little or no identification. A single-member electoral system is proposed to establish a more efficient standard for representation and achieve a Congress that optimally responds to the interests of the people.

Keywords

Representation system, electoral system, congressional representation, single-member, identification, seat, improvement opportunity.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. **II.** CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA ELECTORAL PERUANO PARA LA ELECCIÓN DE REPRESENTANTES AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA. **III.** EVALUACIÓN DE LAS ELECCIONES DEL AÑO 2021 Y SUS IMPLICANCIAS. **IV.** ALTERNATIVAS DE MEJORA Y SU ADAPTACIÓN AL CONTEXTO PERUANO. **V.** CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Delimitación del tema

La base de un estado democrático descansa en la correcta representación de sus electores por parte de las autoridades o funcionarios públicos. Esta representación, a su vez, tiene como base un sistema electoral que trata, en la medida de lo posible, de transformar los votos de los ciudadanos en escaños o cargos públicos. Este sistema electoral tiene sus elementos tales como las circunscripciones electorales, las candidaturas y su forma, la estructura del voto, la fórmula electoral y la barrera legal; todas ellas se conjugan para establecer un procedimiento que refleje la voluntad popular y sobre todo materialice una representación democrática. Ahora bien, dentro de la realización del sistema electoral vigente, el Perú presenta problemas debido a diversos factores, tales como la atomización política, lo que conlleva a la conformación de un parlamento poco representativo, constituido por congresistas que —en ocasiones— obtienen una votación poco significativa respecto a la población electoral a la que representan, generando así una desnaturalización del sistema para la conformación del parlamento. Siendo entonces el parlamento un poder de vital importancia en un Estado de derecho es que el presente estudio se centra en el análisis de la problemática respecto al sistema electoral que sirve de base para nuestro sistema de representación congresal y así mismo se propone alternativas de mejora que contribuyan a optimizar el sistema electoral para la formación del congreso y garantizar un equilibrio entre la representación directa y la representación proporcional en el parlamento, además de contribuir a la estabilidad política del país.

1.2. Justificación

La eficacia del actual sistema para la elección parlamentaria pone en peligro la calidad de la representación política en el Perú, esto debido a la desnaturalización del sistema de representación, ocasionando que alcancen escaños candidatos que ni siquiera tienen reconocimiento dentro de la mayoría de la población ni

han alcanzado votos significativos dentro de las circunscripciones a las que representan, llegando inclusive a ejercer la representación ciudadana con el 1 % de los votos de la misma dentro de los electores hábiles. Dado entonces que el sistema electoral constituye la base del sistema de representación peruano, su modernización y cabal comprensión de su estado e implicancias son totalmente esenciales para garantizar la personificación de la nación en sus funcionarios y el correcto desempeño de la democracia. Por tanto, la relevancia de este estudio radica en su capacidad para proporcionar una visión múltiple respecto al sistema electoral que conlleva a la conformación del Congreso peruano, partiendo del análisis de los problemas observados a raíz de la última elección, los efectos generados, así como la propuesta de alternativas de solución que aseguren que dicho sistema sea el pilar de la representación democrática y que garantice una personificación óptima de los intereses del país.

1.3. Objetivos

El presente estudio tiene como objetivo analizar los problemas y oportunidades de mejora del sistema electoral peruano para la conformación del Congreso, proponiendo alternativas que optimicen la representación democrática y contribuya a la estabilidad política del país. Para ello, se examinará el marco jurídico-legal que rige en el sistema electoral peruano, identificando las debilidades y áreas que requieran reformas para mejorar la calidad de la representación política. Además, se llevará a cabo un análisis para evaluar el impacto que ha tenido este sistema electoral en la última elección, así como sus implicancias en el sistema de representación. Así mismo, la presente investigación se enriquece a través de la evaluación detallada de la problemática observada en la representación congresal, la cual se encuentra estrechamente ligada al sistema electoral activo. A continuación, también se realizará una reflexión sobre los principales problemas y las oportunidades de mejora a futuro, para finalmente proponer alternativas de reforma electoral basadas en modelos vigentes alrededor del mundo, de los cuáles se pueden extraer mecanismos valiosos adaptados a las necesidades de la realidad peruana. Este artículo se apoya en un análisis estadístico y en una revisión de la literatura jurídica especializada, lo que consolidará la visualización integral y moderna de la temática tratada.

1.4. Estructura y metodología

La presente investigación se estructura de la siguiente manera; en primer lugar, se realiza el desarrollo y revisión de los conceptos jurídicos fundamentales, así como de las normas y disposiciones relacionadas al sistema de representación

peruano y al sistema electoral para la conformación del parlamento. Posteriormente, se plantea una metodología mixta, combinando métodos cualitativos y cuantitativos para obtener una visión integral de la problemática vinculada al tema de investigación; por otra parte, el estudio usa el método crítico-reflexivo para estudiar las oportunidades de mejora presentes y explorar las posibles oportunidades de mejora basadas en otros modelos electorales. Como fuentes de información, se emplearán datos estadísticos, de los cuáles se desprenderá un análisis de los resultados electorales recientes; así mismo, se revisará la legislación vigente, documentos de investigación jurídica relevantes y el análisis de estudios y teorías sobre los sistemas electorales y representación política.

Además, este estudio se centra en identificar problemas y proponer mejoras al sistema electoral para la conformación del parlamento; analizando a profundidad el estado actual de la situación, siendo que el sistema de representación depende de la eficacia con que el sistema electoral se desarrolle. Aunado a ello, se propone una revisión breve de otros sistemas y alternativas de solución, destacando sus características para destacar los aspectos significativos a modificar en el sistema electoral vigente peruano.

II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA ELECTORAL PERUANO PARA LA ELECCIÓN DE REPRESENTANTES AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Antes de entrar al análisis de los datos de las últimas elecciones es importante definir algunos términos de vital importancia para el cabal entendimiento del sistema electoral.

2.1. El sistema electoral

El sistema electoral en nuestro país está conformado, tal como señala la Constitución en el art. 177, por «[…] el Jurado Nacional de Elecciones; la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de identificación y Estado Civil». Estos organismos autónomos conservan tal calidad debido a que se encuentran aislados de la influencia de cualquier poder estatal para de esta forma ejercer sus funciones de forma libre, sobre todo considerando que a cargo de las mismas se encuentra el proceso electoral que llevará a la conformación de los diferentes estamentos estatales, promoviendo de esta forma la participación democrática, base sobre la cual se sustenta nuestra nación. Tal es la importancia de estas instituciones que, tal como señala Hakansson Nieto: «Son

autónomas pero coordinan y se complementan, ajustándose unos con otros en sus atribuciones» (2012, p. 389). Es decir, no se encuentran aisladas, sino que actúan complementándose para cumplir la finalidad para las que han sido creadas.

Es entonces que, como advierte el Tribunal Constitucional a través de la jurisprudencia desarrollada en el Exp. N.° 00001-1997-CC/TC, este sistema electoral compuesto por las tres instituciones mencionadas tiene características determinadas asignadas a cada una de estas, siendo que:

a. ***El Jurado Nacional de Elecciones (JNE)***

Fiscaliza los procesos electorales, además de mantener la custodia y el registro de las organizaciones políticas, administrando justicia electoral y proclama a los ganadores de las consultas populares. Esto, además se concatena con la relación que tiene con la Oficina de Procesos Electorales, ya que el Jurado Nacional de Elecciones la fiscaliza, así como la elaboración de los padrones electorales del registro y el uso que le de dicha institución.

b. ***La Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE)***

Esta institución organiza los procesos electorales, referéndum y demás consultas populares que se realicen en el país encargándose del diseño de material y organizando el presupuesto necesario, para lo cual coordina con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil la elaboración de los padrones que serán utilizados en sus actividades.

c. ***El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC)***

Este ente posee los registros civiles y personales, emite los Documentos Nacionales de Identidad y las constancias correspondientes, generando el padrón para cada proceso electoral, proporcionando a las otras instituciones que constituyen el sistema electoral la información para el cumplimiento de sus funciones.

Entonces, es así como se conforma el sistema electoral peruano y la coordinación existente entre cada uno de sus componentes. Ello es solo la estructura que desarrolla el proceso electoral, más adelante se verá la importancia del sistema que sirve de base para traducir los votos emitidos para la elección presidencial, congresal o referéndum que se desarrollen. A continuación, se expondrá el mecanismo usado para elegir a quiénes conformarán el Congreso de la República, tema de vital importancia en esta investigación.

2.2. Los elementos del sistema electoral para la elección del Congreso Peruano

A continuación, para entender a mayor profundidad el mecanismo que da lugar a la elección del parlamento peruano, se explicará brevemente los elementos que constituyen el sistema electoral:

a. ***La circunscripción electoral***

Tal como señala Tuesta Soldevilla: «Entendemos por circunscripción electoral a aquel conjunto de electores que conforma la base para que sus votos se repartan entre un número determinado de escaños» (2002, p. 7). Es decir, en una circunscripción electoral, a partir del conteo de sus votos, se procederá a la distribución de los escaños designados a dicha circunscripción electoral. Por ejemplo, el distrito electoral de Cajamarca, para las elecciones de 2021 tenía asignado 6 escaños para la conformación del Congreso.

Dicho ello, estas circunscripciones también pueden ser clasificadas según el número de escaños en disputa, siendo que se considerarán uninominales si es que en tal grupo solo se encuentra asignado un escaño para la elección o serán plurinominales si es que se disputa más de un escaño entre dichos electores pertenecientes a una unidad territorial.

En el Perú, tal como señala la Ley Orgánica de Elecciones, Ley N.° 26859, en el artículo 21, la elección de senadores se realiza por distrito electoral múltiple aplicando el sistema mayoritario, otorgando a cada circunscripción un escaño con excepción de Lima Metropolitana, a la cual se le asigna 4 escaños. Para los senadores restantes, se elige por distrito electoral único a través del sistema de representación proporcional. En el caso de diputados (ante la reforma que retorna la bicameralidad), se realiza por distrito electoral múltiple o plurinominal, salvo en aquellos distritos donde se elija a un solo representante, tal caso se pudo observar en la elección del 2021 para el distrito electoral de Madre de Dios.

b. ***La forma de las candidaturas***

Una vez comprendida la circunscripción electoral, es necesario desarrollar la forma en que se realizan las candidaturas. Según Soldevilla: «Las candidaturas pueden ser por lista completa, nominal e independiente […]. En este sentido, se observa listas de candidaturas cerradas (que se subdividen en cerradas y bloqueadas y en cerradas y desbloqueadas) y listas abiertas». (2021, p. 166). Ahondando en ello, cabe especificar que la forma de la

candidatura permitirá al votante tener o no mayor influencia en cuánto a quién personifique su voto, siendo que es en el Perú a través de los partidos políticos que se desarrollan las listas de candidatos al congreso, ordenados de forma que, a cada uno le corresponde un número y el elector puede optar por cualquiera de ellos al momento de ejercer su derecho a voto en la circunscripción electoral correspondiente.

Para detallar cada una de estas formas de candidatura, se tiene la lista cerrada, el partido político conforma la lista y el elector vota por dicha lista, no puede poner candidatos distintos a los ya designados. En cuanto a la lista bloqueada, el orden presente en esta no puede ser alterado por el elector con su voto; caso distinto es el de la lista cerrada pero no bloqueada; en la que el partido presenta la lista, pero el elector con su voto puede alterar el orden de esta votando específicamente por el candidato (designado por un número dentro de la lista), a través de lo que se denomina *voto preferencial.*

c. ***El voto***

El voto viene a ser la manifestación de la voluntad del elector, a través del uso de los medios que se disponga para hacer uso del derecho a la elección del representante de su preferencia al Congreso. Ahora bien, el voto establecido en el país para la elección de los miembros del Congreso se denomina *doble voto preferencial opcional* (a excepción de los distritos electorales, donde se elige menos de dos diputados, en cuyo caso hay solo *voto preferencial opcional)*. Esto quiere decir que el elector, si bien no puede modificar la estructura de las listas que proponen los partidos políticos, sí puede elegir libremente a cualquiera de los que las componen; dicha facultad, tal como menciona Nohlen (citado en Hurtado, 2006, p. 9) «Permite al candidato elegido saber que no solo tiene el respaldo de su partido, sino también el apoyo personal y político de los electores […] y en consecuencia se siente menos dependiente de su partido».

d. ***La fórmula electoral***

Muy importante es también la forma en que el órgano competente traduce los votos para asignar los escaños a los candidatos ganadores; siendo que, en el Perú, tal como menciona el art. 21 de la Ley Orgánica de Elecciones, Ley N.° 26859, para el caso de la elección de los senadores, se realiza por distrito electoral múltiple aplicando el sistema mayoritario, mientras que los miembros restantes del Senado se elegirán por distrito electoral único aplicando el sistema de representación proporcional (con aplicación del

doble voto preferencial opcional). En la elección de diputados se realiza según el distrito electoral múltiple, aplicando el sistema de representación proporcional, también dando la facultad del doble voto preferencial opcional. A continuación, se explicará cada uno de estos sistemas.

El sistema mayoritario implica que el candidato con más votos en la circunscripción electoral definida gana dicho escaño. No es necesario obtener la mayoría absoluta; un claro ejemplo es la elección de congresistas en Estados Unidos, en donde aquel que obtenga la mayoría gana el escaño designado a la circunscripción.

En cambio, en el sistema de representación proporcional, los votos realizados se traducen a través de una fórmula matemática, la que, tal como menciona Hurtado: «Es la llamada 'cifra repartidora' que combina el método de D'Hont (que es de divisores) con el método de restos» (2006, p. 10). Esto se explicará a mayor detalle más adelante.

e. ***La barrera legal***

La barrera legal se encuentra referida al número de votos necesarios a nivel nacional considerados como el mínimo para acceder a la distribución de escaños. Esta barrera puede establecerse en función de distintos indicadores; tales como el número de electores, el número de votantes que han participado o un porcentaje del número de escaños designados para una determinada cámara.

En el Perú, tal como menciona el artículo 20 de la Constitución, «se requiere para acceder al procedimiento de distribución de escaños en la Cámara de Diputados o en el Senado, hacer alcanzado al menos el cinco por ciento del número legal de miembros y al menos cinco por ciento de los votos válidos a nivel nacional en la respectiva cámara».

Esto quiere decir que se debe lograr un mínimo de tres senadores para la cámara correspondiente y lograr un mínimo de siete diputados para la otra. Además de ello, y no de forma excluyente, deberá el partido político participante superar el 5 % de la votación nacional válida.

Al respecto, vale mencionar como ejemplo que en el caso que un partido X no logre superar el 5 % de la votación nacional válida, entonces no se considerará a sus listas aun cuando estas hayan obtenido una votación relevante en alguna circunscripción electoral específica.

2.3. El funcionamiento del sistema para la adjudicación de escaños en la práctica

Ahora bien, mencionadas las instituciones y elementos que componen el sistema electoral, es útil explicar cómo es que éste se aplica en la práctica, no solo con un fin académico, sino con uno práctico, el cuál otorgue al ciudadano un pleno conocimiento de la manera en que se interpreta su voto y cuál es el proceso correcto de percibir el procedimiento electoral, para lograr el ejercicio de un voto consciente e informado.

En primer lugar, se propondrá un ejemplo en el que una determinada circunscripción electoral se compone por 100 000 electores (población en edad hábil para ejercer el derecho a votar); y a dicha circunscripción se le han asignado cinco escaños.

En segundo lugar, se tiene que las listas que han presentado los partidos políticos se constituyen de cinco candidatos cada una, y existen seis partidos políticos habilitados para dicha elección.

Conociendo dichos datos, una vez realizada la elección, se obtienen los siguientes resultados:

Tabla 1
Tabulación hipotética de los votos por cada partido respecto al ejemplo propuesto

Resultados para el congreso		
Partido	**Votos**	**%**
Partido A	9 000	9
Partido B	18 563	18.563
Partido C	10 152	10.152
Partido D	1 236	1.236
Partido E	24 789	24.789
Partido F	25 698	25.698
Votos válidos	89 438	89.438
Votos nulos	10 562	10.562

Nota: La tabla muestra los votos válidos obtenidos por los partidos políticos del ejemplo.
Fuente: Elaboración propia.

A partir de esto, se divide cada uno de los votos válidos obtenidos por cada partido entre 1, 2, 3, 4 y 5 (estos números se dan en razón del número de escaños asignados a un determinado distrito). Posteriormente, se obtiene:

Tabla 2
Obtención de cocientes en el procedimiento de asignación de escaños

Votos válidos	1	2	3	4	5
9 000	9 000	4 500	3 000	2 250	1 800
18 563	18 563	9 281.5	6 187.66667	4 640.75	3 712.6
10 152	10 152	5 076	3 384	2 538	2 030.4
1 236	1 236	618	412	309	247.2
24 789	24 789	12 394.5	8 263	6 197.25	4 957.8
25 698	25 698	12 849	8 566	6 424.5	5 139.6

Nota: La tabla muestra los cocientes obtenidos de la división de los votos válidos entre los números relativos a la composición del parlamento en la circunscripción ejemplificada.

Fuente: Elaboración propia.

Luego se procede a ordenar estos cocientes de mayor a menor para obtener la cifra repartidora (que será el que se ubique en el orden coincidente con el número de escaños a repartir):

Tabla 3
Orden de los cocientes obtenidos de mayor a menor

Orden	Cociente	Orden	Cociente	Orden	Cociente	Orden	Cociente
1	25 698	9	8 566	17	4 640.75	25	1 800
2	24 789	10	8 263	18	4 500	26	1 236
3	18 563	11	6 424.5	19	3 712.6	27	618
4	12 849	12	6 197.25	20	3 384	28	412
5	12 394.5	13	6 187.666667	21	3 000	29	309
6	10 152	14	5 139.6	22	2 538	30	247.2
7	9 281.5	15	5076	23	2 250		
8	9 000	16	4 957.8	24	2 030.4		

Nota: La tabla muestra a los cocientes ordenados de mayor a menor.

Fuente: Elaboración propia.

Luego de ubicar en orden descendente, se tiene que la cifra repartidora se constituye en 12 394.5; la que nos servirá para determinar cuántos escaños le corresponde a cada partido, de la siguiente manera:

Tabla 4
Distribución de escaños del ejemplo

Escaños ganados				
Partido	**Votos válidos**	**Cifra repartidora**	**Cociente**	**Cociente entero**
Partido A	9 000	12 394.5	0.72612852	0
Partido B	18 563	12 394.5	1.49768042	1
Partido C	10 152	12 394.5	0.81907298	0
Partido D	1 236	12 394.5	0.09972165	0
Partido E	24 789	12 394.5	2	2
Partido F	25 698	12 394.5	2.07333898	2
Total				5

Nota: La tabla muestra la distribución de los 5 escaños del ejemplo planteado.
Fuente: Elaboración propia.

Como se observa, el partido A no tiene ningún escaño, el partido B tiene un escaño, los partidos C y D no han logrado escaños, mientras que los partidos E y F han conseguido dos escaños cada uno; llegando así a la cifra de cinco escaños.

En el caso del método D'Hont, se llega a un resultado similar, siendo que se identifica en los primeros cinco cocientes a cuáles de los partidos corresponden estos. Siguiendo el ejemplo planteado, se realizaría de la siguiente manera:

Tabla 5
Distribución de escaños acorde al método de D'Hont

Orden	Cociente	Partido
1	25 698	F
2	24 789	E
3	18 563	B
4	12 849	F
5	12 394.5	E

Nota: La tabla muestra los cocientes obtenidos, los cuales se ubican en la tabla 2 y se asigna al partido que le corresponde.
Fuente: Elaboración propia.

Ahora bien, tengamos en cuenta que el voto es preferencial, por tanto, en caso por ejemplo del partido B, que ha obtenido un escaño, el candidato de la lista planteada que haya obtenido el mayor número de votos será quién obtenga el escaño. Esto es aplicable en el caso de los partidos E y F, con los dos primeros candidatos de sus listas que hayan obtenido el mayor número de votos en los comicios celebrados.

Adicionalmente, importante de resaltar aquí es donde entra a tallar la valla electoral y la condición de obtener como mínimo un determinado número de escaños para una cámara; siendo que si, en el ejemplo planteado, en el supuesto país, se hubiese establecido una valla del 5 % y un número de escaños a obtener del 5 % también, y siendo los datos los siguientes:

Tabla 6
Votos obtenidos por los partidos hipotéticos a nivel nacional y número de escaños obtenidos a nivel nacional

Votos válidos a nivel nacional: 3 000 000 Número de miembros del Congreso: 90		
Partido	**% de votos válidos obtenidos a nivel nacional**	**Número de escaños obtenidos a nivel nacional**
A	20 %	10
B	25 %	15
C	15 %	16
D	15 %	40
F	4 %	3
E	21 %	7

Nota: La tabla muestra el porcentaje de los votos obtenidos por los partidos a nivel nacional y el número de escaños totales logrados. Fuente: Elaboración propia.

Dado que el porcentaje mínimo a obtener por partido para ser considerado en la asignación de escaños es 5 % de los votos válidos a nivel nacional, el partido F no obtendría escaños, aun cuando obtuvo una votación elevada en el distrito electoral ejemplificado, ya que solo ha logrado el 4 % de los votos válidos a nivel nacional; y además de ello también no cumple con el mínimo del número legal de miembros alcanzados a nivel nacional, esto es el 5 % de 90; es decir cinco escaños; y solo habiendo obtenido tres sus candidatos quedan fuera de la contienda y se asigna esos dos escaños redistribuyéndolos entre los partidos que sí superaron la barrera electoral.

Esto garantiza que solo los partidos con un apoyo significativo a nivel nacional tengan una representación en el Congreso, sentando de esta manera de forma práctica el concepto de democracia; así como se evita que haya una gran fragmentación en el Congreso, lo que puede desencadenar un problema de gobernanza.

III. EVALUACIÓN DE LAS ELECCIONES DEL AÑO 2021 Y SUS IMPLICANCIAS

Habiendo entendido el mecanismo con el que se realiza la elección de los congresistas a nivel nacional, cabe analizar ciertos aspectos importantes tras la última elección, siendo que esta será la última relacionada a un Congreso unicameral, ya que a partir de las elecciones próximas del 2026 se implementará un parlamento bicameral, pero que distribuirá los escaños usando prácticamente el mismo mecanismo ya descrito.

3.1. El electorado y su representación parlamentaria

Para comenzar, se analizará un aspecto estadístico poco comentado en las elecciones, pero no menos relevante. Perú, al ser un país muy atomizado en cuanto a partidos políticos, necesita que los candidatos congresales sean de un número considerable para cada región y, además de ello, debido al voto preferencial se distribuye mucho más el voto en la población.

A continuación, se analizará los votos obtenidos en dos circunscripciones electorales, Ancash y Cajamarca por los congresistas electos de dichas regiones:

Tabla 7
Resultados congresales por la región Áncash en las Elecciones Generales y Parlamento Andino 2021

Congresistas por Áncash Electores hábiles: 886 265 Participación ciudadana: 614 345				
Congresista N.°	**Partido**	**VOTOS**	**Porcentaje respecto de los electores hábiles**	**Porcentaje respeto de la participación ciudadana**
1	Alianza Para El Progreso	6 203	1 %	1 %
2	Fuerza Popular	3 950	0 %	1 %
3	Acción Popular	6 505	1 %	1 %
4	Perú Libre	8 286	1 %	1 %
5	Perú Bicentenario	6 328	1 %	1 %

Nota: La tabla muestra el resumen de los votos obtenidos por los congresistas electos por la región Áncash. Fuente: Resultados de la ONPE.

Al comparar los votos obtenidos por cada congresista respecto de la cantidad de ciudadanos que estos representan, se obtienen valores absolutamente sorprendentes, y es que han obtenido menos del 1 % del voto de la población electoral.

Entonces, esto lleva a realizar la siguiente pregunta: ¿cómo es que realmente se ha personificado el voto de la ciudadanía respecto a un parlamentario? Solo hace falta comparar la elección congresal con la de Estados Unidos, donde los votos se reparten entre candidatos demócratas y republicanos; para así entender la idea de que al menos más de la mitad de los electores de un determinado distrito electoral conocen al candidato que los representará en el parlamento.

Contraria a la situación que se observa en el país. En el ejemplo de Áncash, menos del 2 % de electores hábiles conocen al candidato que representará sus intereses en el Parlamento. A continuación, se analizará otro distrito electoral respecto a los resultados obtenidos en las últimas elecciones, es el caso de Cajamarca:

Tabla 8
Resultados congresales por la región Cajamarca en las Elecciones Generales y Parlamento Andino 2021

Congresistas por Cajamarca Electores hábiles: 1 103 247 Participación ciudadana: 690 836				
Congresista N.°	**Partido**	**Votos**	**Porcentaje respecto de los electores hábiles**	**Porcentaje respeto de la participación ciudadana**
1	Cambio Democrático	3 647	0 %	1 %
2	Perú Libre	10 394	1 %	2 %
3	Alianza Para El Progreso	9 080	1 %	1 %
4	No Agrupado	7 171	1 %	1 %
5	Bloque Magisterial	16 660	2 %	2 %
6	Fuerza Popular	3 240	0 %	0 %

Nota: La tabla muestra el resumen de los votos obtenidos por los congresistas electos por la región Cajamarca. Fuente: Resultados de la ONPE.

Se llega a observar que incluso con 3 240 votos se puede lograr un escaño en el Parlamento, lo que no equivale ni siquiera al 1 % de la población a la que representa; siendo ello un efecto directo del voto preferencial. Esto conlleva a que los partidos, tal como señala Soldevilla, «terminan colocando en cargos de

representación a personajes que no tienen mayor vínculo con el partido, sin mayor trayectoria partidaria o pública, lo que se expresa en malas gestiones, en la desatención del vínculo representativo y en la proliferación de conductas oportunistas, particularistas e, incluso, en casos de corrupción» (2019, p. 41). Ello es natural en razón de que solo hace falta que alguien pueda conseguir un promedio de 3 000 a 4 000 votos en ciertas regiones para poder obtener un escaño en el Congreso.

Obviamente, el vínculo representativo se ha roto entre el congresista electo y la población a la que representa, simplemente porque este nunca se materializó en la cantidad mínima de votos que debió obtener desde su electorado.

3.2. La fragmentación parlamentaria

Además de ello, tal como señala Campos y Zegarra: «La reciente elección de 2021 ha demostrado que, a pesar de la barrera electoral, diez partidos lograron representación parlamentaria» (2022, p. 226). Esto es así porque se ha producido una atomización política en el país, alentado por un proceso de inscripción que no se refleja en la intención de voto en el país, ya que, si se requiere un adherente del 3 % del total de votantes, esto es aproximadamente 531 412 firmas. Esto no se ve para nada reflejado al momento de realizar las elecciones, al menos desde el partido N.° 13 al N.° 20 de la Tabla 9.

Tabla 9
Resumen de votos válidos del total de organizaciones políticas en las Elecciones Generales y Parlamento Andino 2021

Votos válidos			
Organización política		**Total**	**% Válidos**
1	PARTIDO POLÍTICO NACIONAL PERÚ LIBRE	1 724 303	13.41 %
2	FUERZA POPULAR	1 457 640	11.34 %
3	RENOVACIÓN POPULAR	1 199 663	9.33 %
4	ACCION POPULAR	1 159 707	9.02 %
5	ALIANZA PARA EL PROGRESO	969 699	7.54 %
6	AVANZA PAÍS - PARTIDO DE INTEGRACIÓN SOCIAL	969 059	7.54 %
7	JUNTOS POR EL PERÚ	847 570	6.59 %

8	PARTIDO DEMOCRÁTICO SOMOS PERÚ	788 488	6.13 %
9	PODEMOS PERÚ	750 238	5.83 %
10	PARTIDO MORADO	697 289	5.42 %
11	VICTORIA NACIONAL	638 264	4.96 %
12	FRENTE POPULAR AGRÍCOLA FIA DEL PERÚ - FREPAP	588 999	4.58 %
13	UNIÓN POR EL PERÚ	266 341	2.07 %
14	PARTIDO POPULAR CRISTIANO - PPC	212 811	1.65 %
15	PARTIDO NACIONALISTA PERUANO	195 536	1.52 %
16	EL FRENTE AMPLIO POR JUSTICIA, VIDA Y LIBERTAD	135 103	1.05 %
17	DEMOCRACIA DIRECTA	100 032	0.78 %
18	RENACIMIENTO UNIDO NACIONAL	97 538	0.76 %
19	PERU PATRIA SEGURA	54 853	0.43 %
20	PARTIDO POLÍTICO CONTIGO	5 787	0.05 %
Distribución de votos			
Total de votos válidos		12 858 920	72.56 %
Votos en blanco		2 126 712	12.00 %
Votos nulos		2 737 099	15.44 %
Total de votos emitidos		17 722 731	100

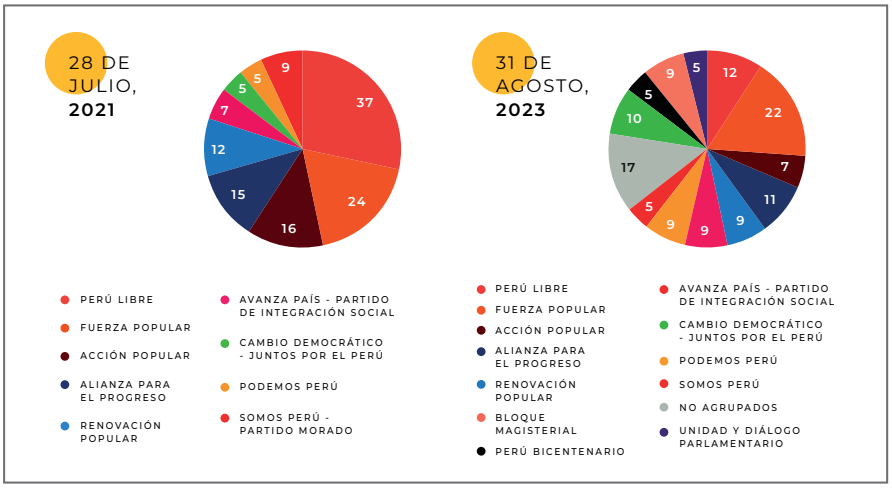
Nota: La tabla muestra el resumen de los votos válidos obtenidos por el total de organizaciones políticas que se presentaron en las elecciones del 2021. Fuente: Resultado publicados por la ONPE

Aunado a ello, cabe precisar que la fragmentación excesiva de un parlamento también es producto, tal como señala Garcia Marin: «De un entorno dónde las organizaciones partidarias peruana se han convertido en meros formalismos para acceder a las instituciones políticas, sin apenas ligazón pragmática e ideológica con sus candidatos y con considerable debilidad e inestabilidad internas». (2023, p. 316). Lo que se menciona es una realidad latente y que se manifiesta aún con mayor notoriedad en otro problema que se tratará a continuación.

3.3. El transfuguismo congresal

El transfuguismo congresal se refiere al fenómeno en el que un congresista electo abandona el partido político por el cual fue elegido y se une a otro, conforma una nueva bancada junto a otros o actúa de manera independiente. En este orden de ideas, cabe analizar la composición del congreso en el 2021 y la conformación al 2023:

Figura 1
Cambio en la distribución del parlamento peruano desde el 28 de Julio del 2021 al 31 de agosto del 2023



Nota: La gráfica muestra el cambio de la composición del Congreso Peruano desde su elección al 31 de agosto del 2023. Fuente: InfoCongresistas, (s. f.)

Lo que se alcanza a observar en la Figura 1 es un cambio abrupto en cuanto a la conformación del Congreso peruano, siendo que de empezar con nueve bancadas el período 2021 (las que ya de por sí generan un escenario de gobernanza difícil), se ha llegado a tener trece, cambiando totalmente el equilibrio de poder dentro del parlamento y dejando a partidos que empezaron con treinta y siete o dieciséis congresistas a ver reducida en la mitad su representación parlamentaria.

Lo descrito socaba totalmente la fórmula electoral que se emplea, ya que, tal como se describió en un inicio, lo que busca la distribución proporcional de escaños en cada circunscripción electoral es captar la afinidad política del electorado y entonces colocar a determinados representantes para, que ligados a las ideas de los partidos políticos mediante los que fueron electos, personifiquen a sus votantes. Es así que cabe preguntarse si es que un congresista, siendo elegido

por el electorado acorde a un determinado partido, luego de romper con ese lazo está también rompiendo con la representación que tiene con sus electores, aquellos que lo llevaron a dicho cargo.

Ante esto, menciona Roque Colonia menciona que «es necesario la formulación de sanciones, lineamientos a seguir y acuerdos entre los postulantes al congreso con sus partidos políticos ya que de esa manera disminuirá la posibilidad de un desbalance en el parlamento» (2024, p. 17), de forma que se castigue estas prácticas con las que no solamente se socaba la gobernabilidad, sino que se vulnera notoriamente la intención de voto del electorado, desnaturalizando los valores democráticos y rompiendo el vínculo de representación con el que fueron elegidos.

3.4. El sistema de partidos

Como se ha analizado, los partidos políticos son los intermediarios entre los puestos sometidos a elecciones y el electorado; en otras palabras, en nuestro país existe un monopolio de los partidos políticos, los cuáles —a través de elecciones internas— establecen la lista de candidatos que proponen para el Congreso, y posteriormente los electores seleccionan sus representantes a través de dichas listas.

En principio, es una opción tomada debido a su pragmatismo y orden, pero lo que sucede en el país es que el contexto político peruano, tal como mencionan Campos y Zegarra, «caracterizado por partidos poco institucionalizados y alta volatilidad electoral, ha dificultado la formación de carreras legislativas estables» (2024, p. 313). Entre el oportunismo presente en los partidos y la baja cifra de votantes que necesita un candidato para alcanzar un escaño, la pertenencia a la ideología se transforma en un mero medio para llegar al Congreso.

Lo anteriormente expuesto pone a discusión los filtros que se siguen dentro de los partidos, la vigencia del liderazgo de los mismos y la cercanía que tienen con el electorado, incluso con sus mismos afiliados; ya que se desprende que, si dichos afiliados persiguen una ideología afín, entonces los congresistas electos defenderían dichas ideas y no buscarían nuevos partidos para poder mantener un escaño.

Finalmente, tal como expresa Murakami y Pozsgai-Alvarez: «Desde finales de la década de 2010, la fragmentación del sistema de partidos peruano ha ingresado en una segunda etapa, caracterizada por partidos más pequeños y con menor poder de convocatoria ciudadana en comparación con las tres décadas anteriores» (2024, p. 123); lo cual, junto a la polarización general, da lugar al incremento de muchos partidos que aprovechan la coyuntura social y cultural de la nación para poder detentar a los poderes estatales.

3.5. El voto y los distritos electorales

La estructura del voto, tal como se estudió anteriormente, se basa en un voto preferencial opcional (inclusive doble), desarrollado dentro de distritos electorales plurinominales; lo que conlleva a analizar si realmente nos encontramos ante un sistema eficiente, ya que, como se evidenció en el punto a), esto da lugar a que los electores generalmente ni siquiera conozcan al congresista electo (en la gran mayoría de casos por menos del 5 % del electorado). Ello da lugar a una ausencia de sentimiento de representación de los peruanos, reflejado claramente en la tasa de desaprobación del Congreso de la República, la cual ha llegado incluso al 92 %, según encuesta del Instituto de Estudios Peruanos (IEP) (2024).

El actual sistema electoral para la elección congresal es ineficiente a tal punto de que, según Enrique Ghersi, «produce fraccionamiento, debido a que, al tener un sistema plurinominal, tienes a un montón de representantes por cada distrito. Ergo, no sabes quién exactamente es tu congresista» (2023, p. 53). Lo que no sucede en otros países como Estados Unidos.

Esto ha generado que, además de que el electorado no sepa quién es su candidato, debido a la desproporción de candidaturas existentes, se genere una incertidumbre muy grande al momento de intentar coaliciones partidarias que garanticen una estabilidad política, llevando a una gran fragilidad, como la que se vivió en el gobierno de Pedro Castillo. Para Barrenechea y Encinas: «El indicador más claro de la inestabilidad en la que ingresó el país con la presidencia de Castillo fue la alta rotación de ministros de estado y de gabinetes de ministros» (2022, p. 428), ya que, se tuvo un total de cuatro gabinetes ministeriales en siete meses de gobierno, y que, sin importar la postura política, se vincula con la deficiencia del sistema electoral actual del país, en el que prácticamente da lugar a la conformación de un Congreso que no solamente tiene una representatividad muy opaca, sino que permite posturas que distan de las ideologías presentes durante las elecciones.

Aparte de lo ya mencionado, merece también comentar que esta suerte de atomización política también se observa en cuánto a las elecciones para constituir los gobiernos regionales y locales, evidenciando una gran proliferación de listas que incluso se han visto reducidas considerablemente debido a la reforma propuesta por la Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política, mediante la Ley N.° 30995. Al respecto, Cristhian Jaramillo menciona que: «Esta legislación modificó drásticamente los requisitos para la inscripción de nuevas organizaciones políticas, exigiendo un número significativo de afiliaciones para poder participar en los procesos electorales». (2022, p. 255)

IV. ALTERNATIVAS DE MEJORA Y SU ADAPTACIÓN AL CONTEXTO PERUANO

4.1. La representación congresal: conocer al parlamentario

En primer lugar, dos de los problemas mencionados anteriormente, estos son: la cantidad paupérrima de votos con que se alcanza un escaño y la poca relación que se forja entre el candidato electo y el electorado al que representa. Ambos podrían ser una respuesta dos factores dentro de los elementos del sistema electoral.

Nos referimos a la circunscripción electoral y a la estructura del voto, cuyo cambio influye totalmente en la forma de las candidaturas y la fórmula electoral. Como solución alternativa más próxima a la realidad atomizada de nuestra política actual, surge la posibilidad de hacer del sistema electoral uno de voto único con un sistema de distrito electoral único con elección mediante mayoría uninominal.

La reforma del sistema electoral para la elección del Congreso implica cierta complejidad mayor en la práctica, pero no sería insuperable con los recursos que se cuenta actualmente. Ello resultaría viable, ya que, al reducir los distritos electorales, de forma que cada uno de ellos elija a solo un candidato congresal, ayudaría a que los electores ya no se enfoquen en listas partidarias, sino en una lista que englobe a candidatos únicos de los distintos partidos políticos, los que tendrían relación directa con la población y responderían ante esta y sus necesidades; logrando forjar el vínculo necesario entre representante y población.

Naturalmente, el trazado de nuevas circunscripciones electorales para que puedan ser uninominales respondería a un estudio más detallado de cada región, ya que, en el supuesto que a una región le corresponda seis escaños, tendría que ser dividida, por ejemplo, en 6 circunscripciones menores, las cuales elijan individualmente a un candidato que irá a una determinada cámara (lo propio se realizará para la composición de la otra cámara, ya que nuestro Congreso será bicameral desde la próxima elección).

Además de ello, es importante que se considere realizar un voto combinado, tal como se realiza en Alemania, disponiendo uno de ellos para cubrir cierto número de escaños, de forma directa y el otro para cubrir y sondear lo pertinente respecto a la valla electoral; como he mencionado anteriormente, esto ameritaría un estudio más detallado, pero bien valdría la pena para su posterior implementación en el Perú.

Ello trae ciertas ventajas que se configuran, por ejemplo, en países que tienen dicho sistema, tales como Estados Unidos, donde se ve a dos fuerzas bastante diferenciadas y un electorado que conoce efectivamente a sus representantes en el

Congreso; así mismo, se tiene modelos como el japonés, el cual combina elementos uninominales y de representación proporcional, país cuyo desarrollo y estabilidad económica le ha permitido posicionarse como una potencia mundial.

También está el sistema electoral alemán, en el que los votantes eligen a un candidato directo en su distrito con su primer voto *(Erststimme)* y una lista de partido regional con su segundo voto (*Zweitstimme);* este sistema recoge ciertas ventajas, entre las cuales está, como destaca Vidal: «Un cierto grado de satisfacción del elector por poder elegir entre candidatos» (2012, p. 226). Además, es preciso aclarar que el elector elige entre candidatos a los que conoce y a los cuáles puede identificar plenamente, más aún, el voto unipersonal busca asegurar la relación entre los votantes y sus representantes. Cabe mencionar que los gobiernos de coalición alemanes son generalmente estables y considerados legítimos por el electorado; hasta el momento, el sistema electoral alemán no ha mostrado ningún inconveniente grave que haga peligrar su continuidad.

Es importante observar que todo mecanismo puede tener ciertas desventajas, ya que depende mucho de la educación del electorado y también de los vacíos que pueda presentar; ante ello es útil la observancia continua para retocarlo y mantener su utilidad.

4.2. Alternativa al transfuguismo y la fragmentación parlamentaria

La próxima conformación del parlamento peruano será de carácter bicameral, ante ello coincido con Bullard cuando menciona que:

> Pese a que una cámara adicional implica (según nuestra sugerencia) un mayor número de congresistas, existen fuerte razones para creer que un congreso bicameral funciona mejor que uno unicameral. Como veremos, el bicameralismo permite que las normas sean promulgadas por grupos que representan a una mayor parte de la población, contando además con niveles distintos de representación, permitiendo (y promoviendo) un trabajo conjunto entre las minorías y mayorías. (2019, p.155)

Ante esto, entonces cabe resaltar que, si bien se puede obtener un mejor análisis, también la función legislativa puede verse lenta o incluso paralizada; esto es debido a que la conformación del Congreso puede cambiar bastante, difiriendo mucho de su composición original, la cual fue organizada en base al voto popular.

Ahora bien, cabe decir cuán legítimo resulta que un congresista electo se cambie de bancada o conforme una nueva si, precisamente, el elector lo votó

asumiendo que representaría a un determinado partido político; sobre todo, asumiendo que estos partidos políticos descansan sobre ideales que se supone se identifica la población.

Por ello, es de vital importancia que se establezcan mecanismos para solucionar el problema del transfuguismo y fragmentación parlamentaria, ya que, en palabras de García: «El diseño parlamentarizado del presidencialismo peruano y la existencia de un sistema de partidos de muy baja institucionalización estaría generando una incremental inestabilidad tanto en el Ejecutivo como en el Legislativo, poniendo en cuestión el régimen democrático» (2024, p. 402). Ello explicaría la continua crisis política que el Perú viene atravesando. Ante esto, como mecanismos alternativos, surge la prohibición de cambios de partido o la limitación de estos, con sanciones claras, tales como la pérdida de beneficios parlamentarios, el reemplazo del congresista por su accesitario o la inhabilitación para futuras elecciones, medidas que deben ser analizadas en mayor profundidad, ya que suponen un control estricto a la conformación original del parlamento; o, en todo caso, también podría plantearse la renovación parcial o total de parlamentos en un periodo de dos o tres años, como se realiza en otros países.

Finalmente, también es importante asegurar un sólido sistema de partidos, los cuales cuenten con la aprobación ciudadana y no sean solo espacios fugaces creados para llegar al poder; ya que uno de los principales elementos a cuidar en estos es la designación de candidatos para las elecciones parlamentarias mediante un proceso interno que legitime el ejercicio del poder, debido a que «El carácter democrático del proceso de designación de candidatos por parte de los afiliados de base cumple una importante función: garantizar la libertad de los diputados electos» (Morlok, 2024, p. 127). Es imprescindible este carácter democrático, debido a que solo así el candidato sentirá un compromiso por sus electores y no percibirá amenazada su presencia en las listas si cumple o no determinadas instrucciones de la cúpula partidaria.

V. CONCLUSIONES

El sistema de representación congresal responde directamente al sistema electoral diseñado para tales fines. Este sistema no ha cumplido con las condiciones requeridas para garantizar la efectiva representación democrática del electorado peruano en cuánto a la designación de escaños para la conformación del parlamento; ello debido a fallas que no se han tratado, tales como los distritos plurinominales y el voto preferente doble. Ante ello, es preciso aclarar que, si bien dichos sistemas pueden parecer proporcionales; es notorio que designar un escaño a un candidato

con menos del 5 % de votos del distrito electoral que representa o peor aún con el 1 %, en base al método de D'Hondt, en el Perú no resulta viable.

La atomización del panorama político hace que muchos partidos (veinte en la última elección) y treinta y nueve partidos políticos inscritos y otros treinta y cuatro en proceso de inscripción, para las próximas elecciones, presenten muchas listas y dividan el voto en extremo; desnaturalizando la representación y la relación directa que debe tener el elector con su representante al Congreso, logrando solo legitimar a este mediante el reparto proporcional que se asume por los votos logrados en general, pero que al final de cuentas resulta en una total debacle del sistema de representación, materializándose ello en la alta desaprobación que presenta el Congreso (más del 90 %); cosa que es natural ya que la inmensa mayoría de electores no conocen al representante de su región y menos tuvieron un acercamiento a este y sus ideas; todo ello como consecuencia de la aplicación del sistema electoral descrito en este estudio.

Como posibles soluciones se plantea la modificación del sistema electoral hacia un sistema uninominal, el cual permite al elector conocer efectivamente a su representante y tomar conciencia de la responsabilidad e importancia de elegir a un congresista que responda por sus intereses en la labor legislativa. Actualmente, el Perú se encamina a elegir un Congreso bicameral bajo un sistema proporcional en circunscripciones plurinominales, similar al sistema actual. Con base en el presente estudio, puede decirse que seguirá cayendo en la fragmentación política, la cual se ve reforzada por la poca institucionalización de los partidos políticos, el transfuguismo y la segmentación del escenario político peruano; ante ello, es preciso mencionar que el establecer reglas que frenen estas prácticas, así como garantizar que la composición del Congreso se consolide en lugar que se fragmente, es una tarea vital para la gobernanza y, en consecuencia, para el progreso nacional

Finalmente, es importante mencionar que el presente estudio da pie a analizar a mayor profundidad un sistema electoral para la elección congresal, que efectivamente pueda asegurar un mecanismo de representación que cumpla con los principios básicos de la democracia y que no solo responda a una regla matemática que aplique la proporcionalidad de la repartición de escaños sin considerar otros factores importantes para el electorado. Ante esto, es preciso un sistema que garantice que el representante tenga un enlace con la región a la que representa, que los electores puedan conocerlo, que tenga un sentido de responsabilidad con su electorado y que las propuestas e ideas que plantea se alineen a los intereses del pueblo.

BIBLIOGRAFÍA

Barrenechea, R., y Encinas, D. (2022). Perú 2021: Democracia por Defecto. *Revista de Ciencia Política (Santiago)*. https://doi.org/10.4067/s0718-090x2022005000115

Bullard González, A., Iñiguez Ortiz, E. y López Montreuil, U. (2019). ¿Más de lo mismo? El retorno al congreso bicameral. *IUS ET VERITAS*, *58*, 154-169. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201901.009

Campos, M. y Zegarra Diaz, K. (2022). ¿Cómo elige Perú a sus representantes? *Revista Elecciones*, *20*. https://doi.org/10.53557/Elecciones.2021.v20n22.06

Campos Ramos, M. y Zegarra Diaz, K. (2024). Trayectorias políticas en el Congreso peruano 2001-2021. *Revista Elecciones*, *23*(28), 287-320. https://doi.org/10.53557/Elecciones.2024.v23n28.09

Garcia Marin, I. (2023). Congresos fragmentados y limitación de facultades constitucionales: Los efectos del sistema de partidos peruano entre 2001 y 2016. *Ciencia Política*, *18*(36). https://doi.org/10.15446/cp.v18n36.102471

García Marín, I. (2024). De la recuperación democrática al riesgo de quiebre. La permanente inestabilidad peruana (2001-2022) y sus posibles causas. *Revista Oficial del Poder Judicial*, *16*(21), 399-428.

Ghersi Silva, E. A. (2023). Comentarios sobre la coyuntura nacional y el impacto del análisis económico del derecho en las instituciones públicas. *Advocatus*, *043*, 51-54. https://doi.org/10.26439/advocatus2023.n043.6414

Hakansson Nieto, C. (2012). *Curso de Derecho constitucional*. Palestra.

Hurtado Cruz, V. I. (2006). El sistema electoral para la elección del congreso. *Centro de Documentación e Información Electoral, Jurado Nacional de Elecciones*.

InfoCongresistas. (s. f.). Recuperado 30 de enero de 2025, de https://infocongresistasperu.pe/blog/10

Jaramillo, C. (2022). Perú: Elecciones Regionales y Municipales 2022. La continua prevalencia de los movimientos regionales. *Revista Elecciones*, *21*(24) https://doi.org/10.53557/Elecciones.2022.v21n24.08

Jimenez, L. F. R. (2024, septiembre 29). *Encuesta IEP: Desaprobación del Congreso llegó al 92% y Dina Boluarte solo registra 5% de respaldo ciudadano | RPP Noticias*. https://rpp.pe/politica/gobierno/encuesta-iep-desaprobacion-del-congreso-llego-al-92-y-dina-boluarte-solo-registra-5-de-respaldo-ciudadano-noticia-1587939

Morlok, M. (2024). La regulación de la designación de los candidatos electorales por los partidos políticos en Alemania. *Teoría y realidad constitucional*, *54*, 115-129.

Murakami, Y. y Pozsgai-Alvarez, J. (2024). *Un análisis de la democracia peruana durante la crisis política*. https://doi.org/10.53557/%20Elecciones.2024.v23n27.04

Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y Tuesta Soldevilla, F. (2002). *La circunscripción electoral: Perú y la Región Andina*. Oficina Nacional de Procesos Electorales. http://repositorio.onpe.gob.pe/handle/20.500.14130/414

REGISTRO-ONPE, 001-97-CC/TC (Tribunal Constitucional 19 de junio de 1997). https://app.vlex.com/search/jurisdiction:PE/Exp.+N%C2%B0+00001-1997-CC%2FTC/vid/844057354

Roque Colonia, M. S. (2024). *El transfuguismo político congresal en el Poder Legislativo peruano*. http://hdl.handle.net/20.500.12404/28679

Soldevilla, F. T., Chirinos, P. M., Ramos, M. C., Morales, J. V. B. & Tanaka, M. (2019). *Hacia la democracia del bicentenario: Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política*. Konrad Adenauer Stiftung.

Tuesta Soldevilla, F. (2021). *Representación y sistemas electorales en América Latina*.

Vidal Prado, C. (2012). El sistema electoral alemán como modelo: Ventajas e inconvenientes. *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, *26*, 217-233. https://doi.org/10.59991/rvam/2012/n.26/286

Recibido: 30-01-2025
Aprobado: 22-02-2025

SECCIÓN ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

El constitucionalismo responsable en el pensamiento bidartiano

Responsible constitutionalism in bidartian thought

✍ Helder Domínguez Haro*

Resumen

El autor hace un repaso y revisión de algunas ideas principales de la extensa obra constitucional del reconocido jurista German Bidart Campos. Inicia por precisar su dilatado quehacer docente, académico e incluso literario. Se reafirma que estamos antes un intelectual que no ha tenido la monotonía de una sola pasión; un constitucionalista responsable, serio y original en sus planteamientos, honesto y generoso como persona, de profundas convicciones democráticas y religiosas; por cuanto toca lo más sensible y hondo del ser humano en su lado personal y colectivo (sociedad, Estado y derecho), desde un personalismo humanista, libertario-social.

Palabras clave

homenaje, derecho constitucional, pensamiento bidartiano, poesía.

Abstract

The article offers an overview and critical appreciation of the main contributions found in the vast constitutional oeuvre of the distinguished jurist Germán Bidart Campos. It opens by underscoring his decades long career as

* Vicepresidente del Tribunal Constitucional. Profesor de pregrado de la Universidad de Lima y de posgrado de universidades del país. Ha sido profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos e investigador de la Universidad Nacional de Trujillo. Miembro del Comité Consultivo de la Revista Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional y exmiembro del Comité Editorial de la Revista Oficial del Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República. Código ORCID: 0009-0000-5971-4911. Correo electrónico: h.dominguezh@tc.gob.pe

teacher, scholar, and even poet, stressing that his intellect was never confined to a single obsession. Bidart Campos is portrayed as a constitutional lawyer whose work is marked by responsibility, rigor, and originality; as a man who was personally honest and generous; and as a citizen animated by unwavering democratic and religious convictions. His reflection reaches the most sensitive and profound layers of human existence, individual and collective, in society, the state, and the law, through a humanist personalism that leans libertarian and social.

Keywords

tribute, constitutional law, bidartian thought, poetry.

Sumario

I. EL INTELECTUAL TRASCENDENTE. **II.** EL PENSAMIENTO DE BIDART CAMPOS. **III.** NOTA DE CIERRE.

I. EL INTELECTUAL TRASCENDENTE

Han pasado más de 20 años desde la desaparición física del entrañable maestro y jurista Germán J. Bidart Campos, fallecido a los 76 años (1927-2004), figura señera del constitucionalismo hispano. Sin embargo, su pensamiento sigue vivo, está presente debido a su profusa y aplastante múltiple obra intelectual. Cuenta con más de 70 libros, 3 000 artículos y notas de fallos jurisprudenciales, todo desde una excepcional visión humanista y democrática. Mucho de original ha dicho el iuspublicita Bidart Campos, profesor emérito por la Universidad de Buenos Aires, y mucho se ha dicho sobre él.

Entonces, cómo no recordar sus enseñanzas, aportes y provocadores puntos de vista sobre el orbe constitucional; en consecuencia, su anonimato es difícil, imposible en pleno siglo XXI. Sobre todo, siempre será recordado por su vínculo con la comunidad jurídica peruana, participando de las actividades de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la Revista Peruana de Derecho Constitucional del Tribunal Constitucional[1]. Bidart ha dicho, en unos de sus prólogos:

> El Perú y su gente son para mí una parte sustancial de mi vida académica y afectiva. Desde hace tiempo frecuento muchas de sus universidades y de sus

[1] Recuérdese la contribución de Bidart Campos con su artículo de 1999 titulado «Los medios de comunicación en la democracia: libertad de expresión, empresa, poder social, proyección institucional», en Revista Peruana de Derecho Constitucional, 1 (1), 71-88.

> centros académicos. He podido asistir a todos los Congresos Nacionales de Derecho Constitucional, y lo que es más importante, cuento entre los galardones más preciados los títulos honoríficos que con exceso de amabilidad me han discernido las universidades peruanas. (2002, p. XV)

El constitucionalismo argentino ha influenciado de un modo notorio en el derecho nacional. Una de las razones es la presencia de un numero importante de juristas de calidad dedicados al derecho constitucional antes que en nuestro propio país. El constitucionalismo peruano —constitucionalismo profesional— tiene su origen durante la década de los sesenta y setenta. En cambio, en la tierra de papa Francisco, existe una rica y modélica tradición constitucional desde los tiempos de Juan Bautista Alberdi, Domingo Faustino Sarmiento, y será a vísperas del siglo XX que inician las etapas de desarrollo del constitucionalismo argentino, con la presencia de la escuela liberal, la escuela histórico-empírica y la escuela socialista democrática en palabras de Pérez Guilhou (2003, pp. 33-50). Es así que la década de los sesenta constituye un nuevo período con la activa presencia de Bidart Campos, un constitucionalista humanista cristiano; y serán los años setenta el inicio del vínculo académico con el Perú. (Domínguez, 2004, p. 10)

No solo existen libros y revistas homenajes en su país de origen por su notable labor académica, o publicaciones sobre quien fuera asesor de la Convención Nacional de la Constituyente de 1994. También hay libros en versión peruana de *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica* (2002, 2016 segunda edición) y *Germán J. Bidart Campos 1927-2004 (Testimonios y Homenajes)* (2004, edición póstuma), lo que evidencia sus esclarecedoras contribuciones vigentes en su día y en la actualidad.

Efectivamente, antes de esbozar algunas reseñas de su pensamiento, permítaseme precisar solo ciertos datos de su obra científica ciclópea, producto de su ágil mano y certero verbo. Pablo Luis Manili ha dicho que el opúsculo *Constitución y revolución en el derecho argentino* (1958) sería el primer libro de Bidart (2024, p. 11); empero, se han ubicado los libros *Educación democrática* (1956), escrito a los 29 años, y el *El régimen nacional de previsión social* (1958). Posteriormente, les sigue *El mito del pueblo como sujeto de gobierno, de soberanía y de representación* (1960), su libro pionero del amparo argentino *Derecho de Amparo* (1961) y *Doctrina del Estado Democrático* (1961), cuyo contenido alberga un resumen de su tesis doctoral, *La democracia como forma de Estado* (1953), y es citado por el insigne Paolo Biscaretti en su libro *Derecho Constitucional*. Otras obras llevan títulos portadores de un contenido interesante e innovador; *Filosofía del Derecho Constitucional* (1967), en cuanto utiliza la filosofía del derecho trialista al área

constitucional, *Las obligaciones en el Derecho Constitucional* (1987), *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa* (1995) y *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad (pensando el puente al 2001 desde el presente y el futuro)* (1999). Bidart ha abordado jurisdicciones específicas y especiales, como *La Corte Suprema. El Tribunal de las garantías constitucionales* (1984) y *Los tribunales militares y la Constitución* (1985).

Igualmente, ha profundizado en el estudio de ideologías diametralmente opuestas: *Marxismo y Derecho Constitucional* (1979) y *La recreación del liberalismo (política y Derecho Constitucional)* (1982). Incluso es autor de *Doctrina Social de la Iglesia y Derecho Constitucional* (2003); destáquese el libro en que analiza un conjunto de casos hipotéticos, *Casos de derechos humanos* (1997), una suerte de libro de entrenamiento para la defensa de los derechos. Anótese sus famosas obras clásicas *Derecho Político* (1962), *Derecho Constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el Derecho Constitucional* (1963) en 2 tomos y *Tratado elemental de Derecho Constitucional* (desde 1986) en 6 volúmenes. Cierro con su obra póstuma *Nociones constitucionales. Las intersecciones iusnaturalistas de la Constitución* (2007), siendo su origen el manuscrito de Bidart tal como se encontró al momento de su triste desaparición.

Ciertamente, estamos ante un escritor de raza y publicista excepcional. Es por ello que Sabsay —expresidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional— aseguraba que Bidart escribía crónicas constitucionales a diario y, por lo menos, todos los años un libro. También era un posible candidato para la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina[2].

Germán Bidart era un lector incansable, atento al debate contemporáneo, su talante le permitía reconocer siempre las contribuciones de estudiosos del derecho, como cuando manifestó, en la década de los noventa, que después de haber leído *El derecho dúctil* de Gustavo Zagrebelsky, tuvo que recapitular algunas ideas en torno de los derechos humanos en su visión contemporánea. (1996, p. 39)

Si bien Bidart fue decano de la Facultad de Derecho (1962-1967) y vicerrector académico (1986-1990) de la Pontificia Universidad Católica de Argentina, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales «Ambrosio L. Gioja»

---

2 Cuando falleció el maestro Bidart se mencionaba como posible candidato a ocupar el cargo de Juez de la referida Corte Suprema ante la renuncia del juez Adolfo Vásquez. El jurista Ricardo Lorenzetti accedería a dicha plaza y años después asumiría la presidencia de dicho poder del Estado.

de la Universidad de Buenos Aires (1994-2004) y miembro fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (1974), eligió no ser funcionario de gobierno (Domínguez, 2004, p. 40). Jamás buscó la exposición pública ni la ocupación de cargos importantes, simplemente se presentaba como «profesor de Derecho Constitucional» (Manili, 2017, p. 21), siendo también profesor titular de Teoría del Estado y de Derechos Humanos y Garantías.

Todavía hay un aspecto poco difundido en las facetas de Bidart. Según las palabas de Alice Beatriz:

> Fue un intelectual que no ha tenido la monotonía de una sola pasión (…). Publicó cinco libros de poesías: «Poemas de la carne y del espíritu», «María», «Otoño de mi noche», «El aljibe» y «María en el pueblo de Dios». Tuvo ocho poesías premiadas en diversos certámenes literarios. Sus poesías densamente humanas muestran la otra faz de su producción jurídica[3] (2024, p. 10).

Desde esa perspectiva, el libro publicado en México, titulado *El Misterio de María en el Pueblo de Dios* (1977), utilizando expresiones de Rodríguez V, comienza con unas bellísimas redondillas en honor de Nuestra Señora y culmina en su parte final con quince admirables sonetos dedicados a los misterios del rosario. Los versos de su libro de poemas, *El aljibe* (1969), lo muestran como lo que era, un abogado y un poeta comprometido (Croxatto, 2014, p. 297).

En su admirable ciclo de vida, Bidart tuvo como maestros a Ricardo Levene, Faustino Legón, Hugo Alsina, Carlos Cossio, Werner Goldschmidt, Segundo Linares Quintana (en el exilio), entre otros, y su abanico temático de investigaciones abarco «todo el panorama del Derecho Constitucional y su problemática», como en alguna oportunidad escuché decir al profesor Domingo García Belaunde. En sumatoria, el carácter interdisciplinario de sus reflexiones se ubican en los siguientes sectores: derecho constitucional, ciencia política, teoría del Estado, teoría democrática, teoría de la sociedad, derecho constitucional y derecho internacional, derecho privado constitucionalizado, derecho constitucional y derecho de familia, filosofía del derecho, derechos humanos, historia política y constitucional, y garantías constitucionales; tratando de enrolar sus posiciones desde un iusnaturalismo enganchado a la teoría de los valores dentro del trialismo de Werner Goldschmidt (filosofía del derecho) y desde un liberalismo en solidaridad social (ideología).

---

3 Bidart dedico su libro, *Lecciones Elementales de Política (Sociedad, Estado y Derecho),* a sus alumnas Beatriz Alice y Ana María Recalt.

II. EL PENSAMIENTO DE BIDART CAMPOS

A renglón seguido, veamos algunas ideas del inmenso bagaje de instituciones estudiadas por Bidart:

a. Es uno de los tratadistas que ha dedicado buena parte de su vida al fenómeno jurídico y a la experiencia democrática. En su concepción, hay un razonamiento integral cuyo centro irreemplazable es la persona. Percibe a la democracia como un estilo de vida, un modo de ser del régimen estatal en sí mismo (forma de Estado y no de gobierno), una política favorable al hombre y a su libertad. En ese marco, el pluralismo también es de una sumatoria cuantitativa, el respeto y la tolerancia en las relaciones entre las personas, entre los grupos y, en esta trama intrasocietaria, con el Estado, nota esencial del pluralismo cualitativo. Aquí se habla del derecho a la igualdad y a la diferencia, este último, el derecho a ser uno mismo.

b. Desmenuza la democracia constitucional como el efectivo funcionamiento de las instituciones políticas afiliadas necesariamente a un repertorio de valoraciones favorables al hombre, al reconocimiento de su dignidad, a la moderación del poder, a la seguridad jurídica. En consecuencia, no es suficiente que una constitución formal o escrita acoja una forma democrática —no es cuestión solo de normas—, una democracia constitucional pasa de la «letra» constitucional de respeto-garantía a las libertades y de limitación del poder político a la constitución material.

c. Aunque Bidart es consciente de que el derecho ofrece una mayor complejidad para su conceptualización y definición por existir posiciones iusfilosóficas distintas y divergentes; es seguidor de la teoría trialista del mundo jurídico integrada por las dimensiones normológica, sociológica y dikelógica; participando el derecho constitucional de dicha composición tridimensional integral y simultánea, tres órdenes, sectores o ámbitos íntimamente vinculados entre sí y a la vez diferenciados unos de otros: el orden de normas, el orden de la realidad existencial (de conductas) y el orden axiológico de la justicia; sirviéndose de la referida postura también para comprender la naturaleza estatal.

d. Estudia las relaciones del derecho con la sociedad, la política, el poder y el Estado; sosteniendo que la politicidad es tan connatural al hombre como su sociabilidad, dándose lógica e históricamente en concurrencia simultánea con ella. Así como la sociedad es el ámbito de la política, el Estado es su marco, y no hay poder político sino en el Estado (poder del Estado). Todo Estado es un orden político y a la vez un orden jurídico, contenido del dere-

cho constitucional del poder (encuadre constitucional del poder o el poder en el área del derecho constitucional). El principio divisorio del Estado en poderes públicos clásicos debe significar, por un lado, acentuar el control al ejecutivo y, por otro lado, tomar atención a los órganos «extrapoderes».

e. De lo anteriormente bosquejado, da por superado la contradicción entre derecho político y ciencia política; por cuanto si la ciencia del derecho constitucional es vista desde un enfoque tridimensional (y no puramente política) y la ciencia política engloba polifacéticamente el estudio de la realidad política tal cual más el conocimiento razonado de cómo debe ser, delimitando su campo de estudio sobre la política vinculada con el Estado, terminó replanteando su curso de derecho político, inclúyase el nombre de su libro de los años sesenta.

f. Sobre la constitución, postulará que contiene y propone un proyecto, trazando un diseño abarcador del poder, del Estado y de la sociedad; la constitución anida una ideología, un repertorio de creencias, doctrinas y valoraciones que traduce cierta orientación. El proceso constitucional proyectivo y finalista lleva adscripta el contenido sustancial o material de la constitución y su vigencia condicionada por el medio o estructura social (historicidad de la vida humana). Es menester señalar que la dinámica de la constitución involucra su estudio formal y material, esto es, el reflejo de las normas de la constitución formal en la constitución material (vigencia sociológica).

g. Asimismo, además del «derecho a la constitución», esto es, poseer un texto constitucional de derechos y su contenido orgánico, analiza el «derecho de la constitución» en cuanto la constitución, además de ser una norma política, posee el carácter de norma jurídica, de cumplimiento obligatorio, exigible y de vinculatoriedad directa e inmediata. Desde luego, está comprometido con la teoría de la fuerza normativa de la constitución o la constitución jurídica (siendo recogido por el Nuevo Código Procesal Constitucional peruano en su artículo II del Título Preliminar); vigor normativo generador de deberes constitucionales. Esta noción clave permite diferenciar la teoría de la constitución escrita como norma jurídica con fuerza normativa del tipo racional-normativo de constitución.

h. Por igual, esa fuerza normativa con el sistema axiológico impregnado en la constitución también condiciona las políticas públicas económicas y sociales; en ese sentido, la llamada «constitución económica» debe estar afiliada al constitucionalismo social, tomando cuerpo en un Estado social y democrático de derecho. Un Estado garantista y tuitivo, que promueva real

y eficientemente el bienestar general («estar-bien»), el bienestar de todos y no de algunos, vale decir, una constitución con contenido económico-social.

i. Sobre los contenidos pétreos de la carta magna, enfatizaba que estos se enraízan en la tradición, se encuentren o no normados, sin perder su valor; sin embargo, la petrificación de la estructura constitucional cede o desaparece si la estructura social sufre mutaciones o cambios esenciales.

j. Urge revisar, en un «aggiornamiento» desprejuiciado, las nociones del constitucionalismo clásico y adaptarlas al nuevo siglo, respetando el «valor» vida, la progresividad, optimización y maximización de los derechos humanos, según propone Bidart. Lo mismo con la operatividad de las cláusulas de los tratados sobre derechos humanos. A la postre, opera también la irreversibilidad de los derechos, afirmando que cuando un sistema ha ampliado el plexo de derechos, ya no es posible sustraer posteriormente todos los «plus» agregados. A su vez, esclarece aspectos polémicos en cuanto al orden jerárquico de derechos humanos y las llamadas libertades preferidas.

k. Desglosando más los derechos humanos, precisa de una filosofía del derecho y de una ideología; la filosofía de los derechos humanos es una filosofía político-jurídica que alberga una estimativa axiológica (humanismo personalista). Adquiere el cariz de una ideología de los derechos humanos en cuanto es la «idea de derecho» que inspira al régimen político que, en forma democrática, se organiza confiriendo efectividad de los derechos.

l. Como humanista, llegó a tocar la trama temática de los derechos humanos en relación con la familia, cobrando tal amplitud y elasticidad que casi no quedaría fuera ningún área del mundo jurídico ni de las interdisciplinarias que lo ligan a otros campos y ciencias, como la bioética, las ciencias de la salud, la economía, entre otras. Es útil también el derecho a la intimidad (privacidad) y la autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho de familia, el matrimonio, el derecho a casarse y la libertad religiosa, al proporcionar interesantes líneas de investigación con una perspectiva constitucional.

m. La labor de interpretación constitucional sugiere un desdoblamiento en interpretación «de» la constitución y «desde» la constitución. En el primer sentido, se toma en cuenta la constitución escrita-formal, diríamos que las interpreta en sí misma (incluyéndose el preámbulo del texto constitucional); y cuando se refiere «desde» la constitución, la interpretación desciende hacia el plano infraconstitucional, vale decir, una vez realizado la interpretación «de» la constitución, la proyecta a las normas inferiores a la constitución (todo el resto del orden jurídico derivado).

n. La fórmula es satisfactoria, pensando también en la expansión de la interpretación con el denominado «bloque de constitucionalidad», siendo viable situar dentro del bloque a ciertos valores y principios que admiten reputarse implícitos o sin suficiente formulación en la constitución documental. Ni que decir de los tratados internacionales sobre derechos humanos cuando la propia Constitución les asigne prelación sobre el derecho interno o jerarquía igual que la de ella misma (en el Exp. 03626-2017-PA/TC, el actual Tribunal Constitucional peruano ha asumido que los tratados internacionales de derechos humanos gozan de rango constitucional)

o. Ese quehacer interpretativo resulta significativo cuando se vincula con las garantías (procesos) constitucionales y el control constitucional. La doctrina de la supremacía de la constitución exige, para su eficacia, la presencia de un sistema garantista para la defensa de la constitución, expresado en la jurisdicción constitucional de la libertad y del poder.

p. El control o la revisión constitucionales apunta a la nulidad de una ley por anticonstitucional. La insuficiencia del principio formal de legalidad origina el tránsito al principio o regla de la razonabilidad, que traduce constitucionalmente el valor justicia o, en otros términos, dar contenido material de justicia al principio de legalidad. En esa tarea, la jurisprudencia nos debe mostrar el ejercicio de control de razonabilidad de leyes y actos estatales, y los descalifica como arbitrarias cuando hieren las pautas de justicia ínsitas en la norma suprema.

q. El control constitucional por omisión es una categoría jurídica a la cual se debe tomar atención dentro del constitucionalismo contemporáneo, examinando en cada caso la obligación de «hacer» que impone la constitución. Así como normalmente se acusa la inconstitucionalidad cuando se vulnera la Constitución porque se hace algo que ella prohíbe, también hay inconstitucionalidad cuando no se hace lo que ella manda hacer.

r. Sobre las materias controlables, si bien son objeto a decisión judicial la actividad del poder estatal, la actividad privada de los particulares y la actividad del poder constituyente derivado, aclara que la judiciabilidad y el control no debe descartarse así de fácil, so pretexto de la cuestión «política». No niega que hay cuestiones y actos cuya naturaleza material es política. Las llamadas «facultades privativas» de cada órgano no significan dejar de lado el control cuando el acto o alguna competencia para cuyo ejercicio por parte del órgano respectivo la constitución señala condiciones, estas deben ser verificadas en cuanto a su cumplimiento; o si la competencia viene enmarcada en un

perímetro preciso, a través del control debe asegurarse la fuerza normativa de la cláusula que impide ejercer esa competencia fuera de tal perímetro o cuando los requisitos que él traza están ausentes.

s. Muestra su preocupación en el tema de la reparación del Estado por errores judiciales y la duración indebida de los procesos; así como de plantearse reformas en el régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad y del problema carcelario. En el sistema de prisión preventiva debe atenuarse a tenor del principio de presunción de inocencia y en la justicia de menores que son autores o víctimas.

t. Tiene una mirada constitucional del daño de la persona y del principio *favor debilis,* debiéndose expandirse en numerosos campos, cada vez que hay que brindar amparo a quien es la parte más débil en cualquier relación jurídica, laboral, de consumo, ambiental, etc.

u. Arduo estudioso de las garantías constitucionales, como aquella que se limita a la tutela de la libertad corporal a través del *habeas corpus* para remover su privación ilegal o arbitraria, o la llamada garantía genérica para proteger todos los demás derechos y libertades —a excepción de la libertad física— por medio del amparo. Acerca del rol directo o subsidiario del amparo, asumiendo la experiencia argentina, advierte que, si no existe otro medio judicial o vía procesal más idóneo para la tutela del derecho afectado, recién debe admitirse el amparo, teniendo en cuenta, por ejemplo, si el acto lesivo reviste arbitrariedad o ilegalidad manifiesta cuando esta última connotación aparece visible, la verificación de la simpleza y celeridad, entre otros supuestos.

v. Muestra la necesidad de imprimir la idea del valor de la jurisprudencia y la importante responsabilidad de los órganos de justicia como productores de decisiones jurisdiccionales, como ocurre con los tribunales constitucionales; en aquellos países donde no está explicitada su creación en la Constitución, serán las cortes supremas de justicia quienes deben asumir el papel de defensa de ésta como una verdadera jurisdicción constitucional. Asumiendo como ejemplo la Suprema Corte de Justicia de la Nación argentina, el poder de la corte no es ni debe ser político en el sentido de partidario y parcial. Alerta que la jurisprudencia del tribunal no es un tratado de doctrina y debe expresar «la solución objetivamente justa para el caso».

w. Un sistema completo de derechos debe abastecerse de dos fuentes, la interna (jurisdicción estatal) y la internacional (jurisdicción supraestatal). La jurisdicción doméstica, al no ser reservada, debe aplicarse en concordancia con la jurisdiccional internacional. De esa forma, la Corte Interamericana de

> Derechos Humanos no configura ningún tipo de prórroga de la jurisdicción interna, no implica instituir una suerte de juicio en dos instancias (la Corte Interamericana no actúa como tribunal de alzada) ni implica una violación a la cosa juzga interna; ergo, de ningún modo entraña resignación de soberanía.

Lejos está de nuestro propósito tener la capacidad de desarrollar las innumerables aportaciones del maestro dado la extensión de su obra; tamaña dificultad que me permite solo una ligerísima revisión de algunos filos —y, como tal, incompleta— de su forma de pensar. En esencia, esto nos lleva a la conclusión que estamos ante un constitucionalista responsable, serio y original en sus planteamientos, honesto y generoso como persona, de profundas convicciones democráticas y religiosas. La obra bidartiana sigue latente, por cuanto analiza lo más sensible y hondo del ser humano en su lado personal y colectivo (sociedad, Estado y derecho), desde un personalismo humanista, libertario-social.

III. NOTA DE CIERRE

Para terminar, conocí al maestro Bidart en noviembre del 1995, en una actividad académica (Ica) y nos volvimos a ver en 1996 (Trujillo y Lima), naciendo una sincera amistad —un inconmensurable honor para mí—, consolidándose en sucesivos encuentros constitucionales locales e internacionales, además de las comunicaciones epistolares y por correo electrónico, hasta su repentino fallecimiento. Tengo presente sus consejos y material bibliográfico que me proporcionó para mi trabajo de tesis[4], siendo afortunado de recibir sus libros a mi domicilio desde Buenos Aires (algunos de ellos fueron objeto de comentarios por mi persona en la sección respectiva de la Revista Jurídica del Perú). Gracias a él conocí a destacados constitucionalistas de la comunidad jurídica argentina: Néstor P. Sagüés[5], Miguel Ángel Ekmekdjian[6], Ricardo Haro, Víctor Bazán, Andrés Gil Domínguez, Eduardo Jiménez, Óscar Puccinelli, entre otros.

---

4 Tesis que fue financiando por la Universidad Nacional de Trujillo correspondiente al II Concurso de Proyectos de Tesis de pregrado y que tiempo después termino dando origen a mi libro *Derecho a la Democracia. Repensando un modelo societario constitucional* (2008), dedicado a los maestros German J. Bidart Campos, Carlos Fernández Sessarego y Pedro Planas Silva, todos ellos han dejado la vida terrenal.

5 La última vez que tuve la oportunidad de dialogar con Sagüés fue en el avión después de participar en una actividad académica en Perú, año 2022, y pude sacarle una dedicatoria de su libro recién salido de la imprenta *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo*, tomo 3.

6 Tuve la oportunidad con el jurista Ekmekdjian de intercambiar ideas y posiciones en varios momentos sobre la existencia o no de jerarquías en los derechos humanos, obsequiándome

Como no olvidar al maestro —al marcar mi desarrollo universitario desde la década de los noventa— si fue miembro del jurado al ocupar el primer lugar en el concurso internacional de ponencias estudiantiles con publicación (Palomino y Velásquez, 1996, p.341); nos proporcionó un artículo para la revista estudiantil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo[7]; y con Róger Zavaleta Rodríguez, Francisco Medina Chávez y Duncan Sedano Vásquez[8] tuvimos la ocasión de entrevistar al profesor, dialogamos sobre temas de actualidad jurídica (1996, pp. 17-23).

Cómo no recordar al querido maestro, quien me consideró en una breve nota impresa, en la página de dedicatoria de su obra *Casos de Derechos Humanos* (Bidart, 1997, p. 7), una extraordinaria huella siempre presente en mi vida, claro está, inmerecidamente. En efecto, es un libro de entrenamiento a través de un conjunto variopinto de casos imaginarios propuestos por el autor, precedido por una parte introductoria teñida de un marco panorámico de orden teórico[9].

Como párrafo final, el mejor homenaje al maestro de la ciencia constitucional, una persona sencilla y honestamente intelectual, es leer su colosal obra, debatir sus ideas y enseñanzas, su legado científico irrigado de una cosmovisión sublime de la vida sin sujeciones dogmáticas y sin prejuicios de ningún tipo.

BIBLIOGRAFÍA

Alice, B. (2024). Homenaje al Prof. Germán J. Bidart Campos. *Derecho – Constitucional. Revista de Doctrina y Jurisprudencia, Suplemento en homenaje a Germán J. Bidart Campos, a 20 años de su fallecimiento*, 9-10.

Bidart, G. (1996). *El Derecho Constitucional Humanitario*. Ediar.

información al respecto, como su artículo denominado «*La teoría del orden jerárquico de los derechos fundamentales como garantía del ciudadano frente a la administración pública*», que forma parte de libro colectivo *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional), estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez* (1993).

7 Por primera vez una revista estudiantil del norte peruano contaba con la contribución de tan descollante jurista en 1996 (Revista Némesis 1 (1), 101-107.

8 Integrantes del entonces Grupo Foro Jurídico.

9 También desde Argentina, otra modalidad de entrenamiento para resolver casos es sobre la base de determinados fallos, como es el libro del profesor y ministro de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, Ricardo Lorenzetti *«El arte de hacer justicia. La intimidad de los casos más difíciles de la Corte Suprema de Argentina»* (2015).

(1997). *Casos de Derechos Humanos.* Ediar.

(2002). *Lecciones elementales de política (Sociedad, Estado y Derecho).* Grijley.

Croxatto, G. (2014). Entrevista a German J. Bidart Campos. Lecciones y Ensayos (93), 297-308. Recuperado http: //revistas.derecho.uba.ar/index.php/revistalye/issue/view/184/137

Domínguez, H. (2004). El adiós a un grande: Germán J. Bidart Campos. En García Belaunde, D., Palomino, J., Ortecho, V., Eto, G. y Domínguez, H. *Germán J. Bidart Campos 1927-2004 (Testimonios y Homenajes).* Grijley.

(2004). Jurista cosmopolita: Germán J. Bidart Campos 1927-2004. *Hechos & Derechos. Suplemento mensual de Editora Normas Legales*, 3 (24), 10-11.

Domínguez, H., Medina, F., Sedano, D. y Zavaleta, R. (1996). Constitucionalismo, constitución y poder. Entrevista al profesor Germán J. Bidart Campos. *Revista Jurídica del Perú*, 3 (XLVI), 17-23.

Manili, P. (Coord.) (2017). *Maestros del Derecho Constitucional*. Astrea.

(2024). El primer libro publicado por Germán J. Bidart Campos: Constitución y revolución en el derecho argentino. *El Derecho. Revista de Doctrina y Jurisprudencia. Suplemento en homenaje a Germán J. Bidart campos, a 20 años de su fallecimiento,* 11-13.

Palomino, J. y Velásquez, R. (Coord.) (1996). *Modernas tendencias del Derecho en América Latina*. Grijley.

Pérez Guilhou, D. (2003). La enseñanza del derecho constitucional en la primera mitad del siglo XX. Aporte a la historia de las ideas jurídico-políticas. En Bazán, V. (et. al) *Defensa de la Constitución: garantismo y controles*. Ediar.

Recibido: 07-04-2025
Aprobado: 09-06-2025

La retórica en la sentencia judicial (y la teoría estándar) ensayo sobre la práctica judicial en la Grecia clásica*

Rhetoric in judicial decisions (and standard theory) essay on judicial practice in classical Greece

✍ Armando S. Andruet (h)**

* La presente exposición ha sido presentada en el «Ciclo de Conferencias sobre '*Iusfilosofía y Derecho en el Siglo XXI'»,* que ha sido organizado por el Tribunal Constitucional del Perú en homenaje a su vigésimo aniversario de creación (Lima, 7. VIII. 24). Es una versión mejorada, a su vez, de una conferencia que fuera brindada en la XVII Jornadas de Derecho Judicial – '*Desafíos actuales de la correcta argumentación jurídica*', Universidad Austral, Buenos Aires, 1. VIII. 24. Todo ello, a su vez, es parte de un estudio mayor a propósito de la retórica clásica, principalmente griega y de la romana, acotada casi exclusivamente a Cicerón y Quintiliano, como también de la vida forense y la litigación oral contemporánea.

En orden al subtítulo del presente, «Ensayo sobre la práctica judicial en la Grecia clásica», aclaramos que a los efectos de no generar un agobio innecesario al lector que, acaso, bien le puede interesar lo central del problema, y no los otros contextos que de cualquier modo son importantes para el trabajo completo que se ha indicado, hemos preferido hacer dichas referencias en *letra pequeña* para decirlo, tal como Jacques Maritain lo indicara en el prólogo a su clásica obra *El orden de los conceptos*, a todos los agregados o vinculaciones que, a su vez, progresivamente van configurando la cuadrícula del estudio mayor. Quizás sea lo más conveniente para poder seguir adecuadamente el eje del discurso central y, en letra mayor, hacer una lectura inicial sin notas y otra posterior con ellas integradas.

** Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Profesor emérito de la Universidad Católica de Córdoba (Argentina). Código ORCID: 0000 0002 7447 9590. Correo electrónico: armandoandruet@gmail.com

Resumen

El presente trabajo, desarrolla la evolución de la retórica clásica griega y romana en el ámbito jurídico, aquella que es atingente a las actividades de los operadores jurídicos, ya sean sus prácticas procedimentales del litigio y la vida judicial romana, la misma que fue estudiada a profundidad por los historiadores del derecho romano, se da cuenta también, de la existencia de importantes trabajos en el ámbito de la cultura occidental en relación a la retórica y su evolución. No ocurre lo mismo con el procedimiento judicial griego, toda vez que este es menos transitado y sus fuentes, sin duda, son de mayor escasez para la consulta de un auditorio general, no así para un experto en el tema.

Palabras clave

Retórica clásica, vida forense, litigación oral, practicas procedimentales, derecho romano, procedimiento judicial griego.

Abstract

The present work develops the evolution of classical greek and Roman rhetoric in the legal field, especially that linked to the activities of legal operators, both in the procedural practices of litigation and in Roman judicial life. The latter has been studied in depth by historians of Roman law, and the existence of important research in the field of Western culture on rhetoric and its evolution is likewise recognized.

Nevertheless, the same does not occur with Greek judicial procedure, since it is a less explored area whose sources are, without doubt, scarcer for a general public, though not necessarily for a specialist in the subject.

Keywords

Classical rhetoric, forensic life, oral litigation, procedural practices, Roman law, greek judicial procedure.

Sumario

I. ACLARACIONES Y PROYECCIONES DEL PRESENTE ENSAYO. **II.** ACERCA DEL TEMA Y SUS PROBLEMAS. **III.** ACERCA DE PRECURSORES Y PROTO-PRECURSORES DE LA TEORÍA ESTÁNDAR. **IV.** UNA CONCLUSIÓN PROVISORIA.

I. ACLARACIONES Y PROYECCIONES DEL PRESENTE ENSAYO

Debemos aclarar que este trabajo, si bien es de la retórica clásica y, por ello, alcanza a griegos y romanos, centralmente está ajustado a la evolución de ella en el mundo jurídico griego antes que al latino, sin perjuicio de hacer también mérito del mismo, aunque en menor medida.

En todos los casos y en cuanto corresponde, solo alcanza lo que resulta atingente a la labor de los abogados, rétores y jueces; por ello es que se advertirá que mucho de lo concerniente a las prácticas procedimentales del litigio y la vida judicial romana, por ser ellas mayormente conocidas por quienes han estudiado derecho, y mucho más, por los historiadores del derecho romano y la existencia de grandes obras que testimonian estudios nucleares a dicho período tan significativo para toda la cultura occidental[1], es que nos ceñiremos a lo retórico y su evolución en dicho lapso.

No ocurre igual cosa con el procedimiento judicial griego, toda vez que este es menos transitado y sus fuentes, sin duda, son de mayor escasez para la consulta de un auditorio general, no así para uno erudito en tal materia.

De todas formas, lo que resulta central en el presente aporte es la función de los jueces al momento de dictar sentencias y para ello, cuál es la mucha o poca incidencia que puede tener la práctica retórica de los sujetos encartados en un proceso, o de sus logógrafos o abogados, y estos últimos, sean ellos filósofos o rétores.

No se debe buscar en el ensayo un estudio de tipo histórico de la cultura jurídica del mundo clásico ni mucho menos; ello nos excede de gran manera. Es solo un aporte que excava en la genealogía que nos ha traído a la teoría estándar de la argumentación jurídica y que claramente se advierte en ella la incidencia de quienes fueran llamados precursores y, a la vez, con un cierto olvido de quienes son anteriores a ellos y que nosotros hemos nombrado como los protoprecursores, de quienes nos ocupamos aquí.

Mostraremos cómo los precursores han tomado varios de los núcleos de los protoprecursores, y que para el juicio de la teoría estándar no resultan adecuados. Por ello se producen nuevos patrones, entre los cuales, la retórica clásica griega y latina queda algo deslucida y poco necesaria en cuanto a la utilidad para la vida judicial a la luz de la mirada que la teoría estándar de la argumentación jurídica habrá de cimentar. Sin embargo, hoy todo parece mostrar un renovado interés que existe por ciertas prácticas procedimentales de los protoprecursores y que quizás sea ese el modesto aporte que el presente ensayo pueda presentar.

Reiteramos, entonces, que no nos ocuparemos hic et nunc de la evolución de la retórica griega y de la oratoria romana por cada uno de sus principales actores, que en dicho extenso periplo temporal se habrán de presentar, sino solo de algunos pocos aspectos en cuanto concierne al rol de los jueces al momento de dictar sentencia y de ciertos entornos procesales de la vida forense durante tal período y que satisfagan el epígrafe de la presentación.

---

1 Por todas ellas, nombramos dos autores: Mommsen, 1960; Mommsen, 1893; Mommsen, (s/f). También Gibbon, 2021.

II. ACERCA DEL TEMA Y SUS PROBLEMAS

Dejamos para un estudio ulterior y analítico lo que ahora solo presentamos macroscópicamente y que vincularemos con una obra que escribimos hace 25 años (Andruet, 2001), muy seguramente ignorando las cosas que en estos últimos años de estudio hemos aprendido de los juristas, rétores y filósofos griegos y romanos.

No es corriente que entre los juristas y también iusfilósofos —con las salvedades que las hay— encontremos preocupación por los temas que vinculan lo que conocemos como la «teoría estándar de la argumentación jurídica» (en adelante teoría estándar) con la «retórica clásica», y si bien hay varias razones que explican ello, la de mayor peso es la vinculada con la vetustez que se atribuye a tales remotas prácticas abogadiles y judiciales.

Con ello, se evidencia la ignorancia de quienes así lo piensan, puesto que las prácticas judiciales, en su ontologicidad, poco han variado[2]; estando, acaso, las modificaciones producidas instaladas en lo fenomenológico de ellas. A tal fin, la autoridad de George Kennedy (1963) y de Alfonso Agudo Ruiz (1997) es evidencia de nuestra afirmación y juicio.

A tal registro científico, sumamos la notable actualidad práctica que se acuerda por estos días, a una cierta realización profesional que idealiza lo que se ha venido a nombrar como el manejo y experticia en la práctica de las técnicas de litigación oral, que, examinadas cuidadosamente, muestran no pocas de las enseñanzas que los rétores, especialmente romanos, practicaron como uti foro.

Con las salvedades de rigor, cabe ilustrar que no se deben despreciar por añosas las enseñanzas que en algunas de las obras de Marco Tulio Cicerón se han formulado, en especial lo relacionado con las condiciones del orador[3], como tam-

---

2 La reconocida y clásica obra de James Gow (1946), cuando nos ilustra acerca de los procesos judiciales en Grecia y Roma, nos ratifica en dicha tesis, tal como se reconoce más abajo en diversos puntos del desarrollo.

3 Escribe, en la nota preliminar a dicha obra, Eilhard Schlesinger que «[l]a obra De Oratore […] es la que trata con mayor amplitud este ideal de la humanitas. […] El orador perfecto, que constituye el asunto del diálogo, es la expresión más cabal del *cultus humanus* en el sentido que acabamos de apuntar, por un aporte, porque la lengua es lo más característico en el hombre y lo que le distingue, en primer lugar, de las bestias; y por otra parte, porque, dadas las condiciones en que se desarrollaba la vida pública en la antigüedad, no puede haber actuación ciudadana sin elocuencia. Así el problema del orador perfecto se convierte en el de la formación del perfecto ciudadano, o sea, en el de la realización del ideal cultural que Cicerón propone al mundo latino» (Cicerón, 1943, p. 15).

También se ha dicho, en igual orden, que, «[e]n efecto, Cicerón fue el tipo perfecto y el más grande de los oradores romanos, y el único de los grandes oradores que ha expuesto la teoría de su arte de manera detallada […]. El poseía, en grado eminente, todas las cualidades que

bién de la manera de preparar las causas antes de llevarlas ante los jueces (Cicerón, 1965)[4]. Todo ello que luego será modelado pedagógicamente por Fabio Quintiliano

constituyen al orador: fisonomía expresiva y porte majestuoso, voz agradable y sonora, agilidad extraordinaria de imaginación, calor y espontaneidad en los sentimientos, sensibilidad ardiente y natural, memoria felicísima, riqueza espléndida de expresión, lenguaje puro y claro. Conocía todos los mejores y más lícitos medios de emocionar, sabía manejar magistralmente todos los resortes para conseguirlo […] Había, además, en él habilidad y tacto para saber evitar todo cuanto pudiera chocar a su auditorio, y para expresar todo cuando pudiera ganarle su simpatía a fin de llevarle insensiblemente a compartir sus puntos de vista, presentando los hechos y disponiendo las pruebas hábilmente para logar este efecto» (Cicerón, 1968, pp. XI y XII).

4 Otra de las mayores piezas oratorias defensivas cumplidas por Cicerón en *pro Milone*, a la cual el mismo Quintiliano habrá de nombrarla como *pulcherrima, ya nobilisima* (*Instituciones Oratorias*, Libro IV y XI). Se debe marcar como diferencia importante, entre otras, de los griegos con los romanos que estos últimos eran más abogados que filósofos, tal como se podría decir de los griegos. Por ello, estos últimos aprovecharon mejor la práctica de ser logógrafos —a más de la exigencia que existía—, de que debía ser el propio acusado o acusador el que hablaba; en cambio, los romanos, especialmente el caso de Cicerón, se encargan de hacerlo personalmente. En lo que sí había coincidencia, al menos entre los más grandes rétores (abogados o filósofos), era en el estudio de la causa. Así es como el mismo Demóstenes «no ocultaba a nadie la larga preparación de sus discursos 'porque el pensar —decía— aquello que se ha de hablar, es indicio de ser un hombre popular, y esta preparación demuestra reverencia al pueblo; por el contario no preocuparse de cómo la multitud escuche tus palabras, es signo de desprecio al pueblo, y de que se usará más de la fuerza que de la persuasión» (Materi, 2016, p. 24).

Volveremos más adelante con detalle sobre la obra de Cicerón, baste por ahora señalar solo cuestiones centrales en orden a la información general que en esta ocasión brindamos, pues si bien es cierto que no toda la obra del nombrado es la que nos ha llegado, aun con la que contamos es copiosa y quizás por ello es que se puede reconstruir muy cuidadosamente la producción científica y profesional del citado orador. Por lo pronto, cabe indicar que nos han llegado 57 oraciones ciceronianas, en las cuales ha abarcado todos los géneros oratorios. «Unos discursos fueron pronunciados ante el Senado (*ad Patres Conscriptos*), otros ante los tribunales (*ad judices)* y otros ante el pueblo (*ad quirites*). De ellos diecinueve son puramente judiciales o forenses, y los demás, tienen un carácter eminentemente político. Pues Cicerón, como casi todos los oradores de su tiempo, era hombre eminentemente político» (Cicerón, M. T. (1968) *Op. cit*., p. XV).

De igual manera, las Cartas de Cicerón son una fuente por demás valiosa para comprender sus prácticas oratorias y además su trayectoria política. Así es como se indica que «Es pues, una verdad el decir que se ve las mismas cualidades en los discursos de Cicerón que en sus cartas; sólo que en estas se manifiestan mejor, porque en ellas está más en libertad y se deja llevar más francamente de su naturaleza. Cuando escribe a alguno de sus amigos, no reflexiona tanto tiempo como cuando tiene que hablar al pueblo; le da su primera impresión, y se la da viva y apasionada, como nace en él. No se toma el trabajo de limar su estilo; todo lo que escribe tiene, por lo común, un tono tan natural, algo tan fácil y tan sencillo, que no es posible sospechar en ello adorno ni artificio» (Boissier, 1900, p. 11).

Muy penosamente, el diálogo de *Las Leyes* de Cicerón, que a juicio de los expertos es donde mayor acopio de documentación se hace para el conocimiento del orden jurídico y de su historia, en el libro que parece ser que estaba destinado a ello y que es anunciado en el final del libro III de dicha obra, es un documento que no ha llegado a nosotros. Se indica: «Al final del libro III y de la misma forma que ocurre a lo largo de toda la obra, se anuncia lo que se va

en sus Instituciones Oratorias (1944)[5], tal como los más calificados autores de la materia lo ponen de manifiesto, entre ellos Antonio Alberte[6] (1998, pp. 159-183).

De igual modo, no se puede dejar de reconocer que fue justamente el profesor Manuel Atienza quien se refirió a la importancia que cabe brindar a la retórica, señalando así que en el razonamiento jurídico suelen darse cita conjunta elementos retóricos y no retóricos, sin perjuicio que pueda haber alguna prevalencia de alguno de ellos. Así, tenemos que los diversos enfoques del razonamiento son los siguientes: la concepción formal, la material y la pragmática, y en ellas, los diversos modos de abordar la argumentación, señalando que la pragmática se integra

---

a tratar a continuación, que sería la exposición del derecho referente a los magistrados. Esta parte de la que no tenemos noticia, como vamos a ver más adelante, habría sido especialmente interesante por la aportación que habría supuesto a la historia y al conocimiento jurídico, pero desgraciadamente no ha llegado a nuestras manos» (Cicerón, 2016, p. 157).

5 Destaca respecto a dicha obra la autorizada palabra de María Silvana Celentano, cuando indica que «[s]ería por lo tanto reductivo atribuir a la «Institutio Oratoria» únicamente la etiqueta de manual técnico. Quizás no baste siquiera la denominación de «manual técnico retórico-pedagógico»: de hecho representa el compendio más completo y detallado del desarrollo histórico de las teorías y de las técnicas comunicativas en Grecia y en Roma hasta el siglo I d. C.» (Celentano, 2014, p. 33).

De cualquier manera, según puede inferirse del diálogo que Tácito escribe, acerca de cuatro oradores que discurren sobre este tema, pues parece que ello sobre el año 100 había decaído de buena manera, así se inicia dicho dialogo de la siguiente manera: «A menudo me preguntas, Justo Fabio, por qué, mientras los siglos pasados favorecieron con el ingenio y la gloria de tantos oradores eminentes nuestra época, abandonada y privada del renombre de la elocuencia, a duras penas conserva siquiera el nombre mismo de orador; pues no catalogamos así sino a los antiguos; en cambio, a los hombres elocuentes de ahora se los llama abogados, patronos o cualquier otra cosa antes que oradores» (L.I, 1-2). En otro lugar: «Y afirmo que no puede existir ni haber existido alguien así si no acude al foro armado de todo tipo de conocimientos, a semejanza del que entra en combate con todas sus armas. 'Esta circunstancia está tan descuidada por los declamadores de nuestra época que, en sus alegatos, pueden descubrirse los vicios feos y desagradables de nuestro lenguaje coloquial, ignoran las leyes, no recuerdan los senadoconsultos, hasta se burlan del derecho civil y sienten un profundo terror por el estudio de la filosofía y por los preceptos de los sabios» (L.32, 2-4) (Tácito, 2001, pp. 123-161).

6 Es para la filósofa del derecho de la Universidad de Granada, Tasia Aránguez Sánches, el mencionado ideal humanista desarrollado por Cicerón, quien conforma un giro a lo que ella misma denomina una «retórica de la virtud»: «[Q]ue constituye un aumento de la importancia de los elementos psicológicos y, especialmente, del ethos de la persona abogada, entendido como configuración de un carácter enriquecido por múltiples virtudes y conocimientos intelectuales y morales […]»; agrega luego que «[l]a retórica de la virtud que defiende Quintiliano bebe del estoicismo romano y también de la retórica de Isócrates […] para Quintiliano la retórica no es simplemente el arte de persuadir, sino el arte de persuadir ejercido por una persona que posee una determinada educación moral e intelectual. Esta es la tesis central de la propuesta a la que he denominado 'retórica de la virtud', que considero que es la que mejor retrata a la cultura de la retórica» (Aránguez Sánchez, 2018, pp. 167-168).

tanto con retórica como dialéctica; retórica en cuanto componente persuasivo y/o emotivo y dialéctica en orden a formulación lógico disputativa adecuada.

Señala también al paso el citado autor que la nombrada prevalencia de alguno de esos modelos de razonamientos y argumentación se corresponde a según cuál sea «[e]l campo del Derecho, la institución jurídica o el tipo de operador (jueces, abogados, etc.) que se tome en consideración» (Atienza, 2017, p. 109). Posteriormente, el ya citado, habrá de señalar que la perspectiva pragmática (integrada por retórica y dialéctica) tiene como orientación central la de lograr la persuasión del auditorio por la vía retórica. Y luego dice —ello es lo central en nuestra presentación— lo siguiente sobre los componentes retóricos y dialécticos:

> La importancia de los componentes retóricos y dialécticos en el razonamiento jurídico es indudable y en ocasiones no es fácil separar unos de otros […]; pero en las sentencias judiciales los elementos dialécticos […] quedan más o menos borrados. Y aunque la argumentación jurídica no tenga como finalidad la de persuadir […] los clásicos esquemas retóricos […] siguen siendo fundamentales para la construcción de los diversos discursos jurídicos de carácter argumentativo: demandas, sentencias [y] dictámenes. (Atienza, 2017, pp. 110-111) (énfasis agregado).

A la luz de estas consideraciones, resulta posible colocar algunos criterios que nos permitan ordenar la hoja de ruta de esta presentación[7], así:

1) El razonamiento pragmático que se asocia con la retórica y la dialéctica es reconocido por la teoría estándar como válido, en tanto que los contextos, los ejecutores y la naturaleza de la pretensión jurídica así lo impongan.
2) En general, decimos que dicho razonamiento pragmático será completamente válido para una argumentación abogadil y solo secundariamente para el ejecutado por los jueces.
3) Tenemos por claro que los jueces, acorde con la teoría estándar, deben brindar las justificaciones suficientes de las tesis que sostienen y que ello no es una práctica persuasiva[8].

---

7 Volvemos a señalar que trata el presente de una síntesis de la parte inicial de un trabajo historiográfico iusfilosófico en desarrollo, que sigue los itinerarios de los principales rétores grecolatinos y mostrando la incidencia de tales en la actual teoría estándar y que, como elemento epistémico, no siempre ha sido debidamente reconocido.

8 En este orden, la diferencia entre convencer y persuadir es central: «Convencer significa inducir a un asentimiento racional (después de haber hecho comprender), mientras que per-

4) El razonamiento pragmático 'retórico', por ser de naturaleza persuasiva, en el capítulo sentencial solo podría tener una presencia mínima y accidental.

5) El razonamiento pragmático 'dialéctico', aportará elementos útiles desde lo metodológico[9], cooperando para una mejor justificación de la sentencia.

Precisamos, acorde a la trascendencia que ello tiene, esto es, lo retórico y lo dialéctico como cada uno de los ejes de una vía y por donde la materialidad de lo que está pasando por ellas es ciertamente diferente, que en la primera hay una mayor atención a la teoría de la elocuencia y de la composición; y en la otra, la teoría de la argumentación. Con ello, se establece una conexión —que luego se habrá de perder— entre lo que se dice y cómo se dice, con lo que, si bien es no verdadero, lo es verosímil por ocuparse ella de cuestiones prácticas[10]. Cabe recordar así que la obra de Aristóteles se inicia con estas aclaraciones, lo cual sube la entidad a la afirmación, pues dice así: «La retórica es correlativa de la dialéctica, pues ambas tratan de cosas que en cierto modo son de conocimiento común a todos y no corresponden a ninguna ciencia determinada» (Aristóteles, 1971, p. 4)[11].

De cualquier manera, y acerca de que no tenemos elementos para afirmarlo en ningún sentido, es si los jueces en la antigüedad grecorromana, al brindar el dictum de la sentencia, ejercitaban algún tipo de ejercicio persuasivo. Tal como se conoce historiográficamente, no existía ninguna exigencia de brindar razones o justificaciones de la decisión a la cual se arribaba. La respuesta sentencial es completamente indiferente tanto al sesgo persuasivo como al fundamentatorio: solo hay mandato.

Por ello, todo lo relacionado con la retórica y dialéctica clásica se refiere en sentido auténtico y propio a la gestión a cargo de los abogados que litigan y

---

suadir significa conseguir que se crea algo o que se haga algo (intentando mostrar a veces, los beneficios que se seguirán de la creencia o de la acción)» (Cattani y Alcolea, 2011, p. 450).

9 El proceso retórico se divide en i) invención, ii) disposición, iii) elocución, iv) memoria y v) acción. Respecto a un texto o pieza retórica, se pueden marcar las siguientes secciones o elementos: a) exordio, b) narración, c) división, d) argumentación y e) peroración que, por defecto, se insertan ellas en la parte que antes hemos nombrado como ii). Nos hemos referido a las secciones antes dicha en Andruet (2014).

10 Destaca Paul Ricoeur (2001, p. 45) que «la dialéctica comprende una teoría general de la argumentación en el orden de lo verosímil. Esta es la problemática de la retórica planteada en términos lógicos. Aristóteles, como se sabe, se siente orgulloso de haber inventado el argumento demostrativo llamado silogismo. Pero a este argumento demostrativo corresponde el argumento verosímil de la dialéctica, llamado entimema».

11 Dice Antonio Tovar en notas que «[c]on este magistral planteamiento, Aristóteles soluciona, desde el principio, el problema del contenido del arte retórico, sale de la dificultad por Platón puesta contra la existencia de dicho arte» (p. 82).

no a los jueces que resuelven[12]. De la misma manera que los cultores de la teoría estándar han señalado que dicha teoría ha sacralizado la fundamentación de las decisiones que se toman, y se han ocupado muy poco de un aspecto central en la misma decisión, como es la argumentación de los hechos, a la que se suma también una carencia epistémica por la argumentación de los abogados.

Ello ha llevado a que ciertos autores indiquen lo siguiente:

> En suma, el dominio de la TAJ tal y como ha sido desarrollada por la teoría estándar viene así delimitada negativamente por tres veces. En primer lugar, se prescinde de las motivaciones de orden psicológico o de otra naturaleza que hayan podido intervenir en el contexto de descubrimiento; en segundo lugar, la justificación externa se manifiesta a partir del de la justificación interna, es decir, la justificación externa comienza donde termina la interna y, por último y más concretamente, la argumentación jurídica tiene lugar sobre aquellos enunciados que no son ni reglas de Derecho (pues su justificación no correspondería a una teoría de la argumentación jurídica propiamente sino a una teoría de la validez jurídica) ni a enunciados empíricos (cuya justificación corre a cargo de las ciencias empíricas, las reglas de la carga del proceso o las máximas de la presunción racional). (Gascón Abellán y García Figueroa, 2005, pp. 170-171; Gascón Abellán, 2014, pp. 168 y ss.)

Todo ello nos coloca en una situación delicada frente al tema que estamos abordando en esta ocasión, como es la retórica en la sentencia judicial, toda vez que acabamos de acordar que los jueces modernamente justifican, fundamentan y motivan sus decisiones y no persuaden a los auditorios de ellas. Si aplicamos la misma cuestión a los jueces del mundo clásico, tal como se ha dicho más arriba,

---

12 En algunos supuestos, en el mundo jurídico clásico, incluso se admitió que los propios jueces pudieran repentinamente convertirse en una suerte de legisladores, así se ha escrito que *«p*or las leyes áticas no solo era permitido a cualquier ciudadano defender en juicio a una persona sospechosa de delito, aduciendo las pruebas, sino que, si cometido algún abominable crimen, no se hallase éste previsto en alguna ley escrita o en algún decreto del pueblo, los jueces, en caso tan especial, podían convertirse en legisladores, con el fin de dar con su sentencia el ejemplo para prevenir posibles delitos*»* (Materi, 2016, p. 24).

Uno de los casos mejor reconocidos de este tipo fue la acusación que Eutias prodigó a Frine como es la de haber celebrado en las orgías el culto impúdico de una divinidad y, pese a ser ella una grave acusación, fue absuelta. Según se informa, el camino de la excepcionalidad fue generado sobre un ejercicio argumentativo estético que utilizó la procesada aprovechándose de la concepción moral griega, la cual comprendía que era inseparable lo bueno de lo bello, y la belleza del cuerpo de la anunciada Frine parece haber calado de gran modo en los jueces. Con provecho a estos efectos, Murray (1956).

la respuesta es completamente incierta por ignorancia de ello y deberíamos decir con Ludwig Wittgenstein (1957): «De lo que no se puede hablar, mejor es callarse» (p. 191), puesto que no conocemos en absoluto el uso que los jueces del período grecolatino hacían de la retórica a la hora de dar el dictum. Sin perjuicio de que, de nuestra información y estudio, se debe colegir que su función se agotaba en brindar el mandato resolutorio, sin justificación y sin persuasión[13].

También creemos, y nuestra experiencia de casi cuatro décadas en la función judicial y jurisdiccional nos lo ratifica, que los jueces cuando se ocupan de justificar sus resoluciones, suelen intercalar dentro de su argumentación fundamentatoria de los hechos, especialmente, ciertos 'esquemas argumentativos' que poseen algún componente persuasivo; y mientras más delicado y complejo sea el caso, tales aspectos serán más evidentes.

En lo relativo a los esquemas argumentativos, Luis Vega (2011) señala que, «[a]l sostener una conclusión en razón de las premisas pertinentes, pretendemos que estas premisas resulten aceptables y que esta aceptabilidad se trasmita a la conclusión mediante algún tipo de inferencia apropiada. Hoy esos tipos suelen estudiarse bajo la forma de 'esquemas argumentativos' y su análisis cubre un área de creciente importancia en el campo de la argumentación» (p. 233).

Si acaso alguna inquietud teníamos a dicho respecto, la despejamos de buen modo, cuando el ya citado profesor español, en Algunas pautas para la argumentación judicial, indica en la que lleva número 9 lo siguiente:

> [E]sas buenas razones [de la fundamentación] tienen que estar formalmente bien estructuradas y deben resultar en la medida de lo posible, persuasivas […] Otra importante exigencia pragmática (sin la cual no cabe pensar en ningún tipo de persuasión) es que el texto de la sentencia resulte fácilmente comprensible para una persona de cultura media. (Atienza, 2016, p. 681) (énfasis agregado).

---

13 «La audiencia era presidida por el arconte que había instruido el proceso. Después de realizado el sacrificio que señalaba el comienzo de los debates, se cerraba la baranda que rodeaba el tribunal. El escribano daba lectura de las piezas redactadas en el curso de la instrucción […]. Acabados los discursos, los jurados pasaban a votar. Cada uno recibía al efecto dos boletines en forma de rodaja de bronce, una maciza, que significaba absolución, otra agujereada por el centro para indicar condena. Los boletines eran depositados en dos urnas; en una se metían las que expresaban la opinión de los jueces, en otra los boletines que no se habían utilizado. El presidente del tribunal contaba los votos y dictaba sentencia según ellos» (*Vide* Gow, 1946, p. 145).

Tales supuestos, en nuestro parecer, habrán de acontecer cuando se utilizan argumentos para la práctica justificatoria, en donde la sola pureza fundamentatoria, aun siendo bien realizada dicha gestión por el juez, resulta insuficiente y pueda, por ello, ser necesario requerir la colaboración y/o complementación de lo que venimos a nombrar como un delicado empujón persuasivo (nundge persuasive), para decirlo según el sintagma desarrollado por Cass Sunstein y Richard Thaler (2009).

Quizás ello se deba a que, junto a la discursividad justificatoria en la labor sentencial, no se puede excluir que pueda deslizarse una ligera presencia persuasiva. Con ella, el propio juez estará favoreciendo su personal sinapsis que mental y fisiológicamente esté logrando y pueda, con ella de por medio, cooperar a que la transferencia argumentativa que se alcance resulte exitosa[14].

Se podrá indicar así que dicho 'empujón persuasivo' que los jueces hacen ocasionalmente en su resolución, inicialmente no fue dispuesto para que los abogados adviertan su presencia, sino que fue el necesario resultado que el propio juez requirió para alcanzar la definición que tomó y que luego, formulada la pieza escrita de la mencionada resolución, en algunos casos quedó plasmado como una suerte de residuo persuasivo en modo directo y en otras ocasiones se desmaterializó mediante el uso de cierto lenguaje figurado[15],

14 En otro lugar, hemos explicado alguna de estas razones, diferenciando la labor del juez, no como quien '*dicta'* sentencias, sino quien realiza el '*acto de juzgar'* (*Vide* Ricouer, 1999, p. 177 y ss). En ambos hay una laboriosidad argumentativa justificatoria, pero 'juzgar' supone para ser plenamente tal, un asentimiento que conmueve integralmente a quien lo hace y ello requiere instancias neuronales de satisfacción persuasiva. No parece razonable que se puedan ignorar los componentes mentales de naturaleza fisiológica que satisfacen al autor de ciertos actos y que, en buena parte, pueden ser cumplidos por mecanismos persuasivos (*Vide* –en aprox.— Churchland, 2020; Castellanos, 2023). Tales consideraciones escapan a la dicotómica construcción que la teoría estándar ha realizado del contexto de justificación y de descubrimiento y se ubican en una instancia vestibular a dichos contextos. Se tratan de retribuciones de satisfacción cerebral químicamente generadas y que ciertas sinapsis promocionan.

15 Del estilo figurado, se indica que «[a]unque cada una de las cosas tiene su nombre propio, son más las que han de significar que las palabras. Y como éstas son notas o señales de aquellos objetos que concebimos en el ánimo; si no percibimos su fuerza, no alcanzamos el sentido que se exprime en ellas. Éstas o son propias, o ajenas: las primeras se hallaron por necesidad para dar nombre a las cosas sujetas a los sentidos, y las segundas por ornato, mudando propia significación en otra que llamaron los griegos metáforas y los latinos traslaciones […]. Desde entonces se introdujo el lenguaje figurado: y todas las voces que representaban entes corpóreos en el sentido propio y recto, representaban igualmente entes no materiales en un sentido de comparación y semejanza, y con tal propiedad, que el conocimiento del uno llevase necesariamente al conocimiento del otro: desde entonces la flor de las planteas pasó a ser flor de la juventud, y el báculo del pastor báculo de la vejez» (De Capmany, 1942, p. 236).

o mediante la atención a ciertas figuras[16] [17], o el uso de tropos[18], e incluso por la práctica de algún razonamiento entimemático[19].

Huelga señalar que cualquiera de los mencionados ejercicios gramaticales y lógicos son de utilización propia en un discurso argumentativo retórico.

---

16 «[M]uchos han creído que éstas [las figuras] eran tropos […]. El uso es también el mismo, ya que añaden fuerza a las cosas y les dan gracia, y no falta quien da a los tropos el nombre de figura, por lo que es más necesario señalar la diferencia que hay entre estas dos cosas. Es, pues, el tropo un modo de hablar trasladado de la natural y primera significación a otra para el adorno de la oración […]. La figura, como por el mismo nombre se ve, es una manera de hablar apartada del modo común y más obvio, por ello que en los tropos se ponen unas palabras por otras; más nada de esto acaece en las figuras, pues la figura puede formarse en las palabras propias y por su orden colocadas […] 2. Las figuras son, o de sentencias, o de palabras […] 3. Las figuras de sentencias sirven no solo para probar, sino también para mover los afectos» (Quintiliano, 1944, pp. 392 y ss).

17 Resulta, por demás, complejo, en la actualidad, tal como lo señala con rigurosidad Helena Beristáin (1998, pp. 211 y ss), reconocer con alguna exactitud si la comprensión que daban los rétores clásicos a lo que nombramos como figuras es verdaderamente el que estamos asignando hoy. De cualquier manera, ello será quizás muy importante para lingüistas y no para nuestro caso; en donde solo queremos mostrar el mecanismo por el cual los discursos pueden ganar carácter persuasivo.

18 «Tropo es la mutación del significado de una palabra a otro, pero con gracia […] y decimos que algunos tropos se usan por razón de la significación y otros por adorno. Unos consisten en las palabras propias y otros en las trasladadas, siendo diversa su forma, no solo en las palabras, sino en el sentido y composición […] 1. Unos sirven para la significación: como metáfora, sinécdoque, metonimia, antonomasia, onomatopeya y catacresis […]. Otros para adorno: como el epíteto, alegoría, enigma, ironía, perífrasis, hipérbaton e hipérbole» (Quintiliano, 1944, pp. 378 y ss).

19 La incuestionada autoridad de José Ferrater Mora nos ahorra explicaciones. Dice el citado: «El término entimema ha sido empleado con varios significados desde Aristóteles […]. Aquí nos referiremos a las dos más corrientes. Una primera significación es la que se halla en Aristóteles. Según ella, el entimema es un silogismo usado en semejanzas o signos […]. Por ejemplo, del signo (o hecho) de que una mujer tiene leche, podemos inferir que está embarazada. En otro lugar dice Aristóteles que el entimema expresa la demostración de un orador que se trata de la más 'efectiva' de las maneras de demostración. El entimema es una clase de silogismo: el silogismo retórico (Rhet., I 1, 1355a6) […]. Otra significación de 'entimema' es la que se halla en la mayor parte de los textos lógicos: el entimema es un silogismo incompleto, por no ser expresada una de las premisas […] Según varios autores, solamente el primer tipo de entimema, el basado en la semejanza o signo, es propiamente aristotélico. Otros autores, sin embargo, estiman que el estagirita no desconoció el entimema como un silogismo truncado, como se muestra en Rhet. I 2, 1357 a15.20, donde indica que el 'entimema debe constar de pocas proposiciones, menos de las que constituyen el silogismo ordinario', y ello en vista del hecho de que el hombre en su lenguaje cotidiano tiende a formular razonamientos suprimiendo expresiones que da por entendidas al oyente» (Ferrater Mora, 1984, p. 949).

De todas maneras, aun siendo por una vía residual, la entidad persuasiva o retórica introducida hoy en la sentencia resulta anómala y no deseable. A tal respecto, Michele Taruffo, en ocasión de escribir Sobre la complejidad de la decisión judicial y luego de haber brindado las diferentes dimensiones de ella, indica lo siguiente:

> [D]eliberadamente se ha excluido la consideración de […] otra dimensión que se podría definir como retórica o persuasiva […]. En realidad, lo que determina el razonamiento del juez no es una mera persuasión de algo, sino una valoración racional de las pruebas y una justificación lógicamente fundada […]. [E]l juez no debe persuadir a nadie de la bondad de su decisión […] una buena justificación puede no ser retóricamente persuasiva. (Taruffo, 2020, pp. 552-553) (énfasis agregado).

III. ACERCA DE PRECURSORES Y PROTOPRECURSORES DE LA TEORÍA ESTÁNDAR

Volvemos a traer ahora una valiosa reflexión de Atienza, cuando en orden a la genealogía de la teoría estándar, señala haber sido él el primero en utilizar las expresiones de precursores y de teoría estándar para referirse con ello a los dos momentos de formación, en el siglo pasado, de lo que llamamos teorías de la argumentación jurídica (Atienza, 1991). Destacan como precursores Theodoro Viehweg, Chaim Perelman, Stephan Toulmin y Luis Recasens Siches, y para la teoría estándar, menciona a Neil MacCormick y Robert Alexy. Se indica también lo que más nos importa señalar:

> Los precursores […], defendieron que la lógica deductiva no estaba en condiciones de suministrar un método adecuado para el razonamiento con cuestiones jurídicas […] y, en su lugar, propusieron otros métodos alternativos: la tópica, la (nueva) retórica, la lógica operativa […] o la lógica de lo razonable. (Atienza, M. 2017, p. 111).

El mismo autor, en otra obra titulada Curso de argumentación jurídica, destaca también como diferencia entre los precursores (Viehweg, Perelman, Toulmin y Recasens Siches) y los representantes de la teoría estándar, que los primeros rechazan el uso de la lógica formal como de la lógica deductiva en la argumentación jurídica; por ello, utilizan elementos de la retórica clásica, especialmente del campo de la dialéctica y en menor grado de la retórica, «mientras que los segundos entienden que los métodos lógicos deben suplementarse con alguna otra cosa. O sea, para los primeros, la lógica formal es un obstáculo para entender la argumentación jurídica; para los segundos, una condición necesaria, pero no suficiente» (Atienza, 2016, p. 263).

Por nuestra parte, habiendo ya dicho que el aire de familia que la ciencia jurídica y la práctica abogadil judicial tienen desde aquellos lejanos inicios del mundo grecolatino, como también convalidado por el citado autor, quiénes y por qué razón son los precursores de la teoría estándar; es que no resulta desatinado, basta con reconocer la ratio intellectualis que dichos autores invocaran, esto es: tópica[20], nueva retórica[21], dialéctica, lógica operativa[22], lógica de lo razonable[23], para vincular a los precursores con el colectivo de filósofos, sofistas, rétores, pedagogos y políticos del mundo grecolatino que, como tal, cultivaron la retórica clásica, especialmente

20 Señala Theodor Viehweg al respecto: «La expresión 'topoi' [tópicos] aparece por vez primera al final del primer libro de la Tópica (Top. I, 18,5). Su explicación se encuentra en la Retórica aristotélica: 'Hablamos de topoi para hacer referencia a conclusiones dialécticas y retórica'. Los topoi se refieren lo mismo a objetos jurídicos, físicos, políticos o de cualquier otro tipo diferente […]. Topoi son, por tanto, para Aristóteles, puntos de vista utilizables y aceptables universalmente, que se emplean en favor y en contra de lo opinable y que parecen conducir a la verdad […] Aristóteles termina su exposición con estas palabras: 'Los tópicos, enumerados de un modo más o menos completo, son los que nos pueden ayudar, en relación con cada problema, a obtener conclusiones dialécticas' (Top. VII, 5, 14)» (Viehweg, 1963, pp. 37-38). También se puede consultar provechosamente Viehweg (1991) y García Amado (1988).

21 «La nueva retórica, […] considera que la argumentación, puede dirigirse a auditorios variados, no se limita, como la retórica clásica, al estudio de las técnicas del discurso público dirigido a una muchedumbre no especializada. Se interesa igualmente por el diálogo socrático, por la dialéctica tal como la consideran Platón y Aristóteles y por el acto de defender una tesis y atacar la del adversario en una controversia. Debe englobar, pues, todo el campo de la argumentación, que es complementario de la demostración y de la prueba inferencial, que estudia la lógica formal» (Perelman, 1997, p. 142).

22 Ha dicho Stephan Toulmin que el título «Lógica operativa y lógica idealizada» (que es el Capítulo 4 de su obra de 2003, en español 2007, *Los usos de la argumentación*. Península), «tiene su razón de ser y fue elegido deliberadamente frente a otra alternativa más obvia, 'La lógica en la práctica y la lógica en la teoría', ya que este otro título elude una cuestión crucial» (p. 239). Ha cooperado para la extensa explicación que ha brindado Toulmin, un pequeño párrafo que Manuel Atienza (1991, pp. 98 y ss.) escribe y que nosotros ajustamos en cuidada paráfrasis, así se indica que el citado profesor inglés formula una oposición a la tradición lógica iniciada con Aristóteles y que pretende hacer de la lógica una ciencia formal comparable a la geometría. Por ello el autor se ubica en las antípodas de dicho modelo y aspira colocar como central de la teoría lógica a lo que habrá de denominar como la práctica lógica. Debido a ello, se opone a toda *lógica idealizada* y aspira a una lógica operativa o aplicada que, para cumplir con dicha gestión, ha elegido como modelo no la geometría, sino la misma jurisprudencia, esto es, la ciencia del derecho.

23 «La lógica formal clásica, la moderna y la contemporánea, es decir, la lógica de lo racional, la lógica que ha sido llamada físico matemática, no es el instrumento apto ni para el planteamiento ni para la solución de los problemas humanos prácticos, como son, por ejemplo, los problemas políticos y jurídicos […] hay el ámbito del logos de los problemas humanos de conducta práctica, del logos de lo razonable» (Recasens Siches, 1971. Del mismo autor se puede leer también *La lógica de los problemas humanos,* 1964, pp. 3-35; *Argumentación, logos de lo humano y subjetivismo*, 1968, pp. 163-182).

bajo los instrumentos que los precursores han señalado y que para la teoría estándar resultaron insuficientes al conceptualizar modernamente la teoría de la argumentación jurídica deseable.

Por todo ello es que comprendemos con toda coherencia y en la continuidad genealógica de la teoría estándar, el nombrar a dicha estirpe tal como lo venimos repitiendo desde hace varios años, bajo la categoría de ser protoprecursores de la teoría estándar. Ellos han sido quienes amojonaron y cultivaron la retórica, dialéctica y oratoria —a más de la lógica, claro está— y que hemos englobado bajo el concepto de quienes practicaban lo que hoy conocemos como la argumentación pragmática.

> La concepción pragmática de la argumentación no supone prescindir de las otras, sino que más bien lleva a ser consciente de los límites del enfoque formal y material para poder dar cuenta cabalmente de la argumentación, cuando se la considera como una actividad, como u proceso. Es lo que explica, por otro lado, que, desde hace ya varias décadas, hayan surgido diversas 'lógicas dialécticas', esto es, sistemas o formalismos que tratan de representar la estructura de los procesos de argumentación en contextos dialécticos. (Atienza, 2016, p. 364)

Los nombrados protoprecursores fueron los que dieron los registros centrales para el modo y práctica del ejercicio profesional abogadil. Ello, como dijimos, viene sucediendo en buena medida durante los últimos 26 siglos[24].

Huelga agregar, aunque su obviedad inquiete, que los clásicos grecolatinos, si bien potenciaron de buen modo la retórica, también señalaron el camino de la dialéctica y que como tal supone ella una labor de trabajo abogadil racionalmente estructurado y dispuesto operativamente con sus reglas de ejecución; para lo

---

24 Cabe ilustrar respecto al proceso romano, puesto que luego haremos lo propio con el griego, de la siguiente manera: «El procedimiento formulario era con mucho el más usual en la época de la literatura latina clásica. Comprendía dos partes: a) *in jure*; b) in juicio. a) *In jure*. El demandante citaba al demandado y ambos partes hacían su convenio obligándose mediante el depósito de una cantidad a comparecer ante el pretor en determinado día fasto. El pretor después de haber oído a las partes, podía devolver la causa (por no encontrar justificada la demanda) o conceder una fórmula. La fórmula comprendía de ordinario tres partes: 1) la designación de un juez, 2) el relato de la exposición del demandante, 3) el poder concedido al juez para condenar o absolver […] Las palabras solemnes por las que el pretor concedía la fórmula, eran: 'do', 'dico' y 'addico', es decir, 'do judicium' (concedo el juicio), 'dico jus' (doy a conocer la ley), 'addico litem' (asigno a quien corresponde lo que es objeto de litigo […]. La fórmula se pasaba al demandante, cada parte designaba sus testigos, y el procedimiento ante el pretor quedaba terminado. b) In juicio. La misma causa se continuaba ante el juez, que recibía el juramento y las declaraciones de los testigos» (Gow, 1946, pp. 282-283).

cual, la clásica distinción de las llamadas partes del proceso retórico[25], a saber: invención, disposición, elocución, memoria y acción[26], [27]; especialmente en las tres primeras es donde se encuentran las grandes canteras para un adecuado entrenamiento de los abogados para los litigios.

Pues allí, en la sección correspondiente a la 'disposición', se indica acerca de la manera en que los rétores debían presentar, organizar y utilizar sus argumentos —dirán ellos para ser más persuasivos— y diremos hoy, para ser más exitosos con la honesta finalidad que los abogados tienen de triunfar en un pleito y que no es opacada por una pretensión igualmente persuasiva en dicha gestión. En tal lugar, se proponen las diferentes secciones que deberían ser atendidas prolijamente en el texto profesional abogadil, esto es: exordio, narración, división, argumentación y peroración[28].

---

25 Debiendo indicarse, y solo para tomar los autores de mayor centralidad, que Aristóteles, en su obra la *Retórica* (1971), habla de cuatro partes, esto es: invención, disposición, elocución y acción. Luego, la tradición romana mostrará que Cicerón, en una ocasión, indica que son cuatro: invención, elocución, memoria y acción (Cicerón, 2000). En otra obra, se refiere a las cinco ya dichas (*Vide* Cicerón (s/f)). Quintiliano indicará en su obra ya citada las cinco partes.

26 «La invención (*inventio*) responde a la pregunta: ¿qué decir? Se deben encontrar ideas, motivos (verdaderos o cuanto menos verosímiles), que permitan mostrar una causa como posible y que pueda llegar a ser admitida como tal. Esta parte de la retórica contiene la doctrina de los estados de causa, pieza maestra de la invención retórica […]. La disposición (*dispositio*) es el arte de la composición, cuyo objetivo es estructurar sintagmáticamente el discurso y distribuir sus grandes partes de acuerdo con un esquema casi invariable [exordio, narración, confirmación, confirmación, y peroración] […]. La elocución (*locutio*) constituye la parte más ampliamente desarrollada; su terminología la toma prestada de la poética y de la gramática, así como de la música y de la arquitectura […] El discurso elaborado debe ser retenido. Éste es el objetivo del arte de la memoria. Los principios de la técnica memorística consisten en imprimir en la memoria una serie de lugares y de imágenes […]. Por último, el discurso debe ser pronunciado; por ello, la última parte corresponde a la acción (*pronuntiatio*) que consiste en adaptar la voz y los gestos al valor de las cosas y de las palabras: es la elocuencia del cuerpo» (Roussin, 1999, pp. 156-158).

27 De alguna manera, se refiere a varias de ellas Cicerón cuando señala algunas de las cualidades que tienen que adornar la figura del orador perfecto, y así dice que «[e]n el orador se pide la agudeza de los dialécticos, las sentencias de los filósofos, el estilo de los poetas, la memoria de los jurisconsultos la voz de los trágicos y el gesto de los mejores actores. Por eso nada más raro y difícil de hallar en el género humano que un orador perfecto. Si en las demás artes basta una tolerable medianía, en el orador es necesario que estén reunidas en grado sumo todas las cualidades» (Cicerón, 1943, p. 50).

28 «El exordio tiene por finalidad la conciliación del auditorio (*captatio benevolentiae*). Con esta parte, el orador intenta captar la atención, y mantener el interés del auditorio por informarse, así como su benevolencia. Viene luego la narración (diégesis) o exposición de los hechos, reales o verdaderos como tales […]. La confirmación es el momento de la prueba y de la refutación: es el momento de presentar los argumentos propios y de refutar los del adversario. El discurso se cierra con la peroración, que comprende una *recapitulatio* y una *indignatio*, una llamada final a la piedad y a la simpatía» (Roussin, 1999, p. 157).

Sobre esa matriz pensada para los litigantes, los autores modernos, entre ellos quienes cultivan la teoría estándar, han realizado, tal como han creído conveniente, las adecuaciones para señalar un modelo orientativo para la gestión a cargo del juez[29] y que busca alcanzar un resultado de la resolución que, a más de estar debidamente justificada, tenga dicho texto sentencial: claridad, concisión, coherencia y consistencia. Muy probablemente —agregamos ahora— cuando ello sucede, resulte más sencillo predicar prima facie que la misma resolución está dotada de mayor justificación.

Nombraremos a tal gestión como otro ligero empujón que se debería contabilizar en la práctica jurisdiccional, y que en este caso la podemos consignar como de un empujón justificatorio; para ello, la regla de las Cuatro C —claridad, concisión, coherencia y consistencia— es una buena mnemotécnica. De cualquier modo, las consignas que otrora indicara Genero Carrió (1987) en su pequeña gran obra que todo aspirante a los estudios iusfilosóficos deberíamos leer, Cómo estudiar y cómo argumentar un caso, sigue siendo el mejor vademécum a dicho respecto.

De tal forma, resulta evidente que, si bien la retórica era muy importante en cuanto ejercicio persuasivo frente al auditorio, sea el de un juez o un jurado, también era muy valioso conocer la manera técnica de la dialéctica respecto a cómo deben ser utilizados los argumentos para que la práctica persuasiva resulte más exitosa o, en nuestra contemporaneidad, fortalezca la gestión justificatoria de la resolución. Cabe indicar que la sola retórica no era suficiente ya para los mismos protoprecursores y necesitaba ser complementada con una adecuada instrumentación dialéctica.

Ello es lo que bien se advierte cuando, en su Retórica, Aristóteles expone acerca de la existencia de dos tipos de argumentos retóricos, a saber: i) los obtenidos 'con arte' o 'pruebas técnicas' que serán las que se obtienen en función de quien resulte ser el orador (ethos), también la predisposición para su comprensión por el auditorio (pathos) y finalmente por la entidad del discurso mismo (logos). Por otro lado, las obtenidas 'sin arte' o 'pruebas no técnicas' y que son las que existen desde antes del litigio, como son las leyes, testigos y contratos, entre otras.

Nos dice Aristóteles, en la obra que nos ocupa: «De los argumentos retóricos unos son sin arte y otros propios del arte. Llamo sin arte a los que no son logrados por nosotros sino que preexisten, como los testigos, confesiones en tormento, documentos y los semejantes; objeto del arte, los que mediante el método y por

---

29 Manuel Atienza (2016) ha reformulado dicho esquema clásico, indicando las siguientes secciones: i) identificación y análisis del problema; ii) propuesta de una solución; iii) comprobación y, en su caso, revisión de la solución; iv) redacción de un texto. El modelo, dice el autor, no es lineal, sino que hay cierta interacción entre las diversas fases (p. 647).

nosotros pueden ser dispuestos, de manera que es preciso de aquellos servirse, éstos inventarlos»; «[d]e los argumentos suministrados mediante el discurso hay tres especies, pues unos residen en el carácter del que habla, otros en poner en cierta disposición al oyente, otros en el mismo discurso, por lo que demuestra o parece demostrar» (1971, 1355b35 y 1356a1, respectivamente).

La combinación de las pruebas técnicas y las no técnicas produce una fusión de persuasión y convicción en la práctica profesional de los litigantes. Por ello, dirá el Estagirita, que la retórica no elude voluntariamente la verdad, sino que propone un método que permite encontrar una compatibilidad sintónica de lo convictivo con lo persuasivo y que se puede nombrar como un modelo persuasivo racional[30].

Aunque brevemente, hay que señalar que la Retórica de Aristóteles no es lo que, por lo general, modernamente se presenta de ella, esto es, una retórica restringida a la 'teoría de la elocución' y secundariamente a la 'teoría de los tropos', pues, mirando el texto, se debe advertir que estas secciones solo se corresponden con un tercio de ella, siendo lo restante lo que corresponde a la 'teoría de la argumentación' y que «constituye su eje principal y que proporciona al mismo tiempo el nudo de su articulación con la lógica demostrativa y con la filosofía […] la retórica perdió el nexo que la unía a la filosofía a través de la dialéctica, con lo cual se convertía en una disciplina errática y fútil» (Ricoeur, 2001, p. 15). Agrega dicho autor que «[c]on Aristóteles se vive un período floreciente de la retórica; se trata de una esfera distinta de la filosofía, en cuanto que el orden de lo 'persuasivo' como tal constituye el objeto de una techné específica; pero está sólidamente unida a la lógica gracias a la correlación entre el concepto de persuasión y el de verosimilitud. Nace así una retórica filosófica, es decir, basada y defendida por la misma filosofía» (p. 44).

30 «Con este movimiento, Aristóteles consigue asegurar que la historia de la humanidad considerará la retórica como un arte –una suma técnica- que es útil y que no se enfrenta en todos los casos al principio de verdad. Aunque también deja claro que la retórica se ocupa de persuadir, y de persuadir en cuestiones que son opinables y, por tanto, que no pueden resolverse con verdades universales» (Pastor, 2016, p. 96).

Así parece suscribirlo Manuel Atienza (2016) cuando escribe en el primer párrafo: «Peitho es el nombre de una deidad griega de genealogía algo dudosa y que representó en Atenas, a partir del siglo V a. C., **la persuasión racional**: en la dimensión erótica y política» (p. 11), (énfasis agregado).

Escribe el profesor Carlos García Gual: «Afrodita encarna el impulso erótico y también el placer del sexo y del trato sexual; simboliza la fuerza de la pasión el deleite del amor, el atractivo de la belleza y el hechizo de su posesión. Es suave y seductora por excelente, la acompañan las Gracias (Charites) y la irresistible Persuasión (Peithó)» (García Gual, 1993, p. 139).

Sin duda, el listado de los protoprecursores resultaría por demás extenso indicarlo en su completitud, y de ello nos ocuparemos con detalle en la investigación central. Señalamos, entonces, que se inicia sobre el siglo V a. C. y se extiende hasta los primeros siglos de la Edad Media[31]. A ello cabe agregar algunos y muy importantes registros que, singularmente, en los siglos posteriores se habrán de producir y que tienden a realizar una recuperación de algunos de los aspectos del anterior brillo retórico, como es, por caso, la obra de Remigio Rufo (s. XVI) perteneciente a la escuela lulista y Giambastia Vico (s. XVII)[32].

El inicio en el mundo griego lo sitúa a Córax y Tisias en la continuidad con Gorgias, Protágoras, Lisias, Antifonte, Isócrates, Platón, Aristóteles y Demóstenes[33]; y su proyección ulterior en el mundo latino de la mano, entre otros,

31 A tal núcleo de la alta Edad Media se lo ha llamado como *segunda sofística* y se ubica entre los siglos IV y VII, que refleja en gran modo la discusión en contra del cristianismo y la defensa de la religión que los padres de la Iglesia vinieron a cumplir. Muchos de los cuales habían sido profesores de retórica, así: San Agustín de Hipona, Marciano Capelo y San Isidoro de Sevilla, entre otros. Con mucho aprovechamiento a más de historiográfico, se puede consultar una obra breve y extremadamente valiosa de López Eire (1996).

Habrá de indicar el propio San Agustín para ensalzar la figura de Cicerón, que llega a preguntar: ¿*Quid in lingua latina excellentius Cicerone inveniri potest?* Se ha señalado que «[h]ace mucho tiempo que está reconocida la importancia del 'De doctrina christiana' de San Agustín para la historia de la retórica […] Sor Therese Sullivan lo alaba, en 1930, por volver a la doctrina sana de Cicerón como base de la predicación cristiana. Algunos escritores de la década de 1950 encontraban en la obra 'una teoría cristiana de la literatura' o el fundamento de la teoría medieval sobre la predicación […]. Dado que la actitud de San Agustín frente a la Segunda Sofística queda tan claramente expresada, en ciertos casos se tiende a considerar su obra como un mero intento de rescatar la retórica de la corrupción de la sofística. No cabe duda que, como lo ha señalado Baldwin, la firme promesa de unión entre significado y expresión indica su rechazo de la sofística». (Murphy, 1986, pp. 59-60).

De igual manera, el diálogo de Cicerón, *Sobre la República*, tiene también algunas partes que se han perdido, como es por caso el tercer proemio (Libros V y VI), del que solo conocemos por una paráfrasis de San Agustín, que dice que allí se dedicaba a la crítica de la decadencia moral, es decir, a la Roma en época de Cicerón. «Empezaba éste por recordar el verso de Enno sobre el fundamento moral del poder de Roma: *Moribus antiquis res start Romana uirisque* 'La república romana —aquí, *no res populi*, sino res Romana— se funda en la moralidad tradicional de sus hombres. Con ello venía a iniciarse en el tópico de que los hombres virtuosos deben ser el ejemplo de todo el pueblo, y en el de la necesidad de que sean aquéllos quienes gobiernen la república, de suerte que la constitución pueda servir como fuente de educación cívica» (Cicerón, 2016, p. 15).

32 Una extensa línea de tiempo puede ser estudiada, entre otros, en la obra de Murphy (1989).

33 Cabe agregar que una decena de oradores áticos fueron considerados en el llamado *Canon Alejandrino* y ellos son Antifón, Andócides, Lisias, Isócrates, Iseo, Demóstenes, Esquines, Licurgo, Hipérides y Dinarco.

de Marco Antonio Gnifón, Marco Tulio Cicerón[34], Fabio Quintiliano[35] y Anicius Boecio, para citar solo los más conspicuos representantes de la oratoria latina. En

34 Fue, sin duda, Quintiliano el gran sistematizador de la oratoria de todos los tiempos, vinculando ella con la misma filosofía y haciendo la síntesis del ideal hombre culto y humanista de todos los tiempos. De allí que no hay retórica —para este autor— sin contar con una antropología humanista que la sostenga. Casi al final de su obra y sobre la cual, habremos de volver en detalle en el momento correspondiente, y les dedica el privilegio de haber sido ello a Demóstenes y Cicerón.

Escribe Quintiliano, en la sección 2 del capítulo 11 del Libro XI, lo siguiente: «Mas me temo no sea que yo haya pedido al orador o cosas demasiado grandes queriendo que a un mismo tiempo sea hombre de bien y diestro en el decir, o muchas en número, por cuanto , además de muchas artes que se deben aprender en la niñez, he añadido también el estudio de la filosofía moral y la ciencia del derecho civil, sin contar con los preceptos que llevo dados acerca de la elocuencia, y que aquellos que han creído ser necesarios estas materias para nuestra obra, se espantarán como de una cosa gravosa y desconfiarán de llegar a conseguirlas antes de experimentarlas […] 3. Se dirá que es cosa dificultosa el llegar a ser perfecto en la elocuencia y que ninguno ha alcanzado este punto todavía. A lo que respondo que ante todas cosas basta para estimularse al estudio el saber que no hay repugnancia en que podamos hacer lo que hasta ahora no se ha hecho; siendo así que todas las cosas grandes y admirables que en el día hay, hubo algún tiempo en que fue la vez primera que se hicieron, porque cuanto es la perfección que recibió la poesía de Homero y de Virgilio, tanta es la que la elocuencia recibió de Demóstenes y Cicerón. Últimamente, todo lo que es ahora lo mejor, anteriormente no lo había sido» (Quintiliano, 1944, p. 635 y 639).

De cualquier manera, no dejó de estar exento de críticas el propio Cicerón, ello se puede leer en el *Diálogo sobre los Oradores* de Tácito, en donde uno de ellos tanto halaga como denosta, se escribe: «Paso a Cicerón, que tuvo con sus coetáneos la misma pugna que y ahora con vosotros: aquéllos admiraban a los antiguos y él situaba en el primer lugar la elocuencia de su época; y en ninguna otra cosa dejó más atrás a los oradores de su tiempo que en su atinado criterio, pues fue el primero que pulió el discurso, el primero que lo dotó de un vocabulario seleccionado y de una técnica en su composición, amén de ensayar pasajes de un mayor colorido y hallar ciertas sentencias sagaces, sobre todo en los discursos que escribió ya anciano y al final de su vida, eso es, después que su progreso había sido mayor y mejor había aprendido por la práctica cuál era el estilo ideal para la oratoria. En efecto, sus discursos anteriores no están exentos de los vicios de la antigüedad: es lento en los exordios, premioso en las narraciones, prolijo en las digresiones; tardo para conmoverse, raras veces se entusiasma; pocas frases acaban de manera armoniosa y con un cierto lustre…» (L. 2, 1-4), (Tácito, 2001, p. 148).

35 Quintiliano habrá de publicar su obra *Instituciones Oratorias* en el año 95 y es «el primer catedrático de retórica pagado con fondos públicos, en cuya obra se percibe claramente el cambio de rumbo de la retórica, que, sin dejar de ser totalmente 'arte de la persuasión', se convierte además en disciplina formadora del litteratus u hombre de letras, al que suministra el pedagógico método de comprensión y fabricación de la obra literaria» (López Eire, 2014, p. 231).

También corresponde ilustrar acerca del texto de Quintiliano que «es una obra extensa. Además, cuenta con el valor añadido de la experiencia práctica de su autor. No sólo había estudiado profundamente los discursos de Cicerón y otros oradores romanos, para ver cómo conseguían sus efectos, sino que él mismo también había actuado ante los tribunales durante muchos años antes de convertirse en el más importante profesor de retórica de Roma […] Vespasiano concedió el honor del nombramiento de la cátedra latina [de retórica] a Quinti-

los autores de la antigüedad que hemos nombrado hay una tesis común en lo que respecta a la manera en que los abogados ejercitan su práctica abogadil[36], sea ella con más o menos retórica persuasiva, con mayor o menor entrenamiento dialéctico, con mayores o menores subdivisiones para el proceso retórico u oratorio y otro conjunto de variables.

---

liano, que había llegado a Roma desde España y que ocupó el puesto durante más de veinte años, momento en el que pasó a ser tutor de los hijos de Domitila, hermano del emperador Domiciano» (Agudo Ruiz, 1997, p. 43 y 63).

Si bien son diferentes los aspectos que sobresalen en Quintiliano, todos los autores han coincidido en la importancia de la realización pedagógica que de la oratoria realizara, con el ideal humanista incuestionado que reitera a lo largo de toda la obra. En ese orden, no se puede desconocer que son tres ejes centrales los que marcan dicha matriz operativa del proceder del hombre llegado de España. Así, se marca claramente la manera en que se debe enseñar y que se materializa en un desprecio de «la improvisación y el desorden en la enseñanza; no concibe la instrucción sin método, mas no por eso es un metodologista al estilo de esos pedantes que predican la preeminencia del 'saber enseñar' sobre el 'saber' puro y simple. Antes, al contrario, el problema principal de la organización docente es para él, como lo fuera para Platón, la selección de la materia, porque es más difícil atinar en lo que se debe enseñar a los discípulos que el enseñarlo» (Hernández Ruiz, 1963, p. 14).

El otro de los ejes será la disciplina que se presenta en la formación y que ella, si bien es altamente reconfortante desde lo humano y, por ello, sin severidad, también es sin desmedro de la autoridad del maestro. En la síntesis de que el error se supera mediante el ejercicio, materializa el propósito. Finalmente, la idea del maestro es central y en ella se vuelve a marcar la dimensión antropológica de la bondad que se quiere inculcar en la enseñanza de la oratoria y que comenzaba desde muy pequeñas en las personas.

Refiere Quintiliano: «Lo primero de todo [es que] el maestro revistase de la naturaleza de padre, considerando que les sucede en el oficio de los que le han entregado sus hijos. No tenga vicio ninguno, ni lo consienta en sus discípulos. Sea serio, pero no desapacible; afable, sin chocarrería: para lo primero no haga odioso, y lo segundo despreciable. Hable a menudo de la virtud y honestidad, pues cuantos más documentos dé, tanto más ahorrará el castigo. Ni sea iracundo, no haga la vista gorda en lo que pide enmienda: sufrido en el trabajo, constante en la tarea, pero no desmesurado. Responda con agrado a las preguntas de los unos, y a otros pregúnteles por sí mismo. En alabar los aciertos de los discípulos no sea escaso, ni prolijo; lo uno engendra el hastío al trabajo, lo otro confianza para no trabajar. Corrija los defectos sin acrimonia ni palabras afrentosas…» (Quintiliano, 1944, p. 81).

36 En el mundo romano y para el «sistema de las *legis actiones* el demandante no podría ser asistido por tercera persona; pero, en el sistema formulario, estaba autorizado para hacerse representar por un abogado ***(procurator).*** En el proceso mismo podía dejar la defensa de su causa a abogados de profesión (*advocati)* u oradores (*patroni*, *causidici*). Cualquier ciudadano podía ser patronus, pero la ley Cincia (204 a. C.) le obligaba a prestar sus servicios gratuitamente. Esta ley fue eludida y el emperador Claudio fijó en 10.000 sestercios el máximo de honorarios de un abogado. Las partes tenían la costumbre de aconsejarse de jurisconsultos y de dejarse guiar por ellos en el procedimiento [p. 100]. Los jurisconsultos podían hacer oficio de abogados, pero no siempre se prestaban a ello. Algunos se limitaban a evacuar consultas o a redactar contratos y testamentos» (*Vide* Gow, 1946, p. 284).

De lo que tampoco existe duda alguna es que la preocupación que ellos tenían era por la vida pública, política y forense. Esta última es la que concierne a los abogados; no así en cuanto corresponde a la dimensión y realización a cargo de los jueces o del jurado. No tenemos referencia de una fuente bibliográfica que, quizás pueda existir y no ha estado entre nuestros hallazgos, que coloque a los jueces en un lugar relevante dentro de la teoría retórico dialéctica clásica como tal.

Tal como se podrá indicar más abajo, las fuentes son más escasas en lo que respecta al procedimiento griego antes que al romano, sin perjuicio de lo cual, en ambos, el proceder del juez en orden al dictado de la resolución es igualmente desconocido, aunque, sin duda, que en el espacio romano, mucho de ello se puede inferir por las máximas, citas y otras reglas o principios que los grandes juristas fueron sembrando y que los oradores utilizaban a conveniencia en los pleitos; los jueces también aprovecharían para formar su juicio decisorio. El juez romano tiene gran cantidad de elementos que se han trasladado hasta el presente con los ajustes que la modernidad tiene; no así las prácticas procedimentales griegas que han sido, como tal, superadas por el mundo latino.

Antes de avanzar con los antecedentes que hemos podido colectar en cuanto corresponden al jurado griego, queremos brindar un somero pasaje del judex romanus y las exigencias formales que allí existían y que naturalmente permite una comprensión diferente de la práctica retórica de los abogados frente a ellos. Bien se ha dicho lo siguiente:

> La tarea del juez además de ser officium sacrum, también constituía un munus publicum, ya que en su papel de 'sagrado tercero' entre los dos litigantes, representaba al mismo tiempo directamente y con carácter obligatorio, al propio pueblo romano […]. Referente a las condiciones legales de capacidad, sabemos que para ser electo, el aspirante debía ser libre y ciudadano romano, tener no menos de veinticinco años de edad y pertenecer al sexo masculino; tenía que ser una persona completamente capaz en el goce de los penta derechos y poseer perfecta salud, estar libre de toda clase de vicios, intachable, virtuoso, que sobresaliera entre los demás por sus méritos y talento, llamados en Roma la Sabiduría vestida con la Prudencia y completada con el perfecto dominio de la lengua latina. (Koltan Mehesz, 1997, pp. 15-17)

Resulta de mucho valor contemporáneo, que tanto se discute acerca de la idoneidad moral o ética que la ciudadanía aspira que sea evidenciada en la práctica de los jueces, cuando los autores indican que exigencia del juez era la de recordar

diariamente que no había cuestión más grata o más grande que la de servir con acierto al bien común por medio del derecho a la justicia crisípica[37].

Como bien conocemos, recién sobre el siglo XVIII habrán de aparecer los primeros documentos que postulan acerca de lo que conocemos hoy como la necesidad de la fundamentación de la sentencia, y lo será a partir de 1790 mediante la legislación revolucionaria en Francia, que pone fin a los sistemas judiciales del ancien régime[38]. Con ello, se hace una transformación copernicana en la tradición vigente; toda vez que con tal exigencia, el dictum judicial dejará de ser un solo acto de voluntad materializado mediante un resolver en nombre del rey, a tener que dar las razones correspondientes de ello, aun siendo el rey quien lo dice.

Quizás corresponda señalar, en este orden del problema, que la retórica clásica, por la nombrada falta de preocupación por la labor de los jueces, debió potenciar el énfasis como lo hizo en la tarea de los abogados, puesto que habrá de ser dicha labor profesional la que, a modo de una débil causalidad, produzca un mayor o menor impacto en el dictum[39]. No habiendo exigencia de justificación de la sentencia por los jueces, la operatividad de la gestión retórica cobra un relieve central.

Estas conclusiones pueden ser colegidas a la luz de las reglas de la labor heurística que un trabajo investigativo, como el presente, con una cierta carencia de fuentes impone; por ello, las pocas existentes cobran mucha relevancia. Así, vale recordar las consideraciones que Sócrates en el 399 a. C. habrá de espetarle a quienes lo habían condenado, a saber:

---

37 Acompaña a esta descripción aquella otra, efectuada por Crisipo, quien al hacer su retrato de la justicia según los antiguos dice: «Dícese que es virgen, símbolo de la pureza, dícese que nunca cede a los malvados; que no escucha ni dulces palabras ni ruegos, ni súplicas, ni adulaciones, ni nada semejante. Por consecuencia de esto, la pintan triste, con la frente tendida y contrariada y mirando de soslayo. Con objeto de inspirar a los malvados terror y confianza a los buenos, a éstos muestra semblante, amigo y a aquel contrario semblante» (Gelio, 1959, p. 174).

38 La ley francesa de 1790 se ha tomado convencionalmente como el origen moderno de la obligación de motivar las sentencias. De cualquier modo, en Italia ya había aparecido una obligación de este tipo en diversas fuentes estatutarias. «[P]articularmente en Florencia, y había sido prevista en Nápoles en 1774, por el famoso *dispaccio* de Tanucci, que sin embargo, no llegó a ser aplicado» (Taruffo, 2009, p. 515).

39 Ello de alguna manera puede ser confirmado, cuando en el *Diálogo sobre los Oradores*, Tácito, así parece afirmarlo, indicando: «En nuestros tiempos, el juez se adelanta al que está hablando y, si no queda convencido y seducido por el desarrollo de los argumentos, o por el colorido de las sentencias, o por el brillo y cuidado de las descripciones, le vuelve la espalda» (L.20, 2-3). Y agrega: «En consecuencia, la actual generación de oradores se ha procurado más belleza y adorno por complacer a los oídos de tales gentes. Y no resultan menos eficaces nuestros discursos por llegar a los oídos de los jueces causándoles placer» (L.20, 6.7), (Tácito, 2001, pp. 146-147).

> Quizás, señores, piensen ustedes que he sido condenado por carencia de discursos como los que los habrían persuadido a ustedes, si yo hubiese juzgado que debía hacer y decir todo lo que me permitiera eludir la sentencia. Lejos de eso. Si se me ha condenado no ha sido ciertamente por carencia de discursos, sino de temeridad, desvergüenza y de disposición a decirles cosas como las que a Ustedes les agradaría escuchar de mí, al tiempo que llorara, me lamentara e hiciese y dijese muchas cosas indignas de mí, según preciso yo: cosas tales como las que ustedes están acostumbrados a escuchar de los demás[40]. (Platón, 1971, p. 168)
>
> (énfasis agregado).

De tal modo es que se puede colegir que un resultado adverso a una cierta pretensión abogadil es posible atribuirla a una deficiente formulación retórica por parte del abogado que a ella la ha sostenido o, acaso, a un ejercicio retórico superior por quien tenía la condición de ser contraparte.

Hay un registro no griego, sino latino, en este orden, que es una de las pocas orientaciones que, respecto a la lógica del proceso del dictum, hemos encontrado y que se encierra en la tesis que comenta Aulo Gelio, a propósito de que los jueces, luego de escuchar las deliberaciones que los abogados han realizado, hacen las comparaciones respectivas y llegan a una conclusión, según la cual, uno resulta mejor y el otro peor; al respecto, se menciona:

> [E]l núcleo de su sentencia, que debe preparar sin dilación o demora alguna con la estricta observación del Decálogo del juez romano, pues antes de pronunciar su fallo o depositar su voto en la urna —dice Cicerón— el juez sin capricho alguno, se dejará aconsejar por la ley; escuchará la voz de su religión, la de la buena fe, de la justicia y la equidad […] y cumpliendo con

---

40 En la última línea del texto transcripto de la *Apología*, se evidencia la naturaleza fuertemente retórica que en tiempos de descomposición política existía en los procesos judiciales y ello lo anota magistralmente Conrado Eggers Lan al indicar: «Esta costumbre es también criticada por Lisias, en su defensa de Polístrato: Vemos señores jueces, que cuando alguien trae consigo a sus niños con sollozos y lamentaciones, ustedes se compadecen de la privación que padecerían los niños por él, y dejan pasar las faltas de sus padres por causa de los niños, que aún no saben ustedes si al crecer serán buenos o malos […] Así, mientras otros ganan con sus hijos la absolución de ustedes, nosotros queremos ganarla con el padre' (XV, 34,35). […] Andócides, luego de su erudita y jurídicamente fundamentada argumentación, en De Misteriis, termina por lamentarse de no poder traer consigo, para pedir por él, a su padre, que ha muerto, o a los hermanos que no tiene, o a los hijos que no han nacido; por lo cual solicita a los jueces que se pongan en el lugar de su padre, sus hermanos y sus hijos (148-149)» (Platón, 1971, p. 157).

> lo dictaminado por su único censor, la conciencia, podría pronunciar ya sin temor de pecar, lo que su mente y corazón sentían, llamado por eso sentencia[41]. (Koltan Mehesz, 1997, pp. 34-35)

Naturalmente, ambas cuestiones son solo suposiciones que se pueden realizar a la luz del sentido común y contexto de la retórica clásica, atento a la incompletitud de fuentes bibliográficas y doxográficas en dicha cuestión.

De cualquier manera, no se puede desconocer que tal vez el mejor relato que tenemos de un juicio para la Grecia clásica, y en el cual la actividad de los rétores y jueces se pueda percibir con verosimilitud, está en el proceso seguido a Sócrates y del cual tenemos diversas fuentes que nos permiten conocer de dicha situación[42].

Por dicho material consignado, caben las siguientes precisiones: i) que fue un proceso especial por estar vinculado a una acusación que implicaba una cuestión religiosa[43]; ii) por dicha razón, estaba presidido por el arconte rey[44]; iii) lo cumplieron al mismo quinientos un jueces elegidos por sorteo entre los ciudadanos mayores de 30 años[45]; iv) los jueces no cumplen deliberación de ningún

41 La palabra sentencia tiene su raíz en el verbo sentido, que significa percibir por los sentidos, opinar, juzgar, pensar, pero siempre según el 'consentimiento', concepto genérico que incluye en sí el fruto de deliberaciones hechas con la mente y el corazón (Koltan Mehesz, 1997, p. 41).

42 *Vide* Platón (1971); Jenofonte (1964); Kraus (1966, pp. 372 y ss); Meunier (s/f, pp. 130 y ss).

43 Si bien, formalmente, ello es así, no se puede desconocer que existían también razones más profundas y de clara materialización política, tal como con toda autoridad Alfred Taylor (1975) lo indica, haciendo referencia a las antiguas relaciones de Sócrates con los traidores Alcibides y Critias, y que, luego de restaurada la democracia, promoverán ser mirado con enfado. Sin embargo, también aparecen elementos que hacen pensar a dicho autor que tampoco se quería la muerte de Sócrates, sino al fin retirarlo de la ciudad mediante el destierro; sin embargo, la postura de Sócrates no ayudó a ese resultado si acaso era real.

44 Antes a Solón, el procedimiento judicial ateniense comenzaba en alguno de los nueve arcontes, quienes eran los jueces supremos del Estado y recibían las demandas, así como también juzgaban. Luego se instituyó la apelación en contra de la resolución del arconte, ante una corte de jueces. Luego fue desapareciendo la función de juzgamiento del arconte y reposó ella sobre los jurados populares (*dikasteería*). De esa forma, la función de los arcontes, que se dividían según materias (familia, religión, negocios y militares), pasaron a ser como superintendentes de la corte, recibiendo las demandas, viendo los requisitos formales, y citaban a juicio y presidían la sesión, pero no tenían intervención alguna en la sentencia. También tenían la responsabilidad de llevar adelante una investigación preliminar (*anákrisis*), para la cual las partes juran decir verdad; el arconte también debe reunir la prueba y la que no es presentada en tal ocasión deja precluida la posibilidad de hacerlo ulteriormente (Cfr. Petrie, 1946, pp. 99-100).

45 La inmensa mayoría de juicios civiles y penales correspondían ser cumplidos ante los *dicastas* o *heliástas*, que era un cuerpo de unos 6 000 ciudadanos de treinta años cumplidos y

tipo[46] y en función de lo cual actúan y deciden solo según el juramento y su conciencia[47]; v) el juramento —en su texto acotado— impone «votar de acuerdo

---

de buena fama; quienes recibían, según lo que fuera aprobado por Pericles, la cantidad de tres óbolos diarios. Dicho cuerpo se dividía en diez secciones, puesto que representaban las diez tribus. Los jurados eran convocados por los *Tesmotetas* mediante un complicado procedimiento que evitaba dejarlos en una posición de fácil soborno o intimidación (Cfr. Petrie, A. 1946 p. 100).

«Los jurados eran designados a la suerte […], que indicaban también el lugar donde debían reunirse. La letra de sección de los jurados afectos a cada tribunal, y una varita llamada insignia de los jurados, figuraban a la puerta del tribunal. Variaba mucho el número de jurados. Se sabe de algunos que tuvieron 201, 401, 501, 1001, 1501, 2001 y 2501 miembros» (*Vide* Gow, 1946, p. 142).

46 El arconte que ha conducido la *anákrisis* conviene con los *Tesmotetas* el inicio del juicio, con ambas partes presentes, se lee la demanda y la respuesta, luego las partes hacen sus alegatos ante la corte, empezando el demandante; luego de ello, se invita a que hable algún amigo que ellos hayan sugerido. «Acabados los discursos, los jurados proceden al voto, para lo cual cada uno está provisto de dos discos de bronce, uno de ellos con un cilindro en hueco, para condenar, y otro con un cilindro en relieve, para absolver. Dos urnas sirven para depositar los discos: en una de ellas, el disco del voto; en la otra, el disco que no se usa. Acabada la votación, el contenido del kúrios se vuelca y se cuenta, y se declara el veredicto que haya resultado. Si hay empate, el acusado es absuelto […]. En general, no hay lugar a la apelación de una 'dicasteria'; pero un demandado que ha sido juzgado en rebeldía puede pedir que el caso sea considerado de nuevo; y también puede anularse una sentencia cuando los testigos quedan convictos de perjurio» (Petrie, 1946, p. 103).

Corresponde señalar que, a pesar de todos los recaudos que se tomaban dentro de las costumbres griegas, para prevenir el delito de perjurio, se había consolidado una cierta opinión de que el testigo estaba a favor de quien mejor pagara, por lo que se decía '*greca fides, nulla fides'*. La práctica era que «los testigos, antes de su declaración, juraban sobre los altares, en presencia de los jueces, y sus testimonios escritos se depositaban en las manos de los magistrados, para extraerlos después del archivo, cuando se discutía la causa. De aquí que, para los oradores, las declaraciones de los testigos eran conocidas de un modo indudable e irrebatible antes de escribir las oraciones para el cliente; por esto después de la necesaria pausa para la lectura de las mismas —pausa que traducía en detrimento de la continuidad del discurso— a los dichos de los testigos seguía un comentario ya preparado y meditado» (Materi, 2016, p. 23).

Cabe agregar, en este orden, a modo comparativo, que para el proceso romano, y tal como el mismo Cicerón lo pondrá de manifiesto en su escrito político *Sobre la República*, si bien los testigos parecen ser más honestos y fieles a la verdad, el crédito que a los mismos el sistema procesal acordaba no resultaba ser tampoco el más elevado. Así resulta en el mencionado diálogo, cuando uno de los interlocutores le dice a otro lo siguiente: «Lelio. -Te veo, Escipión, bien pertrechado de testimonios, pero para mí, como para un buen juez, valen más las razones que los testigos» (pp. 38, 59). En nota al pie, se indica: «El juez romano, en la época de Cicerón no estaba vinculado por las pruebas judiciales, que tampoco podría procurarse él contra la voluntad de los litigantes. La argumentación de los abogados podía influir en el juez mucho más que la evidencia testimonial» (Cicerón, 2016, p. 56).

47 Demóstenes, en su oración en contra de Timarco, dice que reza de la siguiente manera: «Sentenciaré según las leyes y decretos del pueblo […], ni retendré a los desterrados ni a los

a las leyes allí donde existan leyes, y donde no existan, votar lo más justamente que podamos»[48].

condenados a muerte, ni a los que aquí queden los echaré contra la leyes y decretos del Pueblo y del Senado; ni yo, ni otro ninguno con mi permiso. Ni permitiré […] que dos veces tenga uno un mismo empleo ni tampoco dos empleos en un año. Ni recibiré prebendas y sobornos por juzgar, ni yo mismo, ninguno de los míos u otros. Sabiéndolo yo, con ningún artificio, fraude, ni pretexto. Juro que no tengo menos de treinta años. Juro que oiré a las partes igualmente a entre ambos y sentenciaré sobre lo que es el pleito. Juro a Júpiter, Neptuno y Ceres, y venga la desolación sobre mi casa, si a algo de esto falto. Mas, si cumplo, sucédame todo próspera y felizmente» (Koltan Mehesz, 1997, p. 106).

48 «La sesión se iniciaba con una purificación y una plegaria entronada por el heraldo. Para preservar la independencia del jurado los debates no se interrumpían y el juicio debía concluir en el mismo día […]». El juramento realizado importaba el compromiso de 'votar de acuerdo a las leyes allí donde existan leyes, y donde no existan, votar lo más justamente que podamos'. Tal juramento implica la admisión de que los jurados tenían un sentido innato de la justicia que formaba parte del acervo político comunitario, base de la democracia ateniense» (Luri Medrano, 1998, p. 20).

Agregamos, para fortalecer la tesis, el comentario que a dicho contexto nos propone Carlos García Gual, que señala: «Como responsable del orden social, Zeus velaba sobre los reyes, y también sobre la justicia de las sentencias. Era el protector de los juramentos, y amparaba a los huéspedes y suplicantes. Los epítetos con los que era invocado dan una idea de esas funciones de Zeus: 'protector del cercado familiar, de la propiedad, del hogar' (Herkeios, Ktésios, Ephéstios), 'Garante de los juramentos (Horkios)…» (1993, p. 120).

Sin duda alguna, el valor que los romanos, por el contrario, brindaban al juramento era muy diferente y, por ello, se verá el juicio severo que contra los griegos en esa práctica tenía. «Dice Cicerón que el que quebranta un juramento, ofende a la fe y merece la pena que los dioses inmortales han reservado al que miente y al perjuro, pues los dioses se muestran airados y coléricos con los hombres, no tanto por la falta a la palabra sino porque estos hacen víctimas a otros de los lazos que les tienden con su perfidia y maldad» (Koltan Mehesz, 1997, p. 120).

De cualquier modo, corresponde señalar, con la autoridad en la materia de Jacobo Burckhardt, que, si bien es cierto que quizás ningún otro pueblo nos pueda ofrecer una arqueología tan nutrida respecto a esta materia [los juramentos], y ello se refleja en la existencia del propio dios 'Juramento' con su mito propio, existe, sin embargo, un comentario inquietante que el nombrado historiador recoge y que coloca sombra sobre dicha cuestión. Señala que «[c]uando los romanos se ocupan de la falsía de los griegos en los últimos tiempos de la república, hay, sin duda, bastante fariseísmo, pero no por eso deja de ser verdad lo que, por ejemplo nos dice Cicerón en un discurso forense: 'Reconozco a la raza de los griegos todo su mundo literario, su arte tan diverso, la gracia y riqueza de sus discursos, y no les niego cualquier otra cosa que ellos pretendan arrogarse, pero nunca cultivó esta nación la sinceridad y veracidad en los testimonios de los testigos, ni conocen todo el peso de estas cosas […]. Cuando un testigo griego se presenta con intención de hacer daño, no piensa en las palabras a jurar, sino en dañar […]. Para tales sujetos el juramento es una broma, el testimonio un juego; nuestra consideración por éstos no la comprenden muy bien; la alabanza, la recompensa, el favor y las albricias consecutivas, todo se basa en procaces mentiras» (Burckhardt, 1936, p. 327). Sobre la referencia al discurso de Cicerón, el autor indica 'Pro Flacco, esp. IV (9, 10), V (11, 12)).

Corresponde, para la mayor comprensión, una ordenación política del tiempo en que acontece el juicio, esto es, el año 399 a. C. Para esa época, Atenas había perdido el brillo del Siglo de Oro de Pericles[49], que nos ha dejado marcado el modelo ideal de la vida democrática y política.

Esa vida política que había sido gestada a partir de las grandes reformas que se habían producido en tiempos anteriores, especialmente con Solón, cuando fuera sobre el 594 nombrado arconte con poderes extraordinarios para reformar el Estado[50]. De cualquier modo, muy inferior frente a la que promoverá Clístenes[51] entre el 510-505 a. C. y luego Efialtes en el 462 a. C. Serán sobre esas últimas transformaciones políticas e institucionales con las que habrá de gobernar Pericles[52], especialmente

49 Cabe recordar que, entre los funcionarios que recibían los mayores poderes por vía de elecciones anuales en la Asamblea Popular, los de mayor significación eran los diez Estrategas. Desde el año 444, y durante quince años consecutivos, fue elegido Pericles. Los Estrategas «encabezaban y mandaban la flota y el ejército, entendían en todos los asuntos de la política exterior del Estado ateniense y lo representaban durante las negociaciones diplomáticas, se ocupaban de los asuntos financieros, etc.» (Struve, 1964, p. 276).

Sobre el tiempo y la figura de Pericles, puede ser consultado Cloché (1957) y Bowra (1974).

50 Cabe recordar que, entre otras cosas, Solón encabezó la reconquista de la isla de Salamina que había sido cedida a los megarenses. La reforma de Solón fue la de haber salvado «a la clase semiservil de los campesinos de la servidumbre absoluta, fue la liberación sin restricciones de las tierras y las personas. Para liberar la tierra se arrancaron todos los mojones que marcaban en los campos la propiedad usurpada […]. Para liberar a las personas se devolvió a los deudores insolventes la libertad al mismo tiempo que la tierra, y su deuda fue cancelada» (Bonnard, 1970, p. 127).

51 «Clístenes tenía un doble objetivo: por un lado, quebrantar definitivamente la importancia de las gens y con ese fin mezclar a toda la población. Y por el otro, elevar el papel y significado de la población urbana del Ática en la vida política. Para conseguir el primer objetivo, Clístenes sustituyó la división anterior en cuatro fileas subdivididas en fratrías y gens, por diez nuevas fileas, territoriales y no gentilicias, que tuvieron por epónimos a héroes míticos del Ática […] La segunda tarea reformadora, fue elevar el peso político de la población urbana […] Clístenes elevó al mismo tiempo, gracias a su distribución de las tritias, el peso específico de la misma en la vida política […]. De este modo se acrecentó considerablemente el peso específico de las instituciones democráticas, lo que debía servir de garantía tanto contra la reacción de la aristocracia gentilicia, como contra la tiranía de la reacción de la aristocracia gentilicia, como contra la tiranía. Para limitar el peligro de una nueva tiranía. Clístenes instituyó una medida especial: el ostracismo, destierro, decidido por votación popular, de las personas sospechosas» (Struve, 1964, pp. 188-190).

52 Fue Pericles también un eximio orador, según se informa con amistad con Protágoras, de quien habría aprendido retórica y quizás sea dicho carácter de rétor lo que pudo asegurar la maravillosa pieza de oratoria que Tucídides dejara retratada en el llamado *Discurso Fúnebre de Pericles*. Dice, en la introducción a dicha obra, Patricia Varona Codeso que «[p]or su temática y su función, el discurso fúnebre pertenece al género denominado 'epidíctico' (o demostrativo), al que se adscribían los discursos concebidos no para ser pronunciados ante

entre el 442-429 a. C. Muerto Pericles por la gran pandemia de Atenas[53], la guerra del Peloponeso se amplifica y se extiende hasta el 401 a. C. para clausurarse con la batalla de Queronea en el 338 a. C., donde Atenas cae en poder de Filipo de Macedonia. Con ello se instalará la tiranía y vendrán tiempos de desintegración política —sin perjuicio de los esfuerzos del arcontado de Euclides del 403 a. C.— que luego facilitarán la desaparición de Grecia en manos de Alejandro Magno.

De tal modo, el juicio a Sócrates se produce en tiempos de turbulencia política y cuando ya se advertían indicios de descomposición en los espacios públicos. Diríamos, en lenguaje moderno, una sombra de corrupción atravesaba las instituciones democráticas y judiciales que se habían reformado y que, por obra de Aristóteles, podemos utilizar para darle marco escenográfico al proceso.

Aristóteles nacerá en el 384 a. C., unos 15 años después del juicio a Sócrates, y los últimos años del filósofo están dedicados al estudio comparado de las instituciones políticas de las ciudades de Grecia en una obra, perdida en buena parte, aunque se ha podido recoger parcialmente en lo que conocemos como La Constitución de los Atenienses (circa 325 a. C.), quizás la última producida por el Estagirita[54], y por la que podemos reconocer el funcionamiento institucional de las magistraturas en Atenas y, en particular, lo que concierne al proceso a Sócrates.

En el proceso griego, si el jurado condenaba inicialmente a una pena no capital, debía volver la palabra al ajusticiado para que sea él quien propusiera su sanción, la que después sería aprobada —o no— por el jurado. En el caso, la votación por la condena fue por 61 votos[55], mientras que la segunda vuelta, por

---

una asamblea (deliberativos) o ante un tribunal (forenses o judiciales), sino para desarrollar un tema cualquiera de alabanza o vituperio». El discurso tiene una fecha aún imprecisa, algunos sostienen que fue en el 431 a. C. cuando sucedieron los hechos a los que se refiere; otros lo ubican luego de la derrota de Atenas en el 404 a. C. Acerca de lo que no hay duda es que la pieza tiene un solo tema y no es otro que el elogio de Atenas (Varona Codeso, 2007, p. 13).

53 Sucedida en el 430 a. C., Tucídides (1976), en la *Historia del Peloponeso*, brinda relatos espeluznantes. Así, «[l]o peor de todo, en esa enfermedad, era el desaliento que se apoderaba del paciente tan pronto se daba cuenta de que había contraído el mal: inmediatamente entregaba su espíritu a la desesperación y abandonaba más fácilmente sin intentar ni siquiera resistir» (p. 74). Las últimas investigaciones del año 2006 destacan que se trató de una epidemia de fiebre tifoidea. *Vide* Andruet (2020, p. 36).

54 *Vide* Aristóteles (1995).

55 «La teoría griega, o ateniense al menos, da por sentado que todo ciudadano normal es capaz de pleitear sus propias causas ante los tribunales, lo que condujo a la costumbre de conseguir algún experto que escribiese los discursos del caso, discursos que el interesado se aprendía y después recitaba de memoria. Estos profesionales en preparar discursos ajenos

el castigo capital arrojó 221 votos[56]. La razón fue que Sócrates propuso ser halagado por la polis y no condenado, en razón de todo lo que él había hecho por ella (Rosatti, 2022, pp. 78-79)[57].

---

para los pleitos, se llamaron como antes se habían llamado a los historiadores-cronistas de la primera época, es decir, logógrafos» (Petrie, 1946, p. 181).

Naturalmente, hay que señalar que los propios logógrafos, que tenían la gran capacidad de escribir las defensas/acusaciones con gran estilo y sapiencia, siempre en la lectura/memoria de quien no era tampoco orador, sin duda aparecían inferiores a la fama que se atribuye a quien lo había construido. Se relata un hecho de este tipo sucedido por uno de los mayores oradores forenses de Grecia, como fue Lisias, a quien un cliente le había solicitado «un discurso escrito para que lo leyese en su defensa [y quien] volvió a decirle que la oración [discurso] a primera lectura le había parecido maravillosa, pero a la segunda y tercera le había parecido lánguida e ineficaz. Lisias respondió serenamente: ¿Pero tú no sabes que tan solo una vez debe ser recitada a los jueces?» (Materi, 2016, p. 51).

Ello incluso sucedió también en la propia Roma, en el caso de destierro de Annio Milón, para cuyo caso redactó el texto Cicerón, pero no ejercitó la palabra el nombrado, sino el acusado, quien señala con tristeza que después dirá que si hubiera sido Cicerón quien hablara —no él—, hoy no estaría fuera de la patria.

56 En este resultado, las fuentes tienen mucha discrepancia, pues según destaca Alejandro Vignati, con cita de Diógenes Laercio (II, 46), el resultado fue de 360 en contra y solo 140 a favor de no aplicar la pena capital a Sócrates (Vignati, 1975, p. 38).

57 En contra, Festugiere (1943, p. 138).

Cabe recordar cuál era la concepción que para el hombre griego existía de la polis, así señala Santiago Monserrat que «[l]a ciudad, dice Aristóteles, nace de la necesidad de vivir y solo existe para ser dichosa. El estado se torna pues, una organización indispensable al servicio de aquellos fines que persiguen, en primer término, el perfeccionamiento moral de la persona y la sociedad […]. Para sacar al Estado ateniense de la tremenda crisis en que se debatía, Sócrates considera que no le queda al hombre otro camino que el de 'vivir y morir en la práctica de la justicia y de las demás virtudes'. Vale más sufrir la injusticia que cometerla. Hay que respetar la ley aunque sea injusta porque la expresión concreta de la totalidad de la vida civil y política de la polis…» (Monserrat, 1957, pp. 18-20). Uno de los mejores estudios vinculados con la polis griega puede ser consultado en la clásica obra de Glotz (1957).

No es menor el párrafo que, en *Diálogos del Orador*, coloca Cicerón en boca de Antonio indicando que «[i]mitó este hombre romano y consular a aquel antiguo Sócrates que, con haber sido el más sabio y virtuoso de todos, se defendió en el juicio capital de tal manera que no parecía reo ni suplicante, sino maestro o señor de sus jueces. Y habiéndole presentado el elocuentísimo Lisias una oración escrita para que, si quería, la aprendiese de memoria y la dijese en el juicio, leyóla con gusto y dijo que estaba bien, pero añadió: 'Así como si me trajeras zapatos de Sidón, no los usaría por más que fuesen bien hechos y acomodados al pie, porque no son varoniles; así tu discurso me parece elegante y oratorio, pero no fuerte ni viril'. Fue, pues, condenado no sólo por la primera sentencia en que declaran los jueces si han de condenar o absolver, sino por la segunda, que debían pronunciar con arreglo a las leyes […] Preguntado Sócrates, respondió que él merecía ser colmado de honores y premios y alimentado cotidianamente en el Pritaneo a expensas del público, lo cual se tiene por grande honor entre los griegos. Con cuya respuesta se enojaron tanto los jueces, que condenaron a muerte

Sócrates ha sido fiel a su modo de vivir, dice haberse preparado toda la vida para dicho momento; negó utilizar los mecanismos generativos de piedad por indignos y humillantes, también rechazó la huida que su amigo Critón sugiere. Finalmente, espeta al jurado que lo condena que se habrán de arrepentir de haber condenado a un hombre sabio. A ello, diversas fuentes indican que en el 330 a. C. —70 años después— se le pide al gran artista Lisipo una cabeza en bronce del filósofo para que luzca en el Pompeion.

Otras opiniones señalarán que ello sucedió en modo casi inmediato, así se indica: «Apenas había bebido la cicuta, cuando los atenienses —según dice Diógenes Laercio, pero algunos lo niegan— se arrepentían cerraban las palestras y los gimnasios, en señal de duelo, desterraban a los acusadores e incluso condenaban a muerte a Méleto» (Belabal, 1982, p. 48).

Las últimas palabras de Sócrates en el juicio son memorables, las cuales son las siguientes:

> Porque si Uds. creen que condenando a muerte a los hombres impedirán que algunos les reproche que no viven correctamente, no reflexionan bien. En efecto, ése no es un [modo] de desembarazarse, ni eficaz en absoluto, ni honorable; el único [modo] realmente honorable y fácil, no es el de impedir a los demás, sino el de preparase a sí mismo de modo de llegar a ser el mejor. (Platón, 1971, pp. 169-170)

De todos modos, y tratando de ser nosotros completamente fieles a la historia, Sócrates morirá casi un mes después, puesto que la sentencia no se podía ejecutar dentro de las 24 horas siguientes como era de costumbre, dado que había una serie de festejos que recordaban la gestión de Teseo en favor de Atenas. Mientras ello sucedía, no se podían cumplir ejecuciones de la pena capital. Durante ese tiempo encarcelado, recibió la visita de sus amigos, entre ellos Platón, quien reconstruyó dichas semanas en el extraordinario diálogo de Fedón, y que quizás sea la obra más emotiva que dicho autor hace de Sócrates, en diálogo con Critón[58].

---

a un hombre inocentísimo […]. Yo no disputaré si su doctrina es mejor o más verdadera; sólo digo que una cosa es la filosofía y otra cosa la elocuencia, y que la una puede ser grande sin la otra» (Cicerón, 1943, pp. 76-77).

58 Los últimos tres párrafos del diálogo de Sócrates con Critón, relatados por Fedón, son siempre dignos de ser leídos. Ya Sócrates había bebido la cicuta y estaba rodeado de sus amigos, que lloraban el suceso y que fueron reprendidos por ello. Así dice Fedón: «Entonces Sócrates se puso a dar vueltas hasta que —según dijo— las piernas se le pusieron pesadas, y se acostó de espaldas, tal como le ordenara el hombre. Éste, después de esperar un rato, lo palpó, exa-

Con todo esto dicho, y a la vista, los protoprecursores en el mejor de los casos —al igual que los precursores— no serían causa eficiente de toda la teoría estándar, sino solo de una parte de ella y que se relaciona con la gestión de los abogados; de la cual recién ahora se comienza a ocupar dicha teoría estándar, puesto que ha sido casi excluyentemente la fundamentación de la sentencia el costado más transitado por la citada teoría.

En nuestra opinión, entonces, el registro central es que los precursores, en realidad, no son punto de inicio, sino de llegada de un modelo equivocado desde la teoría estándar mediante el cual, a grandes rasgos, se aspiraba evitar el desarrollo matematizado y formalista al cual parecían orientarse las prácticas judiciales de mediados del siglo pasado.

Así es como la teoría estándar colocó el foco solo en la función judicial, para quienes requería un campo de acción que no quedara constreñido al modelo lógico al que la teoría formalista parecía conducir, pretendiendo con ello que girara a un modelo poroso y, no por ello, alógico. Luego, será el desarrollo de la teoría estándar quien brindará la clave de bóveda al problema, sumando a la dimensión lógico-deductiva, lo que se nombrará canónicamente como la dimensión de la racionalidad práctica de la argumentación jurídica tal como la conocemos al tiempo presente.

Por ello, las diversas modalidades de la argumentación jurídica que coexisten bajo el manto de la teoría estándar, sin duda, han tenido sus precursores. También los protoprecursores, puesto que, si bien los jueces son quienes justifican las resoluciones que toman, el aporte que los rétores —abogados o filósofos[59]— hacen

---

minando sus piernas y pies. Después apretándole fuertemente el pie, le preguntó si lo sentía, a lo que Sócrates contestó que no. A continuación, volvió a palparle los muslos y así siguió hacia arriba, y nos mostró cómo se iba poniendo frío y rígido [haciéndonos tocarlo]. Luego volvió a tocarlo él, y dijo que, cuando [el frío y la rigidez] llegara al corazón, Sócrates se iría. Ya se había enfriado prácticamente la región del bajo vientre, cuando se descubrió la cabeza —pues se la habían cubierto— y pronunció las que fueron sus últimas palabras: 'Critón, le debemos un gallo a Asclepio; págaselo no te olvides'.

—Así se hará, respondió Critón. Quieres algo más.

—Esta pregunta quedó sin respuesta; un instante después Sócrates se estremeció y el hombre lo descubrió. Tenía los ojos fijos; al verlo, Critón le cerró la boca y los ojos» (Platón, 1983, pp. 226, 118a).

59 Es complejo y de riesgo la distinción que estamos postulando entre abogados y filósofos, pero lo cierto es que los griegos cultivaron fundamentalmente la filosofía antes que la ciencia jurídica y que los romanos, al menos en los perfiles más cuidados al modelo ciceroniano aspiraban ambos registros. Bien se ha indicado: «[L]os romanos buscaron simultáneamente la

a dicho resultado es incuestionable y, por lo tanto, no es posible prescindir de la tradición retórica que en ellos desde sus orígenes ha existido. Corresponde señalar, en verdadero respeto a dicha tradición, lo siguiente:

> Fueron los romanos quienes fijaron el objeto de nuestra ciencia [del derecho], su método, su finalidad. Puede cambiar hasta el infinito el contenido del derecho, pero su ciencia no es otra que la indicada por los romanos o sea 'iurisprudentia': no es la 'sofia' de los griegos, es decir, el conocimiento en sí; no tiene fin especulativo, sino práctico […]. El jurista no es un hombre de ciencia en el sentido moderno, sino un técnico o, si se prefiere, un artista […]. La ciencia del derecho no es, pues, otra cosa, que sistema o arte de la justicia. (Biondi, 1953, pp. 125-126)

IV. UNA CONCLUSIÓN PROVISORIA

En el iter cumplido de la práctica forense-judicial, desde la antigüedad clásica hasta nuestros días, en orden al tema que nos convoca, se han diferenciado tres colectivos que han dado materialidad a dicha actividad práctico profesional, sea forense o judicial. Así, los protoprecursores, los precursores y los realizadores de la teoría estándar.

Los protoprecursores pusieron su acento en la práctica forense y el razonamiento pragmático (retórico y dialéctico) de los abogados, con prescindencia de la actividad de los jueces. Los precursores colocarán su mirada en el razonamiento

---

enseñanza de filósofos y rétores, con el fin esencial de perfeccionarse en el arte de la oratoria. Los romanos querían ser hombres de Estado, políticos prácticos […] Así es que cuando el estudio de la filosofía entró en contacto íntimo con el de la oratoria, pronto vieron los estudiantes romanos en la elocuencia, no un producto secundario de la filosofía —como pensaban los filósofos—, sino, al revés, consideraron la filosofía como un medio para proporcionar al orador materiales y pensamientos» (Schwartz, 1942, p. 116).

Quizás sea un tanto exagerado el comentario que hace Gastón Boissier acerca de la enseñanza que los retóricos brindaban a sus alumnos —y, por lo cual, Quintiliano mostraba tanta distancia—, quien señala que «[l]e enseñaban que hay diferentes géneros de causas: las honradas y las que no lo son, sin cuidarse de añadir que debían evitar estas últimas. Al contrario, le despertaban el gusto de encargarse de ellas con frecuencia, exagerando el mérito de tales triunfos. Después de haberle enseñado cómo se defiende y se salva a un delincuente, no se tenía reparo en enseñarle también los medios de difamar a un hombre honrado. Esta era la educación que recibió el discípulo de los retóricos, y una vez salido de sus manos, no le faltaban ocasiones para aplicar sus preceptos […]. La verdad no le preocupaba, como tampoco la justicia. Era un precepto de las escuelas inventar, aun en las causas criminales, detalles chocarreros e imaginarios que regocijaban al auditorio» (Boissier, 1900, p. 46).

judicial, encontrando notas conceptuales utilizadas por los protoprecursores, pero situándolas, en lo posible, sobre la labor de los jueces, esto es lo sentencial.

Finalmente, la teoría estándar admitirá la argumentación pragmática, esto es, retórica y dialéctica como una de sus formas posibles, sin perjuicio de que la delimitará en su uso por los jueces, solo al campo de la dialéctica. Advierte también la teoría estándar, la carencia de no haber prestado la debida atención a la argumentación de los abogados, como lo que concierne a la de los hechos en la sentencia, lo cual explica el desarrollo que contemporáneamente ha tenido lo relacionado con la prueba de los hechos, inicialmente sostenido por Michele Taruffo desde tiempo atrás, y más próximo, los trabajos de Jordi Ferrer Beltrán en la Universidad de Girona sobre razonamiento probatorio que, de alguna manera, empiezan a ocuparse de los intersticios que la teoría estándar fue omitiendo de considerar y que se encuentran ahora en vías de recuperación. Así se ha dicho:

> La teoría de la argumentación, que tan espectacular desarrollo ha experimentado en las últimas décadas, ha dedicado una escasa atención al juicio de hecho. Prueba de lo que acaba de decirse es que el ojear las bibliotecas jurídicas se constata que la mayor parte de las preocupaciones de los juristas se ha centrado en los problemas de interpretación de las normas, asumiendo —implícita o explícitamente— que el conocimiento de hechos no plantea especiales problemas o que planteándolos, está irremediablemente abocado a la discrecionalidad extrema cuando no a la pura y simple arbitrariedad judicial. (Gascón Abellán y García Figueroa, 2005, p. 363)

De cualquier modo, no desconocemos que también hay autores que tienen una opinión mucho más severa que la nuestra acerca del juicio que cabe darle a la teoría estándar, cuando se ocupa de la retórica clásica; como es el caso de la profesora Tasia Aránguez Sánchez (2018, p. 146), quien propone por ello una crítica a la teoría estándar y hace finalmente una propuesta de una teoría de la argumentación alternativa, y no como es nuestro caso de una tesis, debidamente integradora de tales ciclos ya dichos. Lo cual también supone que puedan producirse otras transformaciones o nuevos hallazgos útiles.

Por último, y en orden al título del ensayo, cabe decir que al interrogante por la retórica en la sentencia de la antigüedad grecolatina no resulta posible brindar un juicio veritativo, puesto que la labor de los jueces no estaba registrada con ningún énfasis. Mientras que, en la contemporaneidad, se trata de evitar todo componente retórico y se potencia la exigencia de la fundamentación de ella.

Sin perjuicio de eso, no se puede ocultar que un empujón persuasivo, en algunos casos, se puede producir; el cual pocas veces es intencional y en la mayoría de los casos es residual del proceso dialéctico que en la conciencia del juez se presenta al ir y venir del proceso decisorio al proceso justificatorio.

BIBLIOGRAFÍA

Agudo Ruiz, A. (1997). Abogacía y abogados. Un estudio histórico-jurídico. Universidad de La Rioja.

Alberte Gonzales, A. (1998). Recepción de los criterios retóricos ciceronianos en Quintiliano. En Albadejo, T. (Ed.), Quintiliano: Historia y actualidad de la retórica (T. I). Instituto de Estudios Riojanos.

Andruet, A. (2001). Teoría de la argumentación forense. Alveroni.

Andruet, A. (2014). El discurso forense: sus partes. Astrea.

Andruet, A. (2020). Estado de excepción sanitaria – Lateralidades morales, sociales y jurídicas. Astrea.

Aránguez Sánchez, T. (2018). Argumentación jurídica y ética de la virtud. Reus.

Aristóteles. (1971). Retórica. Instituto de Estudios Políticos de Madrid.

Aristóteles. (1995). Constitución de los atenienses. Gredos.

Atienza, M. (1991). Las razones del derecho – Teorías de la argumentación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales.

Atienza, M. (2016). Curso de argumentación jurídica. Trotta.

Atienza, M. (2017). Filosofía del derecho y transformación social. Trotta.

Belabal, I. (1982). Sócrates. En Historia de la Filosofía. Siglo XXI.

Beristáin, H. (1998). Diccionario de retórica y poética. Porrúa.

Biondi, B. (1953). Arte y ciencia del derecho. Ariel.

Boissier, G. (1900). Cicerón y sus amigos – Estudio de la sociedad romana del tiempo del Cesar. La España moderna.

Bonnard, A. (1970). Civilización griega – De la Ilíada al Partenón. Sudamericana.

Bowra, M. (1974). La Atenas de Pericles. Alianza.

Burckhardt, J. (1936). Historia de la cultura griega. (T. II). Revista de Occidente.

Capmany, A. (1942). Filosofía de la elocuencia. El Ateneo.

Castellanos, N. (2023). Neurociencia del cuerpo – Cómo el organismo esculpe el cerebro. Kairós

Cattani, A. y Alcolea, J. (2011). Voz Persuasión/Convicción. En Vega Reñón, L. y Olmos Gómez, P., Compendio de lógica, argumentación y retórica. Trotta.

Celentano, M. (2014). El orador improvisa. A propósito de Quintiliano, Instituto Oratoria 10, 7 (Conferencia Plenaria) (T. I). En Colman, A., Nacucchio, A. y Vitale, M. A., Actas del II Coloquio Nacional de Retórica 'Los códigos persuasivos: historia y presente' y el I Congreso Internacional de Retórica e Interdisciplina. Asociación Argentina de Retórica (AAR).

Cicerón, M. T. (1943). Diálogos del orador. Emece.

Cicerón, M. T. (1965). Defensa del poeta Arquías. Universidad Nacional del Sur.

Cicerón, M. T. (1968). Discursos políticos y forenses. Iberia.

Cicerón, M. T. (2000). De la partición oratoria. UNAM.

Cicerón, M. T. (2016). Obras políticas – Sobre La República y Las Leyes. Gredos.

Cicerón, M. T. (s/f). Retórica a Herenio. Gredos.

Cloché, P. (1957). El siglo de Pericles. Vergara.

Churchland, P. (2020). El cerebro moral – Lo que la neurociencia nos cuenta sobre la moralidad. Paidós.

Ferrater Mora, J. (1984). Diccionario de filosofía (T. II). Madrid.

Festugiere, A. (1943). Sócrates. Editora Inter Americana.

García Amado, J. (1988). Teorías de la tópica jurídica. Civitas.

García Gual, C. (1993). Introducción a la mitología griega. Alianza.

Gascón Abellán, M. (Coord.). (2014). Argumentación jurídica. Tirant lo Blanch.

Gascón Abellán, M. y García Figueroa, A. (2005). La argumentación en el derecho. Palestra.

Gelio, A. (1959). Las noches áticas. E.J.E.A.

Gibbon, E. (2021). Decadencia y caída del imperio romano. Atalanta.

Glotz, G. (1957). La ciudad griega. UTEHA.

Gow, J. (1946). Minerva – Introducción al estudio de los autores clásicos griegos y latinos. Emecé.

Hernández Ruiz, S. (1963). Antología pedagógica de Quintiliano. Fernández Editores.

Jenofonte. (1964). Apología de Sócrates. Bosch.

Kennedy, G. (1963). The Nature of Rhetoric. Princeton University.

Koltan Mehesz, K. (1997). El juez romano – El juramento romano. Asunción del Paraguay: Bibliográfica Jurídica Paraguay.

Kraus, R. (1966). La vida privada y pública de Sócrates. Sudamericana.

López Eire, A. (1996). Esencia y objeto de la retórica. UNAM

López Eire, A. (2014). La retórica clásica y la actualidad de la retórica (T. I). En Colman, A., Nacucchio, A. y Vitale, M. A., Actas del II Coloquio Nacional de Retórica 'Los códigos persuasivos: historia y presente' y el I Congreso Internacional de Retórica e Interdisciplina. Asociación Argentina de Retórica (AAR).

Luri Medrano, G. (1998). El proceso de Sócrates. Trotta.

Materi, P. (2016). La elocuencia forense – Ensayo histórico-psicológico. Olejnik.

Meunier, M. (s/f). La leyenda de Sócrates. Aguilar.

Mommsen, T. (1893). Compendio de derecho público romano. La España moderna.

Mommsen, T. (1960). Historia de Roma – De la fundación a la república (T. I.), De la revolución al imperio (T. II). Aguilar.

Mommsen, T. (s/f). Derecho penal romano. La España moderna.

Monserrat, S. (1957). Formas de vida e ideas políticas en la historia de occidente. Universidad Nacional de Córdoba.

Murphy, J. (1986). La retórica en la edad media – Historia de la teoría de la retórica desde San Agustín hasta el Renacimiento. FCE.

Murphy, J. (1989). Sinopsis histórica de la retórica clásica. Gredos.

Murray, G. (1956). La religión griega. Nova.

Pastor, L. (2016). La retórica antigua. Editorial UOC.

Perelman, C. (1997). La lógica jurídica y la nueva retórica. Civitas.

Petrie, A. (1946). Introducción al estudio de Grecia. FCE.

Platón. (1971). Apología de Sócrates. Eudeba.

Platón. (1983). Fedón. Eudeba.

Quintiliano, F. (1944). Instituciones Oratorias. Joaquín Gil.

Recasens Siches, L. (1964). La lógica de los problemas humanos. En Revista Dianoia-FCE, pp. 3-35.

Recasens Siches, L. (1971). La naturaleza del pensamiento jurídico. Reus.

Ricoeur, P. (2001). La metáfora viva. Trotta.

Ricouer, P. (1999). Lo justo. Caparrós.

Rosatti, H. (2022). Ensayo sobre la justicia – Del oráculo a la razón. Taurus.

Roussin, P. (1999). Retórica. En O. Ducrot y J. M. Schaeffer, Nuevo diccionario enciclopédico de las ciencias del lenguaje. Arrecife.

Schwartz, E. (1942). Figuras del mundo antiguo. Revista de Occidente.

Struve, V. (1964). Historia de la antigua Grecia (T. I). Futuro.

Tácito. (2001). Diálogo sobre los oradores. Gredos.

Taruffo, M. (2009). Páginas sobre justicia civil. Marcial Pons.

Taruffo, M. (2020). Hacia la decisión justa. Zela.

Taylor, A. (1975). El pensamiento de Sócrates. FCE.

Thaler, R. y Sunstein, C. (2009). Un pequeño empujón – El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad. Taurus.

Toulmin, S. (2007). Los usos de la argumentación. Península.

Tucídides. (1976). Historia del Peloponeso. Guadarrama.

Varona Codeso, P. (2007). Tucídides. El discurso fúnebre de Pericles. Sequitur.

Vega, L. (2011). Voz Esquemas argumentativos. En Vega Reñón, L. y Olmos Gómez, P., Compendio de Lógica, Argumentación y Retórica. Trotta.

Viehweg, T. (1963). Tópica y jurisprudencia. Taurus.

Viehweg, T. (1991). Tópica y filosofía del derecho. Gedisa.

Wittgenstein, L. (1957). Tractatus lógico-philosophicus. En Revista de Occidente, p. 191.

Recibido: 14-02-2025

Aprobado: 23-03-2025

El crucifijo y la Biblia en los tribunales peruanos: ¿son aceptables los símbolos religiosos en el espacio público?*

The crucifix and the Bible in Peruvian courtrooms: are religious symbols acceptable in the public sphere?

✍ Óscar Díaz Muñoz*

Resumen

Este trabajo analiza la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú que desestimó un pedido de retirar el crucifijo y la Biblia de las salas de audiencia de los juzgados y tribunales del Poder Judicial. El autor divide su análisis a partir de una clasificación de los argumentos contenidos en dicha sentencia, como el papel de la tradición histórico-cultural y el carácter no coercitivo de dichos símbolos religiosos en el contexto del caso, para concluir que, con las características apuntadas en el fallo, su presencia en el espacio público es compatible con el respeto del derecho fundamental de libertad religiosa y la neutralidad religiosa del Estado. En su análisis, el autor también se refiere a casos resueltos por otras cortes, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional español.

---

* Ponencia presentada al VII Congreso del International Consortium for Law and Religion Studies (ICLARS) en la Universidad de Notre Dame (Indiana, EE.UU.), del 21 al 23 de octubre de 2024.

** Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Código ORCID: 0009-0002-5658-1708. Correo electrónico: odiaz@tc.gob.pe

Palabras clave

libertad religiosa, Símbolos religiosos, Neutralidad religiosa del Estado, Tribunal Constitucional del Perú.

Abstract

This paper examines the ruling of the Constitutional Court of Peru that rejected a request to remove the crucifix and the Bible from courtrooms. The author structures the analysis around a classification of the arguments set out in the decision, including the role of historical-cultural tradition and the non-coercive nature of these religious symbols in the context of the case. He concludes that, under the conditions specified in the ruling, their presence in the public sphere is compatible with both the fundamental right to religious freedom and the principle of state religious neutrality. The paper also considers relevant case law from other courts, such as the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Spain.

Keywords

religious freedom, religious symbols, state religious neutrality; Constitutional Court of Peru.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. **II.** ANTECEDENTES DEL CASO. **III.** LA LAICIDAD NO ES DESTIERRO DE LOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS DEL ESPACIO PÚBLICO. **IV.** SÍMBOLOS TRADICIONALMENTE PRESENTES EN UN ÁMBITO PÚBLICO. **V.** SÍMBOLOS PASIVOS, NO PROSELITISTAS O COERCITIVOS. **VI.** SÍMBOLOS CON DIVERSOS SIGNIFICADOS. **VII.** LA EXCLUSIÓN DEL ARGUMENTO SUBJETIVO. **VIII.** NO ES INCONSTITUCIONAL LA PRESENCIA DE ESTOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS, PERO EL PODER JUDICIAL PUEDE DECIDIR RETIRARLOS. **IX.** CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

La presencia de símbolos religiosos, como el crucifijo, en la esfera pública ha suscitado controversias judiciales en varios países. Podemos mencionar como ejemplos la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1995, contraria a los crucifijos en las escuelas públicas de Baviera[1]; o la decisión de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), del 18 de marzo de 2011, en el caso Lautsi y otros contra Italia (en adelante, Lautsi II[2]), a favor de la

1 BVerfG, 1 BvR 1087/91, 16 de mayo de 1995.

2 Llamamos Lautsi II a esta decisión para distinguirla de una sentencia previa en este caso emitida el 3 noviembre de 2009 (Lautsi I), en el que la Sala del TEDH consideró que la

permanencia del crucifijo en el aula de la escuela pública[3]. Favorable también a la presencia del crucifijo en ese ámbito (concretamente en jardines de infancia), fue la sentencia del Tribunal Constitucional de Austria del 9 de marzo de 2011[4].

También en 2011 puede citarse la sentencia de la Corte de Casación italiana, en la que un juez no vio acogido su pedido del retiro de los crucifijos de todas las salas de vistas de los juzgados de Italia[5].

Más recientemente, puede mencionarse el caso American Legion vs. American Humanist Association de 2019, en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos sentenció que no violaba la Primera Enmienda de su Constitución[6] el monumento en un lugar público de una gran cruz conmemorativa de los que perdieron la vida en la Primera Guerra Mundial[7].

El Tribunal Constitucional del Perú (TC) no ha sido ajeno a esta controversia. Así, en la sentencia recaída en el expediente 06111-2009-PA/TC del 7 de marzo de 2011 —once días antes la referida decisión Lautsi II del TEDH—, desestimó la demanda de amparo en la que se pedía el retiro del crucifijo y la Biblia de las salas de audiencia de los juzgados y tribunales del Poder Judicial. Esta decisión es objeto de análisis del presente trabajo.

II. ANTECEDENTES DEL CASO

El recurrente interpuso demanda de amparo contra el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en su condición de máximo representante del Poder Judicial. Su demanda, en lo que aquí interesa, estaba dirigida a que se ordene el retiro de la Biblia y del crucifijo en todas las salas de audiencia de los juzgados

---

presencia del crucifijo en el aula de la escuela pública italiana violaba la libertad religiosa y el derecho de los padres a que la educación que sus hijos reciban del Estado sea conforme con sus convicciones religiosas y filosóficas. Esta resolución fue revocada en apelación por la Gran Sala del TEDH con la sentencia a la que nos referimos como Lautsi II.

3 Lautsi and others v. Italy, 18 de marzo de 2011.

4 Verfassungsgerichtshof G 287/09-25, 9 de marzo de 2011.

5 Corte di Cassazione, Sez. unite civili sentenza n.º 5924, 14 de marzo de 2011.

6 Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos: «El Congreso no aprobará ninguna ley que se aboque al establecimiento de religión alguna, o que prohíba el libre ejercicio de la misma; o que coarte la libertad de expresión o de prensa; o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar del Gobierno la reparación de agravios».

7 American Legion et al. v. American Humanist Assn. et al., 588 U.S. (2019), 20 de junio de 2019.

y tribunales a nivel nacional. Alegó vulnerados su derecho a no ser discriminado por razón de religión y la laicidad del Estado[8].

El demandante sostuvo que la exhibición del crucifijo y la Biblia en los despachos y tribunales judiciales no corresponde a un Estado laico donde existe libertad religiosa. A su juicio, la exposición de estos símbolos representa un hecho discriminatorio respecto a los ciudadanos que no profesan la religión católica.

Para el recurrente, los símbolos patrios (como la bandera, el escudo, el himno) representan a todos los peruanos por igual, siendo síntesis de una serie de valores respetados por todos. Por el contrario, los signos religiosos, de cualquier confesión que fueren, siempre representarán a una parte de las personas, excluyendo a otras.

Manifiesta que su mente asocia los símbolos religiosos de los tribunales peruanos con la Inquisición y lo que sufrió cuando fue detenido, torturado, procesado y sentenciado por el delito de traición a la patria y terrorismo, del que fue finalmente absuelto[9].

III. LA LAICIDAD NO ES DESTIERRO DE LOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS DEL ESPACIO PÚBLICO

Antes de pronunciarse sobre el asunto controvertido, el TC expone el contenido constitucional de la laicidad del Estado, que se muestra comprometida en el presente caso.

Sobre el principio de laicidad (previsto en el artículo 50 de la Constitución[10]), el TC dice que el Estado es aconfesional, esto es, que al tiempo que «se proclama y garantiza la libertad religiosa, no se asume postura a favor de ningu-

8 Cfr. STC 06111-2009-PA/TC, Antecedentes. La demanda de amparo también pedía que se prohíba preguntar sobre la religión que profesa el compareciente en los procesos judiciales. El TC declaró fundado este pedido, y lo extendió a la comparecencia ante cualquier autoridad o funcionario, salvo que la pregunta resulte pertinente para los fines del proceso (cfr. STC 06111-2009-PA/TC, fundamentos 62 a 67). El análisis de esta parte de la sentencia escapa a los objetivos de este trabajo, que se centra en la presencia de símbolos religiosos en el espacio público.

9 Cfr. STC 06111-2009-PA/TC, Antecedentes.

10 Artículo 50 de la Constitución Política del Perú:
«Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración.
El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas».

na confesión en particular»[11]. Desde esta perspectiva, «el Estado se autodefine como laico o ente radicalmente incompetente ante la fe y la práctica religiosa, no correspondiéndole ni coaccionar ni siquiera concurrir, como un sujeto más, con la fe religiosa de los ciudadanos»[12].

Sin embargo, el TC precisa que «el hecho de que exista una neutralidad del Estado en materia religiosa no significa que los poderes públicos hayan de desarrollar una especie de persecución del fenómeno religioso o de cualquier manifestación de tipo religiosa. La laicidad es incompatible con un Estado que se considere defensor o protector de una determinada confesión, pero también lo es con un Estado que promueva el ateísmo o el agnosticismo o el destierro del ámbito público de toda expresión de origen religioso»[13].

Esta idea de aconfesionalidad que muestra el TC peruano puede calificarse de *laicidad positiva*, como le ha llamado el Tribunal Constitucional español[14] y, según Ferrer Ortiz, «resulta fundamental para marcar diferencias con *el laicismo* o *laicidad negativa*, caracterizado por una actitud de beligerancia u hostilidad hacia lo religioso o, cuando menos, por una visión que trata de confinar la religión al *santuario de la conciencia* y no reconoce o minimiza su dimensión pública» (2014, p. 132). Como señaló en la Corte Suprema de los Estados Unidos el juez Kennedy (ponente) en el caso Salazar vs. Buono (2010), «el objetivo de evitar el respaldo estatal a la religión no implica la supresión de todos los símbolos religiosos del espacio público. […] La Constitución no impone al Estado la obligación de evitar todo reconocimiento en el ámbito público del papel de la religión en la sociedad»[15].

IV. SÍMBOLOS TRADICIONALMENTE PRESENTES EN UN ÁMBITO PÚBLICO

Luego de dejar establecido el contenido constitucional de la aconfesionalidad o laicidad del Estado, el TC entra a pronunciarse sobre el pedido del retiro del crucifijo y la Biblia en las salas de audiencia de los juzgados y tribunales.

---

11 STC 06111-2009-PA/TC, fundamento 24.

12 *Ibidem*, fundamento 25.

13 *Ibidem*, fundamento 49.

14 Cfr. sentencias del Tribunal Constitucional español 154/2002, de 18 de julio, fundamento jurídico 6; 101/2004, de 2 de junio, fundamento jurídico 3.

15 «The goal of avoiding governmental endorsement does not require eradication of all religious symbols in the public realm. […] The Constitution does not oblige government to avoid any public acknowledgment of religion's role in society» (Salazar v. Buono, 559 U.S. 700 [2010], 28 de abril de 2010).

A tal efecto, en primer lugar, recuerda lo dispuesto en el artículo 50 de la Constitución, que junto con definir la laicidad del Estado[16], señala que éste reconoce «a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú»[17]. Por tal motivo, el TC indica que la laicidad del Estado no es incompatible con el reconocimiento del papel histórico, social o cultural desempeñado por una confesión religiosa en favor de la institucionalización y desarrollo de la sociedad política[18].

Desde esta perspectiva, el TC pone diversos ejemplos de la presencia de elementos religiosos en el ámbito público peruano. Así, recuerda que el crucifijo y la Biblia están presentes en la juramentación de las autoridades estatales al tomar posesión de sus cargos, como ocurre con el Presidente de la República, los ministros de Estado, parlamentarios, etc. También la cruz puede verse en los escudos de armas de algunas ciudades[19]. Igualmente hace referencia al recorrido por las calles de las tradicionales procesiones, como la del Señor de los Milagros (que representa a Jesucristo crucificado)[20]. Asimismo, menciona que la ley contempla varios días feriados de origen religioso católico, en que los trabajadores tienen derecho a descanso remunerado[21].

Para el TC, estos ejemplos muestran que «la presencia de símbolos religiosos como el crucifijo o la Biblia que se encuentran histórica y tradicionalmente presentes en un ámbito público, como en los despachos y tribunales del Poder Judicial, no afectan los derechos invocados por el recurrente ni el principio de laicidad del Estado, en tanto que la presencia de esos símbolos responde a una tradición históricamente arraigada en la sociedad, que se explica por ser la Iglesia católica un elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, conforme lo reconoce la Constitución»[22].

A partir de esto, en opinión del TC, «ni la libertad religiosa ni la laicidad del Estado pueden entenderse afectadas cuando se respetan expresiones que, aunque en

16 Cfr. STC 06111-2009-PA/TC, fundamento 36.

17 *Ibidem*, fundamento 35.

18 Cfr. *ibidem*, fundamento 36.

19 Cfr. *ibidem*, fundamento 41.

20 Cfr. *ibidem*, fundamento 40.

21 Cfr. *ibidem*, fundamento 39. Los feriados que esta sentencia enumera son: Jueves Santo y Viernes Santo (movibles), San Pedro y San Pablo (29 de junio), Santa Rosa de Lima (30 de agosto), Todos los Santos (1 de noviembre), Inmaculada Concepción (8 de diciembre) y Navidad del Señor (25 de diciembre).

22 STC 06111-2009-PA/TC, fundamento 43.

su origen religiosas, forman parte ya de las tradiciones sociales de un país»[23]. Cita al respecto como ejemplo el caso Marsh vs. Chambers en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió, en 1983, que no iba contra la Primera Enmienda de la Constitución que en la apertura de las sesiones parlamentarias se diga una oración pública por un capellán remunerado con fondos públicos, pues, según dijo la Corte Suprema, «a la luz de una historia sin ambigüedades y sin interrupción de más de 200 años, no cabe duda de que la práctica de abrir las sesiones legislativas con la oración se ha convertido en parte de nuestro entramado social»[24].

Como escribe Palomino Lozano, la presencia de un crucifijo en la sala de vistas no resultaría un daño a la neutralidad «si el signo religioso está presente por motivos de tradición o arte o, en cualquier caso, si no resulta distorsionante de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (2014, p. 196). En similar sentido, Martínez-Torrón señala que la tradición cumple aquí un papel no desdeñable, y sin duda colocar *ex novo* un símbolo religioso no es lo mismo que dejarlo en el lugar donde ha estado durante siglos; en un contexto en que las tradiciones religiosas han influido notablemente en la conformación de la esfera pública (2014, p. 118).

Por ello, objetar la presencia de un símbolo religioso en el espacio público implica no solo plantearse el problema de la aconfesionalidad del Estado, sino una serie de cuestiones relacionadas que no pueden soslayarse al abordar esta controversia, indudablemente compleja. Ferrer Ortiz identifica estos problemas conexos:

Me parece que cuando se cuestiona la presencia de un símbolo en un espacio público, sea una sala o un despacho judicial, un aula escolar, un salón de plenos de una municipalidad, etc., previamente hay que formularse y tratar de dar respuesta a varias cuestiones. No basta preguntarse: ¿qué significa dicho símbolo? y ¿qué implica la aconfesionalidad o laicidad del Estado?, sino también: ¿desde cuándo está ahí? y ¿por qué? Asimismo es preciso responder a otros interrogantes: ¿quiénes piden la retirada del crucifijo?, ¿con qué legitimidad?, ¿qué consecuencias produciría en otras personas la retirada del crucifijo?, ¿quiénes están legitimados para decidir sobre él?, etc. (2014, p. 121)

Desde esta perspectiva, no sería lo mismo un símbolo religioso colocado *ex novo* (como dice Martínez-Torrón) en un espacio público, en el contexto de

---

23 *Ibidem*, fundamento 48. Para Rey Martínez —que discrepa de lo decidido en esta sentencia— este argumento, que él llama «de la tradición histórico/cultural», es el que considera más sólido si se trata de defender la permanencia de los símbolos religiosos en los espacios públicos (2011, p. 33).

24 STC 06111-2009-PA/TC, fundamento 48.

un Estado aconfesional[25], que si este se encuentra tradicional e históricamente en ese lugar[26].

V. SÍMBOLOS PASIVOS, NO PROSELITISTAS O COERCITIVOS

El TEDH, desde el caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen vs. Dinamarca, de 1976, relativo al derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones[27], dejó establecido que, en la determinación de los planes de estudio, el Estado cuenta con un margen de apreciación basado en razones de oportunidad o conveniencia, con la limitación de no perseguir un fin de *adoctrinamiento* que pueda ser considerado contrario a las convicciones religiosas y filosóficas de los progenitores, ya que la información o los conocimientos incluidos en el currículo deben ser transmitidos de manera objetiva, crítica y pluralista[28].

También, encontramos que el TEDH califica a los símbolos religiosos por la posible fuerza o intensidad de su influencia. Así, en el caso Dahlab vs. Suiza, de 2001, consideró como un signo exterior fuerte («*powerful external symbol*») el uso del velo islámico por parte de una profesora que impartía clases a niños entre

25 El Perú es un Estado aconfesional desde la Constitución de 1979 (artículo 86) y continúa siéndolo con su actual Constitución de 1993 (artículo 50). Sobre el Estado peruano como confesional y su paso a Estado aconfesional, puede consultarse: Díaz Muñoz (2015, pp. 280-284) y (2019, p. 218).

26 La importancia de la tradición e historia en esta clase de controversias, podemos verla también en la sentencia del Tribunal Constitucional español al resolver un recurso de amparo donde se reclamaba que los estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla designaran como patrona a la «Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada», alegándose la vulneración de la aconfesionalidad del Estado y la libertad religiosa. El Tribunal Constitucional rechazó la demanda ya que tal patronazgo respondía a una «tradición secular» en dicha corporación que, por tanto, no menoscaba su aconfesionalidad, pues «cuando una tradición religiosa se encuentra integrada en el conjunto del tejido social de un determinado colectivo, no cabe sostener que a través de ella los poderes públicos pretendan transmitir un respaldo o adherencia a postulados religiosos» (Sentencia 34/2011, de 28 de marzo, fundamento jurídico 4).

27 Derecho reconocido en el artículo 2 del Protocolo n.° 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos: «[…] El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas».

28 Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, 7 diciembre de 1976, n.° 53. Otras decisiones del TEDH que pueden consultarse al respecto son: Jiménez and Jiménez Merino v. Spain, 25 de mayo de 2000, Decisión de inadmisibilidad (Solicitud n.° 51188/99); Folgerø and Others v. Norway, 29 de junio de 2007; Hasan and Eylem Zengin v. Turkey, 9 de octubre de 2007.

cuatro y ocho años. En este caso, al no poder negarse rotundamente que el uso del velo pueda tener algún efecto proselitista sobre los alumnos, el TEDH concluyó que era razonable, proporcional y entraba dentro del margen de apreciación del Estado, que las autoridades de Ginebra le hayan prohibido usar el velo mientras ejercía su labor docente[29].

A partir de estos criterios, el TEDH, en la sentencia Lautsi II consideró que un crucifijo colgado en una pared del aula escolar no es un signo exterior fuerte, sino un símbolo esencialmente pasivo («*essentially passive symbol*»), al que no se le puede atribuir una influencia en los alumnos comparable al de un discurso didáctico o la participación en actividades religiosas[30].

Con similar perspectiva, el TC peruano considera al crucifijo o la Biblia en los juzgados y tribunales como símbolos meramente pasivos o estáticos, no fuertes, presentes en el Poder Judicial por una tradición arraigada en el Perú y no con una intención proselitista o de adoctrinamiento religioso. Asimismo, que de su mera presencia no se deriva coerción alguna que afecte la libertad religiosa de las personas. Dice el TC al respecto:

> La sola presencia de un crucifijo o una Biblia en un despacho o tribunal del Poder Judicial no fuerza a nadie a actuar en contra de sus convicciones. En efecto, no puede sostenerse que de la presencia de tales símbolos se derive alguna obligación para el recurrente (de adoración o veneración, por ejemplo), cuyo cumplimiento afecte su conciencia y podría dar lugar a que plantee una objeción de conciencia […]. Tal supuesto de coacción, evidentemente objetivo, sí tendría suficiente fundamento como para ser calificado de inconstitucional por lesivo de la libertad religiosa, lo que sin embargo y como reiteramos, no sucede ni se configura por el solo hecho de exhibir o colocar crucifijos siguiendo una tradición arraigada a nuestra historia y a nuestras costumbres[31].

Debe destacarse que el carácter pasivo, no proselitista ni coercitivo, del crucifijo colgado en la pared de las aulas escolares públicas fue muy importante para que el TEDH, en el caso Lautsi II, desestimara el pedido del retiro de este símbolo, dejando a la competencia del Estado la decisión de mantenerlo o no en ese lugar.

---

29 Dahlab v. Switzerland, 15 de febrero de 2001, The Law n.° 1.

30 Lautsi and others v. Italy, 18 de marzo de 2011, n.° 72.

31 STC 06111-2009-PA/TC, fundamento 45.

En efecto, el Estado italiano alegaba que la presencia del crucifijo en las aulas era fruto de la evolución histórica del país, lo que le otorgaba una connotación no solamente cultural sino también identitaria, constituyendo ahora una tradición que el Estado consideraba importante perpetuar. Añadía que su presencia en las aulas escolares se justificaba en que, más allá de su significado religioso, el crucifijo simboliza los principios y valores que forman la base de la democracia y de la civilización occidental[32].

Al respecto, el TEDH consideró que la decisión de perpetuar o no una tradición con la presencia del crucifijo en las aulas de los colegios públicos, cae, en principio, dentro del margen de apreciación del Estado demandado, con la condición de no incurrir en alguna forma de adoctrinamiento, que el TEDH concluyó que no se daba en el presente caso, pues el crucifijo colgado en una pared es un símbolo esencialmente pasivo, no proselitista[33].

Como explica a este propósito Martínez-Torrón, «*si no hay coerción o adoctrinamiento*, no es a los tribunales —y menos aún al TEDH— a quienes corresponde decidir acerca de la presencia de símbolos religiosos en el espacio público. En un sistema democrático, la decisión acerca de la presencia de símbolos forma parte de las políticas públicas, y es por tanto competencia de otros poderes del Estado» (2014, p. 118).

VI. SÍMBOLOS CON DIVERSOS SIGNIFICADOS

El TC destaca los distintos significados que pueden tener los símbolos religiosos como el crucifijo y la Biblia en los espacios públicos. Así, señala que «si bien en un templo el crucifijo tiene un significado religioso, en un escenario público (como en los despachos y tribunales del Poder Judicial) tiene un valor cultural, ligado a la historia de un país, a su cultura o tradiciones»[34]. En razón de esta pluralidad de significados, el TC concluye que cuando el Estado mantiene tales signos en un espacio público «no significa que abandone su condición de Estado laico para volverse un Estado confesional protector de la religión católica»[35].

En lo que respecta a la presencia de la Biblia en los juzgados y tribunales, para el TC, «de manera similar a lo que acontece con los crucifijos, el caso de la Biblia requiere ser enfocado no sólo en función del simbolismo religioso, sino

32 Cfr. Lautsi and others v. Italy, 18 de marzo de 2011, n.° 67.

33 Cfr. *ibidem*, nn. 68 a 77.

34 *Ibidem*, fundamento 44.

35 *Ibidem*.

también a la luz de lo que representa su presencia en el devenir histórico de la administración de Justicia. En efecto, sabido es que la presencia de Biblias en los estrados judiciales obedece a su recurrente utilización […] al momento de realizar el juramento o el compromiso de decir la verdad. Tal perspectiva permite considerar que, más allá de su indudable vinculación con la religiosidad, la Biblia representa en el desarrollo histórico de la Justicia el esfuerzo de los seres humanos por acercarse a la verdad como valor preciado en el que aquella se sustenta»[36]. En tal contexto, continúa diciendo el intérprete supremo de la Constitución, «queda claro que la Biblia puede no ser utilizada por todos como un instrumento de compromiso religioso, sino como una forma de identificación en torno a ciertos valores de trascendencia o aceptación general. En tales circunstancias, no puede considerarse su presencia como lesiva de ningún tipo de libertad a menos que […] se obligara a quienes participan de las actuaciones judiciales (sea como jueces, sea como justiciables) a adoptar cánones de sujeción o vinculación en el orden estrictamente religioso»[37].

Es por todo esto que el TC concluye que «la influencia de la Iglesia católica en la formación histórica, cultural y moral del Perú se manifiesta en elementos presentes históricamente en diversos ámbitos públicos, pudiendo afirmarse que, más allá del carácter religioso de su origen, dichos elementos revisten actualmente un carácter histórico y cultural»[38].

Para el TC, entonces, el crucifijo y la Biblia tienen un origen y significados religiosos, pero, junto con ello, por su presencia secular en el espacio público, han devenido también en símbolos culturales, por lo que su ubicación en espacios como los del Poder Judicial no afecta la aconfesionalidad del Estado. Esto ha sido advertido también por el Tribunal Constitucional español en los siguientes términos:

> […] debemos tomar en consideración no tanto el origen del signo o símbolo como su percepción en el tiempo presente, pues **en una sociedad en la que se ha producido un evidente proceso de secularización es indudable que muchos símbolos religiosos han pasado a ser, según el contexto concreto del caso, predominantemente culturales aunque esto no excluya que para los creyentes siga operando su significado religioso**. En este sentido, en la STC 19/1985, de 13 de febrero (FJ 4), señalamos que la circunstancia de

36 STC 06111-2009-PA/TC, fundamento 52.

37 *Ibidem*, fundamento 53.

38 *Ibidem*, fundamento 37.

> que «el descanso semanal corresponda en España, como en los pueblos de civilización cristiana, al domingo, obedece a que tal día es el que por mandato religioso y por tradición se ha acogido en estos pueblos; esto no puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una institución con origen causal único religioso, pues, aunque la cuestión se haya debatido y se haya destacado el origen o la motivación religiosa del descanso semanal, recayente en un período que comprenda el domingo, es inequívoco … que el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el 'domingo' como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición» (énfasis añadido)[39].

Estamos, pues, ante símbolos que pueden tener diversos significados, sin que exista uno que sea objetivamente válido para todos. Como afirma Borowski, «no existe ninguna convención fija y clara con respecto al significado de por ejemplo un crucifijo en una escuela pública obligatoria. Existe más bien toda una gama de diferentes significados […]. Algunos considerarían el crucifijo en el aula efectivamente como mero objeto de arte sin significado más profundo o como símbolo de la historia del Occidente y las bases seculares como estado constitucional democrático. Otros le atribuirán un significado religioso que nuevamente se puede variar sin graduación dentro de un amplio espectro: desde un significado más bien pasivo e inocente hasta un significado agresivo y misionero» (2012, p. 31).

Empero, según advierte Ferrer Ortiz, «pretender encontrar un significado que sea decisivo o determinante para resolver la controversia de su retirada o de su mantenimiento, equivale a suponer que al final existe de hecho un único significado que se impone a todos los demás. Sin embargo, […] resulta aún más inapropiado sostener que el significado relevante, que debe prevalecer, es el que le atribuye la persona que se confronta con el símbolo religioso y pide su retirada» (2014, p. 121). Como también apunta Meléndez Valdés Navas, «partiendo del concepto que hemos manejado de símbolo religioso en el que la determinación/interpretación de su significado se produce por el consenso colectivo y no por la determinación individual, intentar primar la valoración/criterio individual/minoritario sería vaciar de contenido el sentido de los símbolos que siempre es social. En este sentido la consideración y el tratamiento jurídico que se realiza de los símbolos religiosos desde la apreciación de la libertad religiosa negativa pone en juego y prioriza en algunos de los supuestos en que se ha considerado, una valoración/interpretación

---

39 Sentencia del Tribunal Constitucional de España 34/2011, de 28 de marzo, fundamento jurídico 4.

del símbolo subjetiva e individual y no social/colectiva, que es la que perfecciona y dota de significado y sentido al símbolo» (2010, p. 30).

VII. LA EXCLUSIÓN DEL ARGUMENTO SUBJETIVO

El TC se pregunta si la mera presencia del crucifijo o la Biblia tienen la capacidad de perturbar a un no creyente al punto de afectar su libertad religiosa. A juicio del TC, si el impacto de la sola presencia silenciosa de un objeto en un espacio público representase un trastorno de tal entidad, habría igualmente que prohibir la exposición de símbolos religiosos en las calles, como las cruces en la cima de los templos o el recorrido por lugares públicos de la procesión del Señor de los Milagros, ya que su presencia podría resultar emocionalmente perturbadora para los no creyentes[40]. Con este mismo razonamiento, en nombre de una supuesta laicidad, el Estado tendría que «suprimir del calendario de feriados no laborables fechas de origen religioso católico como la Navidad o el Jueves o el Viernes Santo, con el argumento de que de lo contrario se ofende a los miembros de religiones no católicas, agnósticos o ateos, que pueden verse emocionalmente afectados por la sola presencia de símbolos religiosos católicos en lugares públicos o porque dichos feriados están marcados por una celebración o, en su caso, conmemoración ligada a la religión católica»[41].

En opinión del TC, si se entendiera que la sola presencia de un símbolo religioso en un espacio público es capaz de perturbar en tal grado la libertad religiosa que haría necesario su retiro, se «estaría 'protegiendo' en realidad 'emociones' de orden meramente subjetivo, antes que derechos fundamentales como la libertad religiosa»[42].

En esta línea de exclusión del argumento subjetivo, el TC pone en cuestión la posición del recurrente cuando afirma que la bandera, el escudo o el himno nacional son una síntesis de una serie de valores «respetados por todos», mientras que no ocurre lo mismo con los símbolos religiosos de cualquier confesión, pues siempre representarán a una parte de las personas, excluyendo a otras. Para el TC, esta opinión no toma en cuenta que existen personas que pueden también sentirse afectadas en sus conciencias por la presencia en lugares públicos de símbolos como la bandera nacional o el escudo, al considerarlos idolátricos, por lo que, con el

40 Cfr. STC 06111-2009-PA/TC, fundamento 50.

41 *Ibidem.*

42 *Ibidem.*

mismo argumento del recurrente, podrían pedir igualmente que se retiren dichos símbolos de los espacios públicos[43].

Al respecto, el TC cita casos de objeciones de conciencia a expresiones cívicas, recurriendo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos con los llamados *flag salute cases*, surgidos en los años cuarenta del siglo pasado, por la negativa de algunos alumnos de escuelas estatales, pertenecientes a los Testigos de Jehová, a participar en la ceremonia cotidiana de saludo a la bandera nacional por considerarla idolátrica[44].

Puede apreciarse, entonces, que el TC comparte el criterio del TEDH en la sentencia del caso Lautsi II, en el sentido de que la percepción subjetiva del demandante («*the applicant's subjective perception*»[45]) no es suficiente para configurar una violación del derecho de libertad religiosa.

Como afirma Martínez-Torrón, «el criterio para juzgar si se ha producido una violación de la libertad de religión y creencia ha de ser la coerción, y no el sentimiento subjetivo de ofensa que pueda sufrir una persona ante la presencia de ciertos símbolos religiosos» (2014, p. 124).

Interesante es, al respecto, lo señalado por el Juez Power del TEDH en su opinión concurrente en el caso Lautsi II. Dice Power: «La prueba de una violación del artículo 9[46] no es la 'ofensa' sino la 'coerción'. Ese artículo no crea un derecho a no ser ofendido por la manifestación de las creencias religiosas de otros, incluso cuando el Estado da a esas creencias una 'visibilidad preponderante'. La exhibición de un símbolo religioso no obliga ni coacciona a un individuo a hacer o abstenerse de hacer algo. No exige la participación en alguna actividad, aunque posiblemente puede invitar al debate o estimular un intercambio abierto de opiniones. No impide que una persona siga su propia conciencia ni hace inviable que manifieste sus propias creencias religiosas y sus ideas»[47].

---

43 Cfr. *ibidem*, fundamento 54.

44 *Ibidem*.

45 Lautsi and others v. Italy, 18 de marzo de 2011, n.° 66.

46 Se refiere al artículo que reconoce la libertad religiosa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

47 «The test of a violation under Article 9 is not «offence» but «coercion». That article does not create a right not to be offended by the manifestation of the religious beliefs of others even where those beliefs are given «preponderant visibility» by the State. The display of a religious symbol does not compel or coerce an individual to do or to refrain from doing anything. It does not require engagement in any activity though it may, conceivably, invite or stimulate

VIII. NO ES INCONSTITUCIONAL LA PRESENCIA DE ESTOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS, PERO EL PODER JUDICIAL PUEDE DECIDIR RETIRARLOS

A juicio del TC, «que el Poder Judicial no deba quitar los crucifijos o Biblias de los despachos y tribunales porque alguien así lo reclame, no impide que el órgano correspondiente de dicho Poder del Estado pueda decidir que se retiren, pero no precisamente porque sea inconstitucional mantenerlos»[48].

De esta forma, el TC deja establecido que las autoridades de Poder Judicial pueden decidir el retiro del crucifijo y la Biblia de los juzgados y tribunales, pero en tal caso se trataría de una mera decisión de gobierno, no determinada por afectar la aconfesionalidad del Estado o por el respeto de la libertad religiosa de las personas que reclamen el retiro de estos símbolos.

Sería una situación similar a si el legislador decidiera suprimir los feriados de origen religioso en los que los trabajadores tienen derecho a descanso remunerado. Como explica Ferrer Ortiz, estas fiestas podrían cambiarse por otras, pero no porque colisionen con la aconfesionalidad o laicidad del Estado. Se trataría sencillamente de una decisión soberana de la autoridad estatal competente, como el legislador (2014, p. 126).

Este razonamiento del TC hace recordar lo decidido por su homólogo español cuando se discutió la constitucionalidad del acuerdo del claustro de la Universidad de Valencia de suprimir la imagen de la Virgen de la Sapiencia en el escudo universitario. En aquella oportunidad, el intérprete supremo de la Constitución española afirmó que resulta evidente «la plena libertad electiva del Claustro para adoptar, entre todas las posibles, *la opción mayoritariamente considerada más conveniente*; elección que, a falta de elementos objetivos y normativos que la sustentaran, se habría necesariamente de adoptar conforme a criterios de oportunidad o conveniencia libremente valorados y decididos por los claustrales […]. Las evidencias históricas y las razones heráldicas no bastan, sin más, para menoscabar el derecho fundamental de autonomía universitaria ni, por ello mismo, para sustituir los símbolos libre y voluntariamente decididos por el Claustro Constituyente por otros que, como los propuestos por la minoría disconforme, seguramente serían igual

---

discussion and an open exchange of views. It does not prevent an individual from following his or her own conscience nor does it make it unfeasible for such a person to manifest his or her own religious beliefs and ideas» (Lautsi and others v. Italy, Concurring Opinion of Judge Power, 18 de marzo de 2011).

48 STC 06111-2009-PA/TC, fundamento 55.

de lícitos y respetables, solo que no han sido los mayoritariamente votados»[49]. A juicio de este alto tribunal, entonces, resultaba compatible con la aconfesionalidad del Estado tanto la decisión del retiro de la imagen de la Virgen del escudo de la Universidad como la que hubiera supuesto su mantenimiento, siempre que se trate de un acuerdo mayoritariamente adoptado como más conveniente por el órgano con competencia para ello: el claustro universitario.

De esta forma, la presencia del crucifijo y la Biblia en las salas de audiencia de los juzgados y tribunales no afecta la aconfesionalidad del Estado ni el derecho de libertad religiosa, como no vulneraría este derecho fundamental que la autoridad competente del Poder Judicial decidiera el retiro de tales símbolos.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

La sentencia del TC aquí comentada, al abordar la presencia del crucifijo y la Biblia en las salas de audiencia de los juzgados y tribunales del Poder Judicial, distingue el origen y significado —evidentemente religiosos— de estos símbolos, de su significación cultural, producto de la inculturación de la religión en Occidente. Al mismo tiempo, el TC advierte la importancia del contexto histórico y cultural para explicar la presencia de los símbolos religiosos en el ámbito público.

Desde esta perspectiva, la presencia de estos símbolos, que se encuentran histórica y tradicionalmente en la esfera pública judicial, no se sustenta en razones de confesionalidad o de trato privilegiado de una religión en particular, por lo que no comprometen la laicidad del Estado. Y se mantienen porque pertenecen a la tradición del país y por voluntad de quienes están legitimados para decidir su permanencia en los distintos ámbitos donde el símbolo se encuentre, en este caso el Poder Judicial.

Además, el crucifijo o la Biblia en una sala de audiencias son símbolos pasivos, cuya sola presencia no fuerza a nadie a actuar en contra de sus convicciones, por lo que no se configura una situación de adoctrinamiento estatal o coerción, vedada por la protección del derecho de libertad religiosa.

Asimismo, para el TC, en criterio que comparte con el TEDH en la sentencia del caso Lautsi II, la percepción subjetiva de afectación por un símbolo religioso no es suficiente para configurar una violación del derecho de libertad religiosa.

---

49 Sentencia del Tribunal Constitucional de España 130/1991, de 6 de junio, fundamento jurídico 5 (cursiva añadida).

En definitiva, se trata de una sentencia que da una respuesta a un asunto complejo, de la mayor relevancia —como lo prueba que haya recibido la atención de diversos tribunales y cortes constitucionales en el mundo— y que muestra que los símbolos religiosos en el espacio público pueden ser compatibles con un marco constitucional de respeto del derecho fundamental de libertad religiosa y la laicidad del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

Borowski, M. (2012). ¿Qué significa un crucifijo? Símbolos religiosos y neutralidad estatal. En M. Elósegui Itxaso (Coord.), *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública alemana* (pp. 23-47). Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.

Corte de Casación de Italia. Corte di Cassazione, Sez. unite civili sentenza n.º 5924; 14 de marzo de 2011.

Corte Suprema de los Estados Unidos. Salazar v. Buono, 559 U. S. 700 (2010); 28 de abril de 2010.

Corte Suprema de los Estados Unidos. American Legion *et al.* v. American Humanist Assn. *et al.*, 588 U. S. (2019); 20 de junio de 2019.

Díaz Muñoz, O. (2015). El derecho fundamental de libertad religiosa en la Constitución del Perú y su desarrollo jurisprudencial. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, (8), 265-311.

Díaz Muñoz, O. (2019). Religious Equality in the Peruvian Constitution. En B. G. Sharffs, A. Maoz & A. Isaacson Woolley (Eds.), *Religious Freedom and the Law. Emerging Contexts for Freedom for and from Religion* (pp. 217-221). Routledge.

Ferrer Ortiz, J. (2014). La presencia de símbolos de origen religioso en el espacio público y la libertad de no declarar la propia religión. Comentario a la STC 6111-2009-PA/TC. En O. Díaz Muñoz, G. Eto Cruz & J. Ferrer Ortiz (Coords.), *El derecho fundamental de libertad religiosa: jurisprudencia y doctrina constitucional* (pp. 83-134). Tribunal Constitucional; Centro de Estudios Constitucionales.

Martínez-Torrón, J. (2014). Símbolos religiosos institucionales, neutralidad del Estado y protección de las minorías en Europa. *Ius Canonicum*, (54), 107-144.

Meléndez Valdés Navas, M. (2010). Reflexiones jurídicas en torno a los símbolos religiosos. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (24), 1-31.

Palomino Lozano, R. (2014). *Neutralidad del Estado y espacio público*. Thomas Reuters-Aranzadi.

Rey Martínez, F. (2011). Símbolos religiosos en espacios públicos (del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Tribunal Constitucional peruano). En M. Vilcapoma Ignacio (Presentación), *Memoria del X Congreso Nacional de Derecho Constitucional y III Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional Néstor Pedro Sagüés* (pp. 19-33). Agencia de Publicidad Creative.

Tribunal Constitucional de Austria. Verfassungsgerichtshof G 287/09-25; 9 de marzo de 2011.

Tribunal Constitucional de España. STC 130/1991; 6 de junio de 1991.

Tribunal Constitucional de España. STC 154/2002; 18 de julio de 2002.

Tribunal Constitucional de España. STC 34/2011; 28 de marzo de 2011.

Tribunal Constitucional del Perú. STC 06111-2009-PA/TC; 7 de marzo de 2011.

Tribunal Constitucional Federal de Alemania. BVerfG, 1 BvR 1087/91, 16 de mayo de 1995.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark; 7 de diciembre de 1976.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jiménez and Jiménez Merino v. Spain, Decisión de inadmisibilidad, Solicitud n.º 51188/99; 25 de mayo de 2000.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dahlab v. Switzerland; 15 de febrero de 2001.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Folgerø and Others v. Norway; 29 de junio de 2007.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Hasan and Eylem Zengin v. Turkey; 9 de octubre de 2007.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lautsi and others v. Italy (Chamber); 3 de noviembre de 2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lautsi and others v. Italy (Grand Chamber); 18 de marzo de 2011.

Recibido: 29-05-2025
Aprobado: 08-07-2025

El encaje de la anulación parcial de un laudo con la vulneración del orden público

Partial annulment of an award for violation of public order

✍ Álvaro Alarcón Dávalos*
✍ Antonio Siquier Carbonell**

Resumen

La sentencia del Tribunal Constitucional español n.º 65/2021, de 15 de marzo no resolvió una excepción planteada por los recurrentes en amparo: ¿Permite la Ley de Arbitraje de España anular de manera parcial un laudo cuando uno o alguno de sus pronunciamientos resulta contrario al orden público o es necesario plantear la nulidad del laudo en su conjunto?

El presente artículo tiene por objeto arrojar luz sobre esta cuestión, exponer las dos tesis que existen y tomar postura. Como veremos, la doctrina apenas se pronuncia y cuando lo ha hecho ha sido de soslayo, y, por su parte, tampoco consta jurisprudencia que aborde de manera directa la cuestión.

Asimismo, se hará una comparativa para verificar si las conclusiones alcanzadas por estos autores se pueden extrapolar y son coherentes con la regulación que hace la Ley de Arbitraje de Perú sobre la anulación de un laudo por vulneración del orden público internacional.

* Abogado por la Universidad Complutense de Madrid con Maestría en Derecho Empresarial del Centro de Estudios Garrigues y la Universidad de Nebrija. Asociado principal de la firma Deloitte Legal. Código ORCID: 0009-0001-6288-7992. Correo electrónico: aalarcondavalos@deloitte.es

** Abogado por la Universidad de las Islas Baleares con Maestría en Acceso a la Abogacía de la Universidad Carlos III de Madrid. Abogado asociado de la firma Deloitte Legal. Código ORCID: 0009-0009-5623-9436. Correo electrónico: asiquier@deloitte.es

Revista Peruana de Derecho Constitucional, N.º 18, 2024, julio-diciembre, pp. 197-214.

***Palabras clave**:*
Anulación parcial, orden público, Tribunal Constitucional, TC.

Abstract

The Spanish Constitutional Court's judgment No. 65/2021 of March 15 did not address an exception raised by the appellants: Does the Spanish Arbitration Law permit the partial annulment of an award when one or some of its provisions are contrary to public order, or must the entire award be annulled?

The purpose of this article is to clarify this question, outline the two existing schools of thought, and present a position. As we shall see, the doctrine offers limited commentary on the issue, and when it does, it is often brief. Additionally, there is no case law that directly addresses the matter.

Furthermore, a comparison will be drawn to determine whether the conclusions reached by these authors can be extrapolated and are consistent with the provisions of the Peruvian Arbitration Law regarding the annulment of an award for violations of international public order.

Keywords

Partial annulment, public order, Constitutional Court, TC.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. **II.** EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO Y SU ENTIDAD. **III.** LA REGULACIÓN DE LA ANULACIÓN PARCIAL EN ESPAÑA. **IV.** LA COMPATIBILIDAD DE LA ANULACIÓN PARCIAL CON LA VULNERACIÓN DEL ÓRDEN PÚBLICO EN ESPAÑA. **V.** LAS SOMBRAS QUE DETERMINAN QUE LA ANULACIÓN DE UN LAUDO CONTRARIO AL ORDEN PÚBLICO DEBE SER TOTAL Y NO PARCIAL. **VI.** LA REGULACIÓN DE LA ANULACIÓN PARCIAL EN PERÚ. **VII.** CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que los años 2020 y 2021 supusieron un claro espaldarazo al arbitraje en España gracias a la jurisprudencia asentada por el Tribunal Constitucional español («TC»). En concreto, nos referimos a las SSTC n.º 46/2020, de 15 de junio; n.º 17/2021, de 15 de febrero; n.º 55/2021, de 15 de marzo; y, n.º 65/2021, de 15 de marzo.

A través de las citadas resoluciones el TC español delimitó el concepto y el alcance del orden público como motivo de anulación de los laudos y puso coto a la injerencia de los órganos jurisdiccionales en el arbitraje. En concreto, nos referimos a la práctica que habían adoptado algunos Tribunales Superiores de Justicia españoles («TSJ») al resolver la acción de anulación como una suerte de recurso

de apelación y entrar a analizar el fondo de la cuestión para valorar el mayor o menor acierto de la decisión arbitral.

Este artículo no tiene por objeto analizar dicha jurisprudencia, que ya sido comentada de forma exhaustiva por parte de la doctrina, sino abordar una cuestión que se planteó en el caso que resuelve la STC n.º 65/2021, de 15 de marzo y que ha pasado desapercibida: la posibilidad o no de anular parcialmente un laudo por contravenir el orden público a la luz del tenor literal de la normativa que regula el arbitraje en España, en concreto, del art. 41.3 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje («LA»).

La STC n.º 65/2021, de 15 de marzo resolvió el recurso de amparo interpuesto frente a la STSJ de Madrid n.º 36/2019, de 1 de octubre que anuló parcialmente un laudo por considerar que era contrario al orden público económico.

Ese supuesto tenía su origen en un arbitraje de equidad iniciado por una mercantil frente a una entidad bancaria por la comercialización de un producto financiero, en concreto, un swap de tipos de interés[1]. El tribunal arbitral declaró probado que existió un incumplimiento de los deberes de información en la comercialización por parte del banco, pero, no obstante, consideró que no procedía estimar la pretensión indemnizatoria porque no había existido daño ya que el producto había cumplido la finalidad de cobertura pretendida.

Por su parte, la demandante interpuso una acción de anulación parcial por vulneración del orden público (art. 41.1 f/ LA) ante la Sala de lo Civil y lo Penal del TSJ de Madrid ceñida únicamente al segundo de los pronunciamientos contenidos en el laudo, esto es, el relativo a la inexistencia de daño.

Así las cosas, el TSJ de Madrid, mediante la sentencia n.º 36/2019, de 1 de octubre estimó la demanda de anulación parcial al considerar que el laudo era contrario al orden público económico *ex* art. 9.3 de la Constitución Española («CE») por el hecho de reconocer el incumplimiento de los deberes de información y no conceder la indemnización pretendida. Así, la anulación se limitó únicamente al pronunciamiento de la ausencia de daño.

Frente a dicha resolución se interpuso recurso de amparo por parte de la entidad por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE

---

1 Un swap o permuta financiera es un contrato por el que dos partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades de dinero en fechas futuras bajo unas condiciones determinadas. En el caso de los swaps de tipos de interés, las partes intercambian pagos de intereses y son utilizados para mitigar el riesgo asociado a las fluctuaciones en los tipos de interés.

en relación con los arts. 1.1 y 10 CE sobre la base de que la STSJ de Madrid n.º 36/2019, de 1 de octubre habría aplicado al laudo el canon de motivación de las resoluciones judiciales a los laudos para entrar a conocer del fondo de la cuestión.

Todo ello condujo al dictado de la STC n.º 65/2021, de 15 de marzo que estimó el citado recurso al concluir que el TSJ de Madrid había realizado una interpretación extensiva del concepto de orden público y se había extralimitado en sus funciones ya que su labor en sede de anulación debe limitarse a la comprobación de errores *in procedendo* o la ausencia de motivación.

No obstante, en los dos procedimientos referenciados —ante el TSJ de Madrid y, posteriormente, ante el TC— se planteó una suerte de excepción por parte de la entidad bancaria que versaba sobre la imposibilidad de anular parcialmente un laudo por contravenir el orden público a la luz del tenor literal del art. 41.3 LA.

Según dicho precepto, la anulación parcial está prevista únicamente para dos supuestos concretos, a saber: (i) la extralimitación de los árbitros y (ii) la arbitrabilidad. No así, se entendía, para la contravención del orden público.

Tal y como desarrollaremos, el TSJ de Madrid se limitó a dar por sentada dicha posibilidad sobre la base de que existían resoluciones anteriores en las que había acordado la anulación parcial en los casos de vulneración del orden público, sin mayor motivación ni justificación. Por su parte, el TC guardó silencio acerca de la compatibilidad del orden público con la figura de la anulación parcial.

En el presente artículo analizaremos de la manera más fidedigna posible, a pesar de la escasa doctrina y jurisprudencia que existe en la actualidad, las dos posturas que se intuyen sobre dicha suerte de excepción: (i) la primera, favorable a la anulación parcial de un laudo por contravenir el orden público al entender que prima una interpretación teleológica del art. 41.3 LA; (ii) la segunda, en contra de la anulación parcial por seguir la senda de la estricta literalidad o, si se nos permite, de la legalidad, y la propia entidad del concepto de orden público.

Por último, analizaremos el Decreto Legislativo 1071 que norma el arbitraje en Perú (la «Ley de Arbitraje de Perú») para verificar si las conclusiones alcanzadas por estos autores resultan o no compatibles y extrapolables a la regulación peruana.

II. EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO Y SU ENTIDAD

Para poder dar respuesta a la pregunta de si es posible o no anular parcialmente un laudo cuando contiene uno o algún pronunciamiento contrario al orden público, conviene dar un paso atrás y detenernos en la definición de dicho concepto.

En este sentido, el articulo 41.1 f/ LA dispone que uno de los motivos para anular un laudo, entre otros, es que este resulte contrario al orden público. No obstante, la norma no nos ofrece una definición por lo que debemos acudir a la doctrina y la jurisprudencia. De igual modo, el artículo 63.1 f/ de la Ley de Arbitraje de Perú incluye como causal de anulación la vulneración del orden público internacional, en el caso de arbitrajes internacionales.

Así, el orden público se define por la doctrina y la jurisprudencia como las reglas más esenciales de nuestro ordenamiento jurídico que resultan obligatorias e indisponibles. Aterrizado este concepto al ámbito del proceso, el orden público estaría formado por el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento procesal.

En este sentido, Doral García, J.A. (1967) resume el contenido de la noción e indica que este expresa el sentimiento jurídico de la sociedad que, a su vez, compone el marco en el que se desarrollan las tareas legislativa y jurisprudencial[2]. Además, Doral García, J.A. (1973) señala que son también aspectos concretos del orden público, entre otros, el respeto a la buena fe, a la confianza o al mantenimiento de los derechos adquiridos[3].

Para Díez-Picazo, L. (1969) el orden público se encuentra constituido por aquellas normas en donde cristalizan las convicciones básicas de un grupo humano respecto a su propia organización fundamental[4].

Por su parte, Luna Serrano configura el orden público como aquel conjunto de reglas cardinales imprescindibles que en un ordenamiento jurídico componen sus reglas imperativas y cuyo desconocimiento desnaturalizaría este sistema jurídico global[5].

Asimismo, el TC de España definió el concepto de orden público como «el conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico» (STC n.º 54/1989, de 23 de febrero).

---

2 *Cfr*., Doral García, J.A. (1967), p.136: «El orden público no es siempre estructura del orden social establecido, sino el núcleo mismo de ese orden, nunca acabado y perfecto, porque en su dinamismo, tiende a perfeccionarse más y más en sus sucesivos logros».

3 *Cfr*., Doral García, J.A. (1973), p. 381.

4 *Cfr*., Díez-Picazo, L. (1969), p. 472.

5 *Cfr*., Luna Serrano, L. (1987), p. 157.

En línea con lo expuesto por el TC español, el TC de Perú, estableció que: «El orden público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad» (Exp. n.° 3283-2003-AA/TC).

En definitiva, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, el orden público representa los principios y reglas más esenciales de nuestro ordenamiento jurídico.

Por tanto, como veremos, la propia entidad y el alcance del orden público se presenta como el primer escollo para poder defender su compatibilidad con la figura de la anulación parcial del laudo.

III. LA REGULACIÓN DE LA ANULACIÓN PARCIAL EN ESPAÑA

El art. 41.3 LA prevé la posibilidad de anular parcialmente un laudo únicamente en aquellos supuestos en los que (i) la anulación afecte a cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros (art. 41.1 c/ LA) o (ii) no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás (art. 41.1 e/ LA).

En concreto, el citado precepto predica como sigue: «En los casos previstos en los párrafos c) y e) del apartado 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás».

A efectos meramente ilustrativos, veamos los motivos de anulación listados del art. 41.1 LA conforme los clasifica Lorca Navarrete[6] y la vinculación con el art. 41.3 LA:

- En el primer grupo, se ubican los errores *in negotio*, que afectan al ámbito negocial de resolución de la controversia sometida a arbitraje a través de la suscripción del convenio arbitral o a su ámbito objetivo negocial concertado por las partes —letras a/, c/ y e/ del art. 41.1 LA—.

6 Cfr. Lorca Navarrete, A.M. (2004).

- En el segundo grupo se hallan los errores *in procedendo*, basados en la ausencia de notificaciones, o en que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a lo establecido en la LA o, en fin, en la vulneración del orden público procesal —letras b/, d/ y f/ del art. 41.1 LA—.
- En el tercer grupo se hallarían los errores *in iudicando* justificados en que los árbitros han vulnerado el orden público material al desatender la aplicación del derecho sustantivo indicado por las partes al someterse a arbitraje de derecho —letra f/ del art. 41.1 LA—.

Tal y como se comprueba, el art. 41.3 LA ciñe la anulación parcial a los errores *in negotio* —letras c/ y e/ del art. 41.1 LA. No así para el resto de los supuestos, entre ellos, la vulneración del orden público (art. 41.1 f/ LA).

El hecho de que la anulación parcial abarque estos supuestos es perfectamente comprensible, en palabras de Gómez Jene, M. (2021) ya que: *«puede que solo una parte de la controversia sea inarbitrable y puede también que la incongruencia o extralimitación se manifieste de forma limitada»*[7].

Por tanto, hay que partir de que ni el art. 41.3 ni cualquier otro precepto de la LA contemplan que un laudo contrario al orden público sea susceptible de ser anulado parcialmente.

IV. LA COMPATIBILIDAD DE LA ANULACIÓN PARCIAL CON LA VULNERACIÓN DEL ÓRDEN PÚBLICO EN ESPAÑA

Una vez definido el concepto de orden público y sobre la base de que la LA no contempla la vulneración del orden público como causa de anulación parcial de un laudo, debemos analizar los argumentos a favor de la anulación parcial dados en el marco del procedimiento que culminó con la STC n.º 65/2021, de 15 de marzo y que, recordemos, no se pronunció sobre dicha cuestión.

Por un lado, el TSJ de Madrid desestimó la tesis planteada por la entidad sobre la imposibilidad de anular parcialmente un laudo contrario al orden público por dos motivos:

- El primero, por, en su opinión, «una correspondencia puramente lógica» con los supuestos a los que se refiere el art. 41.3 LA que, permítasenos aclarar, no se explicó con la debida claridad.

7 Cfr. Gómez Jene, M. (2021), p. 745.

> Según la tesis de la Sala, el art. 41.3 LA tan solo establece una limitación a la declaración judicial de anulación que resulta acotada a cuánto puede ser considerado nulo. Por ende, negar la posibilidad de anular parcialmente un laudo cuando tan solo uno de sus pronunciamientos resulta contrario al orden público conduciría, según sus tesis, al absurdo de blindar de forma incólume todo aquel laudo que plasmase sus conclusiones combinando aciertos con vulneraciones de los derechos fundamentales.

- El segundo motivo, incurre en un sesgo confirmatorio al sostener que es posible estimar esta acción de anulación parcial porque, en ocasiones anteriores, las había estimado. En concreto, dispuso lo siguiente:

> Ejemplos de acogida de pretensiones de nulidad parcial por causa de vulneración del orden público encontramos en pronunciamientos anteriores de esta Sala, como a título de ejemplo se condensan en las STSJ M STSJ M de 2 de febrero de 2016 (ROJ: STSJ M 702/2016), o la STSJ M de 11 de octubre de 2016 (ROJ: STSJ M 10733/2016).

Nótese que no citó ni doctrina ni jurisprudencia concreta que avalase razonadamente su decisión; en honor a la verdad, tampoco la había. A nuestro juicio, cayó en el sesgo de confirmación; para que se entienda, el TSJ de Madrid llegó a la conclusión de que cabía este tipo anulación parcial porque, en ocasiones anteriores, la Sala las había estimado.

En cualquier caso, dichas sentencias tampoco resultaban de aplicación puesto que: (i) no estimaban la anulación parcial del laudo por orden público, sino por otros motivos y además (ii) aunque lo hubieran hecho, lo decisivo es que en dichos supuestos las partes no invocaron dicha causa como motivo de oposición y, en consecuencia, no se analizó.

Permítasenos la analogía, pero una acción prescrita no debería prosperar, aunque, siempre y cuando el demandado no alegue la excepción, puede hacerlo perfectamente. La misma situación se producía aquí: el hecho de que el TSJ hubiera admitido anulaciones parciales no era óbice para que, una vez que esta parte opuso la excepción, impidiera la estimación de la acción.

Por otro lado, el Ministerio Fiscal, al emitir las alegaciones respecto del recurso de amparo presentado por la entidad y que dio lugar a la STC n.º 65/2021, de 15 de marzo, se pronunció de forma sucinta acerca de la posibilidad de anular un lado por violación del orden público. A efectos ilustrativos exponemos:

> Por lo demás, el Ministerio Fiscal finaliza sus alegaciones expresando que no parece haber inconveniente en una anulación parcial del laudo, aun en el

> supuesto de contradicción con el orden público, pues debe regir el principio de justicia rogada en materia arbitral y el principio de permanencia de los actos, por lo que aquello que haya sido objeto del laudo y no se vea contaminado por ninguna de las causas del art. 41 LA debe mantener su validez.

En definitiva, a juicio del Ministerio Fiscal, las razones que impedían la anulación parcial por aplicación de la cláusula de orden público eran, nuevamente, dos: (i) el principio de justicia rogada y (ii) la permanencia de los actos. El porqué estos principios deben aplicarse aun cuando la norma no prevé la anulación parcial para este supuesto, como se observa en el fragmento anterior, no se justificó.

La última aportación que puede enriquecer esta línea de defensa es la de Gómez Jene M. (2021), quien antes de valorar esta suerte de excepción, realiza dos apreciaciones: (i) la primera, que el TC español, efectivamente, nunca se llegó a pronunciar sobre la procedencia o no de la anulación parcial del laudo por aplicación de la cláusula de orden público; (ii) la segunda, que «no deja de ser lamentable que el tercer párrafo del art. 41 LA limite la anulación parcial del laudo arbitral a determinados supuestos»[8].

Asimismo, dicho autor entiende que cabría interpretar teleológicamente el art. 41.3 LA ya que, a su juicio, su auténtica *ratio* es la conservación del laudo, en la medida de lo posible, por lo que sería admisible que esta anulación pudiera ser parcial —del mismo modo que lo entendía el Ministerio Fiscal—. Ahora bien, para ello considera que debe cumplirse el único requisito que establece el precepto, es decir, que las cuestiones objeto de nulidad «tengan sustantividad propia y no parezcan indisolublemente unidas a la cuestión principal»[9].

En este punto, hemos de indicar que no se han localizado sentencia ni doctrina adicional en España que analice esta cuestión ya que nos hallamos ante una suerte de excepción que no había sido opuesta en otro procedimiento o, al menos, no había sido recogida en ninguna sentencia hasta la STSJ de Madrid n.º 36/2019, de 1 de octubre que fue objeto de amparo.

Por tanto, la posición favorable a acordar la anulación parcial en los casos de que tan solo uno o alguno de los pronunciamientos contenidos en el laudo sean contrarios al orden público parten de una interpretación teleológica del art. 41.3 LA y de la conservación de los actos procesales.

---

8 Gómez Jene, M. (2021), p. 752.

9 El entrecomillado lo extrae de la sentencia de la Audiencia Provincial («AP») de Sevilla, 20 diciembre 1996, RCEA, 1998, págs. 111-114.

V. LAS SOMBRAS QUE DETERMINAN QUE LA ANULACIÓN DE UN LAUDO CONTRARIO AL ORDEN PÚBLICO DEBE SER TOTAL Y NO PARCIAL

Frente a la tesis favorable a la anulación parcial en los supuestos de vulneración de orden público, los autores que suscriben el presente artículo, sin desmerecer los argumentos aducidos en el epígrafe anterior, son partidarios de la posición contraria ya que, consideran que el orden público, por su categoría y entidad, no admite respuestas parciales y, en caso de apreciarse, debe conllevar consigo la total anulación del laudo, no parcial.

Nuestra fundamentación parte de las siguientes premisas:

- El propio tenor literal del art. 41.3 LA ciñe la anulación parcial a aquellos motivos basados en un error *in negotio*: (i) la extralimitación de los árbitros y (ii) la arbitrabilidad de las controversias.

  Como se ha referido, el Ministerio Fiscal en su alegato nunca llegó a explicar por qué si la norma es clara y precisa en su contenido, cabe confrontar su literalidad con los principios de justicia rogada y permanencia de los actos. En estos supuestos, a nuestro juicio, parece que la labor interpretativa deviene innecesaria y, si se hace, puede provocar soluciones jurídicas distintas a las que efectivamente la ley consagra e, incluso, deformar la intención del legislador.

  Nótese que el art. 3.1 del Código Civil español que regula las reglas de interpretación de las normas jurídicas es claro: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

  Por tanto, el hecho de que el legislador español únicamente haya seleccionado dos de los motivos recogidos en el art. 41.1 LA para permitir su posible anulación de manera parcial parece bien sencilla: el legislador quiso permitir la anulación parcial únicamente para aquellos supuestos de indudable justificación negocial, ya que, en el origen de los motivos c/ y e/ se halla un error *in negotio* que vicia el ámbito objetivo de lo concertado en el convenio arbitral. Pero no así en el resto de los motivos.

  Por ende, si resulta que el sentido de la regulación y el ámbito material del art. 41.3 LA se deduce de manera clara, carece de sentido que el TSJ de Madrid y el Ministerio Fiscal acudieran a una interpretación teleológica del precepto.

De hecho, esta reflexión nos conduce a la conclusión a la que llegó Gómez Jene. M (2021), quien aun partidario de la postura favorable a la anulación parcial, parece mandar una nueva tarea al legislador, a saber: la de modificar la LA en este punto:

> En cualquier caso, mientras no se produzca una necesaria modificación de la Ley de Arbitraje en este punto, la aportación del Ministerio Fiscal del TC supone un elemento relevante más a favor de admitir la anulación parcial del laudo arbitral en aplicación de la cláusula de orden público[10].

De todo lo anterior se colige que el legislador no eligió al azar los dos supuestos en los que es aceptable la anulación parcial, pues estos motivos tienen un nexo que confirman su *ratio legis*, que es el error *in negotio*.

- El carácter esencial y absoluto del concepto del orden público.

  Tal y como hemos expuesto en el apartado II, el orden público representa los principios y reglas más esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que no caben medias tintas si una decisión atenta contra éste.

  Esta entidad es la que justificaría la decisión del legislador de no contemplarlo como un supuesto de anulación parcial sino total.

  De hecho, si lo comparamos con supuestos análogos en nuestro ordenamiento jurídico, la respuesta es evidente. Así, la nulidad de actuaciones procesales tiene como consecuencia la nulidad total de la resolución y, en ningún caso, permite la revocación parcial.

  Es más, el propio TSJM reconoció en la sentencia objeto de amparo el carácter esencial y absoluto del orden público. En nuestra opinión, dicha afirmación resulta contradictoria con el hecho de mantener en parte un laudo que es contrario a este. Y ello porque esta decisión permitiría que un laudo que atenta contra el orden público siga manteniendo una serie de efectos. O se solicita y se concede la anulación total o no, pero ante un pilar tan esencial como es el orden público no deberían caber respuestas parciales.

  Para reforzar esta idea cabe recordar una conclusión que se alcanzó en el epígrafe anterior y que además encuentra apoyo en la antedicha tesis de Gómez Jene, M. (2021)[11]: si la doctrina y jurisprudencia están de acuerdo

10 Cfr. Gómez Jene, M. (2021), p. 753.

11 Cfr. Gómez Jene, M. (2021), p. 752: «Que la anulación parcial abarque a estos supuestos es perfectamente comprensible: puede que solo una parte de la controversia sea inarbitrable y

> en que, ante una vulneración de las garantías mínimas del debido proceso, por ejemplo, por una falta de notificación adecuada, el laudo tendría que ser anulado en su totalidad, ¿por qué no tendría que ser anulado también en su totalidad si estas garantías mínimas se vulneran por contravenir el orden público?
>
> Parece que esta comparativa evidencia que permitir la anulación parcial para el supuesto recogido en la letra f/ del art. 41.1 LA y no el de a/, b/ y d/, carece de toda lógica —nótese que ninguna de estas letras se contempla en el art. 41.3 LA—.

Al igual que sucede con los partidarios de la anulación parcial, no ha sido tarea sencilla encontrar resoluciones que aborden y analicen dicha cuestión dado que parece no haberse planteado o, al menos, haberse resuelto expresamente por parte de los tribunales españoles tal cuestión.

No obstante, existen una serie de sentencias del año 2015 del TSJ de la Comunidad Valenciana que fueron y han sido de gran ayuda para reafirmarnos en el razonamiento anterior, aunque ya avanzamos que no tratan en profundidad el supuesto. En concreto, nos referimos a las Sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, n.º 1/2015 de 12 de enero; y n.º 10/2015, de 23 de abril:

> [P]ara que la estimación de la anulación pueda ser parcial es necesario que concurra el supuesto previsto en el art. 41.3 LA que requiere que concurran pronunciamientos de los previstos en los epígrafes c/ y e/ del apartado 1 «cuestiones no sometidas a su decisión» o «cuestiones no susceptibles de arbitraje», y fuera de estos casos la acción de anulación afecta al laudo conceptuado de forma unívoca.

Del fragmento anterior se deduce que el TSJ de la Comunidad Valenciana también entiende que hay que interpretar el art. 41.3 LA de manera literal. Ergo, no se puede anular parcialmente un laudo que contravenga el orden público sino de forma total.

Adicionalmente, resulta llamativa la sentencia de la AP de Navarra, n.º 246/2022, de 30 de noviembre, pues interpretó del mismo modo la derogada Ley

---

puede también que la incongruencia o extralimitación se manifieste también de forma limitada. Sin embargo, la invalidez del convenio arbitral, la vulneración de los derechos de defensa o las irregularidades procedimentales […] constituyen motivos de anulación que invalidan automáticamente el laudo en su integridad; no son motivos de anulación, por tanto, que puedan considerarse de forma matizada de cara a una anulación parcial».

de Arbitraje de España de 1988 —cuya redacción acerca de qué laudos podían ser anulados parcialmente era, incluso, más clara[12]—.

Por tanto, los autores que suscriben el presente artículo consideran que el tenor literal del art. 41.3 LA y la entidad del orden público debería conllevar a la anulación total del laudo, nunca parcial.

VI. LA REGULACIÓN DE LA ANULACIÓN PARCIAL POR VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO EN PERÚ

Una vez expuesta la situación en España y la opinión de estos autores, veamos si dichas conclusiones son extrapolables a la regulación de la anulación parcial en el Decreto Legislativo 1071 que norma el arbitraje (la «Ley de Arbitraje de Perú»), en casos de un laudo que vulnera el orden público internacional.

1. La vulneración del orden público internacional como causal de anulación

El artículo 63 de la Ley de Arbitraje de Perú regula los causales de anulación de los laudos y el alcance de dicha anulación.

Entre otros motivos, el apartado 1. f/ recoge que un laudo podrá ser anulado cuando sea contrario al orden público internacional, en caso de que nos hallemos ante un arbitraje internacional.

En este sentido, el artículo 5 de la Ley de Arbitraje de Perú determina que el arbitraje tendrá carácter internacional cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: (i) si las partes, al momento de la celebración del convenio arbitral, tienen sus domicilios en Estados diferentes, (ii) si el lugar del arbitraje está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios o (iii) si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha está situado fuera del territorio nacional, cuando las partes estén domiciliadas en Perú.

Pues bien, la Ley de Arbitraje de Perú, al igual que la Ley de Arbitraje de España, reconoce la anulación del laudo por ser contrario al orden público. Ahora bien, lo ciñe al orden público internacional.

---

12 *Vid*. el art. 45.4: Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje. En estos casos la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de arbitraje, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal.

Si bien el concepto de orden público nacional e internacional es difuso, autores como Soto Coaguila, C.A. y Bullard González, A. (2011)[13] definen el orden público internacional, en contraposición con el nacional, del siguiente modo:

> El Orden Público Internacional es un subconjunto del grupo de normas que conforman el Orden Público Interno, y se diferencian únicamente por el grado de importancia dentro del ordenamiento nacional. Se trata de aquellos valores esenciales del Derecho de una población en particular. De esta forma, «el número de asuntos considerados parte del orden público es más limitado en casos internacionales que en casos nacionales […] la ejecución de un laudo sólo ha de ser denegada si la ejecución violaría las nociones más básicas de moralidad y justicia del Estado del foro». El concepto de orden público internacional es mutable y subjetivo, depende de las apreciaciones que tenga el juez de una sociedad en un momento determinado. Encuadrar conductas dentro del Orden Público Internacional es un ejercicio que debe hacerse con sumo cuidado y de forma restrictiva; sólo cuando se alteren los conceptos más fundamentales de la sociedad en cuestión.

En línea con lo expuesto en el apartado II, el orden público internacional se corresponde con los principios y valores más esenciales de la sociedad en su conjunto y tiene un carácter más restringido que el nacional. Es decir, la entidad y el carácter absoluto del orden público internacional es incuestionable.

Por último, conviene resaltar que, al amparo del artículo 63.6 de la Ley de Arbitraje de Perú, la vulneración del orden público internacional (causal f/) puede incluso ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce el recurso de anulación. Todo ello, denota el carácter esencial que ostenta el orden público internacional.

2. La anulación parcial y la compatibilidad con la vulneración del orden público internacional

Visto que la Ley de Arbitraje de Perú recoge la vulneración por orden público internacional como causa de anulación, analicemos si su apreciación es o no compatible con la anulación parcial del laudo, no total.

En términos análogos a los del artículo 41.3 de la Ley de Arbitraje de España, la Ley de Arbitraje de Perú tan solo prevé dos supuestos en los que la anulación afectaría tan solo a una parte del laudo.

---

13 Cfr. Soto Coaguila, C.A. y Bullard González, A. (2011), pp. 29 y 30.

En concreto, el artículo 63.3 de la Ley de Arbitraje de Perú dispone lo siguiente:

> Tratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del numeral 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

Es decir, como sucede en España, la Ley de Arbitraje de Perú contempla de forma expresa la anulación parcial únicamente en dos casos: (i) cuando la anulación verse sobre cuestiones no sometidas a arbitraje (causal art. 63.1 d/ o (ii) cuando la anulación afecte a materias no susceptibles de arbitraje (causal art. 63.1 e/).

A mayor abundamiento, la Ley de Arbitraje de Perú regula en el artículo 65 las consecuencias de la anulación del laudo y en el caso de los causales d/ y e/ del artículo 63.1, hace referencia a la anulación del laudo o de «parte de él». Para el resto de los causales no se contempla esta última precisión.

En concreto, el citado precepto rige como sigue[14]:

d. Si el laudo, **o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso d. del numeral 1 del artículo 63**, la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje, si estuviera contemplada en el convenio arbitral. En caso contrario, la materia podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.
e. **Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso e. del numeral 1 del artículo 63**, la materia no susceptible de arbitraje podrá ser demandada judicialmente.

En el resto de los casos, el artículo 65 hace referencia a la anulación del laudo, sin incluir la mención a «parte de él». Así, resulta lógico concluir que la anulación parcial solo se contempla para los causales d/ y e/, no para el resto, entre ellos, la vulneración del orden público internacional (causal f/).

Asimismo, los autores que suscriben este artículo tampoco han localizado una resolución del TC de Perú que haya resuelto por el momento la compatibilidad de la anulación parcial con la vulneración del orden público internacional.

---

14 Lo resaltado es nuestro.

Por tanto, los dos argumentos expuestos para sostener que la Ley de Arbitraje de España, permite anular de forma parcial un laudo por ser contrario al orden público, esto es la entidad del concepto de orden público y el tenor literal de la norma, son extrapolables a la Ley de Arbitraje de Perú. Y ello porque nos hallamos ante regulaciones análogas y sobre las que los respectivos Tribunales Constitucionales no se han pronunciado.

VII. CONCLUSIONES

El debate acerca de la posibilidad de anular un laudo parcialmente cuando uno o alguno de sus pronunciamientos resulta contrario al orden público surgió a raíz del caso que dio lugar a la STC n.º 65/2021, de 15 de marzo.

No obstante, y aunque habría sido lo óptimo para arrojar luz sobre la cuestión, el TC español dejó sin resolver esta suerte de excepción planteada en el recurso de amparo. Excepción que, hasta el momento, no había sido opuesta en ningún procedimiento español o, al menos, no había sido recogida en ninguna sentencia hasta la STSJ de Madrid n.º 36/2019, de 1 de octubre que fue objeto de amparo.

La citada excepción versaba acerca de la imposibilidad de anular de manera parcial un lado por contravenir el orden público a la luz de lo dispuesto en el art. 41.3 LA que ciñe la anulación parcial a dos supuestos concretos: (i) la extralimitación de los árbitros y (ii) la arbitrabilidad de las controversias.

Ante dicho escenario se plantean dos posiciones contrapuestas que se han desarrollado a lo largo de este artículo:

- La línea de defensa a favor —respaldada por el TSJ de Madrid, el Ministerio Fiscal y Gómez Jene, M. (2021)— propone una interpretación teleológica del art. 41.3 LA. A juicio de sus partidarios, del precepto subyacen los principios de justicia rogada y permanencia de los actos, por lo que, si las cuestiones objeto de nulidad tienen sustantividad propia, se puede anular de manera parcial un laudo contrario al orden público.
- La línea de defensa en contra, que sostienen estos autores, y se basa en dos premisas:

  (i) El legislador con el artículo 41.3 LA quiso permitir la anulación parcial para aquellos supuestos de indudable justificación negocial, ya que en el origen de los motivos c/ y e/ del art. 41.1 LA se halla un error *in negotio* que vicia el ámbito objetivo de lo concertado en el convenio

arbitral —no así en el resto de los motivos, v. gr. la contravención del orden público—.

(ii) El orden público reviste tal entidad que conlleva que la resolución que lo vulnere deba ser anulada en su totalidad y no sólo de forma parcial, por lo que no caben soluciones intermedias.

En consecuencia, la tesis en contra defiende que el art. 41.3 LA es claro y preciso en su contenido, por lo que no cabe confrontar su literalidad con los principios de justicia rogada y permanencia de los actos ya que, ello puede provocar soluciones jurídicas distintas a las que efectivamente la ley consagra, así como deformar la intención del legislador.

Dicha postura resulta extrapolable a la Ley de Arbitraje de Perú dado que contiene una regulación sobre la anulación parcial análoga a la española. Es decir, tan solo contempla la anulación parcial en casos de materias no sometidas a arbitraje (art. 63.1 d/) o no susceptibles de arbitraje (art. 63.1 e/). La vulneración del orden público internacional (art. 63.1 f/) no aparece dentro de las excepciones. Asimismo, el TC de Perú tampoco se ha pronunciado a día de hoy sobre la compatibilidad de la anulación parcial con la violación del orden público internacional.

Así las cosas, los dos argumentos para defender la imposibilidad de anular un laudo cuando éste resulte contrario al orden público —es decir, la entidad del concepto de orden público y el tenor literal de la norma— son extrapolables a la Ley de Arbitraje de Perú.

En definitiva, el encaje de la anulación parcial con la vulneración del orden público es un debate reciente y novedoso que, no cabe duda, terminará siendo analizado por parte del TC español y peruano.

BIBLIOGRAFÍA

Díez Picazo, L. (1969). Estudios sobre la jurisprudencia, vol. 2. *Tecnos*. Madrid.

Doral García, J.A. (1967). La noción de orden público en el Derecho civil español. Pamplona.

Doral García, J.A. (1973). Orden público I Derecho civil. *Gran Enciclopedia Rialp*. Madrid.

Gómez Jene, M. (2021). Arbitraje europeo: una crítica a la sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo, *Cuadernos de derecho transnacional, ISSN-e 1989-4570, Vol. 13, n.º 2*.

Lorca Navarrete, A.M. (2004). Los motivos de la denominada acción de nulidad contra el laudo arbitral en la vigente Ley de arbitraje. *Diario La Ley, n.º 6005, Sección Doctrina, 27 de abril de 2004, ref. D-95. LA LEY*.

Luna Serrano, L. et. al. (1987). Elementos de Derecho Civil, I.3º. Barcelona.

Soto Coaguila, C.A. y Bullard González, A. (2011). Comentarios a Ley Peruana de Arbitraje. *Instituto Peruano de Arbitraje*.

Recibido: 13-09-2024
Aprobado: 01-04-2025

Autonomía del juez constitucional y del poder judicial frente a la indebida configuración y naturaleza del amparo político en el Perú

Autonomy of the constitutional judge and the judiciary in the face of the improper design and nature of political amparo in Peru

✍ Jhonny Tupayachi Sotomayor*

Resumen

Se lleva a cabo un estudio sobre la incorporación del artículo 52-A en el Código Procesal Constitucional, el cual ha establecido un procedimiento especial en el trámite de demandas de amparo, que vulnera la igualdad procesal, la separación de poderes y otras instituciones. Se analiza como el legislador 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.

Palabras clave

Código Procesal Constitucional, procedimiento especial, igualdad procesal, proceso de amparo.

* Abogado, magíster 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). Actual Procurador Público en materia constitucional del Poder Judicial del Perú. Código ORCID: 0000-0002-2012-6271. Correo electrónico: jtcmf@hotmail.com

Abstract

This study analyses the introduction of Article 52-A into the Constitutional Procedural Code. The provision establishes a special procedure for amparo claims, thereby infringing procedural equality, the separation of powers, and other fundamental constitutional principles. The paper demonstrates how the legislature has framed a factual scenario that secures for itself a privileged position within the amparo proceeding, notwithstanding its obligation to abide by the same procedural conditions as every other party.

Keywords

Constitutional Procedural Code, special procedure, procedural equality, amparo proceeding.

Sumario

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN. **II.** EL CONTENIDO DEL MAL DENOMINADO AMPARO POLÍTICO. **III.** ASPECTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL AMPARO POLÍTICO. **IV.** SOBRE LA VULNERACIÓN A LAS GARANTÍAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. **V.** A MANERA DE CONCLUSIÓN.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Luego del pronunciamiento jurisdiccional recaído en la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) contenida en el Exp. N.° 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 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.° 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.

> […] 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.° 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. Consecuente 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 2 que reconoce el derecho a la igualdad ante la ley; b) el artículo 43 que reconoce el principio de separación de poderes; y c) el artículo 139, 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).

II. 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.

III. ASPECTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL AMPARO POLÍTICO

III.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 garantizarse 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.° 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.° 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 tam-

> bién 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, con el 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, esta 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.

III.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 «especial». 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.

IV. SOBRE LA VULNERACIÓN A LAS GARANTÍAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

IV.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.° 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.° 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.

IV.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.° 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.

IV.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 constituye 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 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.° 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.° 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 solo 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.

IV.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.° 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.° 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».

Asimismo, el máximo intérprete de la Constitución, en la sentencia recaída en el Exp. N.° 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.° 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.° 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.° 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.° 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.

V. A MANERA DE 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.° 9*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (1998). *Caso Blake vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C N.° 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.° 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.° 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.° 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.° 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.° 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.° 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.° 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.° 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.° 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.° 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.° 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.° 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.° 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.° 00015-2001-AI/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2001b). *Sentencia recaída en el expediente N.° 00016-2001-AI/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2002a). *Sentencia recaída en el expediente N.° 00004-2002-AI/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2002b). *Sentencia recaída en el expediente N.° 01042-2002-AA/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2004a). *Sentencia recaída en el expediente N.° 0090-2004-AA/TC (Juan Carlos Callegari Herazo)*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2004b). *Sentencia recaída en el expediente N.° 0518-2004-AA/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2005a). *Sentencia recaída en el expediente N.° 0023-2005-PI/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2005b). *Sentencia recaída en el expediente N.° 04119-2005-AA/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2005c). *Sentencia recaída en el expediente N.° 00763-2005-PA/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2005d). *Sentencia recaída en el expediente N.° 8453-2005-PHC/TC (Joseph Anthony Pompei y otros)*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2006a). *Sentencia recaída en el expediente N.° 03593-2006-PA/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2006b). *Sentencia recaída en el expediente N.° 0582-2006-PA/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2011). *Sentencia recaída en el expediente N.° 4944-2011-PA/TC (Mateo Grimaldo Castañeda Segovia)*.

Recibido: 31-08-2025
Aprobado: 30-09-2025

El uso de la inteligencia artificial en la emisión de sentencias para mejorar el acceso a la justicia en México

The Use of artificial intelligence in judicial decision-making to improve access to justice in Mexico

✍ Eber Omar Betanzos Torres*
✍ Ubaldo Márquez Roa**
✍ Juan Pablo Garrido López***

* Abogado por la Escuela Libre de Derecho, filósofo por la Universidad Panamericana, economista por la Universidad Nacional Autónoma de México, teólogo por la Universidad La Salle. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, en Derechos Humanos y en Historia del Arte. Master en Derecho Constitucional, en Derecho Penal Internacional y en Antropología Aplicada. Experto en Pueblos Indígenas, Derechos Humanos y Cooperación Internacional. Maestro y doctor en Derechos Humanos. Código ORCID: 0000-0002-6642-221X. Correo electrónico: miterceraletra@gmail.com

** Licenciado en Derecho, Maestro en Derecho Constitucional y Amparo por parte de la «Escuela Libre de Derecho de Puebla» y Doctor en Derecho por la misma institución. Investigador nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. Código ORCID: 0000-0002-6090-2140. Correo electrónico: ubaldo.marquez.roa@gmail.com

*** Maestro en Antropología con especialidad en Etnología por el Instituto de Investigaciones Antropológicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Doctorante en Sociología de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales (FCPyS) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Código ORCID: 0009-0006-1326-2028. Correo electrónico: juanpasmr@hotmail.com

Revista Peruana de Derecho Constitucional, N.º 18, 2024, julio-diciembre, pp. 237-259.

Resumen

La inteligencia artificial (IA) está transformando la emisión de resoluciones judiciales, facilitando un acceso a la justicia más rápido, eficiente y eficaz dentro del sistema jurídico mexicano. Plataformas como Google Gemini, Meta Al, Microsoft Al, Jasper DeepL, Snatchbot, Botpress y ChatGPT están revolucionando la administración de justicia, optimizando el razonamiento jurídico a través de la ponderación y la subsunción. Además, la IA mejora la fundamentación, motivación, gestión y organización de la carga de trabajo judicial. Sin embargo, el uso de la IA en la toma de decisiones judiciales plantea debates éticos en relación con su aplicación en la resolución de litigios que implican la ponderación de derechos fundamentales. Este estudio examina el impacto de la IA en el sistema jurídico mexicano, abarcando temas como la justicia en línea, la valoración de pruebas y la redacción de sentencias utilizando razonamientos basados en IA. Además, se evalúa la efectividad de la plataforma de IA «Sor Juana» en la redacción de sentencias y en la impartición de justicia pronta y eficaz. Esta investigación es de carácter aplicado, comparando las características de Sor Juana con otros sistemas de IA utilizados en la administración de justicia para evaluar su funcionalidad.

Palabras clave

Inteligencia artificial, sentencias judiciales, argumentación jurídica, equilibrio de derechos.

Abstract

Artificial intelligence (AI) is reshaping the issuance of judicial decisions and is helping to deliver faster, more efficient and more effective access to justice within the Mexican legal system. Platforms such as Google Gemini, Meta AI, Microsoft AI, Jasper, DeepL, Snatchbot, Botpress and ChatGPT are revolutionising court administration by optimising legal reasoning through balancing and subsumption techniques. AI also strengthens the grounding, motivation, management and organisation of judicial workloads.

Yet its use in judicial decision making raises significant ethical debates, especially in litigation that requires the balancing of fundamental rights. This study analyses AI's impact on the Mexican legal system, addressing issues such as online justice, evidentiary assessment and the drafting of judgments based on AI-generated reasoning. In addition, it evaluates the effectiveness of the «Sor Juana» platform in drafting decisions and in providing prompt and effective justice. The applied research compares Sor Juana's features with those of other AI systems used in court administration in order to assess its functionality.

Keywords

Artificial intelligence, judicial decisions, legal argumentation, balancing of rights.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. **II.** METODOLOGÍA. **III.** EL IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA CIENCIA JURÍDICA. **IV.** CONSIDERACIONES ÉTICAS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. **V.** CONCLUSIONES. **VI.** FUENTES DE INFORMACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La evolución humana ha propiciado el desarrollo de herramientas avanzadas que optimizan las tareas cotidianas, reflejando la capacidad de adaptación social al entorno. Esto ha facilitado la integración de las tecnologías más avanzadas, mejorando significativamente la calidad de vida. La aplicación de tecnologías diversas e innovadoras repercute profundamente en el ser humano, ya que permite una comunicación, organización, gestión, educación y asistencia sanitaria eficientes. En este contexto, las tecnologías son un componente esencial de la vida cotidiana y un sello distintivo del progreso evolutivo humano: el impacto de la IA en la ciencia jurídica.

El ingenio humano ha permitido el desarrollo de la inteligencia artificial (IA) en los procesadores informáticos. Lo que Isaac Asimov imaginó en su obra seminal *Yo, Robot,* ya no parece distante de la realidad, pues introdujo el concepto del «fantasma en la máquina», refiriéndose a la capacidad de los procesadores para aprender —esencialmente, IA. La doctrina define la IA como «la capacidad de una máquina para mostrar las mismas capacidades que los humanos, como el razonamiento, el aprendizaje, la creatividad y la planificación» (Europarl.europa.eu, 2021).

La IA es un componente fundamental de la sociedad digital y ha sido diseñada para proporcionar numerosos beneficios a las personas, desde tareas sencillas hasta la resolución de problemas complejos. Su utilización solo requiere herramientas digitales esenciales y acceso a Internet. Sin embargo, es importante destacar que la IA no sustituye al ser humano, sino que sirve como mecanismo de apoyo para la ejecución de tareas, dependiendo su uso efectivo de la destreza de su operador.

En países como México, el sistema judicial se enfrenta a importantes retrasos debido a una mala gestión y a la falta de organización administrativa. Esto representa una oportunidad para transformar estos sistemas en plataformas de justicia inteligente. La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) ha destacado que «los sistemas de IA tienen el potencial de mejorar la eficiencia de los procesos administrativos, ayudando a liberar recursos humanos dentro de los sistemas judiciales para tareas más analíticas y reduciendo los retrasos» (2023). Por ejemplo, la aplicación de la IA en el análisis de grandes cantidades de datos jurídicos facilita la identificación de precedentes legales, optimiza los procesos judiciales y ayuda a los jueces proporcionándoles información predictiva sobre la duración de las sentencias y las probabilidades de reincidencia (2023). Cabe destacar que estos avances no comprometen la protección de los derechos humanos a lo largo de los procedimientos judiciales, ni socavan principios fundamentales como el *pro homine.*

Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), como forma primordial de innovación tecnológica, han desempeñado un papel crucial en la mejora de las tareas de comunicación, investigación y adquisición de conocimientos. Su rápida evolución ha propiciado la aparición de tecnologías alternativas, como la inteligencia artificial. La integración de la IA en los sistemas judiciales permite sistematizar y acelerar la generación de proyectos de sentencia, mejorando así la eficiencia y eficacia de los procedimientos judiciales.

Los sistemas de IA son marcos computacionales capaces de realizar tareas que normalmente requieren inteligencia humana. Se basan en metodologías de aprendizaje automático y aprendizaje profundo, que permiten a la IA procesar datos, identificar patrones y mejorar su rendimiento a lo largo del tiempo sin necesidad de programación explícita (Data. S, 2022).

La implementación de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales facilita el análisis de grandes cantidades de datos jurídicos, lo que permite identificar precedentes que mejoran la eficiencia de los procedimientos judiciales. La IA contribuye a una administración de justicia más ágil, al tiempo que garantiza que no sustituye a la toma de decisiones humana.

En la práctica jurídica, *la subsunción* aplica normas jurídicas generales a casos concretos, produciendo resoluciones precisas y rápidas, mientras que *la ponderación* aborda conflictos complejos entre principios generales o derechos fundamentales, necesitando un enfoque más flexible y matizado. Si bien la IA podría llevar a cabo eficazmente la subsunción, aún está lejos de ser capaz de resolver cuestiones relacionadas con la ponderación jurídica.

La integración de la IA en el sistema judicial mexicano plantea varias consideraciones éticas, como la transparencia y la rendición de cuentas en el uso de la IA, los sesgos de equidad, el respeto de los derechos humanos, la evaluación continua, la protección de datos y el equilibrio de derechos.

II. METODOLOGÍA

Esta investigación emplea un enfoque interdisciplinario para analizar la IA como herramienta en la ciencia jurídica, centrándose en un estudio de caso de la plataforma Sor Juana y su papel en la redacción de sentencias. A través de preguntas específicas, se evalúa su eficacia. La metodología es triple: empírica, ya que investiga el papel de la IA en la redacción de sentencias, permitiendo la discusión e interpretación de los resultados de las pruebas de Sor Juana; teórica, ya que integra un marco robusto mediante la revisión de fuentes especializadas;

y aplicada, utilizando un método comparativo para evaluar el rendimiento de Sor Juana frente a otros sistemas de IA en la administración judicial, identificando similitudes y diferencias clave.

III. EL IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA CIENCIA JURÍDICA

Una comprensión integral de la IA depende en gran medida de reconocer su interconexión con diversos ámbitos. Uno de los más significativos —particularmente en este debate— es el concepto de justicia digital, que abarca los juicios en línea y el uso de herramientas digitales para facilitar los procedimientos judiciales. La justicia digital, por lo tanto, implica la aplicación inclusiva y extensiva de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en la gestión de casos, la evaluación de documentos y la celebración de vistas (Medina, 2022).

Los profesionales del derecho están cada vez más comprometidos con el uso de la inteligencia artificial. Esta tecnología ha estado operativa en México desde hace varios años, como lo demuestran los motores de búsqueda jurídica especializada, como el *Semanario Judicial de la Federación* y los motores de búsqueda de derechos humanos, los portales de acceso abierto al gobierno, los servicios de expedientes digitalizados y las plataformas de comunicación digital para las autoridades gubernamentales, incluyendo los buzones electrónicos del Servicio de Administración Tributaria. Además, la IA facilita los procedimientos de litigio en línea, como el juicio de amparo/*habeas corpus*. Estos avances contribuyen a un acceso más eficiente y rápido a la justicia dentro de los procesos judiciales y administrativos.

A pesar de la integración de herramientas basadas en IA en el ámbito jurídico, éstas no sustituyen a la profesión jurídica. Aunque puede realizar tareas específicas, requiere instrucciones y terminología precisas, ya que estos sistemas no son autónomos, si bien existen programas específicos que permiten automatizar los procesos. Sin embargo, no puede realizar ejercicios de *ponderación* jurídica, ya que los seres humanos poseen inteligencia emocional y la capacidad de establecer marcos basados en valores esenciales para la búsqueda de la justicia.

La inteligencia artificial, dentro de los sistemas jurídicos, experimentó un cambio de paradigma tras la pandemia de COVID-19 en 2020. La adopción de las tecnologías de la información y la comunicación se convirtió en parte integrante de la vida cotidiana, lo que hizo necesaria la adaptación de los procesos judiciales a las nuevas condiciones impuestas por la emergencia de salud pública.

Se introdujeron audiencias virtuales para garantizar la continuidad de los procesos judiciales y evitar retrasos en la administración de justicia. Estos procesos beneficiaron a los individuos al permitirles participar independientemente de su ubicación geográfica o limitaciones físicas, reduciendo los costes de transporte y los tiempos de espera y, en última instancia, reforzando la igualdad jurídica y la seguridad procesal entre las partes implicadas.

Los avances mencionados permitieron a los jueces perfeccionar aún más los sistemas de valoración de la prueba digital, allanando cautelosamente el camino para aceptar la información digital generada inicialmente a través de medios electrónicos (Granero, 2021; Gutiérrez, 2022). Particular consideración se dio a la motivación y seguridad jurídica que proporciona la firma electrónica, sobre todo a la luz de las resoluciones de las autoridades judiciales mexicanas que afirman que los documentos emitidos con firma electrónica avanzada o código QR están protegidos jurídicamente y poseen la misma validez legal que los documentos con firma manuscrita (Tribunal Colegiado de Circuito, 2023, Tesis XVI.1o.A.28 K, registro 2013928).

En consecuencia, la valoración de la prueba electrónica se estructura en torno a sistemas probatorios preestablecidos o marcos de valoración libres (Ortiz, 2020). Bajo este enfoque, las pruebas digitales se someten a un riguroso examen por parte de expertos en tecnologías de la información y la comunicación (TIC) para certificar su integridad y confirmar que no han sido alteradas.

La transición a la digitalización, la innovación acelerada para la mejora de los procesos y la aparición de la inteligencia artificial responden esencialmente a un nuevo contexto social. En este sentido, el término *Cuarta Revolución Industrial,* acuñado por Klaus Schwab en 2016, se refiere a «la integración de los sistemas ciber-físicos con el mundo real a través de la tecnología» (García y Oliveira, 2023). Esta transformación se extiende a varios sectores, como la industria, la economía y la sociedad, impulsada por tres categorías distintas de tecnologías: físicas, digitales y biológicas.

Las tecnologías físicas incluyen avances en robótica y fabricación aditiva. Las tecnologías digitales abarcan la IA, el Internet de las Cosas (loT) y el *blockchain*. Las tecnologías biológicas incluyen los avances en biotecnología. Los avances tecnológicos descritos en la teoría de Klaus Schwab (2017) presentan oportunidades para mejorar la productividad en los entornos laboral y económico. Tanto los gobiernos como la sociedad deben adaptarse a esta transformación; de lo contrario, deben desarrollar estrategias para mitigar las brechas de desigualdad tecnológica.

En el ámbito de las ciencias jurídicas, los sistemas de IA incorporan el aprendizaje profundo, una característica que permite un aprendizaje automático análogo a los procesos cognitivos humanos. Aunque no son autónomos, estos sistemas analizan datos y patrones para generar predicciones. Con el tiempo, se espera que gestionen asuntos jurídicos cada vez más complejos (Iberdrola, 2021).

La Industria 4.0 introduce diversas tecnologías orientadas a optimizar el sistema judicial en México mejorando la eficiencia, la transparencia y el acceso a la justicia. Estas tecnologías incluyen:

1. **Sistemas de Gestión de Casos (SGC)**: permiten el registro electrónico de casos, la automatización de tareas administrativas para reducir la carga de trabajo y la implementación de flujos de trabajo eficientes para agilizar los procesos judiciales.
2. **Los asistentes virtuales:** proporcionan información jurídica y apoyan el análisis predictivo en la toma de decisiones judiciales de las autoridades jurisdiccionales.
3. **Digitalización de los expedientes:** facilita el almacenamiento electrónico de los documentos jurídicos, lo que permite un acceso rápido a la información, la reducción de los costes asociados a los materiales físicos y la estandarización de los procedimientos judiciales.
4. **Plataformas de resolución de litigios en línea**: promueven la resolución de conflictos a través de la negociación virtual, minimizando los costes de desplazamiento y reduciendo los tiempos de espera en los tribunales.
5. ***Big Data Analytics***: esta tecnología se utiliza para identificar patrones de comportamiento delictivo y mejorar la planificación judicial, optimizando la asignación de recursos (López, 2021).

La integración de la inteligencia artificial en los procesos judiciales está estrechamente alineada con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en concreto con el Objetivo 16, que se centra en la justicia, la paz y las instituciones sólidas. La IA desempeña un papel crucial a la hora de garantizar la impartición rápida y universal de la justicia. Sin embargo, es esencial abordar la brecha digital existente y establecer una sólida interconectividad de datos para mejorar la transparencia y la eficiencia de la administración judicial. La Unión Europea ha establecido su Ley de Inteligencia Artificial, que se aplicará a nivel internacional a partir del 1 de agosto de 2024. Esta legislación está diseñada para salvaguardar la seguridad y los

derechos fundamentales de los ciudadanos, al tiempo que fomenta la innovación en el sector tecnológico. Clasifica los riesgos potenciales asociados al uso de la IA en cuatro categorías distintas:

1. **Riesgo inaceptable:** esta categoría engloba los sistemas de IA que amenazan directamente los derechos fundamentales, como los sistemas de puntuación social. Estos sistemas controlan, asignan y restan puntos a personas y empresas en función de las infracciones de la normativa. Debido a su naturaleza discriminatoria, estos sistemas se consideran prohibidos.
2. **Alto riesgo:** esta categoría incluye sistemas de IA que potencialmente podrían causar daños significativos y, por tanto, están sujetos a rigurosos requisitos legales. Es esencial evaluar sus componentes de seguridad y las repercusiones de los sistemas de clasificación personal, sobre todo porque estos sistemas pueden tener un gran impacto en los derechos humanos al influir en decisiones críticas que afectan a la vida y el futuro de las personas (artículo 9).
3. **Riesgo limitado:** aplicaciones que tienen un impacto menor y están sujetas a requisitos reducidos.
4. **Riesgo mínimo:** la mayoría de las aplicaciones de IA no están reguladas explícitamente.

La ley prohíbe la vigilancia masiva en espacios públicos salvo autorización judicial. Además, promueve el apoyo a las pequeñas y medianas empresas que quieran innovar en IA para desarrollar soluciones avanzadas. Por último, establece la armonización de la normativa para la comercialización de sistemas de IA. Aunque las disposiciones reglamentarias entrarán en vigor en 2026, algunas serán vinculantes a partir de 2025. Las sanciones consisten en multas equivalentes a treinta y cinco millones de euros (artículo 71).

En el contexto latinoamericano, Brasil ha estado a la vanguardia en el uso de la IA para desarrollar procesos legales a través de su proyecto de ley número 2338/23, que fue aprobado por el Senado el 10 de diciembre de 2024, para garantizar servicios más eficientes y eficaces mediante la simplificación del acceso a la justicia para todas las personas. Este instrumento garantiza que las personas tendrán sus procesos legales digitalmente, logrando una revisión significativa de los flujos de trabajo dentro de los tribunales del país. Como resultado, se reducen las cargas burocráticas y se amplía el acceso a la justicia de manera más ágil y transparente, reduciendo la discriminación y promoviendo la igualdad.

La Ley 2338/23 incluye importantes aportaciones que hacen hincapié en la protección de las personas y defienden los derechos humanos y los valores democráticos. Entre los principios clave se encuentran la igualdad y la no discriminación, la libertad de desarrollo de la personalidad, la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible. Además, la ley aboga por la protección de los derechos laborales, la innovación tecnológica, la libertad de empresa y de competencia, así como el fomento del desarrollo y la investigación. También aborda la protección de datos y el acceso a la información, así como la necesidad de educación y concienciación sobre la inteligencia artificial (artículo 2).

Los principios rectores de la ley incluyen el crecimiento integrador, el desarrollo sostenible y el bienestar, la libre elección y la autodeterminación, y la participación y supervisión humanas en el ámbito de la inteligencia artificial. Otros principios importantes son la no discriminación, la justicia, la equidad y la inclusión; la transparencia y la audibilidad; la fiabilidad y la seguridad de la IA; el debido proceso y el derecho de apelación; la trazabilidad de las decisiones; y la rendición de cuentas, incluida la reparación de daños. Además, la ley hace hincapié en la prevención de riesgos y la mitigación de efectos imprevistos, la no maleficencia y la garantía de que los métodos utilizados en los sistemas de IA sean proporcionados a los fines previstos (artículo 3).

La legislación brasileña, concretamente el artículo 4 de la Ley 2338/23, define claramente la inteligencia artificial como un sistema informático con diversos grados de autonomía. A través de este sistema, puede inferir objetivos utilizando el aprendizaje automático que, o bien es generado únicamente por la máquina, o bien incluye retroalimentación humana. Esta tecnología genera predicciones que pueden influir tanto en el entorno virtual como en el real.

La iniciativa de desarrollar programas de IA en el marco jurídico brasileño se centra en la asimilación de nuevos procesos para garantizar un acceso amplio, transparente y eficiente a la justicia para todos, sin dejar a nadie atrás. El objetivo es promover la equidad, como destaca el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2024).

Para apoyar esta iniciativa, se emplean *chatbots* como «Delegada Virtual» para ayudar a los usuarios a entender cómo presentar sus demandas y navegar por el sistema judicial virtual. Este enfoque es similar a las prácticas en Argentina y España, donde los *chatbots* proporcionan información jurídica básica para guiar a los usuarios a través de los procedimientos judiciales. Es importante entender que la IA no sustituye a quienes administran justicia, sino que automatiza los procesos judiciales para mejorar la accesibilidad. El punto clave es que los seres humanos,

con su avanzada capacidad de razonamiento, interpretan la ley, evalúan las pruebas y fundamentan las decisiones. La IA sirve para complementar el trabajo de un juez mediante la recopilación de datos y el suministro de información que ayuda a evaluar las opciones que conducen a sentencias justas. En Colombia, las aplicaciones de la IA en la administración de justicia se utilizan en tres áreas principales: 1) gestión del conocimiento jurídico, 2) gestión de información para políticas públicas en justicia, y 3) gestión de procesos judiciales (Cepeda y Otálora, 2020).

La utilización de la IA permite el desarrollo de soluciones concretas que pueden ser implementadas gradualmente, particularmente en áreas relacionadas con la legalidad y la subsunción. Estas soluciones esbozan obligaciones claras, explícitas y ejecutables que evitan disputas legales. A diferencia de las pruebas de equilibrio, estas obligaciones no requieren una tutela especial para salvaguardar los derechos fundamentales en situaciones urgentes.

IV. CONSIDERACIONES ÉTICAS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

En México, es importante destacar programas de IA como «Sor Juana», implementado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Este programa facilita el acceso a la información jurídica y el intercambio de sentencias judiciales. Su objetivo es mejorar la comprensión del sistema legal por parte de los ciudadanos y promover una mayor transparencia dentro del Poder Judicial Federal. De este modo, apoya la consecución del Objetivo 16 de la agenda de desarrollo de las Naciones Unidas (ONU), sirviendo como una herramienta que ayuda a crear un sistema judicial más inclusivo y comprensible para todos los ciudadanos.

El programa «Sor Juana» tiene varias funciones clave: 1) proporcionar acceso a las sentencias, lo que implica traducir términos jurídicos complejos a un lenguaje más sencillo; 2) facilitar la interacción, lo que ayuda a los ciudadanos a comprender los procesos judiciales respondiendo a sus preguntas y explicando cuestiones relevantes; y 3) democratizar el acceso a la justicia incorporando la tecnología a los servicios públicos (Vicenteño, 1 de julio de 2024).

Estas funciones mejoran el acceso a la información judicial, mejoran la comprensión del lenguaje jurídico, aumentan la transparencia y promueven la difusión de las funciones del Poder Judicial, avanzando así en la digitalización de la justicia. Como resultado, las personas se sienten más conectadas con el Poder Judicial Federal, que históricamente ha sido visto como una entidad distante. La interacción ocurría normalmente a través de la comunicación escrita, sin contacto directo, excepto durante las audiencias.

Anteriormente, las solicitudes de aclaración de sentencias se centraban en explicar los motivos de una decisión o cómo cumplirla, pero no abordaban las dudas jurídicas sobre los procedimientos implicados. Se asumía que los abogados proporcionarían este apoyo. Sin embargo, la justicia judicial debe ser accesible a todo el mundo, independientemente de que cuente o no con asistencia letrada. Este programa pretende fomentar un sentimiento de cercanía al Poder Judicial Federal y a su importante labor, ayudando a las personas a comprender y acceder a los contenidos jurídicos necesarios para ejercer sus derechos subjetivos en el marco del derecho objetivo.

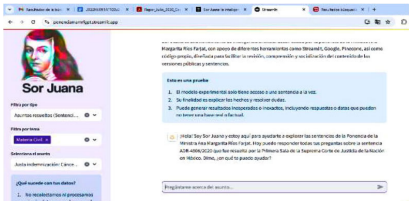
El sistema de IA denominado «Sor Juana» ofrece funcionalidades más avanzadas que los *chatbots* utilizados en países como Brasil, Argentina y España. Enfatiza la interacción con el usuario, la comprensión de los proyectos de sentencia, la transparencia y la educación del público sobre el sistema legal mexicano, en lugar de simplemente proporcionar predicciones u orientación como los *chatbots* en esos países (Alín, 25 de junio de 2024). Esto pone de relieve el creciente uso de la IA para mejorar la transparencia y la participación ciudadana en el sistema judicial, que se alinea con las tendencias en América Latina y Europa.

El uso «Sor Juana» implica varios pasos. En primer lugar, se abre su menú, que solicita diversos datos, como filtrar por tipo, materia y seleccionar el asunto concreto. Cada opción incluye subcategorías, que indican si el asunto se ha resuelto o sigue pendiente. Además, abarca la naturaleza del asunto, incluidos derechos o ámbitos jurídicos específicos, y permite seleccionar la autoridad competente, ya sea judicial o administrativa.

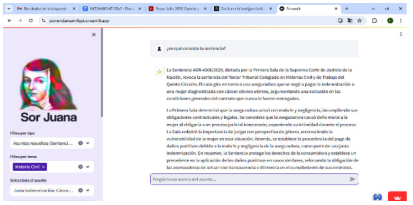
En este caso, se seleccionó la opción «Asuntos Resueltos», enfocada al derecho civil, específicamente al Juicio de Amparo Directo 4306/2020. Después de esta selección, se dirigieron preguntas a la IA sobre los detalles de la sentencia. Las preguntas incluyeron: 1) ¿En qué consiste la sentencia?, 2) ¿Puede proporcionar los nombres del recurrente y de las autoridades responsables en el caso de Revisión Directa de Amparo?, 3) ¿Qué criterios relevantes se derivaron de esta sentencia?, 4) ¿Esta sentencia estableció criterios jurisprudenciales o fue aislada?

«Sor Juana» dio respuestas y explicaciones precisas a las cuatro preguntas. Cabe destacar que la IA mantuvo la confidencialidad del nombre de la recurrente, garantizando el cumplimiento de la normativa de protección de datos personales. Se adjuntan las capturas de pantalla de las preguntas formuladas a la IA en orden secuencial.

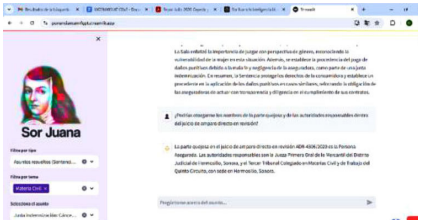
1. Presentación de la IA «Sor Juana»



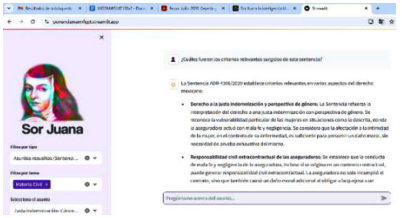
2. Primera pregunta



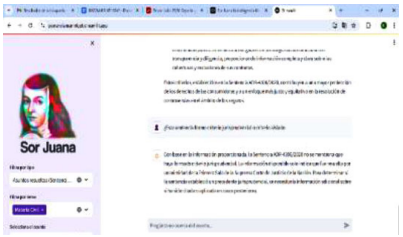
3. Tercera pregunta



4. Cuarta pregunta



5.Quinta pregunta



Fuente: Captura de pantalla obtenida de la página virtual de Sor Juana, en diciembre de 2024, que puede consultarse en https://ponenciamamrfgpt.streamlit.app

El sistema de IA conocido como «Sor Juana» compite con otros sistemas similares, entre ellos Sof-IA, Conversa y Lex Machina. Los dos primeros, desarrollados por la editorial Tirant lo Blanch, sirven como motores de búsqueda y asistentes virtuales. Proporcionan un acceso rápido y preciso a la información jurídica, centrándose en ofrecer respuestas sencillas y esenciales a preguntas complejas. Por el contrario, Lex Machina es una plataforma analítica que ayuda a la gestión de la investigación jurídica mediante el análisis de tribunales y casos, ayudando así al desarrollo de estrategias jurídicas. Para apoyar este análisis, la siguiente tabla comparativa esboza las características de cada uno de estos sistemas de IA.

Características	Sor Juana	Sof-IA	Conversa	Lex Machina
Objetivo principal	Explicar fallos judiciales	Asistir en investigación y redacción	Proporcionar respuestas y preguntas	Analizar datos judiciales
Interacción	Conversacional mediante *prompts*	Asistente virtual	Conversacional	No interactiva
Tipo de información	Resúmenes de sentencias	Información legal extensa	Respuestas rápidas a preguntas complejas	Estadísticas y análisis de casos
Fase actual	Fase inicial (limita la sentencia)	Funcional y robusto	Funcional y robusto	Usado en bufetes de abogados

Fuente: Cuadro de elaboración propia. Información consultada para su elaboración (Valero, 2021; Lara-García, 2022; Galindo, 2024).

Cada herramienta está diseñada para atender necesidades específicas dentro del ámbito jurídico de diferentes países. Tiene una finalidad y un nivel de precisión definidos, lo que le permite aportar importantes beneficios en su respectivo ámbito de aplicación.

Características	Sof-IA	Conversa	Lex Machina
País	Argentina	Colombia	Estados Unidos de América
Función principal	Predicción y resolución de amparos legales	Interacción ciudadana/ judicial	Análisis predictivo
Precisión	96 % de aciertos (subsunción normativa)	Mejora acceso a la justicia	Basado en datos históricos
Áreas de aplicación	Violencia de género y presentaciones públicas	Consultoría legal y gestión de casos	Litigio estratégico
Beneficios clave	Reduce tiempos de resolución	Optimiza procesos judiciales	Decisiones basadas en datos

Fuente: Tabla de elaboración propia. Información consultada para su elaboración (Valero, 2021; Lara-García, 2022; Galindo, 2024).

Estos sistemas de IA se integran de forma experta en los marcos de aplicación de las normas jurídicas, transformando la manera en que se gestionan los procesos judiciales. Aprovechando su capacidad para analizar grandes cantidades de datos, estos *chatbots* mejoran significativamente la gestión de los casos y ofrecen resoluciones mucho más rápidas que los métodos tradicionales. La adopción de esta tecnología no solo agiliza las operaciones, sino que también eleva la eficiencia y la eficacia de la práctica jurídica.

«Sor Juana» incorpora activamente elementos clave de estos sistemas de IA para democratizar la comprensión de las resoluciones judiciales. En cambio, los demás sistemas se centran en facilitar la redacción de documentos y analizar datos judiciales.

Como cualquier herramienta digital, está sujeta a continuas mejoras y actualizaciones. No obstante, sirve como instrumento legal para mejorar la administración de justicia en el país.

Las ventajas del uso del sistema de IA «Sor Juana» son las siguientes:

1. **Garantizar la exactitud de los datos jurídicos:** nuestro sistema garantiza confiabilidad al comparar meticulosamente los expedientes de los casos con los que se encuentran en los portales oficiales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Esto significa que puedes confiar en la información que recibes.
2. **Empoderamos a los ciudadanos con información accesible:** rompemos las barreras del sistema judicial proporcionando información jurídica clara y fácilmente comprensible, fomentando la participación y el compromiso activo de los ciudadanos.
3. **Maximizar la eficiencia del proceso judicial:** con la capacidad de procesar grandes cantidades de datos en un tiempo récord, nuestro sistema agiliza el análisis de la información relevante, ahorrándole un tiempo y unos recursos inestimables.
4. **Automatización de tareas rutinarias:** al descubrir patrones en casos anteriores, permitimos a los profesionales del derecho concentrarse en cuestiones complejas y elaborar directrices estratégicas de litigio que impulsen el éxito.
5. **Fomento de la transparencia en las decisiones judiciales:** nuestro compromiso con la claridad en las resoluciones judiciales contribuye a generar confianza en el público, garantizando que el poder judicial siga siendo una institución íntegra y responsable.

6. **Mejorar la experiencia del usuario mediante una interacción intuitiva:** damos prioridad a un diseño fácil de usar, haciendo que el contenido jurídico sea fácil de navegar y comprender, para que todo el mundo pueda acceder a la información que necesita sin frustraciones.
7. **Proteger la privacidad de los datos mientras se comparte la información:** Nos dedicamos a salvaguardar las identidades personales, garantizando la confidencialidad en cada interacción.
8. **Sin necesidad de datos personales:** Disfrute de la tranquilidad de saber que puede utilizar nuestro sistema sin necesidad de crear una cuenta ni proporcionar ningún dato personal. Su privacidad es nuestra prioridad.

Por otro lado, algunas de las desventajas de utilizar el sistema de IA «Sor Juana»:

1. **Disminución de la competencia de investigación jurídica:** A medida que aumenta la dependencia de la tecnología, los abogados y profesionales del derecho corren el riesgo de perder su capacidad para realizar búsquedas independientes de información judicial, lo cual es esencial para una representación eficaz.
2. **Erosión de las habilidades de lectura rápida y análisis:** La fuerte dependencia de las herramientas de IA puede conducir a una disminución de las habilidades críticas necesarias para leer y analizar rápidamente los documentos legales, poniendo a los profesionales del derecho en desventaja.
3. **Prevalencia de sesgos en las decisiones de IA:** Sin una formación rigurosa sobre conjuntos de datos precisos y diversos, los sistemas de IA pueden generar resultados sesgados e injustos, poniendo en peligro la equidad en los procedimientos judiciales.
4. **Escepticismo ante la toma de decisiones basada en IA:** Dado que la IA funciona mediante algoritmos programados, los usuarios pueden cuestionar legítimamente sus procesos de toma de decisiones, incluidas las fuentes de datos y el razonamiento que subyace a sus conclusiones, lo que socava la confianza en su eficacia.

En comparación con otros sistemas de IA, la desventaja más notable de «Sor Juana» es que sigue en fase experimental, lo que puede dar lugar a respuestas inesperadas o inexactas. Esta limitación afecta a su fiabilidad y precisión en comparación con herramientas jurídicas más consolidadas, como el Buscador de Derechos Humanos y el Semanario Judicial Federal.

Además, el acceso a las sentencias judiciales es restringido; actualmente, solo las decisiones de autoría de la ministra Ana Margarita Ríos Farjat están disponibles en la plataforma. Esta limitación reduce la aplicabilidad y utilidad general del sistema.

A pesar de estos inconvenientes, «Sor Juana» tiene el potencial de integrar múltiples fuentes y proporcionar un análisis jurídico en profundidad. Sin embargo, más allá de simplificar el lenguaje jurídico para una mayor accesibilidad, la IA sigue requiriendo que los usuarios posean un cierto nivel de conocimientos jurídicos para interpretar con precisión términos específicos sin buscar su significado dentro del sistema.

El dilema ético de esta investigación puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿Puede utilizarse la IA para generar una sentencia judicial y resolver plenamente un litigio?

Los sistemas de IA representan una modernización del sistema judicial en sus respectivos países, adaptándose a los contextos locales y beneficiando a los profesionales del derecho. En el ámbito jurídico, la IA puede utilizarse como modelo predictivo para estimar la duración de las vistas, programar días consecutivos de vistas para casos complejos o consolidar varias vistas menos complejas en un solo día. Esta optimización pretende evitar retrasos en la administración de justicia y agilizar los procedimientos judiciales (Rodríguez, 2019).

La IA sirve como una herramienta eficaz para gestionar las tareas organizativas dentro del poder judicial. Sin embargo, la redacción completa de un documento jurídico sigue siendo un reto complejo. Si bien la IA puede sintetizar datos de expedientes de casos, aún no ha evolucionado hasta el punto de tomar decisiones de forma independiente con respecto a equilibrar los derechos legales o abordar desarrollos fácticos imprevistos. Estos aspectos implican límites éticos y jurídicos, ya que cada caso presenta un vasto abanico de posibilidades con múltiples escenarios que la IA está actualmente limitada a considerar, especialmente en asuntos relacionados con el orden público y el bienestar social.

Lara Chagoyan (2021) ha establecido que las sentencias judiciales son ejercicios argumentativos que identifican y resuelven cuestiones jurídicas controvertidas. Este proceso está guiado por el razonamiento lógico, que se basa en el análisis jurídico de las normas aplicables mediante el uso de silogismos y principios jurídicos. Desde una perspectiva neurocientífica, el razonamiento humano no es totalmente lógico y abstracto; los factores emocionales también desempeñan un papel importante. Los juristas se ven influidos por sus experiencias y contextos,

lo que afecta a su forma de interpretar y aplicar las normas jurídicas. Esto, a su vez, ayuda a persuadir a las partes implicadas, a las autoridades y a la sociedad respecto a sus argumentos. La forma en que se constituyen los argumentos puede dar lugar a percepciones y reacciones humanas diferentes, contribuyendo a la crítica del sistema de administración de justicia.

La programación y alimentación de servidores de IA para generar autoaprendizaje son actividades realizadas por humanos que traen consecuencias significativas, lo que conlleva riesgos económicos, éticos y sociales, desafíos técnicos y de seguridad, y dependencia tecnológica (Marr, 2023). La preocupación surge debido al potencial desplazamiento de puestos de trabajo, la desigualdad económica, la excesiva dependencia de la IA que conduce a una disminución del pensamiento crítico y la creatividad, las consecuencias imprevistas que podrían afectar negativamente a las personas y las organizaciones, la falta de transparencia y la desconfianza entre los usuarios a la hora de proteger los datos personales y la información sensible, así como la falta de empatía y ética, junto con los sesgos algorítmicos, que son particularmente relevantes, ya que refuerzan la discriminación y los estereotipos.

En el ámbito de la actividad jurisdiccional mexicana, el Poder Judicial de la Federación realiza un acto de equilibrio a través de sus sentencias. Mediante la identificación de principios clave, asigna un valor relativo a estos principios en función de su importancia y del contexto de cada caso. Este análisis considera las posibles consecuencias de cada decisión, priorizando unos principios sobre otros para mitigar los posibles perjuicios derivados del fallo (Ramírez, 2020). No obstante, una IA también podría llevar a cabo esta tarea. En efecto, los principios y los derechos no surgen simultáneamente, sino a partir de situaciones concretas.

La IA, como herramienta en el marco del derecho binario, utiliza modelos algorítmicos lógicamente estructurados que ayudan a establecer principios jurídicos para la toma de decisiones. Gracias a sus capacidades de análisis predictivo y automatización de tareas, la IA —especialmente con los avances en el procesamiento del lenguaje natural— podría interactuar con bases de datos jurídicas para extraer de forma eficiente información relevante, incluidas sentencias anteriores y patrones históricos similares a casos ya resueltos (Rincón y Martínez, 2021; Wolfgang, 2022). Sin embargo, es esencial reconocer la subjetividad inherente a las decisiones judiciales, especialmente cuando se trata de derechos constitucionales en los que intervienen elementos tanto subjetivos como objetivos. Esta subjetividad permite a los jueces cierta discrecionalidad a la hora de evaluar la legalidad y las circunstancias de hecho de cada caso.

Aunque la IA puede proporcionar datos e identificar patrones en la gestión de la información, carece de la capacidad humana para evaluar los matices éticos y morales de situaciones complejas que pueden afectar al orden público y a los intereses sociales. Estos conceptos son a menudo ambiguos y requieren un examen minucioso de las circunstancias, considerando factores como el modo, el tiempo y el lugar, así como la legitimidad tanto de la causa como del proceso. Esto indica que el cumplimiento no es absoluto, sino que depende de las condiciones fácticas y jurídicas.

Según Atienza (2013), los mandatos de optimización implican ejercicios de equilibrio que tienen su origen en la razón. Cuando dos o más principios entran en conflicto, un análisis cuidadoso determina cuál de ellos debe prevalecer, invalidando posteriormente al otro al asignarle peso con base en su ámbito de aplicación.

En la ponderación de derechos se consideran tres principios clave:

1. **Adecuación:** este principio se refiere al bien constitucionalmente protegido.
2. **Necesidad:** garantiza la maximización de los beneficios entre las alternativas disponibles.
3. **Proporcionalidad:** este justifica la preferencia de un derecho sobre otro (Cárdenas, 2017).

Si bien la IA puede servir como una herramienta útil en la argumentación jurídica, su aplicación plantea importantes desafíos debido a la naturaleza en constante evolución de la ciencia jurídica. Los marcos jurídicos a menudo contienen lagunas o vacíos legales, y las decisiones judiciales a veces pueden carecer de una justificación adecuada.

Las aplicaciones de IA como ChatGPT 4.0 permiten una retroalimentación iterativa para mejorar su rendimiento. Esta optimización puede ayudar a generar borradores de resoluciones judiciales; sin embargo, estos resultados no son perfectos, ya que consisten principalmente en plantillas jurídicas estandarizadas que requieren una cuidadosa revisión para comprobar su validez y precisión. Confiar por completo en la IA para la toma de decisiones judiciales podría violar potencialmente el principio de contradicción para las partes implicadas. Un ejemplo notable es el caso del juez Jefferson Rodríguez en Brasil, donde se inició una investigación después de que se descubriera que una sentencia había sido generada utilizando ChatGPT 4.0 (La Nación, 2023), lo que constituyó mala praxis judicial.

V. CONCLUSIONES

Los sistemas de IA que generan texto, resultados y contenido especializado no participan en procesos reflexivos genuinos, que conduzcan a razonamientos complejos. Esto se argumenta sobre la base de que, a la hora de resolver operaciones intrincadas que implican la ponderación de derechos, la IA resulta ineficiente, ya que no tiene en cuenta factores de riesgo como las circunstancias históricas, sociales y culturales de una nación, ni evalúa adecuadamente cuestiones complejas como el orden público y el interés social.

Es importante tener en cuenta que la IA funciona mediante la estructuración de caracteres basados en la entrada del usuario, normalmente en forma de consulta, conocida como *prompt,* que permite a la IA recuperar y procesar la información disponible en la red. La IA genera respuestas muy parecidas a las de un experto identificando patrones de correspondencia entre las entradas proporcionadas por el ser humano y las bases de datos analizadas. Sin embargo, dado que la IA no es una persona física, su razonamiento se ve limitado a parámetros estrechos, careciendo de la capacidad de proponer soluciones a cuestiones complejas que requieren la integración de múltiples factores.

Aunque el uso de la IA para redactar documentos jurídicos, como sentencias judiciales, es técnicamente factible, no es aconsejable. No cabe duda de que la inteligencia artificial puede ayudar en los ejercicios de subsunción normativa, el análisis predictivo y el perfeccionamiento automatizado de los textos jurídicos. Sin embargo, para que la IA se integre eficazmente en la redacción de resoluciones judiciales, es crucial establecer un marco normativo sólido y reconocer la supervisión humana como un derecho fundamental.

La colaboración entre expertos en tecnología, profesionales del derecho y legisladores es esencial para garantizar que la IA se emplee de forma ética y responsable, salvaguardando así los derechos subjetivos en un entorno cada vez más digitalizado.

Los sistemas de IA son herramientas digitales y, como tales, deben utilizarse con precaución para lograr un equilibrio eficaz en la práctica jurídica, garantizando que no excedan las implicaciones éticas y jurídicas asociadas a su uso. La implementación de la IA requiere el establecimiento de marcos regulatorios estrictos que se adhieran a las normas éticas relativas a la libertad de expresión, la protección de datos personales y sensibles, y la supervisión de las operaciones de IA para evitar que los algoritmos se programen de manera que resulten en discriminación directa o indirecta.

El uso de la IA en el seguimiento de los procesos judiciales mejora el compromiso público al facilitar una comprensión más profunda de los procedimientos legales y de los fundamentos de las resoluciones judiciales.

La IA en la gestión de casos puede procesar grandes cantidades de información con rapidez y precisión, facilitando el acceso a los precedentes jurídicos y el análisis de las pruebas. Esto reduce significativamente el tiempo necesario para dictar sentencias, aliviando la carga de trabajo del sistema judicial y mejorando la administración de justicia. Y lo que es más importante, garantiza que los aspectos éticos y deliberativos de la toma de decisiones sigan estando bajo supervisión humana.

La integración de la IA como herramienta en el ámbito jurídico mejora el trabajo humano sin sustituirlo. En la ciencia jurídica, la IA fomenta la resolución creativa de problemas en la resolución de litigios, ya que las resoluciones judiciales son simplemente el resultado de tales procesos cognitivos. Una analogía adecuada procede del músico Frank Zappa, quien dijo: «La mente es como un paracaídas. No funciona si no está abierto». Del mismo modo, aunque la IA puede cerrar puertas presentando lo que considera la opción más adecuada para una situación dada, carece de imaginación. La creatividad humana nos permite abrir puertas, crear nuevas oportunidades y enriquecer el discurso intelectual.

BIBLIOGRAFÍA

Alín, P. (25 de junio 2024) Así funciona Sor Juana, la inteligencia artificial de la Suprema Corte de Justicia. *El País*. https://elpais.com/mexico/2024-06-26/asi-funciona-sor-juana-la-inteligencia-artificial-de-la-suprema-corte-de-justicia.html

Cárdenas García, J. (2017) *Argumentación Jurídica. México*. Porrúa. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Cepeda, M. J. y Otálora, G. (2020). *Modernización de la administración de justicia a través de la inteligencia artificial.* Bogotá: Fedesarrollo. https://www.repository.fedesarrollo.org.co/handle/11445/3980

Data S. (10 de agosto 2022) *Inteligencia artificial: definición, historia, usos, peligros. Formation Data Science. DataScientest.com* https://datascientest.com/es/inteligencia-artificial-definicion.

De Lara García, J. (2022) Inteligencia Artificial y Justicia: Experiencias en América Latina. *Divulgare Boletín Científico de la Escuela Superior de Actopan.* 9 (17) 41-46. https://doi.org/10.29057/esa.v9i17

Galindo Ayuda, F. (2024). Inteligencia artificial para el acceso a documentación jurídica y la realización de actividades judiciales. *Scire: Representación y organización Del Conocimiento*, *30* (1) 27-47. https://doi.org/10.54886/scire.v30i1.5005

García Barrientos, M. y Oliveira Vera-Cruz, A. (2023) Industria 4.0: ¿una nueva revolución tecnológica? *Ciencia. Revista de la Academia Mexicana de Ciencias* (74) 8-14 https://www.revistaciencia.amc.edu.mx/images/revista/74_2/PDF/Ciencia74-2.pdf

Graneros, H. (2021) *Prueba digital: E-mails, chat, sms, Whatsapp, Facebook, filmaciones con teléfonos móviles, capturas de pantalla, contratos electrónicos, IA y otras tecnologías. Validez Probatoria en el derecho Civil, Comercial, Penal y Laboral*. Editorial Albremática S.A.

Gutiérrez Mayo, E. (2022) *La prueba digital paso a paso. Guía práctica sobre la prueba digital en los diferentes órdenes jurisdiccionales.* Editorial Colex.

Iberdrola. (22 de abril 2021). *Cuarta Revolución Tecnológica. Industria 4.0 ¿qué tecnologías marcarán la Cuarta Revolución Industrial?* https://www.iberdrola.com/innovacion/cuarta-revolucion-industrial

La Nación (15 de noviembre de 2023) Insólito: investigan si un juez brasileño usó a ChatGPT para redactar una sentencia, y la publicó con errores. *La Nación.* https://www.lanacion.com.ar/tecnologia/insolito-investigan-si-un-juez-brasileno-uso-a-chatgpt-para-redactar-una-sentencia-y-la-publico-con-nid15112023/

Lara Chagoyán, R. (2021) *Manual mínimo de argumentación jurídica. La razón en la práctica.* Tirant lo Blanch.

Ley de Inteligencia Artificial P9_TA (2023) 0236. Parlamento Europeo. 14 de junio de 2023. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_ES.pdf

López Pérez, E. (junio 2021) Derechos Humanos: trabajo y seguridad social frente a las nuevas tecnologías de la cuarta revolución industrial en México. *Revista IUS.* (15) 158-178 https://doi.org/10.35487/rius.v15i48.2021.688

Marr, B. (28 de julio 2023) Estos son los 15 mayores riesgos de la IA. *Forbes*. de https://forbes.es/tecnologia/316482/estos-son-los-15-mayores-riesgos-de-la-ia/

Medina Zepeda, E. (Enero-Junio, 2022). Hacia una teoría sobre la e-justice o justicia digital: instrucciones para armar, Cuestiones Constitucionales.

Revista mexicana de derecho constitucional. (46) 177-212. Recuperado de https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/17052

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). (20 de abril de 2023). *Operadores judiciales en 100 países expresan su interés por aprender acerca de la IA y el estado de derecho con la UNESCO.* https://www.unesco.org/es/articles/operadores-judiciales-en-100-paises-expresan-su-interes-por-aprender-acerca-de-la-ia-y-el-estado-de#:~:text=Actualmente%2C%20los%20sistemas%20judiciales%20del,judiciales%20y%20apoyar%20a%20los

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). (20 de abril 2023). *IA y el estado de derecho: desarrollo de capacidades para los sistemas judiciales.* https://www.unesco.org/en/artificial-intelligence/rule-law/mooc-judges

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). (20 de abril de 2023). *Los mundos de realidad virtual y el Derecho: Cómo pueden los jueces seguir el ritmo de la tecnología en rápida evolución.* https://www.unesco.org/es/articles/los-mundos-de-realidad-virtual-y-el-derecho-como-pueden-los-jueces-seguir-el-ritmo-de-la-tecnologia.

Ortiz Jiménez, D. y Jacome Navarrete, L. (2020). La prueba electrónica: una crítica a su valoración en la legislación colombiana. *Revista De Derecho*. (27), 99-117. https://doi.org/10.5377/derecho.v0i27.9257

Parlamento Europeo. (26 de marzo de 2021) ¿Qué es la inteligencia artificial y cómo se usa? Noticias. Parlamento Europeo. https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20200827STO85804/que-es-la-inteligencia-artificial-y-como-se-usa

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. América Latina y el Caribe. (16 de abril de 2024) *Programa Justicia 4.0: Cómo la revolución digital en el sistema Judicial de Brasil puede fortalecer la democracia con transparencia y legitimidad*. https://www.undp.org/es/latin-america/noticias/programa-justicia-40-como-la-revolucion-digital-en-el-sistema-judicial-de-brasil-puede-fortalecer-la-democracia-con

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. (16 de abril de 2024) *Programa Justicia 4.0: Cómo la revolución digital en el sistema judicial de Brasil puede fortalecer la democracia con transparencia y legitimidad.* https://www.undp.org/es/latin-america/noticias/programa-justicia-40-como-la-revolucion-digital-en-el-sistema-judicial-de-brasil-puede-fortalecer-la-democracia-con

Rincón Cárdenas, E. y Martínez Molano, V. (2021) Un estudio sobre la posibilidad de aplicar la inteligencia artificial en las decisiones judiciales. *Revista Direito GV*. (27) 1-28 Recuperado de https://doi.org/10.1590/2317-6172202101

Rodríguez, T. (2019). Legal challenges of artificial intelligence: modelling the disruptive features of emerging technologies and assessing their possible legal impact. *Unif. Law Review.* 24 (2) 302-314. Recuperado de https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/d43cc364-3edc-4452-89a4-891fe786dacd/content

Schwab, K. (2017) *La cuarta revolución industrial*. Editorial Debate.

Tribunal Colegiado XVI.1o.A.28 K (2017) Tesis aislada de registro 2013928 [Marzo] recuperado de https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2013928

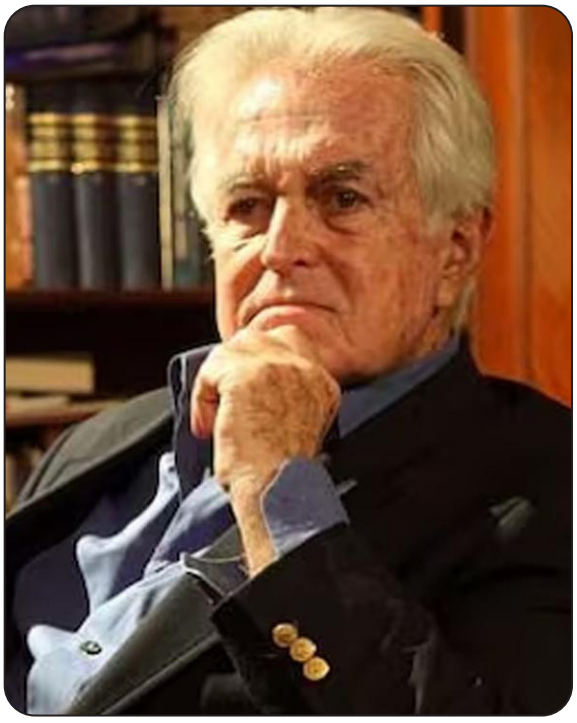
Valero Quispe, C. D. (2021) Derecho e Inteligencia Artificial en el mundo de hoy: escenarios internacionales y los desafíos que representan para el Perú. *THEMIS Revista De Derecho*, (79), 311-322. https://doi.org/10.18800/themis.202101.017

Vicenteño, D. (1 de julio de 2024) Usa la Corte IA para socializar sentencias; lanza aplicación. *Excélsior.* https://www.excelsior.com.mx/nacional/usa-la-corte-ia-para-socializar-sentencias-lanza-aplicacion/1660272

Wolfgan, H. R. (2022) *El Derecho ante el reto de la transformación digital* (trad. Knörr Argote. E). Editorial Aranzadi.

Recibido: 06-06-2025
Aprobado: 22-10-2025

SECCIÓN HOMENAJE



Javier Valle-Riestra
(1932 - 2024)

La jurisdicción supranacional y la pena de muerte*

✍ Javier Valle-Riestra González-Olaechea**

Sumario

I. ES IMPOSIBLE RETIRARSE DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **II.** LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA PENA DE MUERTE. **III.** CRIMENES JUDICIALES EN EL MUNDO. **IV.** OTROS CASOS QUE, DE HABER HABIDO PENA DE MUERTE, HABRÍAN SIDO IRREPARABLES. **V.** LA ESTADÍSTICA DE LOS ERRORES JUDICIALES. **VI.** LOS ARGUMENTOS EN CONTRA Y A FAVOR DE LA PENA CAPITAL. **VII.** EL INFORME DE NACIONES UNIDAS DE 1962 Y LA ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE.

* La *Revista Peruana de Derecho Constitucional* agradece y cumple con dar los créditos a *ADVOCATUS - Revista de Derecho*, en la que originalmente se publicó el trabajo de Javier Valle-Riestra. Concretamente, la publicación se realizó en la siguiente edición: *ADVOCATUS - Revista de Derecho,* n.° 15, 2007, pp. 83-93.

** Doctor en Derecho, Abogado y miembro ejerciente de los Ilustres Colegios de Abogados de Lima (Perú) y Madrid (España). Miembro del Consejo Académico de la Cátedra Garrigues de la Universidad de Navarra.

I. ES IMPOSIBLE RETIRARSE DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Algunos han sostenido intensamente que podríamos apartarnos de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ayer, bajo Fujimori, sostuvieron, buscando méritos, esa teoría. Hoy, dentro del régimen democrático de Alan García, la repiten sin escarmiento.

No es verdad que podamos apartarnos de esa competencia por medio de una Resolución Legislativa. Así se hizo en los días de la dictadura para evadir una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Castillo Petruzzi sobre debido proceso (1999). El Parlamento adocenado de entonces aprobó la Resolución Legislativa, N.° 27401 (2001), retirándonos con efecto inmediato de esa jurisdicción (8 de julio de 1999). Durante el régimen democrático de Valentín Paniagua se expidió otra Resolución Legislativa, N.° 27401 (2001) antitética que derogaba aquel contrafuero, con un texto sumamente radical:

> Derógase la Resolución Legislativa Nº 27152 y encárgese al Poder Ejecutivo realizar todas las acciones necesarias para dejar sin efecto los resultados que haya generado dicha Resolución Legislativa, restableciéndose a plenitud para el Estado peruano la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Posteriormente, mediante Ley 27775 (2002), se ha regulado el procedimiento de ejecución de sentencias expedidas por tribunales supranacionales. Se declara que es de interés nacional su cumplimiento. Incluso, en el caso Ivcher se autorizó a la Procuraduría para aceptar y tramitar un procedimiento arbitral y el año pasado se dictó un laudo indemnizatorio al respecto, firmado por Santistevan de Noriega y dos árbitros más.

Antes de esas fechas, el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, en julio de 1978 había ratificado el Pacto de San José, pero sin reconocer explícitamente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por decisión **constituyente** de la Asamblea de 1979, en la cláusula XVI del texto de aquel año se ratificó en todos sus extremos dicho Pacto, incluyendo el sometimiento a la comisión y a la Corte. Fernando Belaunde depositó en Washington el instrumento ratificatorio (1981). El Perú nombró sucesivamente como jueces ad hoc a Cisneros Sánchez, Aguirre Roca, Orihuela Iberico, Vidal Ramírez, Monroy Galvez, García Sayán, y obedeció todos los fallos hasta la subversión fujimorista.

Fue así un acto constituyente que no puede dejar sin efecto el poder **constituido** simplistamente. Incurrirían los parlamentarios en una infracción constitucional y en una responsabilidad personal, más aún cuando existe la Opinión Consultiva 14/94 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que no solo considera una violación el texto sobre pena de muerte de la Constitución de 1993, sino que impone responsabilidad internacional para los agentes o funcionarios que ejecuten el acto.

Es decir que el Perú incurriría en *estoppel* si revocase sumariamente el sometimiento a dicha competencia. El término *estoppel*, de origen anglosajón, en un instituto de raíces en el Derecho romano; de las viejas reglas *nemo auditur turpitudinem suma allegans* y *nemo potest mutare consilium in alterius insturan*[1], y se conoce en Hispanoamérica como la doctrina de los actos propios, que se define como el término de procedimientos empleado para designar la objeción perentoria que se opone a una parte en un proceso que ha asumido una posición contraria a la que anteriormente admitió, expresa o tácitamente, en la misma instancia.

Ya la Corte Interamericana, por otro lado, declaró inadmisible el nulo apartamiento de la competencia en los casos Ivcher, Aguirre Roca, Rey Terry, Revoredo Marsano y otros. No puede formularse hoy reservas, serían extemporáneas. Acontecen al tener que plantearse estas al firmarse el Convenio. No caben denuncias parciales porque prohíbe la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), cuyo artículo 44 señala:

> Artículo 44°.- **Divisibilidad de las disposiciones de un tratado.**
>
> I.- El derecho de una parte, previsto en un tratado o emanado del artículo 56, a denunciar ese tratado, retirarse de él o suspender su aplicación no podrá ejercerse sino con respecto a la totalidad del tratado, a menos que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto.

Un Tratado de Derechos Humanos no es denunciable, tal como lo ha sostenido la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, porque sus características son: **a) autoejecutividad**, no necesitan de normas para ser aplicados; **b) su progresividad**, el *Bill of Rights*, el habeas corpus británico, los fueros españoles, la revolución francesa, la revolución mexicana y la revolución rusa han ido conquistando nuevos derechos; **c) el derecho preferente**, los

---

1 No es oído el que alega su propia torpeza y nadie puede cambiar su propio consentimiento en perjuicio de otros.

Derechos Humanos prevalecen sobre el poder, **d) la tutela judicial efectiva**, no existen Derechos Humanos sin acción; **e) irreversibilidad**, una vez conquistado un derecho no se puede retroceder ni derogar, ni limitar.

Un texto vanguardista es inderogable y forma parte del *ius cogens*, del Derecho Internacional imperativo. Un convenio de esa índole no es uno de libre comercio ni un acuerdo de aranceles, que pueden aumentarse, disminuirse o dejarse sin efecto. Aquí no hablamos de mercaderías; hablamos del hombre y, en nuestro medio, singularmente, del gran derecho de someter a una justicia complementaria las decisiones totalitarias del inicuo Poder Judicial, que condena sin pruebas y sin indicios, que desconoce la atipicidad, que aplica con efecto retroactivo normas penales sustantivas, procesales y penitenciarias perjudiciales al reo. Por eso he propuesto que se juzgue a fiscales y jueces totalitarios, a los que prefieren la librea a la toga.

II. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA PENA DE MUERTE

El más grande argumento, el que más fuerza me hace para no permitir la pena de muerte en el Perú, se halla en el riesgo del crimen judicial. No se puede confiar en los jueces peruanos. En el virreinato, la hoguera inquisitorial; en la República, el fusilamiento del Vizconde de San Donás (1824); el fusilamiento «entre dos luces» de mi tío bisabuelo, el General Francisco Valle-Riestra, Ministro de Guerra de Orbegozo (1836); los fusilamientos de Chota; los fusilamientos de cientos de militantes apristas en Trujillo y el fusilamiento de los ocho marineros (1932), nos previene contra la judicatura. Se dirá que fueron casos políticos; no interesa. Fueron aberraciones en las que intervinieron jueces comunes y castrenses, aunque hubieran sido simulacros de juicios.

En lo estrictamente extra-político se debate hasta hoy si Jorge Villanueva Torres, llamado «Monstruo de Armendáriz», fue el autor del asesinato y violación de un menor en 1956. El juez instructor del caso, Carlos Carranza Luna, al presenciar la ejecución en la penitenciaría, el 13 de diciembre de 1957, se le exorbitaron los ojos y tuvo que ser operado. Por terror. El forense de ese caso, Dr. Víctor Maurtua, declaró, cincuenta años después, que su tesis es que la causa real de la muerte del menor fue un atropello automovilístico. Se apoyaron en la versión del único testigo, el turronero Uldarico Salazar, quien durante el proceso tuvo infinitas contradicciones. Aquí los jueces no juzgan conforme al expediente, sino conforme

a los dictados de la prensa y a su comodidad espiritual de preferir su puesto a la justicia. En el caso de Guillermo Lavalle Vásquez, apodado «Pichuzo», se le acusó de haber violado y asesinado a un menor de cinco años, Américo Chihuán y fue fusilado en «El Frontón» el 11 de octubre de 1966. En el caso de Udilberto Vásquez Bautista, procesado por la violación y asesinato a más de veinte puñaladas de una campesina, Francisca Choque Saavedra, el juez, al presenciar el fusilamiento, el 11 de setiembre de 1970, en Cajamarca, se desmayó de impresión.

Por eso el proyecto del Partido Aprista Peruano sobre ampliación de los casos de pena de muerte ha mejorado, ya que no contiene la autorización para denunciar el Pacto de San José. Es menos desafiante, pero igual discrepo. No podemos apartarnos de la Convención, tal como han hecho otros países, que sin denunciarlo y violando la opinión consultiva 3/83 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos continúan ejecutando reos irresponsablemente. Esa opinión decía:

> que la Convención prohíbe absolutamente la extensión de la pena de muerte y que, en consecuencia, no puede el Gobierno de un Estado Parte aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente en su legislación interna (...).

Igual advertencia se le hizo al Perú en la Opinión Consultiva 14/94, señalando la responsabilidad internacional de los agentes del Estado que perpetrasen ese contrafuero en perjuicio de lo pactado irrenunciablemente en la Convención de San José. Tengo la esperanza de que la cordura se imponga en el Parlamento y que el proyecto sea rechazado. A mí no me hace fuerza que el setenta y cinco por ciento del pueblo pida la pena capital. Eso sucede en todos los países del mundo, pero los estados democráticos no aceptan ese veredicto, entre otras razones, porque a la hora de un golpe de Estado ese setenta y cinco por ciento es el primero en apoyarlo.

III. CRIMENES JUDICIALES EN EL MUNDO

1. El emblemático caso Sacco y Vanzetti (EE.UU., 1927)

El 15 de abril de 1920, Federico Parmenter y Alexander Bernardelli iban por la calle principal de South Baintree, en el Estado de Massachussets. Eran pagadores de la fábrica de calzado Slater & Morill y llevaban consigo en dos pequeños cofres unos 15,000 dólares, pero antes de llegar a la puerta de la fábrica fueron atacados por dos gángsters y muertos a tiros. Un coche en el que iban más miembros de la

banda recogió a los autores, quienes arrojaron los cofres con el dinero dentro del vehículo, subieron y a toda velocidad cruzaron unos rieles cercanos desapareciendo. Sucedió alrededor de las tres de la tarde ante docenas de testigos.

Era un típico *hold-up*, un «normal» atraco perpetrado por gángsters armados; espectáculo frecuente. Poco tiempo antes aconteció un atraco semejante en el cercano Bridgewater, pero sin víctimas. Los testigos de ambos hechos describían a los asaltantes como «extranjeros», posiblemente «italianos».

El 5 de mayo de aquel año, un hombre llamado Boda fue a recoger su coche, un «overland», del taller, con tres compatriotas. La dueña del Johnson's Garage les negó la entrega con el pretexto de estar vencida la placa de matrícula, mientras daba aviso a la Policía como sospechosos del crimen. Boda y Orciani se alejaron, uno en una motocicleta y el otro a pie. A Boda no se le encontró, pero Orciani fue detenido al día siguiente. Los otros dos hombres habían tomado el tranvía de Brockton y fueron detenidos por la policía en el mismo tranvía. Llevados a la comisaría, dieron sus nombres: Nicola Sacco y Bartolomeo Vanzetti.

Orciani pudo demostrar que había acudido al trabajo en los días de ambos atentados y se le puso en libertad. Sacco estuvo en la fábrica de calzado donde estaba empleado el día del atraco de Bridgewater, pero había pedido permiso el 15 de abril y por esto se le acusaba solamente del crimen de South Baintree. Vanzetti, como vendedor ambulante de pescado, no podía demostrar su asistencia a un puesto de trabajo porque trabajaba en la calle y por su cuenta, y ello bastó para que le imputaran «los dos» atracos, simplificando así la acusación.

Por esos años, el movimiento de los trabajadores estaba dividido y desunido. Sacco y Vanzetti pertenecían a los seguidores de la romántica doctrina de Bakunín, utópica teoría anarquista de una sociedad sin clases, y les parecía natural ofrecerse como víctimas en el altar de sus convicciones. Ambos protestaron reclamando su inocencia del atraco, desde el inicio y durante los siete años del proceso, sin éxito. Eso sí, no desmintieron ni un instante sus ideas políticas. Más aún, desafiaron a sus jueces y se consideraron desde el comienzo como víctimas propiciatorias elegidas por sus ideas y condenadas por jueces que obedecían a turbios intereses de clase, no a un concepto independiente de justicia[2].

Anatole France dirigió un escrito personal al Gobernador Alvan T. Fuller, en el que decía:

---

2 Cfr. Egon Eis, Enigmas de los Grandes Procesos, Traducción de Inés Melgar, Ediciones DAIMON, Barcelona, 1967. pp. 200 y ss.

> Yo se lo aconsejo: guárdese usted de crear mártires. Este crimen imperdonable nunca será borrado y pesará sobre los hombres de generaciones futuras.

El Gobernador, junto con el juez Thayer y el Presidente Lowel, formaban un bloque que, con espíritu de casta y fanatismo, resultó más fuerte que el deseo de hacer justicia.

Pero más importante fueron las propias palabras de Vanzetti en vísperas de su ejecución:

> (...) hubiera muerto inadvertido, desconocido; un fracasado. Ahora ya no somos unos fracasados. Esta es nuestra gran oportunidad y nuestro gran triunfo (...). Nuestras palabras, nuestras vidas, nuestros padecimientos, no son nada. Nuestra muerte —la muerte de un honrado obrero zapatero y la de un pobre vendedor de pescado— lo es todo. El último momento nos pertenece, esta agonía es nuestro triunfo.

Y esa misma noche le dirigía una carta al hijo de Sacco expresando:

> Piensa sobre esto y recuerda, Dante, que no nos hubieran matado si tu padre y yo hubiésemos sido cobardes e hipócritas y hubiésemos renegado de nuestros ideales. No hubieran condenado ni siquiera a un perro sarnoso con las pruebas que han reunido en contra nuestra, ni siquiera a un escorpión venenoso lo hubieran matado por esto. Con el fundamento de las pruebas presentadas hubieran concedido una revisión del proceso a un matricida, a cualquier criminal habitual. Acuérdate siempre, Dante, de lo que sigue:
>
> > No somos criminales, nos han condenado sobre una base de mentiras... y cuando después de siete años, cuatro meses y diecisiete días de indecibles martirios e injusticias nos ejecutan, no es por lo que dicen; el verdadero motivo es porque estamos a favor de los pobres y en contra de la explotación y la opresión de los hombres por otros hombres...

Sacco al sentarse en la silla eléctrica gritó heroicamente «¡Viva la anarquía!». Cincuenta años después, el Gobernador de ese Estado, Dukakis, los rehabilitó mediante una proclama firmada el 19 de julio de 1977, que hablaba de lavar «el estigma y el oprobio» de sus nombres, agregando que *«su juicio y la ejecución deben servir para recordar a todas las personas civilizadas la necesidad de evitar que nuestra susceptibilidad pueda perjudicar, por intolerancia e ideas poco ortodoxas, y nuestro fracaso en defender los derechos de personas*

que son vistas como extraños en nuestro medio (...)». También proclamó el 23 de agosto de 1977 como «Día del Recuerdo de Sacco y Vanzetti»[3].

2. El caso Lindbergh (EE.UU., 1936)

Charles Lindbergh voló sin escalas el Atlántico. Su hijo fue secuestrado y asesinado. Se envió en 1936 a la silla eléctrica al carpintero Bruno Richard Hauptman, a quien se le encontró algunos billetes del rescate de US$ 50,000 pagado a los delincuentes. Lustros después se comprobó que los verdaderos autores del delito fueron la niñera del bebé Lindbergh y su amante, un abogado.

3. El caso Evans (Reino Unido, 1950)

A Timothy Evans, ejecutado en Inglaterra el 8 de marzo de 1950, se le acusaba, pese a su negativa rotunda, de haber matado a su mujer, Beryl, y a su hija. En 1953, John Christie, el principal testigo de cargo de la causa fue detenido y condenado por haber dado muerte a seis mujeres, entre ellas a su propia esposa, cuyos cadáveres aparecieron en la casa de la plaza Rillington, en la cual tanto él como Evans habían vivido. Las circunstancias de los dos casos, como lo recuerda Marino Barbero Santos en «Pena de Muerte El Ocaso de un Mito», eran coincidentes: entre ellas la de tener relaciones sexuales durante la agonía. Incluso, Christie confesó haber matado a Beryl, la esposa de Evans. Este caso condujo a la supresión de la pena de muerte en Inglaterra.

4. El caso Fritz - Williamson (EE.UU., 1982)

Debra Sue Carter, era una joven de 21 años cuando fue secuestrada, violada y asesinada en una localidad de Oklahoma, tan diminuta como su nombre: Ada. El crimen contaba, además, con algunos elementos que lo transportaron a la prensa nacional, es decir, la que rara vez refleja fechorías que «solo» dejan una víctima mortal. Los periódicos contaron que, antes de ser estrangulada, la joven había sido sometida a todo tipo de vejaciones y explicaron con esmero que la policía encontró una botella de salsa de tomate en sus genitales. Antes de matarla, el asesino había pintado insultos en las paredes con dicha sustancia. Fue en 1982.

---

3 Véase: Neuman, Elias, Pena de Muerte - La crueldad legislada. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 76.

Sus letrados consiguieron reabrir el caso con un argumento: Oklahoma, junto con Nueva York, es el único Estado que permite volver a investigar un caso si existen pruebas genéticas posteriores a la emisión del veredicto. Se realizaron entonces las nuevas pruebas de ADN y el resultado, esta vez sí, era irrefutable: ni los cabellos eran de los acusados ni el semen en la víctima pertenecían a los dos hombres que habían pasado los últimos 12 años en la cárcel.

Pero la historia guardaba otro giro dramático: los forenses confirmaron que los restos de ADN encontrados en la víctima y en la escena del crimen correspondían en realidad al confidente de la policía, el hombre que testificó contra dos personas inocentes, Glen Gore. Convertido en delincuente habitual con el paso de los años, Gore cumplía una condena en una prisión por robos, secuestros y amenazas.

El tercer giro dramático llegó al poco tiempo: horas después de que el ADN descubriese el error judicial, Gore se fugó de la cárcel. Un compañero de celda le había contado que había oído que un periodista de la cadena NBC estaba detrás de una primicia sobre una falsa acusación en un antiguo crimen. Fue suficiente para que Gore decidiese poner tierra de por medio a plena luz del día, sin que los responsables de la cárcel sepan explicarlo.

5. El caso Jacobs (EE.UU., 1995)

Otro ejemplo conmovedor fue el de Jesé De Wayne Jacobs, ejecutado el 4 de febrero de 1995. Fue sentenciado en 1986 por el supuesto homicidio de Ettad Ann Urdiales. Siete meses después de su condena cayó presa su hermana Bobbie, acusada de ser la asesina. En el juicio, el fiscal de distrito —que había acusado también a Jacobs— dijo al jurado:

> A lo largo del proceso he cambiado de opinión sobre lo ocurrido y estoy convencido de que fue Bobbie Hogan la que apretó el gatillo...

Jacobs estaba considerado como testigo en el juicio. Su hermana fue, finalmente, condenada a diez años de prisión por homicidio involuntario. Jacobs continuó sentenciado a muerte ¿Un cómplice con mayor pena que la autora principal del homicidio? En la cámara de ejecución Jacobs protestó contra la injusticia que implicaba su muerte. Dijo:

> No va a haber una ejecución; esto es un asesinato premeditado por el Estado de Texas y por el fiscal de distrito nombrado para el caso. Yo no soy culpable de este delito.

IV. OTROS CASOS QUE, DE HABER HABIDO PENA DE MUERTE, HABRÍAN SIDO IRREPARABLES

1. El dramático caso del capitán francés Alfred Dreyfus (1894-1906)

El caso Dreyfus fue un escándalo político francés acontecido a finales del siglo XIX; este escándalo, causado por la injusta condena del militar judío Alfred Dreyfus, dividió a la sociedad francesa de la época y marcó un hito en la historia del antisemitismo en Francia.

En 1894, los servicios de información del ejército galo tenían un agente secreto en la embajada de Alemania. Se trataba de una mujer llamada Bastian, casi analfabeta, que ocupaba las modestas funciones de personal de limpieza, pero los servicios que prestaba eran inmensos, puesto que el coronel Von Schwartzkoppen, como muchos de sus colegas, utilizaba sus funciones oficiales para practicar el espionaje y tenía la mala costumbre de no quemar los documentos comprometedores. Se limitaba a romperlos y echarlos a la papelera. Pero la señora Bastian no lo hacía, sino que los recogía y se los entregaba al comandante Henry, oficial del Servicio de Información francés[4].

Se descubrió, en setiembre de aquel año, al reconstituir unos documentos, que se trataba de una carta dirigida al coronel Von Schwartzkoppen, sin fecha ni firma, pero escrita sobre papel cebolla y que enumeraba cierto número de documentos, que iban adjuntos, y de ahí que se le diera la apelación, hecha famosa, de «cartapacio». Esa carta decía:

> Sin noticias de que quiera usted verme, le adjunto algunas informaciones interesantes:
>
> 1º. Una nota sobre el freno hidráulico del 120 y la manera con que se ha comportado esta pieza.
>
> 2º. Una nota sobre las tropas de cobertura.
>
> 3º. Una nota sobre las modificaciones introducidas en las formaciones de artillería.
>
> 4º. Una nota relativa a Madagascar.
>
> 5º. Un proyecto de manual de tiro de la artillería de campaña.

4 Véase ampliamente el caso en: Floriot, René, Los errores judiciales, Obra traducida por Jesús Ruiz, Editorial Noguer S.A., Barcelona, Madrid, Paris, octubre 1969, pp. 194 y ss.

> Este último documento es muy difícil procurárselo y no puedo tenerlo a mi disposición más que pocos días... Cada oficial que lo tiene en su poder debe devolverlo al término de las maniobras. Si quiere usted anotar lo que le interese y ponerlo luego otra vez a mi disposición, se lo facilitaré, a menos que desee usted que lo haga copiar *in extenso* y le mande la copia. Voy a salir de maniobras.

La investigación llegó a la conclusión de que Dreyfus era culpable sin mayores indicios que un leve parecido caligráfico. La insistencia por llegar rápidamente a un desenlace es origen de numerosos errores judiciales. Es así que los investigadores se precipitaron sobre la primera pista que les pareció verosímil, desechando las otras.

Partiendo de esa idea falsa, harían una deducción lógica. Como los documentos procedían de las cuatro secciones del Estado Mayor, quedaba excluido que un oficial cualquiera de una de aquellas secciones hubiera podido procurárselos. Había que buscar, por tanto, al culpable entre los oficiales adjuntos, en comisión de servicio, que eran los únicos que tenían acceso a las cuatro secciones.

Al examinar la escritura de aquellos adjuntos se concluyó que la de un artillero, el capitán Dreyfus, guardaba una extraña semejanza con la escritura del cartapacio. Apenas se pronunció el nombre del capitán Dreyfus, todo el mundo quedó persuadido de que se había encontrado al culpable ¿Por qué? En primer lugar, no favorecía al capitán su físico. Al comparecer ante el Consejo de Guerra, causaría a sus jueces la peor impresión. Es conocida la frase de Clemenceau, uno de los grandes artífices de la revisión: «Hemos escogido mal a nuestro inocente». Por otra parte, el capitán era judío y el Estado Mayor contaba con cierto número de oficiales «de clase». Finalmente, Dreyfus, quien tenía a la sazón treinta y siete años, había nacido en Mulhouse en 1859. En 1870 optó por la nacionalidad francesa, pero sus padres permanecieron en Alsacia y su hermano conservó la nacionalidad alemana para poder administrar los bienes familiares.

Sus acusadores y juzgadores ignoraron intencionalmente la muy honorable carrera de Dreyfus: era un oficial brillante, salido en noveno lugar de la Escuela Politécnica. Estaba muy acreditado; casado, padre de familia y con una vida privada intachable. No tenía, además, necesidad alguna de dinero; su situación era desahogada y su fortuna, bastante considerable.

1.1. Las pericias

Se desestimaron, empero, todos estos elementos, y entre una atmósfera envenenada, se solicitó el parecer del señor Gobert, experto del Banco de Francia. Su conclusión prudente fue que la prueba incriminada podía proceder perfectamente de mano distinta de la del sospechoso.

Se designó entonces a otro experto en la persona del señor Bertillon. Se eligió mal, puesto que el experto era un antisemita notorio, pero, dado que no era incompetente, comprobó en seguida que si bien la escritura del cartapacio presentaba semejanzas con la del capitán, ofrecía también rasgos diferentes. Hizo entonces un razonamiento sorprendente: las semejanzas aportaban la prueba indiscutible de que el escrito procedía de la mano de Dreyfus. En cuanto a los rasgos diferentes, demostraban que éste había desfigurado voluntariamente su escritura para desorientar eventuales investigaciones. Bertillon concluyó:

> Si se descarta la hipótesis de un documento fraguado con el mayor cuidado, aparece de manera manifiesta que fue la misma persona quien escribió todas las piezas comunicadas y el documento incriminado.

1.2. Escándalo, condena y rehabilitación de Dreyfus

A consecuencia de la investigación, Dreyfus fue arrestado el 15 de octubre, y encarcelado en la prisión de Cherche-Midi. Sometido a consejo de guerra el 22 de diciembre, fue condenado por traición y, por tanto, expulsado del ejército el 5 de enero de 1895. Se le castigó con la deportación de por vida al presidio de la Isla del Diablo, en la Guayana francesa.

Dreyfus nunca admitió las acusaciones. El procedimiento judicial que lo condenó mostró graves irregularidades, por ejemplo, el informe del Servicio de Inteligencia nunca fue comunicado a la defensa, flagrantes contradicciones y manipulaciones a los más altos niveles. Ello impulsó que su familia siguiera intentando probar su inocencia. Estos intentos de rehabilitar a Dreyfus fueron descalificados, especialmente por la extrema derecha francesa, como maniobras del grupo de presión judío, desleal con Francia y que intentaba desacreditar al ejército y a las más altas instituciones de la nación, provocando que el país se viera radicalmente dividido entre sus defensores y sus detractores.

Posteriormente, a partir de 1895, fueron descubiertas pruebas de que Alemania seguía recibiendo documentos secretos franceses. Se iniciaron nuevas inves-

tigaciones, destacando la de Georges Picquart. Al principio pretendían descubrir un nuevo traidor, pero concluyeron que el responsable inicial de las filtraciones fue el mayor Ferdinand Walsin Esterhazy y que Dreyfus había sido víctima del antisemitismo del anterior jefe de Inteligencia. Sometido a juicio, Esterhazy fue declarado inocente en 1898 debido a la protección de militares reaccionarios. Dreyfus fue repatriado y sometido a un segundo consejo de guerra, celebrado en Rennes el 30 de junio de 1899, que nuevamente le encontró culpable, aunque atenuó la pena a 10 años de cárcel.

Sin embargo, a raíz de estos descubrimientos y la campaña a favor del reo, el Presidente de la República, Loubet, concedió indulto a Dreyfus el 19 de septiembre de 1899, aunque sin reconocer la inocencia de este. Dreyfus siguió luchando por demostrar su inocencia, lo que consiguió finalmente el 12 de julio de 1906, cuando la Corte de Casación anuló definitivamente el juicio. Fue reintegrado al ejército con todos sus honores y se le concedió tanto la Legión de Honor como un mando de artillería en Vincennes.

1.3. Moraleja del caso Dreyfus

Si bien, la extrema derecha como los liberales —detractores y defensores, respectivamente de Dreyfus— mantuvieron su protagonismo tras la exoneración de este, la victoria de los liberales debilitó a sus adversarios, a pesar de la fundación del movimiento fascista Action Française de Charles Maurras en 1898 y promovió la Ley de Separación entre la Iglesia y el Estado en 1905.

Otro detalle relevante de ese caso fue la presencia del periodista austriaco, Theodor Herzl, quien, asignado al caso como corresponsal extranjero, según su propio relato, quedó horrorizado ante el antisemitismo surgido durante el juicio de Dreyfus, lo que le llevó a postular el movimiento sionista. Algunos cuestionan esta afirmación del propio Herzl y sitúan el nacimiento del sionismo como consecuencia de políticas antisemitas en la Austria natal de Herzl.

2. El caso de Cuenca (España, 1920)

En 1920, se produjo en España el caso Grimaldos. Se acusó del asesinato a dos pastores de Cuenca quienes fueron condenados a internamiento. Al cabo de diez años fueron puestos en libertad porque Grimaldos fue a su parroquia a solicitar su partida de bautismo porque pensaba casarse. Resulta que habían sido condenados los pastores sin tener la diligencia de primero buscar el corpus delicti.

3. Crimen y castigo: el caso «Beto»

Juan José Ugaz, ex Procurador Público y excelente penalista, relató en un artículo publicado en «El Comercio» (Agosto, 2006), lo siguiente:

> Hace algunos años fui requerido para intervenir en la defensa de 'Beto', un joven ex interno del puericultorio Pérez Araníbar, afectado por retardo mental moderado, a quien se acusaba de haber violado y asesinado a una niña de 8 años de edad —también interna del puericultorio—, cuyo cadáver apareció una madrugada con signos de violación en la piscina vacía de dicha institución. Según el atestado policial con el cual fue remitido detenido a la Fiscalía, 'Beto' —quien fue presentado en conferencia de prensa como el 'Monstruo del puericultorio'— había confesado ser el autor del crimen y narrado con lujo de detalles cómo violó y asesinó a la menor. Varios meses después, luego de una intensa batalla judicial, se pudo demostrar que 'Beto' nunca estuvo en el escenario del crimen y que la investigación había sido manipulada para incriminarlo injustamente, arrancándole la confesión a la fuerza mediante maltrato físico, psicológico, y actos de tortura. Si 'Beto', como ocurre usualmente con los imputados por este tipo de delitos, hubiera carecido de defensa, hoy estaría condenado; y si hubiera existido la pena de muerte, seguramente habría sido ejecutado.

V. LA ESTADÍSTICA DE LOS ERRORES JUDICIALES

Marc Ancel, Presidente de la Sociedad Internacional de Defensa Social, presentó un rapport para Naciones Unidas acerca de los errores ocurridos entre los años 1893 y 1953. La encuesta debía rendirse ante el Consejo de Europa. El Ministerio Federal de Justicia alemán respondió que en ese lapso se habían pronunciado 27 condenas capitales con error judicial. En tres de estos casos la sentencia se había cumplido.

Un estudio de Hugo Adam Bedon y Michael L. Rodelet («Miscarriages of Justice in Potencially Capital Cases», Stanford Law Review, volumen 40, No I, noviembre 1987) presentó pruebas de que 350 personas condenadas a muerte en EE.UU., entre 1900 y 1985, eran inocentes. Wood & White («Crime and its Treatment», Nueva York 1941) señala que existe un once por ciento de error en jueces y jurados en sentencias a pena capital.

VI. LOS ARGUMENTOS EN CONTRA Y A FAVOR DE LA PENA CAPITAL

Numerosos son los argumentos tanto a favor y en contra de la pena de muerte. Podemos sintetizarlos, siguiendo a Laurent, en el siguiente cuadro comparativo[5]:

Argumentos contrarios a la pena de muerte	Argumentos favorables
1. La irreparabilidad de la pena de muerte; 2. La inviolabilidad de la vida humana; 3. La irresponsabilidad de los criminales; 4. La falibilidad de los jueces; 5. La pena de muerte impide toda enmienda al condenado; 6. Las penas de sangre llegan a ensangrentar las costumbres (la sangre llama a la sangre). 7. La pena de muerte atenta contra la dignidad humana; 8. La pena de muerte sirve de reclame al criminal y excita el espíritu de imitación de los candidatos al crimen; 9. Esta pena es contraria al progreso de las costumbres; 10. Esta pena es inútil, porque: a) No es ejemplar; ningún asesino ha sido detenido en el camino del crimen, por el pensamiento del castigo supremo; b) No es bastante severa (el gran criminal no carece de valentía y teme menos la muerte que la certeza de un castigo largo y penoso). 11. El riesgo del crimen o error judicial.	1. La pena de muerte es un instrumento de defensa social, al mismo tiempo que un instrumento de sanción moral; 2. La crueldad o la insignificancia de toda pena propuesta para reemplazar a la pena de muerte hacen que esta última sea indispensable; 3. Es justa, es decir, proporcionada al delito; 4. Es necesaria, porque: a) Es temida por los malhechores; b) Es temida por el público en general; c) Todo proyecto de supresión aumenta la audacia de los malhechores; d) Contradicción entre los actos y las teorías de ciertos abolicionistas, por ejemplo Marat y Robespierre; 5. Existencia inmemorial de la pena de muerte; 6. Argumento lombrosiano sacado de la idea de la eliminación forzada de todo elemento peligroso para la seguridad social.

VII. EL INFORME DE NACIONES UNIDAS DE 1962 Y LA ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE

En un informe de Naciones Unidas (1962) se dio a conocer los resultados de una encuesta respecto al abolicionismo. Las razones invocadas han sido: 1) La ejemplaridad de la pena capital no está demostrada; 2) muchos de los delitos capitales son cometidos por desequilibrados; 3) existen chocantes desigualdades en la aplicación de la ley, ya sea por el diferente grado de severidad de los tribunales

5 Laurent, Les chatiments corporales, p. 193.

competentes, ya sea por razones de orden económico y sociológico, de manera que se corre el riesgo de que la pena de muerte constituya una amenaza mucho mayor para los inculpados proletarios que carecen de medios económicos y que por lo tanto están en peores condiciones para buscar defensa y expuestos al crimen judicial; 4) la pena capital va en detrimento del funcionamiento normal de la justicia penal, ya sea por las desigualdades ya señaladas, ya porque los tribunales competentes vacilan en pronunciar una sentencia de muerte; 5) hágase lo que se haga, existe una innegable posibilidad de que se cometan errores y crímenes judiciales y en algunos países se ha decidido abolir la pena de muerte porque se ha dudado de la culpabilidad de personas ejecutadas (especialmente en los Estados de Rhode Island, Wisconsin y Maine, de Estados Unidos); 6) la emoción que suscita la pena de muerte, tanto cuando se la pronuncia como cuando se la ejecuta, parece tan malsana que hay quienes no vacilan en hablar del carácter criminógeno o incitador de la pena capital; 7) si de lo que se trata con la pena de muerte es de proteger a la sociedad de manera eficaz, se alega que para ello basta la condena perpetua; 8) los esfuerzos combinados de abolicionistas, actuando individualmente o de las ligas pro abolición de la pena de muerte también han influido en la supresión de la pena capital; 9) la evolución de la opinión pública en algunos países ha inducido a estos a considerar la pena de muerte inútil y odiosa y se advierte a este respecto que la desigualdad en la aplicación de la pena de muerte puede robustecer estas ideas, ya que la pena capital aparece entonces como una especie de lotería siniestra; 10) en algunos países abolicionistas se sostiene que es absurdo considerar a un delincuente definitivamente irrecuperable; 11) también las legislaciones que suprimen la pena capital han invocado con frecuencia el corto número de las ejecuciones, especialmente en Portugal y en América Latina, puesto que esta pena, ya en realidad excepcional, dejaba a la vez de intimidar y de asegurar la igualdad en la aplicación de las sanciones penales; 12) otro de los motivos invocados por las legislaciones abolicionistas, especialmente en América Latina, ha sido el de evitar que pudiese llegar a utilizarse la pena capital con fines políticos; 13) la abolición (y también, correlativamente, el restablecimiento) de la pena de muerte se ha debido a la subida al poder de un partido en cuyo programa figuraba la supresión o, por el contrario, el restablecimiento de la pena capital; 14) también en ciertos países, y particularmente en algunos de América Latina, la legislación, incluso la Constitución, han proclamado de manera absoluta el carácter inviolable de la vida humana, de manera que la pena de muerte quedaba forzosamente excluida; y 15) agregamos, fundamentalmente, el riesgo del crimen judicial en el Perú, donde los jueces tienen una formación totalitaria, absolutista, antidemocrática y en la que no juzgan por indicios ni pruebas, sino por prejuicios y por miedo a una prensa escandalosa; no tienen coraje para decir no.

Por eso, mi voto es: muerte a la pena de muerte.

Javier Valle-Riestra
El tribuno

✍ Alberto Borea Odría*

Mucho se ha escrito, se reconoce y se habla sobre Javier Valle Riestra el jurista. El hombre versado en Derecho, el que conoce las leyes, el que estudia la doctrina, el que analiza de dónde vienen esas disposiciones, el que escribe y ayuda a generar pensamiento en torno a las ideas que él confirma o que él produce. Todos estos rasgos los tuvo Javier en su estancia con nosotros.

Sus conferencias, sus exposiciones en los medios de comunicación, especialmente en los medios audiovisuales, le permitían además que aflorase toda la elegancia de su magnífica elocuencia y que dejara en claro que sabía de lo que hablaba, pero, además, de que estaba convencido de lo que decía, incluso cuando en lo que fue al parecer de muchos un error, aceptó el premierato en la época de Fujimori. Él creía que podría realizar una tarea de redención en el pensamiento del dictador de la época.

Con claridad en la exposición, no permitía ser apabullado por quien lo entrevistaba. Ese es un legado que se debe de recoger hoy: tanto para ubicar en su rol a algunos periodistas que creen que por entrevistar sobre cualquier tema saben más que el entrevistado, como para quienes son convocados a exponer sus puntos

* Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Correo electrónico: aaboreao@yahoo.com

de vista y se dejan atropellar con interrupciones y aceptan con sumisión que no los dejen exponer adecuadamente. Javier, para decirlo en lenguaje coloquial, al igual que Sánchez, Bedoya, Townsend, Paniagua o cualquiera de los grandes de esa época, «no se dejaba pisar el poncho». Era consciente que estaban en el set televisivo o radial para exponer su opinión y la lógica de sus planteamientos. No lo habían invitado a un debate, sino a una entrevista.

Javier era sumamente leído, muy pocas veces se le habrá visto en fotos de compromisos sociales con un vaso de licor en la mano en medio de una tertulia en que las personas se reúnen para celebrar cualquier cosa. Me decía que él no iba porque prefería quedarse a estudiar y a leer en su casa. Era un lector voraz y como tenía una memoria privilegiada absorbía en épocas en que la computadora era inexistente (y después también, cuando era igualmente inexistente para su promoción) que prefería cambiar los libros por el whisky.

Al poco tiempo de conocerlo nos hicimos amigos a pesar de los 20 años de diferencia de edad, cuando llegó de España y luego de una reunión en la Agrupación de Abogados Apristas y se discutía de algún tema en que no coincidimos. Al terminar insistió en el intercambio de ideas y yo mantuve mi posición con firmeza. Javier, en vez de enfadarse me invitó al día siguiente a que lo fuera a visitar para seguir conversando a su despacho, el único que le conocí, en la Avenida Arequipa 340. Allí nació una relación de la que yo sólo tengo que dar gracias. Fue una amistad profunda que traspasó cualquier discrepancia.

Convocada la Asamblea Constituyente en 1977, Javier estaba considerado como uno de los fijos para integrarla. Víctor Raúl lo distinguía mucho por su talento, su versación y su brillantez. Creo que fue el candidato N° 15 en una elección donde quienes seguíamos a Víctor Raúl e integrábamos ese Apra, su Apra, decidimos que sólo haríamos campaña por el «C 1», que era el número con que el Perú terminaría reconociendo al gran Maestro, al igual que en el PPC, quienes adhirieron en ese momento a la opción que encarnaba ese otro gran político, Luis Bedoya Reyes, lo relievaban votando por el «B 1», con lo cual, dicho sea de paso, se desbarató la pretensión del gobierno militar y de quienes quisieron postular la tesis del «no partido», de humillar a los líderes, lo que creyeron que lograrían haciendo que la tentación personalista desatara una lucha interna que terminaría poniendo a los dos grandes del celaje partidario en competencia con sus seguidores. Javier Valle Riestra, en el marco de esa demostración de disciplina y lealtad, obtuvo sólo 777 votos.

Pero hecha esta digresión importante en la que Javier jugó con disciplina su papel, se concentró en prepararse para el debate importante. Venía de España y estaba al tanto de las discusiones que allí se habían llevado a cabo en la Constituyente española que terminaría en la Carta de 1978 de ese país. Vale decir, estaba al día en cuanto a los avances y las razones que de uno y otro lado se blandían. Naturalmente el partido lo integró a la Comisión Principal de Constitución, donde se preparaba el conjunto del texto.

Una tarde que quedamos en conversar en su estudio sobre los capítulos de la Fuerzas Armadas y la Policía, llegué a media tarde. Él había estado en su despacho desde la mañana. Cuando arribé lo vi en medio de un mar de libros abiertos y de citas que recogía en su antigua máquina de escribir. Era una de esas Remington o Underwood. No habían aparecido o no usaba ni siquiera la IBM de bolita y con borrador. En eso era bien a la antigua. Entonces le pregunté qué era todo aquello y me contestó: «estoy estudiando, estoy repasando» y yo le repliqué «pero si todo eso ya lo hemos hablado y lo tienes más que claro» y me dio otro consejo que me sirve hasta hoy y que yo he podido transmitir a mis alumnos: Cuando va a exponer sobre un tema y más aún si vas a participar en un debate, lee mucho antes del evento. Aunque solo se trate de una entrevista periodística, aunque no se discuta exactamente sobre el tópico que estás leyendo, esa lectura te abrirá el horizonte y tendrás una mejor perspectiva para desarrollar tus argumentos».

Naturalmente que, si eso aplicaba para este tipo de intervenciones, mayor era la concentración y preparación cuando tenía que concurrir a los tribunales para defender una causa cuya defensa se le había encargado. Repasaba el caso en sus detalles. Se fijaba aplicadamente en los hechos. Seguía en eso a Carnelutti: «el abogado debe de tener pasión por los hechos». Esto es tan importante hoy en que muchos creen que es suficiente leer algunos artículos y enhebrar un discurso articulado en torno a lo por él imaginado para convencer a un juez, y peor todavía cuando un juez no revisa esos hechos para limitarse a paporretear una lección que tiene otros presupuestos jurídicos de hecho o a un «copia y pega» de anteriores sentencias para resolver sobre acuerdo que no es la materia de juzgamiento.

Como abogado enseñó a quienes trabajamos con él que no basta con preparar escritos muy sesudos y con perfecta lógica para ganar un caso. La insistencia constante en los tribunales era central. Él decía que no se puede ganar un proceso si no se concurre frecuentemente a refrescar la causa a los jueces o vocales (así se les llamaba entonces) que habían escuchado el informe o tenían a su cargo la resolución del caso. El tiempo que toma en resolver el asunto puede atentar contra

la buena memoria de los jueces y lo que le llevan como proyecto los asistentes, aunque fuese el juez que lo hubiera inspirado no siempre está exento de particulares interpretaciones y hasta malsanas interferencias. Por eso se decía que «Javier era un dedo». ¡Y vaya si lo era! No se cansaba de ir a Palacio de Justicia una y otra vez. Afortunadamente y venciendo una pésima decisión de hace pocos años, hoy se ha tornado a la exigencia de que los jueces de todas las instancias atiendan a los litigantes y a los abogados de los litigantes y no sólo para quejarse sobre la demora en los expedientes. Nadie conoce el expediente mejor que la parte. Que le haga saber los puntos esenciales de su defensa al Juez no perjudica a nadie. Lo ayudará a resolver mejor, ya sea porque confrontada esa posición con el resto del expediente entiende que es correcta, como si llega a la conclusión de que es equivocada.

Javier tenía el carisma de la brillantez. El Perú apreciaba, aunque no estuviera de acuerdo con las opiniones por él vertidas, la solidez de estas y la capacidad, firmeza y lógica para sostenerlas. Fue un polemista eximio. Como parlamentario tenía siempre en la punta de la lengua afilada, la repuesta precisa y no pocas veces irónica que ponía fin a un debate. Brilló en la Comisión Principal de Constitución y también en el Pleno. Pero eso no era casual ni tampoco consecuencia directa e inmediata de los dones con que Dios lo premió. Javier estudiaba cada caso, cada intervención.

En una ocasión, debatiéndose en el Senado sobre un tema de gran importancia, Javier se expedía en un discurso muy articulado y un colega suyo, de gran talento y personalidad también le pedía reiteradamente una interrupción. Valle Riestra no se la concedía. El colega insistía una y otra vez y el presidente del Senado se sintió precisado a interceder y desde su posición preminente le dice a Javier: «Senador, su colega le está pidiendo reiteradamente una interrupción hace algunos minutos, ¿se la concede usted?». Javier, que lo había estado viendo con el rabillo del ojo, volteó en dirección a aquel y le respondió al Presidente: «no Señor, no se la concedo, porque yo estimo mucho al Senador X y sé que el brilla más por su silencio que por su palabra, así que no quiero que se perjudique». Como comprenderán, semejante muestra de ingenio y de esgrima parlamentaria, llevó a la sonrisa generalizada del hemiciclo y siguió el debate sin interrupciones.

Cuando iba a discurrir sobre un tema importante iba cargado de libros y en el Congreso, apenas lo veían llegar se tomaba en cuenta que se daría un importante debate y el hemiciclo de la Cámara Alta se atiborraba de espectadores esperando que se produjese el intercambio. Nunca salían defraudados.

Fue quien trajo con fuerza y firmeza al constitucionalismo peruano la concepción del Estado Constitucional de Derecho. Quiso y logró en la Constitución de 1979 que el Perú alcanzase tal condición. La supremacía de la Carta Fundamental

no sería un artilugio retórico ni un adorno de discursos fáciles. Sería una exigencia y podría devenir en una realidad que cambiaría la concepción jurídica del país. Se dirá que ese pensamiento ya había echado algunas raíces en nuestro país, que se reclamaba con insistencia sobre todo después de esa dictadura iniciada en 1968 que hizo que el Perú retrocediera del tercer al noveno lugar en muchos campos del desarrollo en Sudamérica, sí, pero el operario que hizo que esa mies floreciera fue Javier Valle Riestra.

Pero no solo eso, el Habeas Corpus y el Amparo, figuras sobre las que ya se había escrito en el Perú reciente de esa época, necesitaban su gladiador. Otra vez Javier se compró el pleito. Con sus frases tan expresivas, fogosas y apasionadas condenó la actitud de quienes el Derecho lo habían concebido sólo como expresión del poder. Lamentó que los jueces no hubiesen tenido la valentía de enfrentar a los dictadores y que se hubieran sumergido en razonamientos rabulescos para evitar darle categoría suprema en el tejido jurídico a la Constitución. Esas dos garantías debían dar seguridad a los ciudadanos. Rechazó que la jurisdicción constitucional fuera encargada al Poder Judicial ordinario puesto que este no había tenido la firmeza de hacer valer su condición. Lamentó que «hubieran preferido la quincena a la historia», trayendo a cuento el pasaje de un juez que luego de que sus colegas habrían decidido imponer la norma surgida de la Constitución, dijese en voz baja y dentro de la Sala Plena «pero, y si hacemos eso, ¿quién nos va a pagar el sueldo a fin de mes?», acabándose allí mismo la valentía. Lamentablemente en la Constituyente, los asambleístas mayores consintieron en dejar en manos de las cortes ordinarias esa arma tan contundente para cambiar las cosas.

Entre otras cosas que escapan al propósito de este artículo, hay que decir que es muy difícil encontrar un fallo que declare en las instancias judiciales fundada una acción de garantía, ya sea Habeas Corpus o Amparo, contra resoluciones irregulares o provenientes de un procedimiento irregular. Con ello se hace perder al ciudadano por lo menos dos años en subidas y bajadas inútiles de un expediente. No queda otra que resignarse a que los miembros del Poder Judicial se avengan a reconocer que un juez de superior jerarquía se ha equivocado o ha negligido en el cuidado del proceso o en la resolución misma, o que ha fallado en contra de la constitución. Uno de los frutos de un homenaje como el que el actual TC rinde al ilustre tribuno es el de ser muy firme en estos temas y el de ir, a través de sus resoluciones, enmendando errores y abonando el camino para que legislativamente se acabe con este error nacido de la benevolencia generacional contra la que luchó Javier.

Sí, Domingo García Belaunde y sus discípulos ya habían sido bastante reiterativos con la idea de darle personería jurídica específica a las acciones de

garantía constitucional, pero el campesino que echó la semilla en el terreno fértil de la Constituyente para que prendiera como planta y labró harto para que rindiera frutos concretos fue Javier.

Un homenaje a Javier Valle Riestra no puede escapar de una actitud proactiva en este tópico, porque un homenaje no puede limitarse a ser un juego floral.

Pero no quiero dejar de lado tampoco el Javier escritor. Quien ha producido ese importante libro sobre la responsabilidad constitucional de los jefes de Estado y varios otros escritos. Recuerdo cuando en nuestras primeras conversaciones, donde me sorprendía que con lo que sabía no hubiera ya producido algún texto, le pude pasar un pensamiento que a mí me lo transmitió Domingo y me marcó. Él me repitió la frase que usan los profesores estadounidenses: «publish or perish». Javier la entendió claramente y también enfiló su actividad con ese objetivo. Su Tratado sobre la Extradición con sus 4 tomos es una obra de consulta necesaria en la materia. Diría que indispensable en el Perú y muy pertinente en cualquier otro lugar de América. Pero no podía faltar en su producción intelectual un Manual de Derechos Humanos, y lo completó y lo publicó.

Quiero compartir también el recuerdo del Javier que yo llegué a conocer. Teniendo él alrededor de 46 años, era cuidadoso de su imagen física. Se sabía bien parecido y cuidaba su aspecto, aunque siempre con su mismo atuendo, pantalón gris, camisa celeste, corbata negra y saco azul. En ese punto fue un adelantado, incluso lo atrasó a Mark Zuckerberg, quien siempre viste igual. Dice Rosario, su esposa, que tenía muchas de estas piezas. Yo nunca llegué a preguntarle, aunque me hubiera gustado saber, del porqué de esa reiteración. Para terminar este punto hay que anotar que era súper preocupado por Rosario. Ella lo acompañaba muy seguido y hasta tuvo que acomodarse a acompañarlo desde que se recogía al descanso, las ocho de la noche era normalmente su hora. No era para menos si tomamos en cuenta la hora en que se levantaba.

Era, o se convirtió entonces, en un ciclista empedernido. Con una disciplina ejemplar salía todas las mañanas con Tino Santander a recorrer su circuito por la Costa Verde, con cuestas y todo. Pero además los fines de semana se iba pedaleando hasta la playa Santa María, con Lucho Ganoza o Julio González siguiéndolo de cerca en un carro para evitar un atropello. Y normalmente, invierno o verano, en el medio de su ejercicio ciclístico o terminado el mismo se metía al mar. Era un nadador en aguas frías. Atribuía a ese hecho el no concurrir a reuniones en horas de la noche (poquísimas veces lo hacía). Salvo que hubiese una entrevista en un programa de los que él estimara valía la pena «trasnochar». En las mañanas sí concurría a cualquier invitación, aunque la emisora tuviese muy escasa audiencia.

Con la vanidad que dicen que tienen los políticos, pero que por su simpatía era llevadera, llamaba en el curso de la mañana a sus amigos a preguntarnos si lo habíamos visto en la entrevista matutina (podría haberse realizado a las 7 de la mañana en una radio de poca sintonía (como decíamos) y como se llegó a extender la respuesta amable de «claro, estuviste muy bien», aunque no se hubiera atendido a la misma o porque no se sabía siquiera que se iba a llevar adelante o porque no se hubiese estado en modo de escucha, pero sabedores de lo que a él le importaba la respuesta positiva, le seguíamos la cuerda, pero entonces seguía con una repregunta: ¿y qué parte te pareció mejor?, con lo que ya no había más remedio que decirle que no se había podido atender a «tan central acto», pero que no cabía duda que lo había hecho muy bien. Total, tratándose de Javier eso era casi un axioma.

Por lo que yo pude apreciar, entendió respetables a todos los talentos de la época y especialmente a sus compañeros Andrés, Ramiro, Armando y Luis Alberto, pero creo que sólo entendió como venerable a Víctor Raúl[1]. Lo siguió, en sus locuras juveniles lo contradijo aunque solo retóricamente, volvió a su lado y fue amnistiado y distinguido por su «jefe» que apreciaba como pocos la inteligencia y el talento. Ese fue un gesto que nunca olvidó y que siempre agradeció y que lo hizo seguir en el aprismo a pesar de las críticas a las actitudes que en muchos momentos en ese partido se adoptaron. Fue un díscolo pero disciplinado compañero al fin.

Con frecuencia lo oí hablar con respeto de sus abuelos con quienes vivió y creció. Siempre contaba que desde los balcones de su casa, viendo una marcha del partido de la estrella de esa época, se convirtió a esa doctrina.

Pero el Javier de las últimas dos décadas fue, además, profundamente religioso. Hombre de comunión casi diaria y de conversaciones sobre temas trascendentales, hombre que siendo lo brillante que fue supo siempre que él era hombre y que Dios es Dios. No lo ignoró. Lo reconoció y lo aceptó.

Por todo esto, por lo que hizo acá y por lo que esperó de allá, me atrevo a decir que Dios ya lo tendrá consigo en su gloria y nosotros seguiremos teniéndolo en el recuerdo y espero que como ejemplo para hacer cosas mejores.

---

1 Para las más recientes generaciones aclaro que me refiero a Andrés Townsend Ezcurra, Ramiro Prialé Prialé, Armando Villanueva del Campo, Luis Alberto Sánchez Sánchez y Víctor Raúl Haya de la Torre.

Javier Valle-Riestra y el Tribunal Constitucional

✍ Luis R. Sáenz Dávalos*

La existencia de una jurisdicción constitucional concentrada, representada en la presencia de un Tribunal dotado de competencias especiales en materia constitucional, tiene en el sistema jurídico peruano un nombre indiscutible: Javier Valle-Riestra.

Independientemente de que algunos distinguidos juristas peruanos hayan abogado desde fecha muy temprana por la creación de un modelo de control constitucional estructurado al más puro estilo kelseniano[1], es un hecho que, desde el punto de vista de los esfuerzos desplegados y las decisiones adoptadas, existe un indudable protagonismo en nuestro citado personaje.

---

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresado de la Maestría en Derecho con mención en derecho constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Código ORCID: 0009-0008-9797-806X. Correo electrónico: lsaenz@tc.gob.pe

1 Cfr. Ferrero Costa, A. (2020). Raúl Ferrero Rebagliati: Precursor de un Tribunal Constitucional para el Perú. *Revista Peruana de Derecho Constitucional. Historia Constitucional*, N.º 12. Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales, pp. 561 y ss. y García Belaunde, D. (1981). *Constitución y Política*. Lima: Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Serie Estudios 2, pp. 69-73.

En efecto, cuando en 1978, y durante el curso de los debates de la Asamblea Constituyente que daría nacimiento a la Constitución de 1979, se reflexionaba sobre la necesidad de dotar a nuestro Estado no solo de una norma fundamental democrática, sino también de mecanismos destinados a salvaguardarla de manera eficaz, la voz de un constituyente aparecería nítida, solvente y, por sobre todo, insistente. Se trataba de Javier Valle-Riestra, quien por aquellos años, e imbuido de la realidad que le había tocado vivir como exiliado del militarismo de los setenta, traía consigo sus conocimientos y experiencias del continente europeo, principalmente de España, donde poco tiempo antes se había aprobado una nueva Constitución y reconocido a la par un Tribunal Constitucional semejante al que existía en la mayor parte de dichos países.

Su propuesta —y puede decirse que una de las más decisivas, dentro de las varias que propugnó en el seno de la constituyente— consistía en reconocer, por vez primera para nuestro país, un Tribunal especial al que le sería conferida la misión esencial de defender la Constitución y hacerlo de muy diversas formas. Incluso, y a efectos de maximizar su cometido, se le llamó Tribunal de Garantías Constitucionales, en la lógica de enfatizar que su responsabilidad era precisamente garantista, no simplemente declarativa.

Lograr el apoyo de sus colegas y de todas las bancadas políticas representadas en la Asamblea no fue tarea fácil, pues el Poder Judicial de aquella época se opuso a la propuesta de todas las formas posibles, alegando que con la creación de dicho Tribunal se buscaba mermarlo en sus responsabilidades, lo cual —ciertamente— no dejaba de ser irónico cuando históricamente dicho Poder del Estado —y no es exagerado decirlo— no se había caracterizado, durante los años que precedieron a la constituyente, por asumir un rol de auténtico garante de la Constitución.

Contra viento y marea, Valle-Riestra lograría defender su propuesta, existiendo testimonio de la misma en sus lúcidas intervenciones recogidas tanto en el Diario de Debates de la Asamblea Constituyente 78-79 como en el Diario de Debates de la Comisión Principal, materializando a fuerza de sus planteamientos persuadir a casi todos sus colegas de la necesidad de contar con dicho órgano especializado, y abriendo con ello el primer capítulo de la historia de la jurisdicción constitucional en el Perú.

Lamentablemente, y como suele suceder con muchas ideas de avanzada, el desconocimiento y los temores de quienes poco conocían del tema generaron sus evidentes pasivos. De esta forma, las atribuciones con las que inicialmente

había sido concebido dicho Tribunal[2], y por las que decididamente abogó su propulsor, de a pocos fueron siendo recortadas en el proyecto final de Constitución, quedando solo circunscritas a la capacidad para anular normas inconstitucionales de rango legal y a la facultad para pronunciarse mediante una formalista casación respecto de los procesos de *habeas corpus* y amparo que fuesen denegados en la vía judicial. La legitimación para recurrir al mismo, aunque aparentemente amplia, no era de lo más auspiciosa en términos prácticos, a lo que se sumó una legislación orgánica poco visionaria para su día[3].

Lo que vino tiempo después es historia conocida. El Tribunal de Garantías Constitucionales, más allá de las buenas intenciones que pudo tener sobre el papel, no funcionó a la altura de lo que del mismo se esperaba, más por defectos en su regulación que por el rol que el mismo tenía, lo cual, sin embargo, no impidió que la mecha quedara encendida, logrando calar en la posterior Constitución de 1993 que, aunque no lo contemplaba en sus proyectos iniciales[4], finalmente terminaría por reconocerlo de una forma mucho más redimensionada, tal y como actualmente se le conoce.

2 En la concepción original que consta del proyecto inicial de Constitución, tenía configuradas una serie de atribuciones que de haber prosperado lo hubiesen convertido en uno de los tribunales más poderosos de la época.

De acuerdo con el artículo 300 del entonces proyecto de Constitución, el Tribunal podía: 1) declarar la inconstitucionalidad en todo o en parte de cualquier acto legislativo o de la administración pública, por vía de acción o de excepción; 2) pronunciarse de manera previa sobre la inconstitucionalidad de una ley que pudiese ser inaplicada por el Poder Judicial vía control difuso; 3) conocer de los autos denegatorios de las acciones de *habeas corpus* y amparo, agotada la vía judicial; 4) conocer en apelación de las resoluciones que expida el Consejo Nacional de la Magistratura, que impongan destitución a magistrados de cualquier categoría; 5) resolver en vía de apelación en el plazo máximo de siete días naturales la resolución de la Corte Nacional de Elecciones que anule el proceso electoral nacional; 6) resolver conflictos de competencia entre el poder central y los órganos departamentales y regionales, así como de estos entre sí, y 7) absolver consultas del presidente de la República o del Congreso sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales pendientes de ratificación o adhesión.

3 No deja de ser curioso, al respecto, el profundo contraste entre la valiosísima y tutelar Ley N.º 23506 que reguló al Habeas Corpus y el Amparo de aquellos años con la vieja Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (Ley N.º 23385) que procuró, por todos los medios posibles, limitar las funciones de nuestro primer órgano de control constitucional.

4 En las propuestas iniciales que se manejaron al interior del Congreso Constituyente Democrático de 1993, no se tenía en mente contar con un Tribunal Constitucional. No obstante, gracias a la valiosa opinión de la academia y el empuje de varios sectores políticos, se revaluó la importancia de contar con un defensor de la norma fundamental, apareciendo remozada de esta forma la figura de un nuevo Tribunal Constitucional.

La experiencia ha demostrado que contar con un Tribunal Constitucional, más allá del nombre que se le quiera otorgar, es indispensable si de lo que se trata es de garantizar un Estado verdaderamente constitucional. Solo las mentes autoritarias, esas que nunca han faltado en nuestra historia política, han visto con desconfianza su presencia. Y la razón es obvia, el autócrata de corazón detesta el control, le repele que alguien se atreva a fiscalizar su mesiánica pesadilla.

Eso lo sabía muy bien Valle-Riestra y por eso se empeñó en defender permanentemente su creación, más allá de los episodios y las etapas por las que dicha institución haya atravesado con los años y de las cuales hay bastante por escribir.

La partida de don Javier hace pocos meses atrás invita a la reflexión sobre los compromisos con el derecho y sus grandes causas, aquellas que por su trascendencia permanecen en la historia. Siempre lo recordaremos como constitucionalista por convicción, como orador inigualable y como polemista infatigable. Pero, por sobre todo, como un fervoroso creyente de la supremacía constitucional y de la necesidad de garantizarla de manera real y efectiva.

El legado democrático de Javier Valle-Riestra

✍ Heriberto Benitez Rivas*

Tuve el honor de trabajar ocho (8) años con él, y una vez me dijo que se sentía, un maestro sin alumnos, pero con discípulos; palabras que quedarán escritas con tinta indeleble.

Humildemente, me siento uno de ellos.

Pude aprender sus enseñanzas, asimilar sus explicaciones y seguir sus recomendaciones, siendo un colaborador cercano de sus labores o tareas profesionales, académicas y políticas.

JVR contribuyó en mi formación académica y profesional, facilitándome material bibliográfico y orientaciones jurídicas para elaborar mi tesis y obtener el grado académico de Bachiller en Derecho (1987) y me habilitó dos expedientes judiciales: uno sobre sobre acción de Amparo y otro sobre un importante proceso penal, con extradición incluida, para sustentarlos y obtener mi título profesional de Abogado, en la Universidad «San Martín de Porres» (1991). Tuve el honor de recibir mi medalla de Abogado, en el auditórium del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (CAL) de manos de JVR, al lado de mi madre y padre.

* Abogado por la Universidad San Martín de Porres. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Código ORCID: 0009-0001-5895-8663. Correo electrónico: hbenitez@tc.gob.pe

Lo acompañé, en sus dos campañas políticas como postulante al Senado de la República, donde resultó electo, por las filas del Partido Aprista Peruano (APRA) y con muy buena votación preferencial. Fue un arduo trabajo político, no sólo para lograr votos de compañeros de Partido, sino de la población en general y a nivel nacional.

En 1985, me pidió que trabaje con él en la Cámara Alta.

Fue elegido presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Senado, desempeñando su labor con un estilo de investigación imparcial, conocedor del tema, vehemente, buscando llegar a la verdad y luego, fue presidente de la Comisión Calificadora de Candidatos para el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC).

Fui testigo de sus importantes intervenciones en materia de derechos humanos, temas jurídicos, académicos y políticos, que generaban un amplio debate y donde siempre resultaba victorioso, porque se preparaba e incluso llevaba sus libros para sustentar su postura, logrando convencer a sus colegas para que respalden sus intervenciones y aprueben sus iniciativas legislativas, dictámenes e informes, tal como está registrado en el diario de los debates (1985-1992).

En aquella época no existían limitaciones, ni restricciones, en el tiempo, para el uso de la palabra en las sesiones plenarias del Senado de la República; no como ahora, que el Reglamento del Congreso impone tiempos limitados y no permite una adecuada deliberación.

Recuerdo, por citar algunas, su intervención al sustentar el informe final de las investigaciones sobre la matanza de 69 campesinos (mujeres, hombres y niños) ocurrida en la localidad de Accomarca-Llocllapampa (Ayacucho), en el tema de la estatización de la banca, en la acusación constitucional contra el ex jefe de Estado Alan García, entre otras de interés.

Los días que no sesionaban las comisiones que integraba, trabajamos en su Estudio viendo temas jurídicos, legales, políticos y legislativos, donde uno asimilaba el aprendizaje. En aquella época, sólo se usaba máquinas de escribir y JVR utilizaba un papel (tipo cartulina opalina) para redactar sus escritos, que cuando se entregaban en los juzgados, escribanías o tribunales, algunos secretarios se quejaban a *sotto voce* porque decían que el material era muy grueso y dificultaba a la hora de coser los expedientes judiciales.

En numerosas oportunidades cuando salía del Congreso, lo acompañaba al Estudio, caminando desde la Plaza Bolívar, por el jirón Junín, Plaza de Armas, jirón de la Unión, cruzábamos el Centro Cívico, Paseo Colón. Av. Wilson y Av.

Arequipa hasta la cuadra tres, e íbamos conversando y apreciaba el saludo que mucha gente le demostraba en el camino. Llegando, su secretario le informaba lo sucedido, llamadas y sus visitas a juzgados o cortes, sobre seguimiento de expedientes judiciales; luego, veíamos si había algo pendiente, para resolverlo. JVR no era de dejar los temas para una fecha ulterior y cuando llamaba por teléfono fijo, siempre, lo primero que preguntaba era: «¿novedades?».

Una vez, entre las tantas conversaciones o tertulias que realizábamos, me dijo que defender los derechos humanos era una tarea complicada, difícil, dura, incomprendida y a veces solitaria; pero, había que resistir los embates o acometidas de los opositores o autoridades que desconocen lo que significa la protección de los derechos fundamentales. Debíamos seguir luchando para que nadie abuse de las mayorías desprotegidas, olvidadas y abandonadas. Una satisfacción profesional y un triunfo académico es lograr un *habeas corpus* fundado, porque está de por medio la libertad individual.

Asistí con JVR, en algunas oportunidades, al Poder Judicial (PJ) para escuchar sus informes orales, donde destacaba su brillante oratoria jurídica, explicando los hechos, las normas legales vigentes, la doctrina, legislación comparada, desarrollando la jurisprudencia nacional y supranacional que avalaba el caso que defendía y que resultaba aplicable al *sub judice*; le permitían desarrollar sus temas, le otorgaban el tiempo necesario.

El 15 de enero del 1985, estuve presente en el local del Tribunal de Garantías Constitucionales (Arequipa) cuando JVR sustentó su postura sobre los votos nulos y blancos; en aquella audiencia pública debatió y derrotó, jurídica y académicamente, al Diputado por Lima y abogado, Roberto Ramírez Del Villar, quien acudió en calidad de apoderado del Congreso de la República.

Posteriormente, tuve el gran reto de apoyarlo en la edición de varias de sus obras: «Tribunal de Garantías Constitucionales: caso de los votos nulos y blancos», «La Responsabilidad Constitucional del jefe de Estado», «Democracia Democrática y Derechos Humanos», «La Extradición. Principios, legislación y jurisprudencia» y en la difusión del opúsculo «La Incompatibilidad Constitucional».

Fue un arduo trabajo dirigido por JVR, con las exigencias necesarias, permanentes revisiones académicas y correcciones técnicas, hasta antes de la impresión.

En 1992, el maestro me pidió que realice un informe oral ante el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), cuya sede funcionaba en Arequipa. Me entregó el material necesario para revisarlo y el fin de semana me tocó ir a trabajar a su Estudio. El lunes tenía que viajar; pero, el día anterior (domingo) cuando estaba

terminando de elaborar el alegato, sonó el teléfono y él mismo JVR me comunicó que ya no había audiencia porque Alberto Fujimori había dado un golpe de Estado (05 de abril de 1992). En resumen: se quebró el orden constitucional y pulverizó la democracia. Guardé la documentación, cerré la oficina y me fui a mi domicilio.

Luego, continuaron las batallas jurídicas y legales, los combates democráticos para rescatar a nuestro país de la dictadura en la que habíamos caído; el llamado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional convocó a un Congreso Constituyente Democrático (CCD), para dictar una Carta Política a su medida, sin respetar lo escrito en la Constitución de 1979.

En 1993, JVR me incorporó al equipo de abogados que él lideraba junto a Alberto Borea, actual juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (ex Diputado por Lima y ex Senador de la República), para defender a 33 militares, quienes junto con el general EP Jaime Salinas Sedó, intentaron recuperar la democracia (13 de noviembre de 1992); me correspondió el honor de asumir la defensa de siete (7) oficiales EP, ante la justicia militar (Sala de Guerra y Sala Revisora).

Fue una experiencia profesional que pude realizar gracias a la convocatoria y conducción de JVR, desarrollamos una defensa jurídico-constitucional contra los jueces castrenses, quienes pertenecían a Caballería, Artillería e Infantería, y adolecían de conocimientos legales. Hablábamos «idiomas» diferentes; en el fuero militar, había un criterio más disciplinado y vertical, que arrollaba los derechos fundamentales y no aplicaban los principios jurídicos. Aquellos magistrados castrenses, llegaban al extremo de «enojarse» cuando hacíamos citas en latín o se presentaba una acción de *habeas corpus*.

Ulteriormente, un puñado de aquellos oficiales del Ejército Peruano (EP) impulsó la creación de un movimiento político llamado N-13, integrado por varios de quienes fueron injustamente procesados por el fuero castrense y otros ciudadanos.

Por otro lado, es bueno recordar, que cuando JVR fue miembro de la Asamblea Constituyente (1978-1979) trabajó arduamente para lograr incorporar en la Carta Política, la importante creación del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), por la desconfianza histórica que existe en el Poder Judicial, el desarrollo de las acciones de *hábeas corpus* y Amparo, la instancia supranacional y su permanente batalla por la defensa de los derechos humanos; lo cual merece un reconocimiento académico y jurídico, por el esfuerzo desplegado, el aporte de sus conocimientos para fortalecer el sistema democrático y proteger a toda la población.

Hoy en día, se llama Tribunal Constitucional (TC).

El nombre puede haber variado o cambiado mínimamente, pero la esencia y fortaleza de la Institución se mantiene intacta y cumple una destacada labor en defensa de los derechos fundamentales y del sistema democrático.

En 1997, hubo una temporada nefasta, cuando le arrebataron la independencia, y fue cuando el Congreso de la República destituyó, arbitrariamente, a tres (3) magistrados del Tribunal Constitucional (TC), quienes luego de una complicada batalla, pudieron retornar a sus cargos, debido a una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

No podemos olvidar que JVR fue Regidor por Lima, Constituyente, Diputado por Lima, Senador de la República, Representante del Perú ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Congresista de la República y, en algún momento, por breve término, presidente del Consejo de Ministros (PCM) donde, como él mismo dijo, trató de ingresar al vientre del gobierno de turno para democratizarlo, pero no pudo; su intención resulto estéril.

Fue, también, miembro de los Ilustres Colegios de Abogados de Lima y Madrid.

III

Acepté escribir esta pequeña semblanza respecto a mis experiencias y sobre lo vivido por mi persona, con quien siempre consideraré mi maestro, cuyas enseñanzas, junto a las de mi padre, me permiten ejercer mi profesión de Abogado y haber sido elegido dos veces Congresista de la República (2001-2006 y 2011-2016) y dedicarme a la defensa de los derechos humanos.

La responsabilidad, tenacidad y empeño que JVR le ponía a cada uno de sus casos judiciales era destacable; el tiempo de lectura (horas de vuelo como dirían los pilotos) y la cantidad de libros que adquiría cada vez que viajaba a España u otro país, enriquecían sus conocimientos y su biblioteca.

No se puede olvidar su afición por el ciclismo; tenía sus bicicletas de carrera, livianas y siempre salía en las mañanas con algunas personas o a veces sólo o con un auto que lo seguía para evitar algún accidente y recorría gran parte de la Costa Verde, subiendo el Morro Solar, Armendariz y otras vías en Magdalena; varias veces lo acompañé con mi bicicleta de media carrera y el esfuerzo era total, muy difícil seguir a su ritmo, pero ahí estábamos e íbamos conversando.

Finalmente, a JVR lo puedo describir como una excelente persona, brillante Abogado (destacado en materia constitucional y penal), magnifico orador, político honrado, demócrata a carta cabal, ardoroso defensor de los derechos humanos y deportista.

San Isidro, marzo del 2025.

Javier Valle-Riestra: defensor de la Libertad y los Derechos Humanos

✍ Tino Santander Joo*

El Tribunal Constitucional me honra al pedirme una semblanza sobre mi maestro, Javier Valle-Riestra González-Olaechea, a quien conocí en 1976 cuando retornaba del exilio. Era un hombre alegre, brillante, disciplinado y de gran sentido del humor. Lo vi y lo escuché debatir con lucidez en la Asamblea Constituyente de 1979, promoviendo la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales, antecedente del actual Tribunal Constitucional. También impulsó la creación de la Defensoría del Pueblo y fue el artífice de la constitucionalización del Pacto de San José de Costa Rica, instrumento imprescindible para la defensa de los derechos humanos.

He sido testigo de que su vida estuvo siempre al servicio de la democracia y los derechos humanos, por encima de las pasiones políticas de izquierdas y derechas, que a menudo intentaban convertir la defensa de estos en un anodino alegato político. Valle Riestra comprendía que los derechos humanos son principios universales que garantizan la dignidad, la libertad, la igualdad y la justicia

* Licenciado en Antropología por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. Magíster en Filosofía con Mención en Historia de la Filosofía por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

para todas las personas, sin distinción de raza, género, religión o nacionalidad. Más aún, entendía que estos son progresivos e irrenunciables, un principio que defendió hasta el final de sus días.

Javier Maximiliano Alfredo Hipólito Valle-Riestra González-Olaechea (Lima, 5 de enero de 1932 - Lima, 6 de julio de 2024) fue un brillante constitucionalista y un infatigable defensor de la democracia y los derechos humanos. Militante histórico del Partido Aprista Peruano (APRA), desempeñó diversos cargos públicos, entre ellos regidor de Lima, diputado, senador, miembro de la Asamblea Constituyente de 1978 y presidente del Consejo de Ministros.

Nacido en una familia aristocrática, creció en un ambiente que valoraba la educación y el servicio público. Estudió Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, destacándose por su brillantez académica y liderazgo político. Desde joven, defendió los derechos fundamentales, lo que lo llevó a militar en el Partido Aprista Peruano cuando este se encontraba proscrito por el militarismo dictatorial. Su compromiso inquebrantable con los principios democráticos lo convirtió en uno de los líderes más destacados de su generación. Valle Riestra fue un férreo opositor de los regímenes autoritarios.

A pesar de su lealtad al Partido Aprista, su independencia de pensamiento lo llevó en ocasiones a distanciarse de la línea oficial, manteniendo siempre una postura crítica y reflexiva. Su trayectoria en el Congreso, el Senado y el Ejecutivo estuvo marcada por la coherencia y el compromiso con sus principios. En 1998, asumió brevemente la Presidencia del Consejo de Ministros bajo el gobierno de Alberto Fujimori, con la intención de contribuir a la restauración democrática. Sin embargo, renunció al comprobar que Fujimori estaba decidido a reelegirse a toda costa. Prefirió mantenerse fiel a sus convicciones democráticas antes que sucumbir a la seducción del poder.

Como abogado, se distinguió en la defensa de casos emblemáticos relacionados con los derechos humanos y la libertad de expresión. Su profundo conocimiento del derecho constitucional lo convirtió en una de las voces más autorizadas del país. Además, fue autor de numerosos libros y artículos sobre derecho, política y sociedad, enriqueciendo el debate intelectual en el Perú.

Su elocuencia, su agudo sentido del humor y su capacidad para conectar con personas de todos los ámbitos lo convirtieron en una figura carismática. Mantuvo un constante enfrentamiento con el sistema judicial, al que consideraba totalitario y antidemocrático. No obstante, nunca dejó de defender los derechos humanos, incluso los de sus acérrimos adversarios, con firmeza y honestidad intelectual.

El legado del maestro Javier Valle Riestra trasciende su trayectoria política y jurídica. Fue un hombre libre, apasionado y fiel a sus ideales, que nunca se rindió ante la adversidad. Espíritu iconoclasta, dedicó su vida a la lucha por un Perú más justo y democrático. Su ejemplo ilumina el camino de las nuevas generaciones que se atreven a defender la libertad, los derechos humanos y la justicia social en un mundo en constante cambio.

SECCIÓN
JURISPRUDENCIA COMENTADA

Control constitucional de la prohibición de la compraventa de moneda extranjera en las calles

Comentario de la Sentencia 368/2022 del Tribunal Constitucional del Perú*

✍ Astrid K. Cabezas Poma**

I. INTRODUCCIÓN

La inseguridad ciudadana se ha incrementado exponencialmente en los últimos años en el país. Esto ha desencadenado el aumento de violencia, muerte, daños a la propiedad, entre otros efectos negativos.

Un sector afectado por la ola de criminalidad es el de las personas que trabajan en la compraventa de moneda extranjera en las calles, ya que manejan sumas importantes de dinero en efectivo en la vía pública. Así, se han reportado numerosos sucesos de robo a mano armada contra estos cambistas, quienes a menudo culminan con su muerte o con lesiones.

---

* Sentencia del Pleno 368/2022, emitida en el expediente 03870-2021-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú, publicada en la web el 23 de diciembre de 2021).

** Abogada de la Universidad de San Martín de Porres. Magister en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú). Investigadora en la Dirección de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Código ORCID: 0009-0001-0413-5805. Correo electrónico: acabezas@tc.gob.pe

Revista Peruana de Derecho Constitucional, N.º 18, 2024, julio-diciembre, pp. 305-315.

Ante la creciente ola de inseguridad ciudadana y la vulnerabilidad de los cambistas de moneda extranjera en las calles, el 21 de febrero de 2019 la Municipalidad Distrital de Miraflores promulgó la Ordenanza Municipal 508/MM, a través de la cual prohibió el cambio de moneda extranjera en el distrito de Miraflores.

Esta ordenanza municipal generó tensión entre los derechos a la libertad de trabajo y de comercio de las personas dedicadas al cambio de moneda extranjera y las obligaciones de los gobiernos locales de garantizar la seguridad ciudadana (artículo 197 de la Constitución), así como de promover el desarrollo y la economía local (artículo 195 de la Constitución).

La Municipalidad Distrital de San Isidro emitió una ordenanza similar en 2016, por la cual prohibía la compraventa de moneda extranjera en las calles del distrito de San Isidro. En esa oportunidad, el Tribunal Constitucional (TC) declaró improcedentes sendas demandas de amparo que cuestionaban la aplicación de dicha norma, una de ellas fue resuelta en la Sentencia 200/2022, emitida en el Expediente 04205-2018-PA/TC.

Sin embargo, cuando se cuestionó la aplicación de la referida Ordenanza Municipal 508/MM, a través de diversas demandas de amparo —de las cuales una fue resuelta en la sentencia del Pleno 368/2022, recaída en el Expediente 03870-2021-PA/TC—, el TC entró al fondo de la controversia y evaluó la constitucionalidad de la competencia de la Municipalidad de Miraflores para prohibir el cambio de moneda extranjera en sus calles, así como la tensión entre los derechos y los bienes jurídicos protegidos involucrados.

A continuación, se examinará cómo la sentencia del Pleno 368/2022, emitida por el TC en el Expediente 03870-2021-PA/TC, aborda los límites de la autonomía municipal y genera tensión entre los derechos a la libertad de trabajo y de comercio frente a las obligaciones de los gobiernos locales de garantizar la seguridad ciudadana y de promover el desarrollo y la economía local. A su vez, se revisará la variada jurisprudencia del TC sobre esta materia.

II. RESUMEN DE LOS HECHOS DEL CASO

a. Demandantes

Don Arístides Montenegro Espinoza y don Rumualdo Arecio Julca Palomino se dedicaron, durante más de veinte años, a trabajar en la compraventa de moneda extranjera en las calles del distrito de Miraflores. Se encontraban inscritos y tenían autorización municipal para realizar ese comercio en la vía pública.

Sin embargo, el 21 de febrero de 2019, la Municipalidad Distrital de Miraflores promulgó la Ordenanza Municipal 508/MM, por la cual prohibió el cambio de moneda extranjera en el distrito de Miraflores.

Ante tal situación, con fecha 16 de setiembre de 2019, los actores interpusieron una demanda de amparo contra dicha ordenanza, a través de la cual solicitaron que se les inaplique. Alegaban que había una amenaza cierta e inminente de vulneración de sus derechos a la igualdad y no discriminación, así como a la libertad de trabajo y comercio. Señalaban que se vulneraba su derecho a la igualdad y no discriminación, debido a que se les prohibía la compraventa de dólares en las calles; mientras que otras actividades, como la venta de dulces y golosinas, sí estaban permitidas. También sostenían que se vulneraba su derecho al trabajo y al comercio, porque se les prohibía realizar la actividad que habían llevado a cabo durante 20 años aproximadamente y que era su único medio de subsistencia.

b. Demandada

El 25 de octubre de 2019, la Municipalidad Distrital de Miraflores contestó la demanda y solicitó que sea declarada improcedente y/o infundada. Alegaba que la ordenanza cuestionada, si bien intervenía en los derechos de los demandantes, no era inconstitucional, puesto que era proporcional. Por un lado, buscaba promover la seguridad ciudadana, mediante la prevención de delitos contra los cambistas, quienes se encontraban en vulnerabilidad ante la delincuencia; y, por otro lado, fomentar la formalización de la compraventa.

III. ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA

a. La competencia municipal para regular el comercio ambulatorio

Cuando se presenta una intervención en el ámbito de protección de un derecho fundamental, se debe justificar. Para ello, la intervención se debe realizar en el ejercicio de las competencias. Una exigencia formal consiste en que la norma que interviene en el contenido del derecho haya cumplido con todas las formalidades del procedimiento legislativo previsto. Una exigencia material exige que se haya realizado en el cumplimiento del principio de proporcionalidad (Borowski, 2003).

En la Sentencia 368/2022, emitida en el Expediente 03870-2021-PI/TC, el TC evaluó si la Municipalidad de Miraflores tenía la competencia para intervenir, a través de la Ordenanza Municipal 508/MM, en los derechos a la libertad de trabajo y de comercio de los demandantes.

Sobre la base de una interpretación sistemática de la Constitución, la Ley Orgánica de Municipalidades y la Ordenanza 1787, el TC concluye que la municipalidad demandada tiene la competencia para regular el comercio ambulatorio de moneda extranjera en sus calles. En efecto, el TC estima que los artículos 194 y 195 de la Constitución les otorgan a las municipalidades la facultad de promover el desarrollo y la economía local, en armonía con los planes nacionales y regionales, y disponen que ejerzan sus competencias y atribuciones conforme a lo señalado en la ley. Por su parte, la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, concede a las municipalidades competencias expresas para regular el comercio ambulatorio (artículo 83, inciso 3.2). Asimismo, la Ordenanza 1787 establece que las autoridades municipales pueden determinar los giros para desarrollar el comercio ambulatorio en espacios públicos (artículo 13, inciso 2).

A nivel jurisprudencial, en la sentencia recaída en el Expediente 00024-2013-PI/TC, en el fundamento 10, el TC señaló que las municipalidades distritales tienen competencias para normar o regular el comercio ambulatorio en sus calles. Sin embargo, dicha facultad se debe realizar dentro de los límites establecidos en las normas sobre la materia, a nivel provincial y regional. A ello, se debe agregar que las competencias otorgadas por la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades a los gobiernos regionales también se deben ejercer en concordancia con los derechos fundamentales, los principios y los valores constitucionales (sentencia emitida en el Expediente 03870-2021-PA/TC, fundamento 17).

Cabe precisar que, en esa ocasión, el TC evaluó la constitucionalidad de una ordenanza municipal que había declarado zona rígida todas las vías públicas del distrito de Carabayllo y, con ello, prohibía el comercio ambulatorio en sus calles. En la referida sentencia, recaída en el Expediente 00024-2013-PI/TC, el TC consideró que la Municipalidad de Carabayllo había emitido la ordenanza municipal cuestionada fuera del ejercicio de sus competencias, en contravención del artículo 195 de la Constitución. El TC señaló que, al declarar todas las vías públicas del distrito de Carabayllo como zonas rígidas, se desnaturalizaba el carácter excepcional del concepto «zonas rígidas», establecido por una ordenanza metropolitana, lo cual resultaba contrario a sus competencias.

En otra oportunidad, en un caso sobre la restricción del número de cambistas y su reubicación, el TC afirmó que los gobiernos locales, conforme a las competencias previstas en el artículo 192 de la Constitución y reglamentadas en los artículos 65 y 68 de la Ley 23853, Ley Orgánica de Municipalidades, tienen, entre sus atribuciones, las de regular y controlar el comercio ambulatorio mediante ordenanzas, edictos y acuerdos. En ese sentido, confirmó que la municipalidad

demandada tenía la competencia para regular la compraventa de moneda extranjera en las inmediaciones de un centro comercial, aunque precisó que debía ser razonable y no arbitraria (sentencia emitida en el Expediente 03161-2004-PA/TC).

b. Test de proporcionalidad

Como se mencionó anteriormente, la intervención en el ámbito de protección de un derecho fundamental se debe realizar siguiendo las formalidades del procedimiento legislativo previsto conforme a los derechos y principios constitucionales. El TC ha utilizado diversos métodos para evaluar la razonabilidad de la intervención en los derechos y principios constitucionales, entre los cuales se encuentran el test de proporcionalidad, la delimitación del contenido de los derechos fundamentales, entre otros.

En la Sentencia 368/2022, materia de comentario, el TC evaluó la constitucionalidad de la prohibición del cambio de moneda extranjera en el distrito de Miraflores, establecida en la Ordenanza Municipal 508/MM, a través del test de proporcionalidad.

El test de proporcionalidad está compuesto por tres exámenes o niveles de evaluación: examen de idoneidad, examen de necesidad y examen de proporcionalidad en sentido estricto. A continuación, se analizará cada nivel.

b.1. Idoneidad

En el caso objeto de comentario, el TC advierte que la Ordenanza 508/MM, con la medida de no autorizar la comercialización de moneda extranjera en las calles de Miraflores, tiene los objetivos de garantizar la seguridad ciudadana y formalizar la actividad de intercambio de divisas foráneas.

El TC observa que el objetivo de garantizar la seguridad ciudadana promueve el bien jurídico de esta, recogido en el artículo 197 de la Constitución, en la medida que, con la prohibición de la compraventa de moneda extranjera en las calles, se reducen las situaciones de peligro y amenaza, producto de la delincuencia, en los demandantes que se dedican a esta actividad.

Asimismo, indica que el objetivo de formalizar la actividad de intercambio de divisas foráneas promueve la finalidad constitucional de las municipalidades de promover el desarrollo y la economía local, en armonía con los planes nacionales y regionales, recogida en el artículo 195 de la Constitución. De esta manera, al no autorizar la comercialización de monedas extranjeras en las calles, los demandantes se deberían formalizar si quisieran dedicarse a esa actividad en el distrito de Miraflores.

b.2. Necesidad

A través del examen de necesidad, el TC concluye que existían otras medidas alternativas que eran igual de idóneas, pero más benignas en la intervención en los derechos a la libertad de trabajo y de comercio involucrados, en comparación con el medio adoptado (prohibición de la compraventa de moneda extranjera en las calles de Miraflores).

En efecto, el TC considera que la prohibición de la compraventa de moneda extranjera en las calles de Miraflores no eliminaba, aunque sí reducía, el riesgo de que las personas que realizaban transacciones de moneda extranjera en las calles fueran víctimas de la delincuencia, ya que los delincuentes podían utilizar otros medios para delinquir. Por consiguiente, el grado de satisfacción del bien jurídico protegido de la seguridad ciudadana era medio.

La prohibición de la compraventa de moneda extranjera en las calles de Miraflores no garantizaba la formalización de todos los cambistas, ya que los medios económicos del cambista eran un factor determinante para su formalización. En consecuencia, el grado de satisfacción de la obligación de promover el desarrollo y la economía local era medio.

Por otro lado, el grado de intervención en los derechos a la libertad de trabajo y de comercio de los cambistas era alto, pues la prohibición de la compraventa de moneda extranjera en las calles limitaría totalmente la actividad que realizan los cambistas demandantes para satisfacer sus necesidades básicas y se limitaría el intercambio de divisas extranjeras o foráneas.

Sin embargo, medidas como la identificación de lugares seguros y vigilados por la policía y la municipalidad, donde los cambistas podían intercambiar monedas extranjeras, la instalación de sistemas de videovigilancia, el establecimiento de horarios especiales o la implementación de alarmas interconectadas eran alternativas que no intervenían en los derechos a la libertad de trabajo y comercio, pero promovían en un grado elevado la seguridad ciudadana. Además, la disposición de beneficios municipales incentivaba en mayor medida la formalización de los cambistas, sin restringir en alto grado los derechos a la libertad de trabajo y de comercio de los cambistas.

Por todo lo anterior, tras advertir que existían medios alternativos para garantizar los bienes jurídicos protegidos de la seguridad ciudadana y la obligación de promover el desarrollo y la economía local, sin intervenir gravemente en los derechos al trabajo y de comercio de los recurrentes, el TC concluyó que la

prohibición de la compraventa de moneda extranjera establecida en la Ordenanza Municipal 508/MM era desproporcional y, consecuentemente, declaró fundada la demanda respecto de esos derechos.

Sobre el particular, cabe mencionar que en la sentencia recaída en el Expediente 08726-2005-PA/TC, el TC determinó que la intervención en el derecho al trabajo de los demandantes, causada por la prohibición del comercio ambulatorio en el centro histórico de una ciudad, era razonable. En ese caso, la Municipalidad de Huaral había emitido la Ordenanza Municipal 006-2004, mediante la cual declaraba zona rígida el área denominada centro histórico del distrito de Huaral, por lo que se prohibía el comercio ambulatorio en dicha área. Así, el TC declaró infundada la demanda, tras considerar que la prohibición impugnada era idónea para alcanzar el orden, el ornato y el resguardo del patrimonio del centro histórico de Huaral. Asimismo, consideró que no existían medidas alternativas menos restrictivas que permitieran alcanzar el fin referido. El grado de intervención en el derecho al trabajo era leve (los demandantes podían trabajar en otras zonas que sí estaban permitidas), mientras que la finalidad (de preservar el orden, el ornato y el resguardo del patrimonio de la nación) era elevada. Por estas razones, el TC declaró infundada la demanda.

Finalmente, en la sentencia materia de comentario (Sentencia del Pleno 368/2022, emitida en el Expediente 03870-2021-PI/TC), la parte demandante alega, en un extremo, la vulneración del derecho a la igualdad. Al respecto, el TC declara infundada esta parte de la demanda, por considerar que el recurrente no había presentado un término de comparación válido para sustentar la desigualdad de trato. La actividad de cambio de moneda extranjera en las calles era diferente a la venta de productos alimenticios, ropa, bebidas alcohólicas, dulces y otras, debido a que la primera involucraba exposición de grandes sumas de dinero en efectivo y a la mano en la vía pública, a diferencia de las otras propuestas.

Sin embargo, el TC tuvo una conclusión diferente respecto de la invocada violación del derecho a la igualdad y no discriminación en un caso análogo, aunque no idéntico, sobre restricciones en la compraventa de moneda extranjera en la vía pública. Sobre el particular, en el Expediente 03161-2004-PA/TC, los demandantes solicitaban la inaplicación del Acuerdo de Consejo 030-2003, aprobado en el Consejo de la Municipalidad Distrital de La Molina, y el inciso b) del artículo 5 de la Ordenanza 001, del 23 de mayo de 1996. Estos dispositivos establecían un plan integral de uso comercial de la vía pública del distrito, el cual implicaba, entre otros aspectos, la restricción de personas permitidas para la compraventa

de moneda extranjera en la zona denominada Centro Comercial Plaza Camacho y establecían como uno de los requisitos para ejercer dicha actividad residir en el distrito de La Molina. El TC declara fundada la demanda en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación, por cuanto el requisito de domiciliar en el distrito de La Molina para ejercer la actividad de cambista era discriminatorio, ya que no había alguna justificación objetiva, razonable o proporcional para establecer la diferencia.

IV. CAMBIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC

En la jurisprudencia del TC se observa que, cuando se han cuestionado ordenanzas municipales que prohibían la actividad de compraventa de moneda extranjera en las calles, el TC ha resuelto de manera variada. En unos casos, resolvió la improcedencia por vicios procesales; mientras que, en otros, entró al fondo de la controversia y evaluó la razonabilidad entre los bienes jurídicos protegidos y los derechos fundamentales involucrados. Entre las razones que justificaron la diversidad del sentido de las resoluciones, pese a tratarse de la misma pretensión, se encontraba la existencia de vicios procesales en cada caso. A continuación, se expone este aspecto.

a. Resoluciones que declaran improcedentes las solicitudes presentadas contra la prohibición de cambistas en la vía pública

- **Expediente 04205-2018-PA/TC (Sentencia de Pleno 200/2022).** En este caso, se solicitaba la inaplicación de la Ordenanza Municipal 434-MSI, del 19 de julio de 2016, que prohibía el giro de moneda extranjera en las calles del distrito de San Isidro. El TC declara improcedente la demanda por considerar que el demandante, al no contar con algún documento de autorización de comercio en la vía pública vigente al momento de presentar la demanda de amparo, no tenía legitimidad para interponer la demanda.

  En cuanto a la legitimidad para obrar del demandante, establecida en el artículo 39 del Nuevo Código Procesal Constitucional, constituye un requisito de procedibilidad de la demanda. Son dos los requisitos de procedibilidad que se deben acreditar al interponer la demanda de amparo: (i) ser el titular del derecho fundamental que se alega vulnerado, y (ii) acreditar el acto lesivo. El artículo 39 se refiere al primero.

- **Expedientes 3738-2018-PA/TC, 03741-2018-PA/TC y 01545-2019-PA/TC.** En estos casos, los demandantes solicitaban la inaplicación de la Ordenanza Municipal 434-MSI, del 19 de julio de 2016, expedida por

la Municipalidad Distrital de San Isidro, mediante la cual se prohibía la compra y/o venta de moneda nacional y extranjera en la vía pública. En sendos casos, el TC emitió sentencia interlocutoria denegatoria y declaró improcedentes los recursos de agravio constitucional respectivos, por considerar que el demandante carecía de legitimidad para obrar activa.

b. Resoluciones que declaran fundadas las demandas contra prohibición de cambistas en la vía pública

- En la Sentencia del Pleno 368/2022, emitida en el Expediente 03870-2021-PA/TC, se cuestiona la Ordenanza Municipal 508/MM que prohíbe la actividad de cambio de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores. En esta sentencia, que es materia del presente comentario, el TC advierte que los demandantes, al momento de interponer la demanda, tenían vigente su autorización como cambistas otorgada por la Municipalidad de Miraflores. De ahí que se observa que el Tribunal evaluó la legitimidad para obrar de los demandantes y, al valorar que sí lo tenían, procedió a examinar el fondo de la controversia. En cuanto al punto central debatido, se declaró fundada la demanda tras considerar que la prohibición establecida en la ordenanza cuestionada no era necesaria y que vulneraba los derechos al trabajo y al comercio de los demandantes. Asimismo, declaró infundada la demanda en lo referido al derecho a la igualdad, por no existir término de comparación idóneo.

- En la Sentencia de la Sala Primera 383/2024, emitida en el Expediente 02519-2022-PA/TC; la Sentencia de la Sala Segunda 99/2024, expedida en el Expediente 04949-2022-PA/TC; y la Sentencia del Pleno 281/2022, emitida en el Expediente 03455-2021-PA/TC, los recurrentes interpusieron sendas demandas de amparo contra la Municipalidad Distrital de Miraflores, a fin de que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal 508/MM.

  En las sentencias señaladas, el Tribunal resolvió de manera similar a la Sentencia del Pleno 368/2022, examinada anteriormente. Así pues, el TC observó que los recurrentes tenían autorización vigente cuando interpusieron la demanda. Asimismo, advirtió que, si bien al incoar la demanda existía una amenaza de vulneración, al momento de resolver la controversia, el acto lesivo se había materializado. En cuanto al fondo, el TC declara fundada la demanda respecto de la vulneración del derecho al trabajo y al comercio de los actores, tras considerar que la medida aplicada en la ordenanza cuestionada, si bien era idónea (por

promover el bien jurídico de la seguridad ciudadana y la obligación de promover el desarrollo y la economía local), no era necesaria. Por otro lado, declaró infundada la demanda en lo referido al derecho a la igualdad, tras no apreciar un término de comparación idóneo para determinar la discriminación.

V. CONCLUSIONES

- En la Sentencia del Pleno 368/2022, emitida en el Expediente 03870-2021-PA/TC, así como en las sentencias emitidas en los Expedientes 02519-2022-PA/TC, 04949-2022-PA/TC y 03455-2021-PA/TC, el TC evalúa la constitucionalidad de una política pública establecida por la municipalidad demandada a través del test de proporcionalidad. De esta manera, se plantea un estándar objetivo en la evaluación de políticas públicas locales.
- En la Sentencia del Pleno 368/2022, emitida en el Expediente 03870-2021-PA/TC, así como en las sentencias emitidas en los Expedientes 02519-2022-PA/TC, 04949-2022-PA/TC y 03455-2021-PA/TC, se garantizan derechos económicos y sociales, como los derechos a la libertad de comercio y al trabajo, trascendiendo la mera evaluación de procedibilidad presentes en sentencias previas (Expedientes 04205-2018-PA/TC, 3738-2018-PA/TC, 03741-2018-PA/TC y 01545-2019-PA/TC).
- El bien jurídico protegido de seguridad ciudadana y la obligación de promover el desarrollo y la economía local son fines constitucionales que, si bien justifican la intervención en derechos fundamentales como al trabajo y al comercio, requieren de la previa exploración de medidas alternativas y de la ponderación con los derechos y bienes jurídicos intervenidos.

BIBLIOGRAFÍA

Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales.* Universidad Externado de Colombia.

Tribunal Constitucional. Sentencia 03161-2004-PA/TC; 25 de octubre de 2005.

Tribunal Constitucional. Sentencia 08726-2005-PA/TC; 14 de febrero de 2007.

Tribunal Constitucional. Sentencia 00024-2013-PI/TC; 26 de octubre de 2016.

Tribunal Constitucional. Sentencia Interlocutoria 03738-2018-PA/TC; 3 de abril de 2019.

Tribunal Constitucional. Sentencia Interlocutoria 03741-2018-PA/TC; 15 de enero de 2019.

Tribunal Constitucional. Sentencia 04205-2018-PA/TC; 21 de julio de 2022.

Tribunal Constitucional. Sentencia Interlocutoria 01545-2019-PA/TC; 25 de noviembre de 2020.

Tribunal Constitucional. Sentencia 03455-2021-PA/TC; 12 de octubre de 2022.

Tribunal Constitucional. Sentencia del Pleno 368/2022, emitida en el Expediente 03870-2021-PI/TC; 23 de diciembre de 2021.

Tribunal Constitucional. Sentencia 02519-2022-PA/TC; 30 de mayo de 2024.

Tribunal Constitucional. Sentencia 04949-2022-PA/TC; 22 de marzo de 2024.

La tutela de los derechos a la igualdad y al trabajo de las personas con discapacidad

Comentario a la Sentencia 206/2024 (Expediente 01106-2022-PA/TC)

✍ Nadia Paola Iriarte Pamo*

I. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

En la Sentencia 206/2024, recaída en el Expediente 01106-2022-PA/TC (2024), se identificaron las siguientes materias constitucionalmente relevantes: (i) el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad, (ii) el derecho al trabajo, y (iii) la protección reforzada en materia laboral para las personas con discapacidad.

II. CONTEXTO DE LA SENTENCIA

El Censo Nacional de 2017 precisa que el 10,3 % de la población peruana tiene alguna forma de discapacidad. La Ley 29973 considera persona con disca-

* Abogada por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Magíster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Docente universitaria y de la Academia de la Magistratura. Directora de la Dirección de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. Código ORCID: 0009-0008-3573-7068. Correo electrónico: niriarte@tc.gob.pe

Revista Peruana de Derecho Constitucional, N.º 18, 2024, julio-diciembre, pp. 317-327.

pacidad a quien presenta una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, en interacción con barreras de diversa índole —ya sean actitudinales o del entorno—, ve restringido o impedido el ejercicio pleno de sus derechos y su participación efectiva en la sociedad, en condiciones de igualdad con el resto de la población.

La noción de discapacidad ha evolucionado significativamente. Se superó el enfoque tradicional centrado exclusivamente en la deficiencia individual para adoptar un modelo social que centra su atención en el entorno en el que la persona se desenvuelve. En esa línea, la mencionada definición incorpora la interacción entre la persona y las barreras sociales como elemento clave para entender la discapacidad.

El modelo social de la discapacidad se ha incorporado progresivamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú (TC), Así, en la sentencia emitida en el Expediente 01153-2013-PA/TC (2014), el TC afirma que la discapacidad consiste en el no acondicionamiento a un entorno hostil para este grupo vulnerable. También, puntualiza que el nuevo enfoque de la discapacidad destaca que las limitaciones o dificultades no provienen de la persona misma, sino de una sociedad que no ha implementado los ajustes necesarios para garantizarles el goce efectivo y en condiciones de igualdad de los derechos consagrados en el ordenamiento constitucional (sentencia recaída en el Expediente 01153-2013-PA/TC, 2014, fundamento jurídico 6).

En suma, desde la perspectiva del modelo social, el origen del problema no radica en las limitaciones individuales, sino en las limitaciones de la sociedad para garantizar adecuadamente que las necesidades de todas las personas, incluidas aquellas con discapacidad, se consideren en la organización social (Palacios, 2008).

Las personas con discapacidad enfrentan discriminación en diversos ámbitos de su vida. Del mismo modo, existen barreras estructurales que impiden que estas accedan, en igualdad de condiciones, a derechos como la salud, la educación, el trabajo, entre otros, en comparación con el resto de la población.

La situación de vulnerabilidad que atraviesan las personas con discapacidad fundamenta la especial protección que les otorga el artículo 7 de la Constitución Política del Perú (en adelante, Constitución). Distintas disposiciones constitucionales, como los artículos 7, 23 y 26, enfatizan en el respeto a su dignidad y le garantizan un régimen de protección, atención, readaptación y seguridad. Además, el TC ha emitido una profusa jurisprudencia sobre la protección de los derechos de estas personas.

La garantía del ejercicio pleno de los derechos de las personas con discapacidad constituye una prioridad tanto a nivel nacional como internacional. En este contexto, se dispone de diversos instrumentos internacionales, como la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otros. Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desarrollado una importante línea jurisprudencial en esta materia.

La Sentencia 206/2024 —materia de análisis— aborda un tema sustancial: la tutela de los derechos a la igualdad y al trabajo de las personas con discapacidad. Esta sentencia se expide en el marco del proceso de amparo (Expediente 01106-2022-PA/TC, 2024), promovido por el señor Manuel Sullcapuma Tturuco contra la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. El demandante sostiene que fue víctima de un despido discriminatorio por motivos de discapacidad, pues es sordomudo. Solicita que se ordene la renovación de su contrato administrativo de servicios (CAS) en el cargo de auxiliar de nutrición del Área de Comedor Universitario o en otro similar. Alega la vulneración de los derechos al trabajo, a la no discriminación, a la igualdad de oportunidades, al debido procedimiento y al uso de la lengua de señas (Sentencia 206/2024, 2024, fundamento jurídico 1).

El TC declara fundada la demanda de amparo, al acreditarse la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación y al trabajo del recurrente. Asimismo, ordena a la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco la reposición del accionante en su puesto de trabajo o en otro de similar nivel o categoría.

Por último, el TC —con acierto— ordena a la emplazada el pago de las remuneraciones devengadas desde el día siguiente en que el accionante dejó de laborar hasta la fecha de su reposición, con deducción de los periodos de inactividad procesal no imputables a las partes, con el abono de los costos del proceso (Sentencia 206/2024, 2024, fundamento jurídico 1).

III. ANÁLISIS

3.1. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad

En el artículo 2.2 de la Constitución, se establece que 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». Cabe precisar que, en la causal «cualquier otra índole», se incluye el motivo de la discapacidad.

Además, en el artículo 26.1 de la Constitución, se dispone que, en la relación laboral, se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación. Este busca asegurar la igualdad de oportunidades en el acceso y el trato durante el empleo.

En el ordenamiento jurídico peruano, la igualdad no solo se reconoce como un derecho fundamental, sino también como un principio esencial que orienta la estructura del Estado social y democrático de derecho, así como la actuación de los poderes públicos y particulares. En tanto derecho, conlleva la exigencia de ser tratado de igual modo que quienes se encuentran en una misma situación; y, como principio, constituye uno de los principales pilares del orden constitucional que garantiza la convivencia armónica en sociedad.

En la Sentencia 206/2024, el TC, al referirse al derecho a la igualdad y a la no discriminación basada en la discapacidad, sostiene que este se vulnera no solo cuando se obstaculiza o impide que una persona con discapacidad acceda a condiciones que le permitan ejercer sus derechos y ser efectivamente incluida en la sociedad, en igualdad de condiciones con las personas sin discapacidad, sino también cuando, sin justificación, se dejan sin efecto las condiciones ya reconocidas a las personas con discapacidad (Sentencia 206/2024, 2024, fundamento jurídico 6).

Destacamos que el TC, en la sentencia analizada, alude a la observación general 6, emitida por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En esta observación, se especifica que, para alcanzar una igualdad real, los Estados deben velar porque no exista discriminación por motivos de discriminación en el entorno laboral. En ese marco, garantizan una transición adecuada y libre de discriminación tanto en el ingreso como en el término de una relación laboral. En ese sentido, los Estados tienen la obligación de asegurar que las personas con discapacidad accedan de manera efectiva e igualitaria a diversas prestaciones y derechos. La separación del empleo vulnera estos derechos y profundiza su exclusión social (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2018).

La tutela del derecho a la igualdad en el ámbito laboral constituye un asunto central no solo en el escenario nacional, sino también en el internacional. En consonancia con ello, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el artículo 2, establece que se considera discriminación por motivos de discapacidad a toda distinción, exclusión o restricción basada en la discapacidad que tenga como propósito o efecto impedir o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y

libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Esta definición también comprende la negativa a realizar ajustes razonables, entendidos como modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos.

En el ámbito interno, la Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, recoge la definición de discriminación por motivos de discapacidad fijada en la citada convención. Además, señala que no se consideran discriminatorias las medidas positivas orientadas a lograr la igualdad real de las personas con discapacidad.

En relación con los ajustes razonables en el entorno laboral, el TC, en la Sentencia 206/2024, retoma jurisprudencia previa en la que precisó que existe el deber de implementar dichos ajustes antes de adoptar cualquier decisión de cese respecto de una persona con discapacidad, con el fin de facilitar el desarrollo de sus labores de manera compatible con sus funciones y con los requerimientos del servicio (Sentencia 579/2020, 2020, fundamento jurídico 19). Adicionalmente, indica que tales ajustes pueden consistir en la adecuación de herramientas, maquinarias y del entorno de trabajo, así como en modificaciones en la organización del trabajo y en los horarios, conforme a las necesidades del trabajador (Sentencia 206/2024, 2024, fundamento jurídico 15).

El TC, en la Sentencia 206/2024, sostiene de forma acertada que la prohibición de discriminación por razones de discapacidad, junto con el deber estatal de brindar una tutela reforzada y atención prioritaria, impone al empleador la obligación de justificar que, al adoptar decisiones o políticas de dirección en el centro laboral, no actúa por motivos vinculados a la discapacidad del trabajador (Sentencia 206/2024, 2024, fundamento jurídico 20).

En suma, en relación con el caso específico, se advierte que la universidad demandada no ofrece documentación interna ni externa que permita acreditar, de manera suficiente, que la decisión de no renovar el vínculo laboral no respondió a una causa asociada a la discapacidad del demandante. El TC consideró tal omisión como un elemento determinante para declarar fundada la demanda.

3.2. El derecho al trabajo

El derecho al trabajo se encuentra recogido en el artículo 22 de la Constitución. El TC establece que su contenido esencial abarca dos dimensiones fundamentales: por un lado, el derecho de toda persona a acceder a un empleo; y, por otro,

la garantía de no ser despedida, sino por causa justa. En cuanto al primer aspecto, se considera que el Estado debe implementar políticas públicas orientadas a que la población acceda a un puesto de trabajo, y se reconoce que la satisfacción de esta obligación conlleva un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto se refiere a la protección contra el despido arbitrario, lo cual implica que toda culminación de la relación laboral se debe sustentar con motivos objetivos y razonables (sentencia recaída en el Expediente 00263-2012-PA/TC, 2012, fundamento jurídico 3.3.1).

En la Sentencia 206/2024, el TC expresa que se debe tener presente que, en el supuesto de que el empleador opte por extinguir el vínculo laboral —ya sea a través de la no renovación del contrato o mediante un acto de despido—, le corresponde acreditar que dicha decisión no obedece a razones vinculadas a la discapacidad del trabajador. Por el contrario, se sustentará en una causa objetiva, como la desaparición de la necesidad que motivó su contratación o la comisión de una falta grave. En estos casos, recae sobre el empleador, sea del ámbito público o privado, el deber de acreditar documentalmente dicha motivación (Sentencia 206/2024, 2024, fundamento jurídico 22).

En relación con el caso concreto, observamos que el TC aplica uno de los criterios establecidos en jurisprudencia anterior (sentencias expedidas en los Expedientes 01541-2022-PA/TC, 00644-2022-PA/TC y 01762-2023-PA/TC), y afirma que resulta indispensable verificar si se ha cumplido con la carga probatoria exigida para acreditar que las razones de la no renovación del contrato no se vinculan a la discapacidad del trabajador. El TC repara enfáticamente en que no basta con invocar, de manera genérica, el vencimiento del plazo contractual; pues existen obligaciones constitucionales y legales de brindar una protección reforzada y una atención prioritaria a las personas con discapacidad. Aun cuando se encuentren en igualdad de condiciones con otros trabajadores sin discapacidad, el empleador se debe asegurar, antes de proceder al cese, de que la entidad pública esté cumpliendo con la cuota de contratación del 5 % de personas con discapacidad, establecida en el artículo 49.1 de la Ley 29973 (Sentencia 206/2024, 2024, fundamento jurídico 33).

En el caso analizado, el TC considera que la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco no ha acreditado de forma válida y suficiente que la decisión de no renovar el CAS del accionante se sustentara en la comisión de una falta grave o en la desaparición de la necesidad institucional que justificó su contratación. Ello debido a que, en la carta de no renovación, únicamente, se menciona el vencimiento del plazo contractual, sin que se adjunten ni se mencionen documentos —ya sean internos o externos— que respalden adecuadamente que

dicha decisión no estuvo motivada por la condición de discapacidad del trabajador (Sentencia 206/2024, 2024, fundamento jurídico 34 y parte resolutiva).

En ese sentido, el TC asevera que la universidad emplazada no ha demostrado la existencia de una necesidad imperiosa que justifique la medida adoptada ni que esta se haya basado en una causa objetiva debidamente acreditada. Adicionalmente, el TC repara que la demandada tampoco ha acreditado el cumplimiento de la cuota de empleo exigida por la normativa vigente. Por ello, de forma acertada, el TC concluye que se ha vulnerado el derecho al trabajo del demandante; y, en consecuencia, ordena a la emplazada su reposición en el cargo que desempeñaba o en otro de similar nivel o categoría, a fin de restituir la cosas al estado previo a la afectación (Sentencia 206/2024, 2024, fundamento jurídico 35).

En lo referido al pago de las remuneraciones devengadas, el TC sostiene que, en supuestos de despido nulo o de no renovación contractual como el caso estudiado, corresponde otorgar una tutela integral a los derechos vulnerados, con el objetivo de reponer las cosas a la situación previa a la afectación. Por ello, ordena el pago de dichas remuneraciones.

Finalmente, resaltamos que el TC, al pronunciarse sobre las remuneraciones que el demandante dejó de percibir como consecuencia de la actuación de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, ha aplicado de manera análoga los criterios jurisprudenciales establecidos en las sentencias correspondientes a los Expedientes 00142-2021-PA/TC, 02748-2021-PA/TC y 03132-2021-PA/TC, referidos a casos de no renovación de contratos a trabajadoras gestantes.

3.3. La protección reforzada en materia laboral para las personas con discapacidad

El TC, mediante la Sentencia 206/2024, aborda un aspecto esencial del orden constitucional: la protección laboral reforzada para las personas con discapacidad. Esto a la luz de las normas nacionales e internacionales vigentes.

En ese contexto, los artículos 7, 23 y 26 de la Constitución conforman el marco normativo fundamental que garantiza esta protección reforzada. En el artículo 7, se establece un régimen jurídico especial destinado a salvaguardar los derechos de las personas con discapacidad. A su vez, en el artículo 23, se reconoce al trabajo como una prioridad del Estado y se exige una tutela reforzada para los trabajadores en situación de discapacidad. Finalmente, en el artículo 26, se consagra el principio de igualdad de oportunidades y se prohíbe cualquier forma de discriminación en el ámbito de las relaciones laborales.

Resaltamos que el TC, en jurisprudencia anterior, se ha referido a esta protección reforzada. Así, en la sentencia expedida en el Expediente 01153-2013-PA/TC (2014), expone las razones que sustentan dicha protección especial. En esa línea, menciona la discriminación histórica que ha afectado a este grupo vulnerable; los factores de índole social, evidenciados en los estereotipos presentes en la sociedad que tienden a asociar la discapacidad con determinados defectos; y el hecho de que la discapacidad —en muchos casos— constituye un rasgo permanente de la persona (sentencia recaída en el Expediente 01153-2013-PA/TC, 2014, fundamentos jurídicos 5-7).

Para abordar esta temática relevante, el TC ha recurrido a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Así, se menciona el caso Guevara vs. Costa Rica, en el cual la Corte expresa que los Estados tienen un deber reforzado de garantizar el respeto al derecho al trabajo de las personas con discapacidad. Esta responsabilidad implica, por un lado, la prohibición de cualquier forma de discriminación basada en la discapacidad que afecte el ejercicio de sus derechos laborales, especialmente en lo que se refiere a la selección, la contratación, la permanencia en el puesto y las condiciones de trabajo. Por otro lado, conforme al principio de igualdad sustantiva, los Estados se encuentran obligados a implementar medidas afirmativas orientadas a promover la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Dichas medidas se encaminarán a eliminar progresivamente los obstáculos que limitan el ejercicio pleno de sus derechos laborales. En consecuencia, los Estados requieren asegurar el acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los concursos públicos mediante la formación profesional y la educación, así como la adopción de ajustes especiales en los mecanismos de evaluación que posibiliten participar en condiciones de igualdad y emplear personas con discapacidad en el sector público (Guevara Díaz vs. Costa Rica, 2022).

Cabe agregar que la Corte IDH ha sostenido que, en el contexto de los recursos administrativos y judiciales donde se denuncian presuntos actos de discriminación en el ámbito laboral, la obligación de brindar una protección reforzada a las personas con discapacidad se traduce en la exigencia de adoptar medidas específicas orientadas a garantizar el ejercicio efectivo de sus derechos en condiciones de igualdad.

Este desarrollo jurisprudencial ha sido expuesto en diversos pronunciamientos de la Corte IDH. Por ejemplo, mencionamos los expedidos en los casos Furlan y familiares vs. Argentina (2012), y Guevara vs. Costa Rica (2022). En este último, la Corte refiere que el deber de protección reforzada implica que las autoridades estatales actúen con un nivel elevado de diligencia al momento de garantizar y salvaguardar los derechos de estas personas en los procedimientos administra-

tivos y judiciales que evalúen posibles vulneraciones al derecho al trabajo. En primer lugar, deben evitar que sus decisiones se basen en criterios o argumentos discriminatorios. En segundo término, corresponde a las autoridades realizar un análisis más exhaustivo para determinar si el derecho al trabajo pudo haber sido lesionado por actos discriminatorios provenientes de autoridades o particulares. En ese sentido, la Corte subraya que dichas autoridades tienen que verificar que cualquier trato diferenciado hacia una persona con discapacidad se justifique debidamente, prestando especial atención a su situación de vulnerabilidad (Guevara Díaz vs. Costa Rica, 2022).

En suma, la Corte IDH se pronuncia sobre la obligación reforzada de los Estados de tutelar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, la cual comprende la adopción de diversas medidas, entre ellas, las acciones afirmativas. Asimismo, enfatiza que la protección reforzada de este derecho genera deberes concretos para las autoridades competentes que conocen recursos administrativos y judiciales en los que se denuncian actos de discriminación contra estas personas en el ámbito laboral.

Destacamos que el TC ha reconocido de forma reiterada la legitimidad de las medidas afirmativas, al considerar que el Estado puede, en determinadas circunstancias, aplicar un trato diferenciado a favor de determinados grupos sociales, otorgándoles beneficios, incentivos u otras formas de tratamiento favorable. Esta figura, comúnmente conocida en la doctrina constitucional como discriminación positiva o acción afirmativa, busca compensar jurídicamente la situación de desventaja estructural que enfrentan colectivos históricamente marginados en el plano económico, social o cultural mediante intervenciones estatales concretas orientadas a revertir dicha situación de desigualdad real. Esta posición del órgano constitucional ha sido expresada, entre otras, en las sentencias recaídas en los Expedientes 00048-2004-PI/TC, 00050-2004-PI/TC, 00033-2007-AI/TC y 2861-2010-PA/TC.

En consecuencia, el TC ha consolidado una línea jurisprudencial consistente que propugna la implementación de mecanismos de tutela diferenciada y reforzada en favor de los grupos en situación de vulnerabilidad —siendo uno de ellos las personas con discapacidad—. Esto con el objetivo de garantizar el ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales en condiciones de igualdad sustantiva.

En el ordenamiento jurídico interno, la Ley 29973 ha dispuesto distintas medidas orientadas a promover la inclusión de las personas con discapacidad en el mercado laboral. Para ilustrar esto, mencionamos la bonificación del 15 % en concursos públicos de méritos.

Sobre el particular, la jurisprudencia del TC considera que la citada bonificación se debe aplicar a todos los procesos de selección convocados por el Estado, en tanto que la norma dispone su implementación en el conjunto del sector público, sin diferenciar entre regímenes laborales. En tal sentido, no resulta jurídicamente válido, al menos *prima facie*, introducir excepciones que no han sido previstas expresamente por el legislador (Sentencia 82/2023, 2023, fundamento jurídico 8).

Otra medida, dispuesta por la Ley 29973, consiste en la implementación de una cuota de empleo que impone a las entidades públicas la obligación de incorporar a personas con discapacidad en un porcentaje no menor del 5 % del total de su personal. Igualmente, los empleadores del sector privado que cuenten con más de cincuenta trabajadores deben cumplir con una proporción mínima del 3 %.

En la Sentencia 206/2024, el TC afirma que la necesidad de una tutela reforzada exige que el empleador demuestre que sus decisiones o políticas laborales no se basan en la condición de discapacidad del trabajador. En el caso concreto, la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco no acreditó que la no renovación del CAS no estuvo motivada por dicha condición (Sentencia 206/2024, 2024, fundamentos jurídicos 20 y 34). Por ello, se declara fundada la demanda.

A nuestro parecer, resulta determinante que el TC analice el caso en el marco de la protección reforzada en materia laboral para las personas con discapacidad, pues ello ha permitido la tutela efectiva del derecho al trabajo.

Finalmente, manifestamos que la Sentencia 206/2024 constituye un valioso aporte jurisprudencial, pues aborda de manera prolija dos importantes derechos fundamentales: a la igualdad y al trabajo. En esa línea, desarrolla precisiones significativas sobre ambos derechos y reafirma la línea jurisprudencial que los tutela. Asimismo, marca un hito relevante en la protección de las personas con discapacidad; ya que, ante la vulneración de sus derechos a la igualdad y al trabajo, otorga una tutela integral que incluye la reposición en su puesto de trabajo —o en otro de similar nivel o categoría—, así como el pago de las remuneraciones devengadas.

BIBLIOGRAFÍA

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General 6.

Furlan y familiares vs. Argentina. Caso 246. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. (31 de agosto de 2012).

Guevara Díaz vs. Costa Rica. Caso 453. Fondo, reparaciones y costas. (22 de junio de 2022).

Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediciones Cinca.

Tribunal Constitucional del Perú. Sala Primera. Sentencia 86/2024, recaída en el Expediente 01541-2022-PA/TC; 23 de febrero de 2024.

Tribunal Constitucional del Perú. Sala Segunda. Sentencia 50/2024, recaída en el Expediente 01762-2023-PA/TC; 16 de noviembre de 2023.

Tribunal Constitucional del Perú. Sala Segunda. Sentencia 82/2023, recaída en el Expediente 02111-2022-PC/TC; 19 de enero de 2023.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 14/2024, recaída en el Expediente 00644-2022-PA/TC; 29 de noviembre de 2023.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 206/2024, recaída en el Expediente 01106-2022-PA/TC; 11 de julio de 2024.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 254/2022, recaída en el Expediente 02748-2021-PA/TC; 22 de julio de 2022.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 278/2023, recaída en el Expediente 00142-2021-PA/TC; 15 de diciembre de 2022.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 373/2022, recaída en el Expediente 03132-2021-PA/TC; 27 de setiembre de 2022.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 579/2020, recaída en el Expediente 03835-2017-PA/TC; 29 de setiembre de 2020.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 01153-2013-PA/TC; 21 de agosto de 2014.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 00263-2012-PA/TC; 22 de octubre de 2012.

SECCIÓN CLÁSICOS

Nota en relación al Proyecto de Reforma Constitucional de Bartolomé Herrera

✍ Eddy Chávez Huanca*

> Si en las páginas que les ofrezco, encontrare su sabiduría algún pensamiento que, aunque les dé el trabajo de modificarlo, perfeccionarlo y ajustarlo al plan que tengan concebido, pueda ser útil para la reconstrucción de nuestro derruido edificio político, lo tendré a gran felicidad.
>
> ***Proyecto de reforma constitucional***
> Bartolomé Herrera

Bartolomé Herrera se suma al debate atávico-histórico que acontece con mucha frecuencia en nuestro país, el de proponer reformas constitucionales totales o parciales de la Constitución. En el contexto de la época, este escenario se vuelve a presentar con discusiones e imposturas fruto de un país que aún cavilaba en ciernes de consolidarse tanto a nivel interno como en su visibilidad y posición ante la comunidad internacional. Los problemas de la joven república son de un constante vaivén de propuestas extremas, en gran medida por la permanente pugna entre liberales y conservadores, además de la infaltable lógica demagógica y corto-

* Abogado. Maestro en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Código ORCID: 0000-0003-4385-3436. Correo electrónico: echavez@pucp.edu.pe

placismo del tumulto de políticos de turno. En la búsqueda de dar una plataforma constitucional que propenda a desarrollar la normalidad institucional del país, los ideólogos de la república de esa época se necesitaban, marcaban sus tendencias buscando una proyección constitucional e histórica, de que todo gobierno y todo acto de los gobernados parta desde el irrestricto respeto a la ley. Se puede inferir que Herrera —adalid del conservadurismo— tenía una postura más centrada en la realidad del país y bajo propuestas que irían evolucionando conforme se consolida el sistema político y la democracia en el Perú.

Existe amplio material bibliográfico de y sobre Bartolomé Herrera. José Carlos Jiyagón realiza una exposición detallada del proyecto constitucional de Herrera, donde destaca los parámetros sobre el ejercicio de la ciudadanía, garantías constitucionales, instituciones estatales, su organización, composición, formas de administración y reforma constitucional[1]. Del mismo modo, Freddy Centurión en su conferencia *El pensamiento conservador decimonónico. Bartolomé Herrera (1808 - 1964)*[2] relata el contexto de la época y los devenires sociales del conservador carolino. La propuesta herreriana de *Reforma constitucional* en principio fue un aporte libre, más que un proyecto de reforma constitucional según relata el referido Centurión. Herrera tenía un proyecto conservador que se hacía necesario ante la permanente crisis de autoridad que vivía el país achacado ello a los liberales de esa época.

En confesión suya, señala que no está todo lo que él quisiera decir ni todo lo que sería conveniente para el Perú, la premura del tiempo y su afectada salud son infranqueables limitaciones para realizar su labor. A pesar de ello, hace eco de su señera calidad de representante de la ciudadanía, resalta que su presencia en el debate es también como diputado de la provincia de Jauja, y pastor comprometido del pueblo de Arequipa de quien señala tiene un manifiesto rechazo a la Constitución de 1856. Se proclama así mismo, defensor de la libertad y de la Iglesia, anota el eco nacional imperecedero de llevar a adelante la aprobación de una nueva Constitución: «*Sobre la necesidad de la reforma constitucional no cabe cuestión*

---

1 En: Jiyagón Villanueva, José Carlos. La concepción del Estado conservador: Bartolomé Herrera y su proyecto constitucional de 1860., pp. 122-130. Año I // Número 2/ Segundo semestre del 2018. Enlace de acceso: https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/enlineasgenerales/article/view/2672

2 Centurión González, Freddy Ronald. Título de la conferencia: El pensamiento conservador decimonónico. Bartolomé Herrera (1808 - 1964). Lugar: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Enlace de acceso:
https://www.youtube.com/watch?v=OJ3Y7YBS4zQ

ya, desde que los Representantes de la Nación, ampliamente autorizados al efecto por ella, han declarado casi unánimes, que la reforma es tan indispensable, que no deben contraerse a otro asunto, hasta haberla realizado» (pág. IV), sin olvidar señalar cuales serían los límites congresales a la reforma de la Constitución en el ángulo de que no espera que solo se hagan *algunas correcciones*, Herrera espera más que simples *ajustes* a la Constitución a reformar, sin olvidar la salvedad de que nadie en su sano juicio llegará a poner en cuestión «*el sistema republicano y las garantías civiles y políticas de los peruanos*».

Sus principales intranquilidades son las relaciones Estado-Iglesia, la familia, el reconocimiento de la ciudadanía, las garantías constitucionales. Como férreo defensor del protagonismo tutelar de la iglesia católica, una de sus reflexiones es que el ejercicio de todos los derechos debe desarrollarse con amplitud siempre y cuando no se opongan a la religión, la tranquilidad pública o los derechos de los demás. Y como quiera que el vaivén de las recurrentes situaciones de inestabilidad en nuestra historia republicana, su preocupación también alcanza a la forma y organización del Estado en sus estamentos de gobierno como es el caso del modelo parlamentario; al respecto, está a favor de la bicameralidad, expone que los **Diputados** han de representar los ***intereses variables y las nuevas ideas*** y los **Senadores** han de representar los ***intereses permanentes de todas las clases sociales, los principios eternos del derecho, y la fijeza de las instituciones***, es decir se debe propender a un equilibro dentro del parlamento que comulgue modernidad y tradición. Hace la perenne invocación de quienes se sabe organizan los actos y acta de constitución de una república de la siguiente manera: «*Una vez salido el país del estado de confusión en que hoy se encuentra y establecida, reconocida y obedecida por todos una verdadera Constitución, no se deben introducir reformas en ella, sino precediendo deliberación muy madura*» (p. XII).

Es de viejo cuño la preocupación por el equilibrio de poderes de la terna estatal clásica (ejecutivo, legislativo, judicial), respecto de los extranjeros en territorio peruano señala que se abre una *ancha puerta* para aquellos que merezcan ser peruanos, consciente de los personalismos del poder, está a favor de atenuar los poderes del presidente, algo en lo que la doctrina no se pone de acuerdo y la mutación de la figura es latente hasta nuestros días. Herrera preceptor nacional, preocupado por educar a la población para que pueda ser dueña de su libertad como es el caso del ejercicio de sus derechos políticos y debidamente informados, es uno de los temas que tiene en primer orden, de parte de este propulsor de la soberanía del conocimiento. Del proyecto de Herrera, habría que atender que instituciones han madurado hasta la actualidad hasta el punto de ser reconocidas como instituciones históricas del constitucionalismo peruano.

En relación al texto constitucional a ser reemplazado (1856) respecto del resultado de la nueva Constitución (1860) se pueden destacar los siguientes temas: En la *Constitución de 1856* destaca que la religión católica es la única, que existe «… atentado de lesa patria», realiza declaraciones escritas en favor del principio de legalidad, reconoce la supremacía constitucional, en torno a la pena de muerte su posición es abolicionista, reconoce la igualdad ante la ley. En la *Constitución de 1860* señala que la religión católica es la única, se protege el honor y la vida contra toda injusta agresión; y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado, se destaca que las cárceles son lugares de seguridad y no de castigo. Está prohibida toda severidad que no sea necesaria para la custodia de los presos, reconoce la igualdad ante la ley, destaca que los naturales de la América Española y los españoles que se hallaban en el Perú cuando se proclamó y juró la Independencia, y que han continuado residiendo en él posteriormente.

> Ahora, si salvando los principios de nuestro sistema de Gobierno, y sin perder de vista nuestros más importantes y más arraigados hábitos constitucionales, se han de quitar los estorbos que la Convención puso a la recta aplicación de aquellos, y a la violenta innovación que quiso hacer en estos, no sé qué quede nada propio y peculiar del texto de su Constitución, que merezca conservarse. ¿Será acaso la fecha y el nombre de la Asamblea que la dictó? ¡Ah! Borremos con nuestras lágrimas las fechas y los nombres que se refieren a nuestras discordias civiles: olvidémoslos para siempre: démonos un abrazo de paz como verdaderos hermanos, y reconozcamos, sin ofensa de nadie, que las pasiones de la anarquía no pueden ser nunca buenas legisladoras. P. VI.

Uno de los temas de mayor interés en ambos casos es en relación a la organización del estado y de elección de sus autoridades. Fruto de una democracia transaccional, la Constitución de 1860 sería una de las de más larga duración en la historia republicana del Perú. Herrera presenta su proyecto con marcada modestia y lo entrega a la ciudadanía para su lectura y posible consideración de los interesados *para la reconstrucción de nuestro derruido edificio político*, culmina su introito: «estas son las ideas que he concebido sobre la reforma constitucional. No permitiéndome mi escasa salud presentarlas al Congreso en largos discursos de Tribuna, se las ofrezco en el papel; y dejo así mi obligación cumplida. Lima 14 de agosto de 1860. Bartolomé Obispo de Arequipa». P. XII. En palabras de Herrera a nuestros más *arraigados hábitos constitucionales* que seguro se dirige a aquellos letrados y propietarios que eran un reducido número para aquel entonces, su propuesta a largo plazo busca propender que cada vez sean más y mejor preparados los interesados en participar en la vida política del país, de ese modo todo el andamiaje propuesto madure con vocación democrática.

Esquema del proyecto de reforma constitucional de Bartolomé Herrera

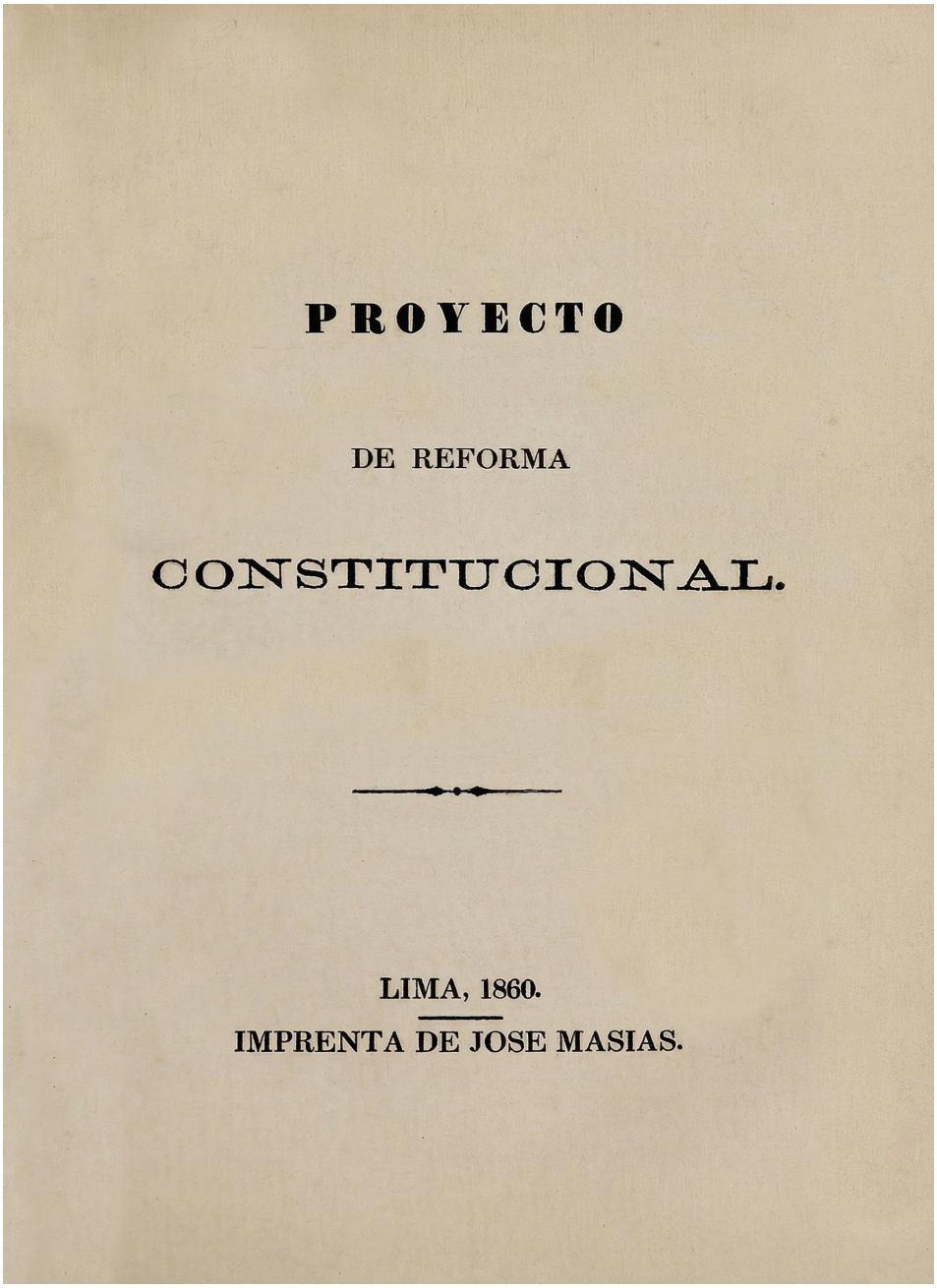
Preliminar

Título I.	*Del Estado y su religión*
Título II.	*De los peruanos*
Título III.	*De la ciudadanía*
Título IV.	*Garantías constitucionales de la persona (de la libertad y la propiedad)*
Título V.	*Del Poder Legislativo*
Título VI.	*Del Senado y de la Cámara de Diputados*
Título VII.	*De la formación y promulgación de las leyes, y resoluciones del Congreso*
Título VIII.	*Del Poder Ejecutivo (incluye a los ministros del Estado y al Consejo de Estado)*
Título IX.	*De la administración de justicia*
Título X.	*Administración de las divisiones territoriales*
Título XI.	*Fuerza Publica*
Título XII.	*Observancia y reforma de la Constitución*
Título XIII.	*Establecimiento del orden constitucional*

BIBLIOGRAFÍA

Centurión González, Freddy Ronald
Título de la conferencia: *El pensamiento conservador decimonónico. Bartolomé Herrera (1808 - 1964)*
Lugar: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
Enlace de acceso:
https://www.youtube.com/watch?v=OJ3Y7YBS4zQ

Jiyagón Villanueva, José Carlos. *La concepción del Estado conservador: Bartolomé Herrera y su proyecto constitucional de 1860*, pp. 122-130.
Año I // Número 2/ Segundo semestre del 2018
Enlace de acceso: https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/enlineasgenerales/article/view/2672



Portada del texto *Reforma Constitucional* de Bartolomé Herrera

FE DE LAS MAS NOTABLES ERRATAS.

DICE;	LEASE:
Pág. 17. art. 54. atrib. 6a.: Examinar el Presupuesto &a.	Examinar el Presupuesto, que tambien debe presentar el Poder Ejecutivo al fin de cada biennio, en la apertura de las sesiones ordinarias y aprobar ó desaprobar en él las partidas de los gastos que la ley no tenga previstos y arreglados.
Pág. 18. atrib. 8a.: falta	8a. Reconocer la deuda nacional y disponer su consolidacion y amortizacion.
Pág. 23. atribue. 9a.: á los agricultores	á los propietarios de predios
Pág. 25. art. 62, atrib. 1a.: y al registro civil aprobado	y al registro de los ciudadanos activos aprobado
Pág. 25. art. 63 atrib. 4a.: de los artículos 20, 23, 24 y 25	de los artículos 20, 23, 24, 25 y 28
Pág. 26. atrib. 6a.: á falta de los llamados por la Constitucion.	á falta de los llamados por la Constitucion, hasta que se reuna el Congreso
Pág. 36. art. 91 : por el órden del art. 51.	por el órden del art. 87.
Pág. 37. art. 93, atrib. 3a.: lo haya acusado de traidor.	lo haya acusado de traicion
Pág. 56. art. 149: y presentará á la aprobacion del Congreso	y presentará en la primera Legislatura á la aprobacion del Senado.

PRELIMINAR.

Con mucha rapidez me veo precisado á escribir estos renglones. No puedo, pues, decir en ellos cuanto quisiera y convendria, sobre el siguiente Proyecto de reforma constitucional.

No tengo para qué empeñarme en justificar la eficacia con que, en union de hombres muy patriotas, muy ilustrados, y muy conocedores del Perú, hé trabajado para obtener la reforma de la Constitucion de 1856. Mi conducta está justificada por sí misma. Es el cumplimiento de mis deberes respecto de la República, que quiere, con incuestionable derecho, salir del caos á que la dicha Constitucion la há traido. Es el cumplimiento de mis deberes especiales para con la Provincia de Jauja, que, porque desea ardientemente lo mismo que toda la República, me ha hecho la honra de nombrarme segunda vez su Diputado. Es una necesidad de mi corazon de Pastor y Padre del noble pueblo de Arequipa, reducido á la condicion de esclavo de esa

IV

Constitucion que su alma rechaza. Es, en fin, llenar la sagrada obligacion que tengo de defender la libertad y todos los derechos de la Iglesia, conculcados sin miramiento á su divino origen, ni á las reiteradas protestas de los ciudadanos, ni á los principios políticos.

Sobre la necesidad de la reforma constitucional no cabe cuestion ya, desde que los Representantes de la Nacion, ampliamente autorizados al efecto por ella, han declarado casi unánimes, que la reforma es tan indispensable, que no deben contraerse á otro asunto, hasta haberla realizado.

¿Pero cómo convendrá hacer esta reforma? ¿Cuáles serán los límites, dentro de los que deba encerrarse el ejercicio del poder extraordinario que tiene el actual Congreso? Si por una veneracion al texto constitucional de 1856, que no alcanzo en qué podría fundarse, se redujera la obra del Congreso á dar una especie de *fé de erratas*, en que se enmendaran solo las disposiiiones mas chocantes, como la abolicion de la pena de muerte, el sorteo de los Senadores, la contradiccion que hay entre que el Presidente sea irresponsable durante su periodo, excepto el caso de vacante de hecho, y que sin embargo se le pueda

someter á juicio y suspender cada vez que el Senado declare, *durante ese periodo*, que es responsable por infraccion de la Constitucion, y otras por el estilo, no se puede negar que se haría algun bien al país. Pero me parece que estaría esto muy lejos de corresponder á lo que se espera del Congreso; á la majestuosa actitud que éste há tomado; al maduro saber y á la experiencia administrativa de sus miembros mas provectos; y á la ilustrada habilidad y al activo patriotismo de la juventud que tan dignamente ocupa sillones numerosos entre los legisladores.

No quiere decir esto que hayamos de incurrir en el absurdo, que á ninguna cabeza ha venido, de destruir el sistema republicano y las garantias civiles y políticas de los peruanos. Eso no sería reformar *la ley escrita por la Convencion*, que es lo único de que se trata, sino reformar el Perú; reformar el mundo; y reformar hasta los eternos principios de lo justo. ¿Quién puede imaginar tal locura, cuando cabalmente la necesidad de poner las manos en la reforma de la Constitucion de 1856, proviene de haber intentado ella reformas, que están en lucha abierta con la naturaleza de las cosas y de la sociedad en que vivimos?

VI

Ahora, si salvando los principios de nuestro sistema de Gobierno, y sin perder de vista nuestros mas importantes y mas arraigados hábitos constitucionales, se han de quitar los estorbos que la Convencion puso á la recta aplicacion de aquellos, y la violenta innovacion que quiso hacer en estos, no sé que quede nada propio y peculiar del texto de su Constitucion, que merezca conservarse. ¿Será acaso la fecha y el nombre de la Asamblea que la dictó? ¡Ah! Borremos con nuestras lágrimas las fechas y los nombres que se refieren á nuestras discordias civiles: olvidémoslos para siempre: démonos un abrazo de paz como verdaderos hermanos, y reconozcamos, sin ofensa de nadie, que las pasiones de la anarquía no pueden ser nunca buenas legisladoras.

De las anteriores reflexiones he partido en mi proyecto de reforma constitucional. No he hecho de él proposicion en forma al Congreso. Lo presento únicamente y con gran desconfianza, como materia de lectura particular, á los Señores Diputados, especialmente á los miembros de la Comision. Si en las páginas que les ofrezco, encontrare su sabiduría algun pensamiento que, aunque les dé el trabajo de modificarlo, perfeccionarlo y ajustarlo

al plan que tengan concebido, pueda ser útil para la reconstruccion de nuestro derruido edificio político, lo tendré á gran felicidad.

En los artículos relativos á la Iglesia, queda ésta con la libertad, que no solo le concedió como derecho, sino que le impuso como ley primera de su existencia, su Divino fundador: con la libertad que, para quien sepa leer la historia y discurrir como filósofo, há sido y será siempre el mas fecundo manantial de la libertad civil y política.

Que la religion del Perú es la de la Iglesia católica, con exclusion de toda otra forma de culto, es un *hecho* palpable. La Constitucion tiene que reconocerlo. La conducta del Gobierno, siendo como es católico, respecto de la Iglesia ha de ser *conforme a' los Canones y al Concordato.* No se puede impedir que esto repugne á los que no son católicos. Pero se puede demostrar que entre un Estado Católico y la Iglesia, no hay otra regla que observar. Las relaciones entre una Nacion y cualquiera otra se arreglan por los principios reconocidos del Derecho de Gentes y por los Tratados. La Iglesia es, como las naciones, una Sociedad independiente y soberana. Los Cánones son los principios de derecho que los

pueblos católicos reconocen respecto de la Iglesia. Los Concordatos son los Tratados que con ella se celebran. Con que todo Estado Católico ha de tener como norma de sus actos, respecto de la Iglesia, los Cánones y el Concordato.

Al determinar quienes son naturales del Perú, hé cuidado de respetar el principio, segun el cual-el hijo sigue la condicion del Padre; y el derecho de los que al tiempo de nuestra emancipacion eran compatriotas nuestros por nacimiento. Para la naturalizacion abro ancha puerta á cuantos extrangeros quieran incorporarse en nuestra sociedad política, y no lo hayan desmerecido. La ciudadanía activa solo se suspende por falta de inteligencia, de libertad ó de probidad. Se pierde de las maneras que siempre se ha perdido. Las garantías constitucionales las divido en garantías de la persona, del derecho de libertad y del de propiedad. El ejercicio de estos derechos tiene toda la amplitud que puede deseares, en cuanto no se oponga á la Religion, á la tranquilidad pública, ó al derecho de los demas hombres.

La organizacion y las atribuciones de las

Cámaras, es materia en que meditarán, sin duda, profunda y detenidamente los legisladores. Yo indico las precauciones que me parece se pueden tomar, para evitar que el retiro de algunos miembros del Congreso impida las sesiones; para que éstas no duren indefinidamente; para que el exámen del Presupuesto se pueda hacer de un modo serio, pero sin amenazar los derechos adquiridos; y quizá expuesto el sistema representativo.

Así como la Cámara de Diputados representa los intereses variables y las nuevas ideas, el Senado debe representar los intereses percipios eternos del derecho, y la fijeza de las instituciones. Este es el destino del Senado en toda buena organizacion política. Por eso no hay donde no se escojan para Senadores los hombres mas distinguidos, mas maduros, y mas interesados en el mantenimiento del órden público. Yo no hago mas que asegurar, cuanto es posible, el acierto mas que asegurar, cuanto es posible, el acierto en la eleccion, reservándola á la Cámara de Diputados; y la igual representacion de cuantas clases pueden subministrar al Senado miembros idóneos. Si alguien se enfadare con la palabra *clases* (por-

que este escrito no há de caer solo en manos de hombres de juicio), creyendo que establezco *clases privilegiadas*, espero que, á poco que se sosiegue su ánimo, percibirá que no establezco, sino que reconozco la existencia de las *clases* ó profesiones que, independientemente de mi voluntad, existen en el Perú como en toda nacion; y que debe de estar muy lejos de mí mente el *privilegio*, cuando procuro que todas las clases sean representadas, y que ninguna esté mejor representada que otra. No puede haber pensamiento mas democrático, ni mas justo. A un Senado formado así, bien se le puede confiar una buena parte del poder conservador, y algunas de las atribuciones del Congreso, cuyo ejercicio suele ser necesario para la marcha de los negocios públicos en muchas ocasiones, en que no está reunido el Congreso. Por esto hé creido que conviene que el Senado sea Cámara permanente.

No serán pocos los que se escandalicen del *veto* suspensivo que doy al Presidente de la República. Me resigno á causar esta impresion de escándalo, ántes que á abrazar el error funestísimo de que las leyes deben sancionarse pronto, aunque la precipitacion haga que resulten malísimas. Entiendo que produce

mucho menos daño la demora de una ley buena, que la pronta ejecucion de una ley mala. El escándalo que cause el *veto* suspensivo se compensará algo con el esmero que hé puesto en determinar las atribuciones del Congreso, á cuyo ejercicio no puede hacer observaciones el Poder Ejecutivo: asunto del todo descuidado en nuestras anteriores Constituciones.

El Consejo de Estado es, en mi Proyecto, un cuerpo destinado á ilustrar al Gobierno y á servir de garantía de acierto en las medidas administrativas. Las facultades que le daba la Constitucion de 1839, no se avenian con ese destino, que es el verdadero del Consejo de Estado; porque ni el Poder Ejecutivo podia tener confianza bastante en los que habian de ser sus acusadores, ni éstos eran á propósito para acusar siempre al Presidente de la República, de quien muchas veces habrian sido cómplices.

Las competencias entre los Supremos Poderes se resuelven por el Congreso, por el Senado, por la Cámara de Diputados y por el Presidente de la República segun los casos. En esta materia hay en las Constituciones republicanas un vacío peligroso. Hé procurado llenarlo. No sé si habré acertado con el modo.

XII

Una vez salido el pais del estado de confusion en que hoy se encuentra y establecida, reconocida y obedecida por todos una verdadera Constitucion, no se deben introducir reformas en ella, sino precediendo deliberacion muy madura. Dos tercios de votos en dos Legislaturas ordinarias y la aquiescencia del Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Estado, me han parecido formalidades suficientes, para preservar á la Constitucion de reformas desacordadas. Pero como puede haber un cambio súbito en nuestras circunstancias políticas, que convierta en perjudicial é intolerable algun artículo de la Constitucion, admito que la suspension de su observancia se resuelva en una sola Legislatura. Esta medida pudiera ser útil hasta para que desfogaran, sin ruina de la Constitucion, las pasiones de algun partido que se formase contra ella y que se hallara momentáneamente en mayoría.

Estas son las ideas que hé concebido sobre la reforma constitucional. No permitiéndome mi escasa salud presentarlas al Congreso en largos discursos de Tribuna, se las ofrezco en el papel; y dejo así mi obligacion cumplida. Lima 14 de Agosto de 1860.

Bartolomé Obispo de Arequipa.

PROYECTO
DE REFORMA
CONSTITUCIONAL.

TITULO I.
DEL ESTADO Y SU RELIGION.

ARTICULO 1.

El Perú es un solo Estado, indivisible, independiente y soberano.

ARTICULO 2.

El Gobierno del Perú es Republicano democrático representativo.

ARTICULO 3.

Los poderes, Legislativo, Egecutivo y Judicial ejercen la soberanía nacional, de la manera y dentro de los límites que determina esta Constitucion.

ARTICULO 4.

El Estado profesa la Religion de la Iglesia Católica, Apostólica, Romana á que pertenecen los peruanos: la proteje conforme á los Cánones y al Concordato, y no permite el ejercicio manifiesto de otra religion.

TITULO II.

DE LOS PERUANOS.

ARTICULO 5.

Son naturales del Perú por nacimiento:

1.° Los que nacen de padre peruano en el territorio del Estado:

2.° Los que nacen de padre peruano ó de madre peruana fuera del territorio del Estado, á no ser que, llegando á la mayor edad, prefieran pertenecer al país de su nacimiento.

3.° Los nacidos en el Perú de padre extrangero, si el padre lo consintiere mientras sean menores; y cuando sean mayores, si no declararen ellos otra voluntad.

4.° Los que, habiendo nacido en cualquier punto de la monarquía española, ó de sus colonias, antes del 9 de Diciembre de 1824, esten avecindados en el Perú, y hayan declarado ó declaren, conforme á la ley, su ánimo de ser peruanos.

ARTICULO 6.

Son naturales del Perú por naturalizacion completa, los extrangeros que obtuvieren carta de completa naturaleza.

ARTICULO 7.

Para obtener carta de completa naturaleza, y que produzca el efecto del artículo anterior, se requiere:

1.° Tener dos años de vecindad, siendo casado con peruana, y seis no siéndolo.

2.° No haber ocasionado desavenencia ni disputa entre el Gobierno del Perú y el de su patria.

3.° Haber acreditado respeto á la Religion, buenas costumbres y obediencia á las autoridades y á las leyes.

4.° No haberse hailado, durante su residencia, en ninguno de los casos en que se suspende el ejercicio de la ciudadanía activa por presuncion de falta de probidad, ó por falta evidente de ella, ni en ninguno de los tres primeros en que se pierde.

ARTICULO 8.

Los europeos á quienes trajere ó permitiere venir el Poder Ejecutivo, para formar nuevos pueblos, tendrán la naturalizacion completa, desde que se establecieren en el territorio que se les señale, sin otra diligencia; salvo el derecho que se reserva por dos

años al Poder Ejecutivo, de despedir á los díscolos á su juicio.

ARTICULO 9.

Tienen naturalizacion parcial los extrangeros habilitados por el Congreso para algun empleo ó cargo reservado á peruanos. Mientras lo ejerzan son súbditos del Perú, y gozan de los derechos políticos anexos al empleo ó cargo.

ARTICULO 10.

Los peruanos, sea por nacimiento, sea por naturalizacion completa, gozan de los mismos derechos, excepto el de ocupar los pocos altos puestos que la Constitucion reserva expresamente á los peruanos por nacimiento.

ARTICULO 11.

Los peruanos pierden su naturaleza por el hecho de naturalizarse en otro Estado, ó por aceptar, sin permiso del Congreso, empicos ó títulos, en virtud de los cuales se hagan en alguna manera súbditos de otro soberano.

5

TITULO III.

DE LA CIUDADANIA.

ARTICULO 12.

Son ciudadanos activos, los vecinos del lugar que sean casados ó viudos, ó hayan cumplido 21 años, con tal que esten inscriptos en el Registro de los ciudadanos aprobado dos años antes.

ARTICULO 13.

La ciudadanía activa se suspende:

1. ° Por falta de inteligencia: en los que tienen algun defecto mental, que les impida obrar con pleno conocimiento y reflexion; y en los que no saben leer y escribir, siendo vecinos del lugar, donde, segun la ley, deba saberlo el ciudadano activo.

2. ° Por falta de libertad: en los jornaleros del campo y de las poblaciones, en los criados ó sirvientes; en los que no tengan medios suficientes y conocidos de subsistencia; en los soldados, marineros y agentes subalternos de policía.

3. ° Por presuncion de falta de probidad; en los deudores notoriamente quebrados; en

los procesados, contra quienes se haya librado mandamiento de prision :

4.° Por falta evidente de probidad, en los notoriamente vagos , jugadores, ébrios, pródigos ó divorciados por su culpa ; en aquellos á quienes se haya aplicado , por sentencia judicial , la pena de suspension de la ciudadanía, durante el tiempo señalado en la sentencia.

ARTICULO 14.

La ciudadanía activa se pierde :

1.° Por sentencia que prive de ella :

2.° Por quiebra fraudulenta judicialmente declarada:

3.° Por haber sido condenado á pena corporal aflictiva:

4.° Por comprar ó vender el voto en las elecciones.

5.° Por la solemne profesion religiosa, á no ser que se obtenga canónicamente la exclaustracion.

ARTICULO 15.

Los que hayan perdido los derechos de naturales, ó los de ciudadanos activos , pueden ser rehabilitados por el Congreso.

7

TITULO IV.

GARANTIAS CONSTITUCIONALES.

DE LA PERSONA.

ARTICULO 16.

Nadie es esclavo en el Perú, Pero todos, desde que lleguen á la mayor edad, estan obligados á tener ocupacion.

ARTICULO 17.

Todos son iguales ante la ley. No hay privilegios hereditarios, y nadie merece consideraciones especiales, sino por sus servicios á la sociedad, por sus talentos y por sus virtudes.

ARTICULO 18.

No se pueden exigir mas servicios personales, sean nacionales ó municipales, que los que la ley impone, salvas las obligaciones libremente contraidas.

ARTICULO 19.

La ley proteje el honor y la vida contra toda injusta agresion.

8

ARTICULO 20.

Es inviolable el domicilio de todo peruano. No se puede penetrar en él, sino con su permiso, ó por órden escrita del Juez, ó de la autoridad política, expedida bajo la responsabilidad de quien la firmare.

ARTICULO 21.

Todos pueden ejercer el derecho de peticion y reclamar, ante la autoridad competente, de las infracciones de la Constitucion; pero nunca se puede suscribir la peticion ó reclamacion con nombre colectivo.

ARTICULO 22.

El Estado garantiza la instruccion primaria gratuita y la conservacion y fomento de los establecimientos públicos de instruccion facultativa, los de enseñanza de artes, los eclesiásticos, y los de piedad y Beneficencia.

DE LA LIBERTAD.

ARTICULO 23.

Nadie puede ser preso sino por órden de su Juez, excepto el caso de delito consumado ó de voluntad manifiesta de consumarlo: en estos casos el arrestado será puesto á disposi-

cion de su Juez, dentro de cuarenta y ocho horas.

ARTICULO 24.

Ningun peruano puede ser separado de la República, ni del lugar de su residencia sino por sentencia ejecutoriada.

ARTICULO 25.

Todos pueden hacer uso de la libertad de imprenta, conforme á la ley y bajo la garantia y la responsabilidad que ella determina.

ARTICULO 26.

Es libre toda industria y todo trabajo, que no se oponga á la Religion, á la salud, ni á la seguridad pública, ni traiga daño de tercero.

ARTICULO 27.

Todos los particulares que acrediten su suficiencia y moralidad, pueden enseñar y dirigir establecimientos privados de educacion, observando las leyes del caso y previas las formalidades que ellas señalan.

ARTICULO 28.

Queda reconocido y garantido el derecho de asociacion pacífica, y de formar sociedades

transitorias ó permanentes, sin previa licencia, con tal que no se opongan á la religion, ni al órden público ni á la seguridad del Estado.

ARTICULO 29.

Todos tienen libertad para permanecer en cualquier punto del Perú y para salir del territorio aun con sus bienes, salvas sus responsabilidades legales y la observancia de los reglamentos de Aduana y de Policia.

ARTICULO 30.

Es inviolable la libertad de la correspondencia escrita, sea cual fuere su naturaleza, su procedencia y su destino. Las cartas ilícitamente sustraidas, no producen efecto legal. Nadie está obligado á presentar su correspondencia escrita ó á permitir el embargo de ella para que sufra inspeccion y exámen, sino en virtud de órden judicial expedida en juicio, como medio indispensable de esclarecimiento de algun hecho.

DE LA PROPIEDAD.

ARTICULO 31.

Es inviolable el derecho de propiedad. A nadie se puede privar de sus bienes, sino por

motivo de utilidad pública probada y previa indemnizacion del valor de los bienes y de los perjuicios que traiga su pérdida; todo conforme á la ley.

ARTICULO 32.

Queda garantida la propiedad de los productos lícitos del entendimiento y de la imaginacion: los autores ó inventores tendrán la exclusiva, á no ser que quieran renunciarla libremente por alguna indemnizacion, ó por generosidad.

ARTICULO 33.

Todos los bienes son enagenables. Los que están sujetos á leyes especiales, se enagenarán conforme á ellas.

ARTICULO 34.

Las personas y las sociedades establecidas en el Perú, tienen derecho á adquirir todo género de propiedad. Los extrangeros que adquiriesen propiedad territorial en el Perú, quedan sujetos á las obligaciones y en el goce de los derechos de los propietarios peruanos.

ARTICULO 35.

Todo peruano tiene el derecho de disponer libremente de sus bienes, entre vivos ó por

causa de muerte, conforme á la religion y á la moral y sin daño de sus herederos legítimos, en la parte que á estos asegura la ley. Pero son nulas las fundaciones de mayorazgos y las de cualesquiera otras vinculaciones laicales.

ARTICULO 36.

Bajo ningun nombre y por ningun delito se puede aplicar como pena la confiscacion de bienes. Todos son sin embargo responsables civilmente con sus bienes , conforme á la ley, por las obligaciones que contrageren y por los daños que causaren.

360

ARTICULO 37.

Los empleados públicos, con título expedido conforme á la ley, no pueden ser destituidos ni suspendidos, sino por sentencia judicial, ó por el Presidente de la República con arreglo á esta Constitucion.

TITULO V.

DEL PODER LEGISLATIVO.

ARTICULO 38.

El Poder legislativo se ejerce por el Congreso en la forma que determina esta Consti-

tucion. El Congreso consta de dos Cámaras: la del Senado y la de Diputados.

ARTICULO 39.

El Presidente del Senado preside el Congreso y es elegido por él.

ARTICULO 40.

Los Senadores y los diputados son inviolables. Por ninguna causa pueden, sin previa resolucion de su Cámara, ser juzgados en el fuero comun, ni presos durante las sesiones. No estando reunido el Congreso, para juzgar á un Diputado en el fuero comun, se requiere resolucion del Senado.

ARTICULO 41.

En caso de delito, si fueren sorprendidos *infraganti,* podrán ser arrestados : pero se les pondrá inmediatamente á disposicion de su Cámara, ó del Senado no estando reunido el Congreso.

ARTICULO 42.

Cada Cámara tiene el derecho exclusivo de calificar la eleccion de sus miembros; mandar hacer nuevas elecciones de ellos; corregir las infracciones del reglamento que cometic-

ren; separarlos temporal ó perpétuamente de la Asamblea; organizar la Secretaría; nombrar los empleados de su dependencia; formar su presupuesto y ordenar su pago, y entender en todo lo relativo á la economía y policía interior.

ARTICULO 43.

Cada Cámara tiene el derecho de hacer su reglamento.

ARTICULO 44.

El Congreso se reunirá ordinariamente cada dos años el 28 de Julio, y extraordinariamente, cuando lo convocare el Presidente de la República, conforme á esta Constitucion.

ARTICULO 45.

La duracion de las sesiones del Congreso ordinario será de cien dias útiles.

ARTICULO 46.

Si el Presidente de la República pidiere próroga, puede resolverla el Congreso, y las sesiones continuarán entónces, hasta que ó el Congreso acuerde ponerse en receso, ó lo declare en receso el Presidente de la República.

15

ARTICULO 47.

Las sesiones del Congreso convocado extraordinariamente, no tienen tiempo fijo para su duracion, y terminan como las sesiones prorogadas del Congreso ordinario.

ARTICULO 48.

Ni en las sesiones ordinarias prorogadas, ni en las que tenga el Congreso por convocacion extraordinaria, se puede tratar de otros asuntos que de los que sometiere al Congreso el Poder Ejecutivo; salvo que se presentare alguno de tanta importancia para el Estado, que, á juicio de los dos tercios de cada una de las Cámaras, deba tomarse en consideracion.

ARTICULO 49.

No puede hacerse la apertura del Congreso, ni de ninguna sesion de Cámaras, reunidas ó separadas, ni procederse á votar con menos de la mayoría absoluta del total de los miembros que deben elegirse para cada Cámara. Para que una proposicion se dé por aprobada, há de tener á su favor la mayoría absoluta de los votos de los concurrentes á cada Cámara.

16

Articulo 50.

Si por algun accidente extraordinario, no se pudiese obtener la reunion de la mayoría absoluta del total de los Senadores y del total de los Diputados, para abrir la sesion y para dar cualquiera proposicion por aprobada, se requiere el voto unánime de mas de un tercio del total de los miembros que deban elegirse para cada Cámara, contando los ausentes.

Articulo 51.

Para que los Senadores ó Diputados puedan desempeñar los Ministerios de Estado, las Legaciones diplomáticas ó cualquiera otra comision del Poder Ejecutivo, se requiere permiso previo de su Cámara. Pero de ninguna manera obtendrán empleo ó beneficio, salvos los ascensos de rigorosa escala.

Articulo 52.

Los miembros del Congreso que, conforme al artículo anterior, desempeñaren algun cargo ó comision, quedan separados de su Cámara; á no ser que, en la eleccion que se haga para llenar la vacante, fueren reelegidos.

17

ARTICULO 53.

Mientras llegare el tiempo de la renovacion parcial de cada Cámara, como lo dispone esta Constitucion , los suplentes ocuparán las vacantes.

ARTICULO 54.

Son atribuciones del Congreso :

1a. Dar leyes, é interpretar, abrogar y derogar las existentes.

2a. Designar el lugar de las sesiones , y abrirlas y cerrarlas conforme á esta Constitucion,

3a. Averiguar las infracciones de la Constitucion y de las leyes, y disponer se haga efectiva en juicio la responsabilidad de los infractores.

4a. Imponer contribuciones y suprimir las establecidas.

5a. Aprobar ó desaprobar la cuenta de la administracion de Hacienda , que há de presentar el Poder Ejecutivo al fin de cada biennio, en la apertura de las sesiones ordinarias.

6a. Examinar el Presupuesto, que tambien debe presentar el Poder Ejecutivo al fin de cada biennio , en la apertura de las sesiones ordinarias.

7a. Autorizar al Poder Ejecutivo para que negocie empréstitos, cuando lo demanden las necesidades del Erario, designándole los medios para la amortizacion.

9a. Crear ó suprimir oficinas y empleos públicos, y señalar la dotacion de estos.

10. Establecer los derechos de Aduana, hacer en ellos las alteraciones que conviniere, y habilitar los puertos mayores.

11a. Fijar el peso, la ley, el tipo y la denominacion de la moneda, y determinar los pesos y las medidas.

366

12a. Hacer el escrutinio de las actas de la eleccion de Presidente de la República; juzgar de la legalidad de la eleccion, y hacerla, cuando no resulte hecha conforme al art.84 y85

13a. Recibir el juramento al Presidente, al Vice-Presidente y á todos los llamados á ejercer, á falta de estos, el Supremo Poder Ejecutivo.

14a. Admitir ó no la renuncia del Presidente ó Vice-Presidente de la República.

15a. Resolver la declaracion de guerra, pidiéndolo el Poder Ejecutivo, y disponer que éste negocie la paz, sino lo hubiere verificado

y conviniere poner fin á la guerra, á juicio del Congreso.

16a. Aprobar ó desechar los Tratados y convenciones de todo género con los Gobiernos extrangeros, que contengan cesion ó cambio de territorio, ú obligacion pecuniaria.

17a. Dictar las disposiciones convenientes, para que el Presidente de la República ejerza las facultades que le correspondan como á Patron, conforme al Concordato.

18a. Rehabilitar en la calidad de peruano, y en la de ciudadano á los que hubiesen perdido una ú otra.

19a. Conceder amnistías.

20a. Conceder indultos á peticion fundada del Poder Ejecutivo.

21a. Declarar, por dos tercios de votos y por tiempo determinado [si la patria estuviere en peligro y fuere indispensable para salvarla] suspensas las garantías constitucionales de los artículos 20, 23, 24 y 25, y la del 28, sin perjuicio de la permanencia de las sociedades meramente religiosas; y declarar acabada la suspension, aun antes de cumplido el término.

22a. Determinar las fuerzas del Ejército, de Marina y de Policía, y autorizar al Poder Ejecutivo para aumentarlas.

23a. Hacer la division territorial.

24a. Conceder, por servicios eminentes, prémios á los pueblos, corporaciones ó personas.

25a. Dirimir, por dos tercios de votos de los miembros que se deben elegir para cada Cámara, las competencias que formare al Congreso el Presidente de la República ó el Supremo Tribunal de Justicia.

26a. Elegir el Presidente del Senado.

27a. Elegir los Consejeros de Estado que há de proponer el Presidente de la República, conforme á la atribucion 6a, art. 97.

TITULO VI.

DEL SENADO Y DE LA CAMARA DE DIPUTADOS.

Articulo 55.

El Senado se compone de treinta Senadores. Por cada Senador propietario habrá un suplente.

Articulo 56.

El Senado tendrá sesiones en todo tiempo, aun cuando no esté reunida la Cámara de Diputados.

21

ARTICULO 57.

Para ser elegido Senador, se requiere:

1. ° Ser peruano por nacimiento:

2. ° No haber perdido nunca la ciudadanía por delito:

3. ° Ser ciudadano activo:

4. ° Cuarenta años cumplidos de edad:

5. ° Ser elegible couforme al artículo 59:

6. ° Idoneidad notoria para desempeñar el cargo con acierto.

ARTICULO 58.

Se elegirán tres Senadores tomados de entre los elegibles, de cada una de las carreras y profesiones que señala el artículo siguiente:

ARTICULO 59.

Son elegibles Senadores, con tal que reunan las calidades del artículo 57:

1. ° De la carrera política: los que hayan servido algun Ministerio de Estado, alguna Legacion de primera clase, Prefectura, ú oficialía mayor de Ministerio:

2 ° De la de Hacienda: los que hayan sido, ó al tiempo de la eleccion sean Jefes de las oficinas de este ramo, comprendida la de Correos.

3.° De la Magistratura : los miembros de los Tribunales, á lo menos de segunda instancia del fuero comun, comprendidos los cesantes y jubilados.

4.° Del Clero : los Obispos , sus Provisores y Vicarios generales, los Dignidades de las Catedrales , los Canónigos por oposicion ó concurso, los Promotores-fiscales y los Vicarios foraneos.

5.° Del Ejército y de la Marina de guerra: los gefes de coroneles para arriba.

370

6.° De la carrera parlamentaria , los que hayan sido elegidos tres veces Diputados , ó hayan concurrido á tres legislaturas ordinarias.

7.° De las profesiones científicas: los que hayan egercido alguna por veinte años, comprendidos del ramo de enseñanza , no solo los profesores, sino tambien los Rectores y Vice-Rectores de los colegios facultativos del Estado, de los Seminarios eclesiásticos y de las Universidades.

8.° De los propietarios de predios: los dueños de predios rústicos ó urbanos, que tengan de ellos una renta de cuatro mil pesos cuando menos.

9, ° De los mineros, los dueños de minas que tengan de ellas la renta señalada en el párrafo anterior á los agricultores, y que hayan egercido la mineria por veinte años:

10. Del comercio, los comerciantes y capitalistas que tengan en el Perú un capital propio de doscientos mil pesos.

ARTICULO 60.

No pueden ser Senadores el Vice-Presidente de la República, los Ministros ni los Consejeros de Estado.

ARTICULO 61.

El Senado se renueva por tercias partes cada cuatro años.

ARTICULO 62.

Son atribuciones especiales del Senado;

1a. Formar y pasar á la Cámara de Diputodos la lista de todos los elegibles para Senadores, de cada clase y profesion, conforme á los artículos precedentes y al registro civil aprobado.

2a. Aprobar ó desechar los concordatos:

3a. Aprobar ó desechar los tratados y las convenciones, que no contengan cesion de territorio, ni obligacion pecunaria de parte de la República:

4a. Aprobar ó desechar las propuestas del Presidente de la República para Generales de mar y tierra:

5a. Aprobar ó desaprobar el censo y el registro de los ciudadanos activos:

6a. Dirimir las competencias entre la Cámara de Diputados y el Presidente de la República, ó la Córte suprema; entre el Presidente de la República y la corte suprema; entre los Tribunales de distinto fuero ; entre la Córte Suprema y las superiores ; y entre las autoridades administrativas y judiciales, cuando el Presidente de la República no hubiere resuelto en favor de éstas:

7a. Declarar si há ó no lugar á formacion de causa, cuando la Cámara de Diputados acusare á algun funcionario de aquellos á quienes se refiere el art. 70 parágrafo 4. Para esta declaracion se requieren contra el acusado dos tercios de votos.

8a. Juzgar á la persona acusada , despues de la declaracion de haber lugar á formacion de causa, y sentenciarla con arreglo á la ley de responsabilidad. El acusado queda absuelto, si no se reunen dos tercios de votos para

condenarlo. La sentencia condenatoria priva al reo de su empleo ó cargo público, de la capacidad de obtener otro alguno y del ejercicio de la ciudadania. En cuanto á las demas penas y á las responsabilidades civiles, queda sujeto al juzgamiento de la Córte Suprema.

ARTICULO 63.

Son atribuciones del Senado, no estando en sesiones la Cámara de Diputados:

1a. Recibir el juramento al que haya de ejercer el Supremo Poder Ejecutivo, conforme á la Constitucion:

2a. Dar ó negar al Presidente de la República autorizacion para que permita el tránsito de tropas extranjeras:

3a. Conceder indultos á peticion fundada del Presidente de la República:

4a. Declarar, por dos tercios de votos, suspensas las garantias de los artículos 20, 23, 24 y 25 de esta Constitucion, en el mismo caso y en los mismos términos en que puede hacerlo el Congreso por su atribucion 21a.

5a. Autorizar al Persidente de la República para aumentar las fuerzas de mar y tierra, para negociar empréstitos, hasta de doscientos

mil pesos, y para gastar esta suma sobre la votada en el Presupuesto:

6a. Elegir persona que se encargue de la Presidencia de la República á falta de los llamados por la Constitucion:

7a. Interpretar las leyes: pero la interpretacion del Senado puede ser enmendada por el Congreso:

8a. Declarar á peticion del Presidente de la República, por dos tercios de votos, y hasta que el Congreso resuelva otra cosa, suspensas las leyes que en la práctica ofrezcan graves inconvenientes. Esta declaracion solo puede hacerse, á peticion de la Corte Suprema respecto de las leyes sobre Administracion de Justicia; y á peticion del Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Estado, emitida por dos tercios de votos favorables, respecto de las leyes que reglan la administracion pública.

ARTICULO 64.

La Cámara de Diputados se compone de los diputados elegidos por los colegios electorales en el número y en la forma que la ley establece.

27

ARTICULO 65.

La ley no puede señalar mas de un diputado á cada Provincia; y á las que tuviesen poblacion numerosa un diputado por cada cincuenta mil habitantes naturales del país. Por cada diputado propietario se elegirá un suplente.

ARTICULO 66.

Para ser diputado se requieren las tres primeras calidades que exije el artículo 57 para Senador; veintiocho años de edad, la renta variable, segun el lugar de la vecindad, que señale la ley, y que nunca podrá ser de menos de ochocientos pesos, y capacidad notoria para ejercer el cargo de Legislador.

ARTICULO 67.

No pueden ser diputados: 1.° por ninguna Provincia de la República: los Ministros y los Consejeros de Estado, salvo el caso del artículo 52, los individuos del Tribunal Supremo de Justicia, los Generales en gefe, ni ninguna otra persona que, con cualquier título, ejerza autoridad en toda la República, sea política, civil ó militar.

2.° Por ninguna provincia del territorio

en que ejercen su autoridad : los Prefectos, los Obispos y sus Provisores, los Comandantes militares , los individuos de los Tribunales superiores de Justicia.

3. ° Por la provincia en que estan empleados, los Sub-prefectos , los Vicarios eclesiásticos de la provincia, los Jueces de primera instancia , los militares con mando de tropa.

ARTICULO 68.

Las personas que el artículo anterior excluye de la diputacion , no podrán obtenerla, aun cuando al tiempo de las elecciones se hallen con licencia temporal, ó desempeñando alguna comision ó destino , que no les haya hecho perder la propiedad del empleo.

ARTICULO 69.

La Cámara de Diputados se renueva por mitad cada dos años, de manera que sus miembros concurren á dos legislaturas ordinarias por lo menos.

ARTICULO 70.

Son atribuciones especiales de la Cámara de Diputados :

1a. Elegir su Presidente y Secretarios.

2a. Elegir Senadores conforme á los arts. 57, 59, y atribucion 1a. del 62.

3a. Dirimir las competencias entre el Senado y el Poder Egecutivo.

4a. Acusar ante el Senado al Presidente de la República, á los Ministros de Estado, á los Consejeros de Estado, á los miembros de una y otra Cámara, á los del Tribunal Supremo de Justicia, al Director general de Hacienda, y á los Agentes diplomáticos por los delitos de traicion, dilapidacion de los fondos públicos, concusion, peculado, cohecho, y violacion de la Constitucion. Pero la acusacion del Presidente de la República no se podrá intentar hasta que termine su periodo, salvo el caso de traicion.

TITULO VII.

DE LA FORMACION Y PROMULGACION DE LAS LEYES, Y RESOLUCIONES DEL CONGRESO.

Articulo 71.

Pueden presentar Proyectos de ley, 1.° los Senadores y Diputados en su Cámara: 2.° el Presidente de la República: 3.° el Tribunal

Supremo sobre asuntos relativos á la administracion de Justicia ordinaria, civil y criminal.

ARTICULO 72.

Aprobado el proyecto de ley ó de resolucion en una Cámara, pasará á la otra para su examen y votacion. Si esta hiciere adiciones ó cualesquiera alteraciones en el Proyecto, volverá á la Cámara en que tuvo su origen, para que las dichas adiciones ó alteraciones sean examinedas y votadas.

ARTICULO 73.

Si la Cámara revisora desechare el Proyecto, ó no lo aprobare sino con adiciones ó alteraciones que la otra Cámara no acepte, no se podrá presentar de nuevo en ninguna de las dos Cámaras hasta la siguiente legislatura.

ARTICULO 74.

Aprobado el Proyecto en ambas Cámaras, se dirigirá al Presidente de la República para que lo promulgue y haga cumplir como ley del Estado. ó resolucion expedida por el Congreso conforme á sus atribuciones.

ARTICULO 75.

Si el Presidente de la República hallase inconvenientes para la promulgacion y cum-

plimiento de la ley, ó de la resolucion, los expondrá al Congreso, dirigiéndose á la Cámara donde tuvo origen el proyecto en el término de quince dias útiles, á no ser que se cerrasen antes las sesiones. Si una de las Cámaras se conformare con las observaciones del Presidente de la República, el proyecto se dará por desechado en esa Legislatura. Si ninguna de ellas se conformare, se reservará el proyecto para tomarlo en consideracion precisamente en la siguiente Legislatura, despues de la primera renovacion parcial de las Cámaras.

ARTICULO 76.

Si en la siguiente Legislatura, el proyecto, discutido de nuevo, se aprobase en cada Cámara por dos tercios de votos, se comunicará al Presidente de la República, el cual deberá promulgarlo como ley ó resolucion legislativa. Si el Presidente no la promulgare, se tendrá por promulgacion suficiente la publicacion que se haga en el diario del Congreso.

ARTICULO 77.

El Presidente de la República no puede hacer observaciones á las disposiciones del Congreso cuando este ejerza las atribuciones

2a. 3a. 5a. 6a. 12a. 13a. 15a. en su última parte 16a. 18a. 19a. 20a. 21a. en su última parte y 24a.

ARTICULO 78.

Para que las sesiones del Congreso y las de cada Cámara tengan toda la conveniente publicidad, se imprimirá un diario en el que se insertarán las actas, los proyectos, los dictámenes de las comisiones, los discursos de los Senadores y Diputados, y todos los documentos relativos á cada asunto. Los ciudadanos activos serán admitidos á presenciar las sesiones en la forma y en el lugar que señale el Reglamento, excepto los casos de sesion secreta, conforme al mismo Reglamento, en los cuales tampoco se hará publicacion en el diario, sino de lo que conviniere á juicio del Congreso ó de la Cámara.

ARTICULO 79.

Las Cámaras ejercerán las atribuciones del Congreso, procediendo separadamente en el órden qué, para la formacion de las leyes, previene este Título; pero para ejercer las atribuciones 12a. 13a. 26a. y 27a. se reunirán y la votacion se hará por cabezas en una sola

Cámara. Si el Senado resolviere, en algun caso grave y extraordinario, la reunion de ambas Cámaras, se verificará esta para la discusion. La votacion se hará por Cámaras separadas.

TITULO VIII.

DEL PODER EGECUTIVO.

ARTICULO 80.

El Presidente de la República es el Gefe Supremo de ella. Su título, su tratamiento y su sueldo, lo determina la ley.

ARTICULO 81.

Son elegibles, para la Presidencia de la República; los que ya la hayan ejercido; los que son elegibles Senadores, conforme al art. 59, párrafos 1.°, 2.°, y 3.°, y los que hayan sido Senadores ó Consejeros de Estado.

ARTICULO 82.

El Presidente de la República será elegido por los colegios electorales en la forma que prescribe la Ley, de la lista de elegibles hecha por el Senado.

ARTICULO 83.

El Congreso hará la apertura y el exámen de las actas y la regulacion de votos, y procla-

mará al Presidente electo, ó declarará la nulidad de la eleccion.

ARTICULO 84.

Será Presidente de la República el elegible que hubiese obtenido la mayoría absoluta de votos del total de los electores. Si ninguno la obtuviere, el Congreso elegirá entre los dos elegibles, que hayan alcanzado uno la mayoria respectiva y otro *el accesit* á esa mayoria. Si hubiese dos ó mas individuos elegibles que tuviesen la mayoria respectiva de votos, el Congreso elegirá entre ellos solamente. Si solo uno tuviese esa mayoria y varios tuvieren el mismo *accesit* á ella, elegirá el Congreso entre el que tenga la mayoria respectiva y todos los que tengan el dicho *accesit*.

382

ARTICULO 85.

Si en el caso de elegir el Congreso, conforme al artículo anterior, resultare empate, se hará segunda y tercera votacion por escrutinio como la primera. Si en la tercera votacion resultare tambien empate, se votará inmediatamente por cámaras, como para la formacion de las leyes, pero siempre por escrutinio. El que obtenga la mayoria de votos en

una y otra Cámara, será el Presidente. Si uno obtuviese mayoria en una Cámara y otro en la otra, será Presidente el que tenga la mayoria en el Senado. Si en ambas Cámaras volviese á haber empate, se repetirá la votacion hasta que resulte eleccion.

ARTICULO 86.

Tanto en el caso de proclamacion de Presidente electo por los pueblos, como en el de eleccion por el Congreso, todo se hará en una sola y no interrumpida sesion.

ARTICULO 87.

Habrá un Vice-pesidente de la República, que se encargará del ejercicio del Poder ejecutivo por impedimento del Presidente. En caso de impedimento del Vice-presidente, entrará en su lugar el Vice-presidente del Consejo de Estado, y á falta de este el segundo Vice-presidente, y por su órden los demas llamados á la Presidencia del Consejo.

ARTICULO 88.

La eleccion del Vice-presidente de la República, se hará al mismo tiempo que la del Presidente y en la misma forma.

ARTICULO 89.

Para ser Vice-presidente de la República, ó del Consejo de Estado, se requieren las mismas calidades que para ser Presidente.

ARTICULO 90.

La Presidencia de la República vaca ademas del caso de muerte: 1.°, por perpétua imposibilidad fisica ó moral del Presidente: 2.°, por la admision de su renuncia: 3.°, por sentencia del Senado, que lo declare reo del delito de traicion; y 4.° por terminar el periodo para el que fué elegido.

ARTICULO 91.

En los tres primeros casos de vacante de la Presidencia la desempeñarán, el Vice-Presidente de la República y los Vice-presidentes del Consejo de Estado, por el órden del art. 111, hasta que termine el periodo constitucional.

ARTICULO 92.

Si el Congreso, por dos tercios de votos en cada Cámara, resolviere otra cosa, se procederá á eleccion de Presidente de la República.

37

ARTICULO 93.

El ejercicio de la Presidencia de la República se suspende :

1. ° Por enfermedad que incapacite temporalmente al Presidente para el despacho de los negocios públicos.

2. ° Por alejarse á una distancia de la Capital , mayor que la que se pueda atravesar en cuatro dias.

3. ° Por declaracion del Senado de haber lugar á formarle causa , cuando la Cámara de Diputados lo haya acusado de traidor.

ARTICULO 94.

La eleccion de Presidente y de Vice-presidente se hará seis meses antes de cumplirse el periodo constitucional.

ARTICULO 95.

El periodo, durante el cual ejercerá su cargo el Presidente , es el de seis años, contados desde el dia de la proclamacion.

ARTICULO 96.

El Presidente de la República no puede salir del territorio sin permiso del Congreso, durante su periodo, ni seis meses despues de haber cesado, á no ser que, antes de acabar

este término, haya aprobado el Congreso su conducta.

ARTICULO 97.

Son atribuciones del Presidente de la República:

1a. Promulgar y hacer ejecutar las leyes.

2a. Mantener el órden y la seguridad del Estado.

3a. Hacer efectivas las garantías que declara esta Constitucion, y velar sobre el fiel cumplimiento de ella.

386

4a. Convocar el Congreso para el tiempo que señala esta Constitucion, y extraordinariamente cuando lo creyere conveniente.

5a. Concurrir á la apertura de las sesiones del Congreso, y darle razon del estado y de las necesidades de la República, y proponerle las reformas que juzgue oportunas en el Mensage de estilo.

6a. Tomar parte en la formacion de las leyes, conforme á esta Constitucion, y proponer en terna los nueve Consejeros de Estado que elige el Congreso.

7a. Dar, en cuanto no se oponga á las leyes, reglamentos, decretos y órdenes en todos los ramos de la administracion pública.

8a. Dirimir, con acuerdo del Consejo de Estado, las competencios entre una y otra Cámara.

9a. Cuidar de la recaudacion é inversion de las rentas, con arreglo á la ley.

10a. Requerir á los Tribunales y á los jueces del Estado, para la pronta y exacta administracion de justicia.

11a. Nombrar á los vocales del Tribunal Supremo, y de los Tribunales Superiores, á los Jueces de primera instancia; y á los Fiscales y Agentes fiscales, de la terna que formará el Consejo de Estado.

12a. Hacer cumplir las sentencias ejecutoriadas y los autos y decretos de los Tribunales y Juzgados.

13a. Suspender, con acuerdo de los dos tercios del Consejo de Estado, y someter inmediatamente á juicio, á los Vocales y al Fiscal de la Corte Suprema.

14a. Suspender, con acuerdo de la mayoría del Consejo de Estado, y someter inmediatamente á juicio, á los Vocales de las Córtes Superiores, á sus fiscales, á los jueces de primera instancia y á los agentes fiscales.

15a. Suspender, y reducir á medio sueldo,

por tres meses, á todos los demas empleados de la Administracion, ó mandarlos juzgar cuando hubiere mérito para ello, á su juicio.

16a. Conmutar la pena capital con acuerdo del Consejo de Estado.

17a. Ejercer la Suprema autoridad sobre las fuerzas de mar y tierra, y disponer de ellas como convenga al servicio de la República.

18a. Nombrar los gefes, oficiales y demas empleados del Ejército y de la Marina de guerra.

388

19a. Nombrar, con aprobacion del Senado, á los Generales de mar y tierra.

20a. Disponer de la Guardia Nacional dentro de la respectiva provincia; pero sin sacarla de allí, á no ser que sea en el caso de sedicion ó de guerra exterior.

21a. Dirigir las negociaciones y todos los asuntos diplomáticos.

22a. Celebrar Concordatos con la Santa Sede, y tratados y convenciones con los otros Gobiernos, y ratificarlos, prévia aprobacion del Senado, ó del Congreso en su caso.

22a. Recibir á los agentes diplomáticos extrangeros, y admitir á los cónsules, conforme á las reglas del derecho de gentes.

24a. Declarar y hacer la guerra, prévia resolucion del Congreso.

25a. Nombrar y remover á los Ministros de Estado, y admitirles su renuncia.

26a. Nombrar, trasladar y retirar á los agentes diplomáticos y cónsules de la República.

27a. Nombrar y trasladar á destino de igual categoría, del mismo ramo, y exigiéndolo las necesidades del servicio, á todos los empleados civiles y políticos.

28a. Nombrar y remover á su arbitrio á los oficiales mayores de los Ministerios de Estado, y á los amanuenses y dependientes, ó empleados subalternos.

29a. Decretar jubilaciones, retiros, licencias y pensiones de montepios y otras, conforme á las leyes.

30a. Ejercer conforme al concordato las atribuciones de patron en los asuntos eclesiásticos y especialmente las de los tres artículos que siguen.

31a. Presentar para el Arzobispado y para los Obispados, al que elija, de la terna doble que formará el Consejo de Estado de entre los individuos de las listas de los que haya canónicamente dignos en cada Diócesis, que le pa-

sarán los Obispos, al principio de cada periodo constitucional.

32a. Presentar para las Dignidades, las canongías, las prebendas de las Catedrales, los curatos y los beneficios que sean del patronato del Gefe del Estado, al que elija de la terna que con este objeto le pase el ordinario de la Diócesis, guardándose en todo las disposiciones canónicas.

33a. Proveer á la subsistencia de los Obispos, del clero y del culto, en cuanto hayan menester, de los auxilios del Estado, y conforme á las leyes y al Presupuesto.

390

MINISTROS DE ESTADO.

Articulo 98.

Los Ministros de Estado autorizan con su firma, cada uno en su ramo, los actos administrativos del Presidente, y entienden en todos los asuntos que les corresponden conforme á la ley, la cual determina tambien el número de ellos.

Articulo 99.

Solo pueden ser Ministros los que pueden ser Senadores.

ARTICULO 100.

Ningun decreto y ninguna órden del Presidente produce obligacion de obedecer, si no lleva la firma del Ministro del ramo. Pero á falta de todos los Ministros, el Presidente de la República puede nombrar uno, con solo su firma, el cual autorizará el nombramiento de los demás.

ARTICULO 101.

Los Ministros de Estado reunidos, forman el Consejo de Ministros, que tendrá un Presidente de su seno, nombrado por el Presidente de la República.

ARTICULO 102.

A cada Ministro toca expedir, en su departamento, las órdenes oportunas para el cumplimiento de las leyes ó resoluciones del Congreso y decretos del Presidente: proponer al Presidente el oficial mayor: nombrar y remover á los amanuenses y dependientes inferiores de la oficina de su despacho.

ARTICULO 103.

Cada Ministro presentará al Congreso ordinario, una memoria en que exponga el estado de los asuntos de su ramo.

44

ARTICULO 104.

Los Ministros son los órganos de comunicacion del Presidente, cada uno en su departamento.

ARTICULO 105.

El Ministro de Hacienda pasará al Congreso al comenzar las sesiones ordinarias, el Presupuesto para el biennio siguiente y la cuenta general de ingresos y egresos, del biennio vencido.

ARTICULO 106.

Los Ministros pueden concurrir á las sesiones de las Cámaras, tomar parte en la discusion y reclamar la observancia del Reglamento, de la misma manera que los Senadores y Diputados. Pero como Ministros no tienen voto.

ARTICULO 107.

Deben dar á las Cámaras todos los informes escritos que les pidieren ellas ó sus comisiones por conducto del Secretario; y contestar á las interpelaciones verbales de los miembros del Congreso, salvo que dichos informes ó interpelaciones se refieran á asuntos diplomáticos no concluidos, ó á maquinaciones contra

el órden público, ó algun otro objeto que, á juicio del Gobierno, convenga conservar por algun tiempo reservado.

ARTICULO 108.

Los Ministros son responsables solidariamente de las resoluciones que se expidan con acuerdo del Consejo, á no ser que su voto en contrario conste en la acta respectiva.

ARTICULO 109.

Son responsables individualmente de todos sus propios actos y de todas las resoluciones del Presidente que autoricen con su firma.

DEL CONSEJO DE ESTADO.

ARTÍCULO 110.

El Consejo de Estado se compone del Vice-Presidente de la República, que lo presidirá no estando presente el Presidente de la República; de los que hayan sido Presidentes de la República; de los Ministros de Estado; del Arzobispo de Lima ó su Vicario cuando él no pueda concurrir, ó del Vicario Capitular; del Presidente de la Corte Suprema y Director General de hacienda, y de nueve Consejeros mas, elegidos por el Congreso, á propuesta en

terna del Presidente de la República. Por cada uno de los nueve Consejeros que elige el Congreso, elegirá en la misma forma un suplente.

Artículo 111.

Serán Vice-Presidentes del Consejo de Estado los que hayan sido Presidentes de la República por el órden de su antigüedad en la Presidencia. Si no hubiere ninguno, el Congreso elegirá dos Vice-Presidentes á propuesta en terna del Presidente de la República, formada de Consejeros ya electos. Si solo hubiere uno, se elejirá el segundo en la misma forma.

Artículo 112.

No puede haber en el Consejo ni menos de uno, ni mas de dos eclesiásticos, militares y magistrados elegidos por el Congreso.

Artículo 113.

Los Consejeros elegidos durarán en su cargo por todo el periodo del Presidente de la República que los haya propuesto al Congreso.

Artículo 114.

A falta del Consejero propietario y del suplente, entrará al Consejo el que en la elec-

cion del Congreso hubiese obtenido el *accesit* y no habiéndolo, entrarán por su órden los dos restantes de la terna pasada al Congreso por el Presidente de la República, en que se hallaba el nombre del Consejero que faltare.

ARTÍCULO 115.

Para ser Consejero de Estado, se requieren las mismas calidades que para ser elegido Senador.

ARTÍCULO 116.

El Consejo de Estado nombra su Secretario y sus empleados subalternos, forma su presupuesto y propone en terna al Presidente de la República, para el nombramiento de los oficiales de su Secretaría.

ARTÍCULO 117.

Para formar Consejo se requiere que concurran cinco, cuando menos, de los Consejeros elegidos por el Congreso.

ARTÍCULO 118.

Son atribuciones del Consejo de Estado:

1.ª Prestar ó negar su acuerdo al Presidente de la República, cuando se lo pidiere, y en todos los casos en que lo exija esta Constitu-

cion, para que pueda ejercer algunas de sus atribuciones.

2.ª Darle dictámen siempre que lo pidiere.

3.ª Proponer al Presidente de la República, para Arzobispos y Obispos, conforme al parágrafo 31, art. 97 , atribucion 31 , y para Vocales de los Tribunales de Justicia, Jueces, Fiscales y Agentes Fiscales:

4.ª Proponer al Presidente, proyectos de ley, decretos y todas las providencias que crea convenir al bien público y á la buena administracion del Estado:

396

5.ª Representar al Presidente sobre lo ilegal , anticonstitucional ó perjudicial á la Nacion, de sus actos, de los de sus Ministros y demas funcionarios públicos; y sobre la necesidad de remover á estos con arreglo á la ley.

TÍTULO IX.

DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA.

ARTÍCULO 119.

La Justicia se administra, en el fuero comun, por la Corte Suprema, las Cortes Superiores, los Jueces de primera instancia, y los Jueces de Paz; y en los fueros especiales, por

los Tribunales y Jueces de la Iglesia, y por los del Estado militares, de comercio, y demas Tribunales y Juzgados existentes ó que se establecieren en adelante conforme á la ley.

ARTÍCULO 120.

No hay ejecutoria sin sentencia consentida conforme á la ley, ó sin dos sentencias conformes. Pero no puede haber tercera instancia, sino para obtener esta ejecutoria, ni puede haber otro recurso extraordinario que el de nulidad.

ARTÍCULO 121.

Los juicios son públicos, excepto los casos en que crea el Juez ó el Tribunal, que la publicidad perjudique al órden ó á las buenas costumbres. Las sentencias serán motivadas.

ARTÍCULO 122.

Ninguna autoridad, excepto los Tribunales y los Jueces competentes, puede entender en asunto judicial. Ningun Tribunal ni Juez puede mezclarse de ninguna manera en causas de otro fuero. En cuanto á las de su fuero pendientes ante Juez inferior, no podrán los Tribunales y Jueces superiores admitir mas instancia ó recurso, que los determinados por la ley.

50

Artículo 123.

Todo ciudadano tiene derecho de acusar á los Magistrados, Jueces y Fiscales por cohecho, prevaricato y procedimiento ilegal. No hay ninguna otra accion popular contra los Jueces.

Artículo 124.

El juicio á que están sujetos los Jueces y Magistrados, conforme á esta Constitucion y á la ley, es el de responsabilidad. No ha juicio de residencia contra ellos, ni contra los demas funcionarios y empleados públicos.

Artículo 125.

La ley señala las calidades, atribuciones y modo de proceder de los Tribunales y Jueces del Estado.

Artículo 126.

Los Vocales de los Tribunales, los Fiscales, los Jueces, Letrados de primera instancia y Agentes Fiscales, no pueden ser suspendidos de sus empleos, sino conforme al artículo 85, atribuciones 13 y 14 de esta Constitucion, ó por disposicion judicial arreglada á la ley; ni pueden ser destituidos sino por sentencia ejecutoriada.

TITULO X.

ADMINISTRACION DE LAS DIVISIONES TERRITORIALES.

ARTICULO 127.

La República se divide en Departamentos ; los Departamentos se dividen en Provincias, y estas en Distritos, conforme á la ley.

ARTICULO 128.

En los Departamentos son Jefes políticos los Prefectos, en las Provincias los Sub-prefectos , en los Distritos los Gobernadores y sus tenientes. Estas autoridades están gradualmente subordinadas. El Prefecto depende inmediatamente del Presidente de la República y del Ministro de Gobierno.

ARTICULO 129.

Los Prefectos y Sub-prefectos son nombrados y removidos por el Presidente de la República. Los Prefectos nombran los Gobernadores á propuesta de los Sub-prefectos y estos á los Tenientes de Gobernador á propuesta del Gobernador.

ARTICULO 130.

La ley determina las calidades de estos funcionarios y sus deberes.

ARTICULO 131.

Habrá municipalidad donde se establezciere por resolucion del Congreso. En los demas pueblos habrá un Alcalde y un Síndico Procurador.

ARTICULO 132.

La ley de la materia señala las calidades de los miembros de las Municipalidades, el modo de elegirlos y las atribuciones de estas juntas; así como las calidades, el modo de ser elegidos y las obligaciones de los Alcaldes y de los Síndicos Procuradores.

ARTICULO 133.

Los Eclesiásticos, y los que, siendo militares ó empleados públicos se hallan en servicio, están exentos de todo cargo municipal. Su eleccion es nula.

ARTICULO 134.

Las Municipalidades no son cuerpos representativos, sino meramente administrativos. Están subordinadas, conforme á la ley, al Poder Ejecutivo y al Congreso, en cuanto es necesario para que cumplan ellas sus deberes en bien de los pueblos, y para mantener la unidad del Estado. Su principal des-

tino es evitar, por su intervencion en el cumplimiento de las leyes onerosas, y en el de las medidas de policía, toda molestia inútil y toda lesion de derechos á los vecinos, y facilitar las mejoras materiales del municipio.

ARTICULO 135.

Habrá un Intendente de policía con los subalternos necesarios en las grandes poblaciones en que, á peticion del Presidente de la República, lo estableciere el Congreso.

TITULO XI.

FUERZA PUBLICA.

ARTICULO 136.

La fuerza pública se compone del Ejército, la Armada, la Guardia Nacional y la fuerza de policía.

ARTICULO 137.

La fuerza pública está destinada á la defensa del Estado y á conservar en él el órden y la obediencia á las leyes. Los militares están obligados á la obediencia absoluta de sus superiores, conforme á las leyes de la profesion. La responsabilidad que resulte de sus actos recae solo sobre el que los haya ordenado.

ARTICULO 138.

La ley determina la fuerza naval ; el número de generales , gefes , oficiales y tropa que ha de tener en servicio el Ejército y la policía ; los lugares en que deba establecerse la Guardia Nacional y todo lo relativo á ella.

ARTICULO 139.

La fuerza pública no se puede aumentar ni renovar sino conforme á la ley. El reclutamiento es un crímen que dá accion á todos, para ante los jueces y el Congreso, contra el que lo ordenare.

TITULO XII.

OBSERVANCIA Y REFORMA DE LA CONSTITUCION.

ARTICULO 140.

El Congreso en cada Legislatura ordinaria se contraerá de preferencia á examinar si la Constitucion ha sido violada y á proveer de remedio á las infracciones.

ARTICULO 141.

Para que se suspenda la observancia de alguno ó de algunos artículos constitucionales se requiere que la medida se apruebe en

cada Cámara por dos tercios del total de sus miembros, y que la apruebe ademas el Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Estado.

ARTICULO 142.

Para la reforma, en todo ó en parte de la Constitucion, se requiere que en dos Legislaturas ordinarias se apruebe el proyecto por dos tercios de los miembros de cada Cámara y por el Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Estado.

TITULO XIII.
ESTABLECIMIENTO DEL ORDEN CONSTITUCIONAL.

ARTICULO 143.

El Congreso actual, antes de ponerse en receso, elegirá sin lista de elegibles los Senadores de las clases, en el número, y con las calidades que señala esta Constitucion.

ARTICULO 144.

Los Senadores deben proceder á reunirse en Cámara, luego que tengan noticia de su eleccion. El Congreso actual, inmediatamentè que reciba aviso de hallarse reunido el Senado, cesará en el ejercicio del poder extraordinario que tiene de la Nacion y entrará á ejercer las funciones de Cámara de Diputados.

ARTICULO 145.

Terminadas las juntas preparatorias y elegido el Presidente del Senado por las dos Cámaras, se hará la instalacion solemne del Congreso Constitucional, el cual se renovará en los periodos y en la forma establecida en los artículos 61 y 69.

ARTICULO 146.

El Presidente de la República librará las órdenes que convenga á los Prefectos, para la formacion lo mas pronto posible de un censo general exacto, y lo pasará al Senado, á fin de que con la aprobacion de esta Cámara, y mientras la ley arregla la materia, sirva al régimen constitucional.

ARTICULO 147.

Quedan derogadas todas las leyes que se opongan á esta Constitucion.

ARTICULO 148.

La suerte determinará los Senadores y Diputados que deban salir del Congreso para las dos primeras renovaciones parciales, conforme á los artículos 61 y 69.

ARTICULO 149.

El Presidente de la República negociará, concluirá y presentará á la aprobacion del Congreso el Concordato con la Santa Sede.

SECCIÓN RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

¿Libertad individual vs. bien común? Lecciones de la pandemia y nudges como estrategia de vacunación

✍ Helder Domínguez Haro*

Título:	**¿Libertad individual vs. Bien común? Lecciones de la pandemia y nudges como estrategia de vacunación**
Autor:	Ronald Cárdenas Krenz
Ciudad:	Lima
Editorial:	Colex
Año:	2024
Páginas:	202

* Vicepresidente del Tribunal Constitucional. Profesor de pregrado de la Universidad de Lima y de posgrado de universidades del país. Ha sido profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos e investigador de la Universidad Nacional de Trujillo. Miembro del Comité Consultivo de la Revista Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional y exmiembro del Comité Editorial de la Revista Oficial del Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República. Código ORCID: 0009-0000-5971-4911. Correo electrónico: h.dominguezh@tc.gob.pe

Revista Peruana de Derecho Constitucional, N.º 18, 2024, julio-diciembre, pp. 407-410.

En marzo del próximo año, se cumplirán cinco años desde que la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró oficialmente la pandemia de la covid-19. El tiempo transcurrido nos ha permitido reflexionar sobre nuestra coexistencia y los desafíos que ello supone por parte de la ciudadanía y el Estado.

El coronavirus ha evidenciado la vulnerabilidad y la fragilidad de nuestra sociedad, la «ingenuidad de nuestra autosuficiencia», según Cárdenas Krenz, poniendo a prueba al Estado social de derecho o Estado constitucional.

Digo esto porque está circulando un oportuno libro al respecto, *¿Libertad individual vs. bien común? Lecciones de la pandemia y nudges como estrategia de vacunación* del jurista y profesor Ronald Cárdenas Krenz. La estructura del libro es la siguiente: capítulo 1, «Jaqueados por un virus»; capítulo 2, «¿Vacunarse o no vacunarse? Sobre riesgos, ruidos y otras cuestiones que influyen en nuestras decisiones»; capítulo 3, «Vacunación-aspectos jurídicos»; capítulo 4, «*Nudges* para promover la vacunación (y otras buenas prácticas)»; y conclusiones.

Recurriendo a las fuentes legales, doctrinales y jurisprudenciales, el autor propone dentro de la pospandemia, a partir de lecciones extraídas de la terrible covid-19, determinadas acciones a través de incentivos externos (*nudges* en acción) para inducir o estimular el comportamiento de las personas («arquitectura de las decisiones») y promover conductas positivas para el bienestar ciudadano en materia de salud, sin trasgredir sus derechos fundamentales.

Para llegar a dicha propuesta, el autor destaca la importancia de la salud como derecho fundamental, revisando no solo el derecho a la salud a nivel constitucional, sino también a escala internacional, a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de órganos supranacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En esa línea, se analiza, a su vez, la autonomía personal como derecho y bien común (salud colectiva). Ciertamente, no hay derecho absoluto e ilimitado, por lo que la libertad personal puede ser restringida bajo determinadas circunstancias, siempre con respeto a la vida, la dignidad humana, el orden público, las buenas costumbres, los derechos fundamentales y la libertad de los demás, la ley, el bien común (como condición necesaria para la convivencia social), entre otros; en consecuencia, la discusión no radica en que si la autonomía personal (libertad) tenga o no límites, sino cuáles son, en la idea de buscar el más justo equilibrio con la salud pública (reto de la democracia), rescatando lecciones ante una próxima pandemia o «lo que nos venga» en palabras del autor.

En ese marco, inevitablemente, Cárdenas Krenz se plantea las siguientes preguntas: ¿el sistema jurídico debe establecer la obligatoriedad de las vacunas?, ¿vacunarse es o no una obligación jurídica en situaciones de pandemia?, ¿cómo entender dicha obligatoriedad?, ¿cuáles serían sus alcances? Para ello, toma como punto de partida el tratamiento legislativo en España y la jurisprudencia supranacional, para luego abordar su tratamiento en el Perú. Concluye que la libertad debe supeditarse al interés general y, por lo tanto, es posible establecer la obligatoriedad de las vacunas. Sin embargo, si no hay precisiones en las normas legales, resalta el papel de la jurisprudencia y la doctrina, indicando que la vacuna no se debe aplicar compulsivamente.

En ese contexto, se enfatiza la necesidad de promover mecanismos de acción del Estado no coercitivos y medidas menos invasivas que, sin afectar la libertad individual, promuevan conductas ciudadanas positivas, conciliando así el interés personal-social, como se mencionó al inicio de este artículo. De esta manera, el autor desarrolla algunas lecciones bajo los siguientes parámetros: (i) prevenir antes que (volver a) lamentar; (ii) todos somos vulnerables (aunque algunos más que otros); (iii) promover la investigación y el conocimiento científico como tareas imprescindibles; (iv) un principio fundamental: el respeto a la autonomía del paciente; (v) necesidad de una ética de la responsabilidad; (vi) buscar el equilibrio; (vii) cuidar el medio ambiente es preservar nuestro futuro; (viii) la infodemia es también una pandemia (y sigue con nosotros); (ix) la transparencia de la información y la rendición de cuentas como derechos ciudadanos; (x) exigencia de una ética del ciudadano; (xi) pensar en el otro como tarea humanista; (xii) una bioética global para un futuro global; (xiii) la pandemia: un problema multidimensional y no solo sanitario, y (xiv) *nudge* contra el coronavirus.

La referida obra lleva el prólogo de la profesora española María Jorqui Azafra, quien dirigió la tesis doctoral en Derecho del autor —en la Universidad Pública de Navarra y la Universidad de Salamanca—, ahora convertida en libro. Está dedicado —y no podría ser de otro modo— a nuestro común maestro Carlos Fernández Sessarego, entre otros destacados intelectuales que formaron a Cárdenas Krenz. Precisamente, es bueno recordar la entrevista que hizo el autor por los diez años del Código Civil a Fernández Sessarego en el Dominical del diario *El Comercio*, allá por 1994.

Sobre nuestro autor, es momento de abordar algunas facetas, sin antes recordar que fue en 1994 cuando conocí a Ronald Cárdenas en Trujillo, cuando formábamos parte del Instituto del Ciudadano. Además, él también realizaba una extraordinaria labor como miembro del Equipo Regional de Moderadores de la

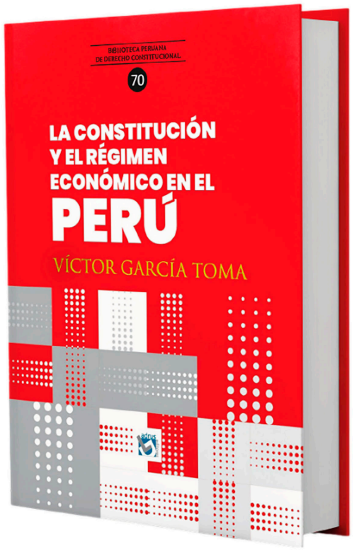
Fundación Friedrich Naumann. Cárdenas Krenz es abogado, magíster en Derecho Civil, magíster en Bioética y Biojurídica y doctor en Derecho. Asimismo, se ha desempeñado como profesor universitario desde hace mucho tiempo y, actualmente, es decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, siendo el primer egresado de la ULIMA que asume el decanato. También es miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, así como de la Pontificia Academia para la Vida, cofundador en el Perú de la Cátedra Unesco de Bioética y Biojurídica, y considerado por Unesco en su relación de expertos en ética a nivel mundial (Global Ethics Observatory: Who's Who in Ethics). Dirige la *Ius et Praxis*, la revista oficial de la Facultad de Derecho de la ULIMA, y forma parte del consejo consultivo de la *Revista Peruana de Derecho Constitucional* del Tribunal Constitucional (TC), así como de la *Revista Oficial del Poder Judicial* de la Corte Suprema de Justicia de la República. Ha sido superintendente nacional de los Registros Públicos, presidente del Notariado e investigador del diario *El Comercio*.

Posee una importante línea de investigaciones y variedad de publicaciones, caracterizadas por presentar temas novedosos, pocos abordados y polémicos, que se remontan a la década de los noventa; por ejemplo: *¿Maternidad o monstruosidad?* (1992), *Maternidad y modernidad: ¿Hacia una genética sin ética?* (1994), *El derecho frente a los avances (o retrocesos) de la ciencia* (1996), *Derecho y realidad social: la costumbre como fuente del derecho civil* (1998), *La teoría del caos y su aplicabilidad para el análisis y la comprensión de los fenómenos jurídicos* (2006), *Sociedad y crisis de valores: interrogantes y respuestas desde la bioética y la biojurídica* (2014), *Alcances y límites de los derechos post mortem de la persona en el Perú: ¿tienen derechos los muertos?* (2015), *Neurociencia y derecho: problemas y posibilidades para el quehacer jurídico* (2016), *Derecho a la identidad biológica y reproducción asistida: Una perspectiva biojurídica* (2017), *Una discutible sentencia. A propósito del fallo emitido por un juez admitiendo los contratos de alquiler de vientre* (2017), *Trece cosas que la Neurociencia puede contarle al Derecho* (2018), *¿Jueces robots? Inteligencia artificial y derecho* (2021), *Eutanasia: poniendo las cosas sobre la balanza* (2021), *Algorética: la ética del algoritmo* (2023), entre otros.

Sentado lo anterior, tengo en mis manos un refrescante libro como resultado del pensamiento humanista y la brillante trayectoria de Cárdenas Krenz, cuyos atributos intelectuales y su perfil académico se muestran en cada una de las páginas de la presente publicación.

La Constitución y el régimen económico en el Perú

✍ Eddy Chávez Huanca*



Título:	**La Constitución y el régimen económico en el Perú**
Autor:	Víctor García Toma
Ciudad:	Lima
Editorial:	Adrus
Año:	2024
Páginas:	448

* Abogado. Maestro en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Código ORCID: 0000-0003-4385-3436. Correo electrónico: echavez@pucp.edu.pe

INTRODUCCIÓN

1. Introducción al Estado y la evolución de los derechos

El libro *La Constitución y el régimen económico en el Perú* (Palestra, 2024), escrito por Víctor García Toma, constituye un valioso aporte académico para el estudio del derecho constitucional-económico en el Perú. A lo largo de sus 448 páginas, divididas en doce capítulos, esta obra ofrece un análisis ordenado y secuencial sobre un eje fundamental, en la teoría del Estado: el régimen económico en la Constitución.

El régimen económico ha sido, desde los albores de la humanidad, un pilar fundamental en la interacción entre la Constitución y el mercado: la primera, una institución relativamente moderna, y el segundo, tan antiguo como la propia civilización. Su relación, marcada por una dialéctica compleja y, en muchos casos, agresiva, ha evolucionado con el tiempo. Si bien la noción de régimen económico no aparece de manera literal en las primeras constituciones del mundo, estas sí incorporaron principios esenciales sobre la propiedad, la tributación y la administración de los bienes públicos. Tal es el caso de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que en su artículo I, secciones 8 y 10, establece disposiciones sobre regulación tributaria y acuñación de moneda. De manera análoga, la Constitución de Cádiz de 1812 aborda indirectamente el régimen económico al consagrar en su artículo 4 el derecho de propiedad y, en los artículos 339 al 366, el sistema fiscal y la gestión de los bienes nacionales.

En el Perú, a partir de 1821, la evolución del régimen constitucional y económico se desarrolló bajo la influencia de la herencia virreinal y la tradición jurídica gaditana de 1812.

La obra de García Toma llevará a cabo un análisis exhaustivo de la evolución histórica, social y jurídica de las principales corrientes doctrinarias, ideologías y tendencias que han influido en la configuración de los momentos constitucionales a lo largo de la historia. Dicho estudio culminará en un examen detallado del articulado de la Constitución de 1993, considerando su contexto normativo y sus implicancias en el ordenamiento jurídico vigente. Por lo tanto, este texto se erige como una lectura necesaria para comprender el modelo económico y constitucional de nuestro país.

DESARROLLO

1. El Estado y la Constitución

El ideal de Constitución se fundamenta en el compromiso político de adhesión y lealtad cívica colectiva del ciudadano hacia los principios rectores del ordenamiento constitucional, la Constitución es «un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos» (Haberle, 2000, p. 34). Asimismo, la evolución dinámica constitucional responde estrictamente a las necesidades históricas de cada pueblo, las cuales se materializan tanto en los debates como en las decisiones del poder constituyente.

2. La configuración constitucional del Estado

El modelo de Estado constitucional tiene como antecedentes lo siguiente:

Al Estado legal de derecho, que se respalda en los principios básicos del Estado constitucional (separación de poderes, legalidad, jerarquía normativa, etcétera), además de la triada de seguridad, libertad e igualdad.

En la gesta de la revolución americana, a través de la Constitución de 1787, nace el Estado democrático de derecho, en el que el origen y la legitimidad del ejercicio del poder se sustenta en la libre voluntad del pueblo, expresada en el sufragio, como bien se indica: «La definición del derecho de sufragio es tenida, con razón, como un artículo fundamental de cualquier gobierno republicano» (Hamilton *et. al*, 2015, p. 375).

En la Alemania de Otto Von Bismark, entre 1883 y 1889, se inserta de manera pragmática el Estado social de derecho. Es en este modelo de Estado donde la comunidad política subordina el orden económico, sobreponiendo el orden comunitario orientado a plasmar la justicia social y generar una sociedad con igualdad de oportunidades para todos: «Las desigualdades de riqueza y autoridad, sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad» (Rawls, 2012, p. 29).

En el periodo de la posguerra de la Segunda Guerra Mundial, nace en las constituciones de Italia de 1947 y Alemania de 1949 el Estado democrático y social de derecho, modelo adoptado por el Perú en la Constitución de 1979, en el artículo 43: «Se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales» (STC 8/2003, F. J. 6).

Ante la experiencia vivida por el totalitarismo nazi-fascista, se plantea que el fin de toda organización estadual debe ser la persona humana. En ese contexto, se propone el Estado constitucional de derecho, que propone a la Constitución un carácter binario, donde aparte de tener un contenido político, también tenga un contenido jurídico de *norma normarum,* aplicable como génesis vinculante del Estado y de la sociedad misma: «El Tribunal no admite la existencia de zonas exentas de control constitucional» (STC 1626/2021, F. J. 9).

3. La dignidad y los derechos fundamentales vinculados con la Constitución económica

La Constitución Política del Perú, en el artículo primero, reconoce a la dignidad de la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado; es decir, la Constitución, en palabras del profesor García Toma (2024), «Apunta a proteger la calidad de la persona como un fin en sí mismo; un universo jurídico único, intocable, irrepetible, intangible, inviolable, inalienable y no restringible» (p. 81).

En las páginas siguientes del presente capítulo, el autor García Toma realiza un exhaustivo y riguroso análisis de diez derechos de naturaleza constitucional y económica, reconocidos en la carta magna. La estructura metodológica empleada en el estudio de cada derecho se caracteriza por su precisión técnica y sistematicidad, destacándose los siguientes componentes:

- **Listado concordado de disposiciones constitucionales.** Se presenta un compendio concordado de los artículos constitucionales que fundamentan el derecho objeto de estudio.
- **Origen normativo del derecho en el ordenamiento constitucional.** Se examina el punto de partida de la regulación constitucional del derecho, proporcionando un contexto histórico en el sistema jurídico nacional.
- **Conceptualización doctrinal por el autor.** A manera de curso o manual de derecho, formula un desarrollo teórico y práctico del derecho en cuestión.
- **Evolución histórica a nivel global.** Se efectúa un recorrido cronológico sobre la evolución histórica del derecho, identificando hitos significativos a nivel internacional que han contribuido a su configuración actual en nuestro ordenamiento.
- **Doctrina internacional sobre el derecho.** Se realiza un escrutinio de los aportes doctrinales más relevantes a nivel mundial, permitiendo contrastar perspectivas académicas y jurídicas de distintas tradiciones normativas.

- **Doctrina nacional del derecho.** Se examinan las corrientes doctrinales predominantes en el ámbito nacional.
- **Jurisprudencia constitucional vinculante.** Se comparten y analizan las sentencias de carácter vinculante del Tribunal Constitucional (TC) sobre el derecho objeto de estudio, destacando los criterios interpretativos de mayor relevancia.
- **Ámbitos de aplicación práctica.** Se identifican los espacios y situaciones en los que el derecho se manifiesta en el orden jurídico nacional, evaluando su operatividad y efectividad en la práctica del ciudadano de a pie.
- **Características y criterios interpretativos.** Se desarrollan los elementos esenciales que caracterizan al derecho y los principios que orientan su interpretación en el contexto constitucional.
- **Jurisprudencia supranacional de observancia obligatoria.** Se incorporan decisiones emitidas por tribunales supranacionales que tienen carácter vinculante en el orden jurídico interno, subrayando su impacto en la interpretación y la protección del derecho.

4. La Constitución, el Estado y el régimen económico

La Constitución económica puede ser definida como el «concepto jurídico, destinado a regular las relaciones económicas y el proceso de producción en un determinado espacio geográfico» (Dobre, 2021, p. 28).

Sin embargo, para el Dr. García Toma, esta noción resulta insuficiente, sosteniendo que aquel concepto jurídico exige una aproximación conceptual más profunda y detallada. Desde su perspectiva, la Constitución económica se debe entender como el

> Conjunto de normas e instituciones referidas en el texto fundamental, que modelan, orientan y regulan el régimen económico nacional adoptado por el Estado. Es decir, aluden al establecimiento jurídico de reglas, procedimientos y prácticas que establecen una ordenación económica determinada. (García Toma, 2024, p. 239)

En la ecuación tripartita conformada por la sociedad, la Constitución y la economía, el mercado se erige como un eje basal que articula la convergencia de todos estos elementos.

En las disciplinas jurídicas y económicas existen tres opciones claramente diferenciadas con respecto al rol que desempeña el mercado dentro de dicha ecuación.

Estos modelos se manifiestan en la economía de mercado, la economía de mercado dirigido y la economía social de mercado, cada uno de los cuales es tratado por García Toma, con especial consideración por el último modelo.

La economía social de mercado es un modelo económico teorizado en Alemania por el grupo ordoliberalista de Friburgo, que propone como fundamento teórico que el cuerpo político manifieste su poder para garantizar una relación armoniosa entre la libre iniciativa privada y la justicia social. Estas ideas luego fueron renovadas y ejecutadas por políticas gubernamentales de países socialdemócratas y socialistas-democráticas de Europa; posteriormente, el modelo es exportado al Perú en la Constitución de 1979 y sigue vigente aún en la de 1993.

Para García Toma, la economía social de mercado se fundamenta en «los principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de la riqueza y como medio de realización de la persona humana» (García Toma, 2024, p. 248). Es menester detallar al lector que, en el desarrollo del presente capítulo, García Toma, desde una perspectiva histórica nacional e internacional, narrará la evolución, las influencias, las doctrinas y el auge de la economía social de mercado en Occidente. Posteriormente, la dualidad de la economía social de mercado con el Estado democrático y social de derecho será analizada a través de la actual Constitución, la jurisprudencia del TC y la legislación.

5. El rol económico de los poderes Ejecutivo y Legislativo

El autor dedica este capítulo a destacar las funciones, las competencias, las políticas, las comisiones y las direcciones que administra el Poder Ejecutivo, así como la responsabilidad del Poder Legislativo en la soberanía económica del Estado.

6. Los sistemas de control y los órganos constitucionales autónomos vinculados al régimen económico

La Contraloría y el Banco Central son las instituciones por naturaleza a cargo de velar por la sana economía de la nación.

Se ahondará en cada institución desde sus antecedentes en la implantación de ambas instituciones en la República hasta los principios, las atribuciones, las facultades, las direcciones, las relaciones con los poderes, los controles, las gestio-

nes, las competencias, el modelo y la definición que ambas instituciones revisten en la actualidad.

7. El sistema financiero, de seguros y de administración de fondos pensionarios. La Superintendencia de Banca y Seguros

Los aspectos generales y específicos, así como la normativa nacional que regula a la Superintendencia de Banca y Seguros, serán materia de un desglose conceptual.

8. El mercado de valores. La Superintendencia del Mercado de Valores

Un breve recuento histórico, una exploración teórica de la regulación nacional del Decreto Ley 26126 y la Ley 29782, sumado a una explicación de los conceptos clave sobre el mercado de valores, serán los ejes sobre los que versa este capítulo.

9. Los organismos reguladores de la inversión privada en los servicios públicos

Este capítulo gira en torno a la dilucidación de los organismos, conformados por Osiptel, Osinerming y Ositran, instituidos con el propósito de regular y supervisar los aspectos jurídicos y técnicos inherentes a la prestación de servicios públicos, así como de atender y gestionar las relaciones entre los usuarios y las empresas prestadoras.

10. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)

Se realizará una compilación de las funciones, la organización institucional y los órganos consultivos y resolutivos del Indecopi, creado por el Decreto Ley 25868 durante el proceso de reformas económicas del Gobierno de Alberto Fujimori.

11. La Defensoría del Pueblo

Este órgano constitucionalmente autónomo, poseedor de la facultad de persuasión y capaz de expresar recomendaciones y sugerencias, será desglosado según sus atribuciones y explicado acorde a la doctrina nacional e internacional.

12. El régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas

Esta organización, con importancia histórica, cultural y económica, será valorada sistemáticamente según su desarrollo histórico, desde la etapa incaica, pasando por la época colonial y republicana, hasta su reconocimiento constitucional en la Constitución de 1920, donde adquiere «existencia legal», para su posterior desarrollo histórico en otros textos fundamentales y en la normativa.

Se desglosarán las características de los artículos 88 y 89 sobre el régimen agrario y las comunidades campesinas y nativas de la actual Constitución. Finalmente, se señalan las responsabilidades con las que el Estado se compromete y debe cumplir en favor de preservar la identidad de las comunidades.

BIBLIOGRAFÍA

Dobre, D. (2021). Constitución económica: una propuesta al debate conceptual (Max Planck Institute, MPIL Research Paper Series N.º 2020-48). *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, *3*, 157-198. https://ssrn.com/abstract=3740791

García, V. (2024). *La Constitución y el régimen económico en el Perú*. Editorial Adrus.

Haberle, P. (2000). *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Editorial Tecnos.

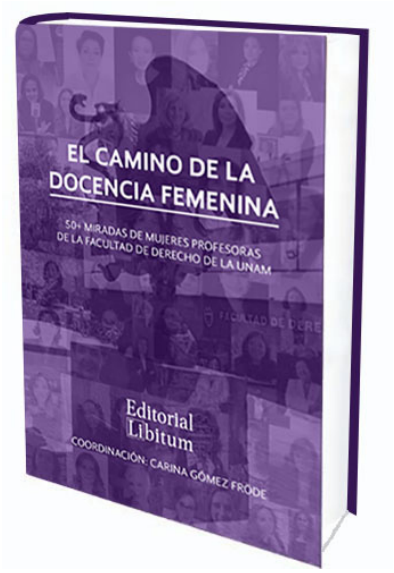
Hamilton, A., Madison, J. & Jay, J. (2015). *El Federalista.* Editorial Akal.

Rawls, J. (2012). *Teoría de la Justicia*. Editorial Fondo de Cultura Económica.

Tribunal Constitucional del Perú. (2003). Expediente 0008-2003-AI/TC; 11 de noviembre de 2023.

El camino de la docencia femenina. 50+ miradas de mujeres profesoras de la Facultad de Derecho de la UNAM

✍ María Sofía Cortez Olazábal*



Título: **El camino de la docencia femenina. 50+ miradas de mujeres profesoras de la Facultad de Derecho de la UNAM**

Coordinadora: Carina Gómez Fröde

Ciudad: Ciudad de México

Editorial: Libitum

Año: 2023

Páginas: 220

* Egresada de la carrera de Derecho por la Universidad de Lima. Código ORCID: 0009-0000-4852-3597. Correo electrónico: mcortez@tcperu.gob.pe

INTRODUCCIÓN

El presente libro, coordinado por Carina Gómez Fröde y publicado en el año 2023, se compone por los testimonios y las experiencias de más de cincuenta profesoras de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Responde a la necesidad de visibilizar las historias de las mujeres tanto en el ámbito estudiantil como en la docencia del derecho, con el objetivo de fomentar la igualdad.

La iniciativa para el desarrollo de esta obra fue de Samantha Rodríguez Santillán, alumna de la coordinadora y una de las integrantes de la primera Comisión Interna para la Igualdad de Género. Su interés surgió luego de participar de una conferencia en conmemoración del Día Internacional de la Mujer por la Facultad de Derecho de la UNAM, en la cual tuvo la oportunidad de escuchar a destacadas profesoras que compartieron sus vivencias en su etapa de estudiantes y luego en la docencia. Esto la llevó a reflexionar sobre los desafíos de las mujeres en la carrera de Derecho y a preguntarse si las experiencias de discriminación o violencia de género han cambiado con el tiempo o persisten en la actualidad. Para su sorpresa, al investigar sobre el tema, notó una escasez de bibliografía sobre memorias de las abogadas formadas en la UNAM, mientras que en el caso de los varones era todo lo contrario. Por ello, consideró urgente que se generara un espacio para que las docentes expresen sus vivencias y difundirlas para conocimiento de las futuras generaciones.

DESARROLLO

La estructura de los relatos aborda temas relacionados con el rol de la mujer en la carrera de Derecho. De este modo, las docentes comentan sobre la cantidad de compañeras en sus salones y de profesoras en la Facultad de Derecho de la UNAM, cómo eran las relaciones con sus compañeros, si tuvieron alguna experiencia sobre discriminación o violencia de género, sus opiniones acerca del feminismo, sus docentes modelos a seguir y, por último, su percepción actual acerca de la equidad de género en la mencionada facultad.

Cada historia inicia con las docentes mencionando su generación, es decir, el periodo en el que fueron alumnas y, luego, explican su experiencia cotidiana universitaria. Esto es interesante porque permite contextualizar sus vivencias. Por ejemplo, quienes iniciaron sus estudios antes de 1994 cursaban cuarenta materias en toda la carrera. Sin embargo, desde 1994, conocidas como «la generación del cambio», las estudiantes llevaban ochenta asignaturas, lo cual marcó una diferencia significativa en la experiencia académica. Otro ejemplo

es el avance de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), que influyó en el cambio en la forma de estudiar y de relacionarse. Citando a María De La Luz Hernández:

> El uso de las TIC's ha generado una gran diferencia en la transformación de nuestra sociedad y, como consecuencia, también en los ámbitos universitarios. Claramente el tipo de estudiantado de mis épocas de estudiante a las actuales son totalmente distintas (Gómez, 2023, p. 66).

En cuanto a la presencia de las mujeres en las aulas, los relatos resaltan el avance logrado en la sociedad, ampliando cada vez más los espacios universitarios para ellas. Las docentes que fueron estudiantes en la década de 1960 y 1970 señalan que, en sus salones, en promedio, las mujeres conformaban entre el 10 y 20% del total. Y es que, tradicionalmente, se tenía la idea de que existían carreras reservadas para el género femenino o que, de plano, la mujer no estaba hecha para los estudios superiores. Como lo explica Fanny Pineda Gómez (2023, p. 14) en su relato, si bien las mujeres tenían acceso a la educación universitaria, carreras como derecho, ingeniería, arquitectura, etc., eran consideradas masculinas. Sin embargo, esto ha sido superado por las generaciones siguientes, pues actualmente el porcentaje de mujeres incluso supera al de varones, lo cual es mencionado en el relato de Zaudisareth Bobadilla Castillo (Gómez, 2023, p. 94), quien cita una publicación del Programa Universitario de Estudios de Género de la UNAM, en el que se muestra un incremento de estudiantes mujeres en la Facultad de Derecho desde el año 1995. Cabe resaltar que esto ha sido posible gracias al esfuerzo de las generaciones más antiguas que forjaron el camino para romper con los estereotipos sobre la mujer en el derecho.

Un fenómeno similar se observa respecto al número de docentes mujeres. Nuevamente, las generaciones anteriores señalan que contaron con escasas profesoras. Con el tiempo, se menciona que esta situación mejoró y lograron mayor presencia en la plana docente, pero en determinadas ramas como derecho civil y derecho de familia y no tanto en materias como derecho penal o administrativo. Actualmente, las docentes concuerdan en que hay un incremento definitivo de profesoras, lo cual evidencia el avance de la mujer no solo en el ámbito estudiantil, sino también en el académico. Este progreso es relevante porque uno de los obstáculos para la mujer en el derecho era la incertidumbre en su futuro laboral, pues existía la preocupación de no poder ejercer la profesión adecuadamente por temas de discriminación.

En cuanto a la convivencia con sus compañeros, la mayoría de las profesoras detalla que sus relaciones fueron cordiales y respetuosas, llegando incluso a mantener la amistad hasta la actualidad. Sin embargo, cuando comentan de

manera específica sobre situaciones de discriminación o violencia por parte de maestros o compañeros, se observaron variados testimonios.

Algunas afirman no haber sufrido discriminación o violencia de género directamente; otras señalan que, aunque ellas no experimentaron ello, presenciaron situaciones de este tipo y, por último, algunas sí relataron episodios en los que se sintieron violentadas de manera verbal, a través de comentarios y chistes machistas, hasta situaciones más graves de acoso. Comentarios sexistas por parte de profesores y alumnos, como «Calladitas se ven más bonitas» o «Es un desperdicio que una mujer estudiara Derecho si iba a terminar casándose», eran cotidianos hasta en épocas no muy antiguas.

Cabe destacar que las experiencias varían también de generación en generación, pues, debido a que existe una mayor visibilización de la violencia contra las mujeres, ahora nos encontramos más conscientes acerca de qué conductas o comentarios califican como violencia. Un caso ilustrativo es el que narra la profesora Laura María Esther Rodríguez Macías. Cuenta que, en un día de entrega de calificaciones, el maestro entregó todas menos la de ella y cuando le preguntó al respecto, él le respondió que se había quedado en un departamento; pero que, si lo ayudaba a buscarla, seguro le pondría la máxima nota. Es evidente que era un caso de acoso sexual, agravado por la existencia de una relación de poder de por medio. Sin embargo, menciona que, en su momento, ella veía esa experiencia como una situación desagradable o una falta de respeto. Pero, al día de hoy, con los conceptos más claros, sí identifica que sufrió violencia de género. Por ello, es importante la difusión de información y educación para identificar el acoso y tomar las acciones para combatirlo. En esa línea, es crucial conocer las historias de las mujeres para procurar que estas no vuelvan a ocurrir, considerando que, según algunos de los relatos, este tipo de conductas subsisten en la actualidad.

Con relación al movimiento feminista, algunas docentes expresan su identificación con este y reconocen su importancia en la lucha por la igualdad de género; mientras que otras no se consideran feministas, pero creen necesario promover el respeto hacia las mujeres y generar conciencia para que no se sigan cometiendo actos de discriminación contra ellas. Estas perspectivas variadas muestran un compromiso común por transformar las condiciones de género en la universidad.

Otro tema abordado en los relatos es la identificación de modelos a seguir por parte de las docentes, quienes mencionan a académicas como Aurora Arnaiz Amigo, Emma Mendoza Bremauntz y María Elena Mansilla y Mejía, resaltando el gran ejemplo que les brindaron en su formación profesional. De esta manera, la

figura de la docente mujer es esencial para inspirar a las nuevas generaciones y así contrarrestar la invisibilidad de las mujeres en la historia de la disciplina jurídica.

Las narraciones finalizaron con los puntos de vista sobre la situación de la equidad de género en la Facultad de Derecho de la UNAM. Todas coincidieron en que ha habido avances en términos de las oportunidades de acceso a la educación y la docencia universitaria en la carrera de derecho para las mujeres, así como una mayor toma de conciencia, en gran parte de los varones, sobre el trato con sus compañeras y colegas. En el ámbito institucional, se destaca la creación en la UNAM de la Comisión Interna para la Igualdad de Género, como una instancia para la formulación y la promoción de políticas para erradicar la discriminación en la universidad; asimismo, consideran que existen más herramientas para denunciar casos de acoso y garantizar la protección de sus derechos.

CONCLUSIÓN

La obra *El camino de la docencia femenina. 50+ miradas de mujeres profesoras de la Facultad de Derecho de la UNAM* es una valiosa recopilación de testimonios que son fundamentales para visibilizar los obstáculos que enfrentaron las generaciones de mujeres estudiantes de derecho en la UNAM, así como los logros en el ámbito académico y docente. La diversidad de relatos muestra los cambios generacionales, como en el aumento de mujeres tanto en las aulas como en la plana docente, pero también refleja que no se han erradicado por completo las desigualdades, los prejuicios y las acciones violentas contra la mujer, por lo que la lucha por la igualdad continúa.

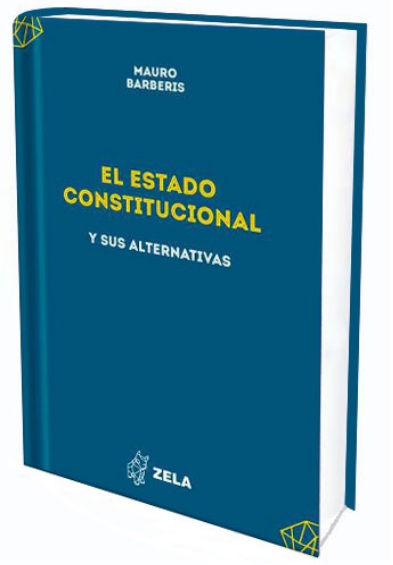
Así, este libro, además de servir como homenaje a las docentes que abrieron el camino para las nuevas generaciones de abogadas en una carrera tradicionalmente dominada por varones, también es una herramienta esencial para el cambio cultural y estructural en la universidad. Al brindar un espacio para que las docentes expresen sus vivencias, se recupera un legado que había sido dejado de lado y se invita a la reflexión sobre la equidad de género y la construcción de una comunidad académica más justa, inclusiva y libre de violencia.

BIBLIOGRAFÍA

Gómez, C. (Coord.) (2023). *El camino de la docencia femenina. 50+ miradas de mujeres profesoras de la Facultad de Derecho de la UNAM.* Editorial Libtum.

El Estado constitucional y sus alternativas

Alfredo Eduardo Sáenz Asencios*



Título:	**El Estado constitucional y sus alternativas**
Autor:	Mauro Barberis
Ciudad:	Puno
Editorial:	Zela
Año:	2024
Páginas:	140

* Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Código ORCID: 0009-0002-1784-6099. Correo electrónico: asaenz@tc.gob.pe

INTRODUCCIÓN

Editorial Zela acaba de publicar un importante libro del autor italiano Mauro Barberis, denominado *El Estado constitucional y sus alternativas*, el cual agrupa dos pequeñas obras de la colección *Piccole conferenze*, publicadas por la editorial Mucchi (Modena, Italia): *Stato costituzionale. Sul nuevo costituzionalismo* (2012) y *Lo Stato costituzionale e le sue alternative* (2022). A razón de ello, la obra se encuentra dividida en dos partes: «El Estado constitucional» y «… y sus alternativas».

El Estado constitucional y sus alternativas es una obra fundamental para comprender la evolución del Estado constitucional y los desafíos que enfrenta en las actuales circunstancias, en donde la ascensión de regímenes populistas y autoritarios ponen en entredicho el sistema democrático basado en el respeto de la Constitución y de los derechos fundamentales de las personas, situación que, como afirma el autor, «ya no se puede resolver con las medidas paliativas de la democracia deliberativa, sino más bien con remedios contramayoritarios: en especial, con la separación de poderes tanto públicos como privados, tanto internos como internacionales».

Primera parte: «El Estado constitucional»

En el primer capítulo de esta sección, el autor se ocupa de distinguir al *constitucionalism*, como ideal de limitación del poder, del *new constitucionalism* y del neoconstitucionalismo, como sus aspectos respectivamente institucionales y filosóficos. En cuanto al neoconstitucionalismo, el autor refiere que tiene como objeto principal al derecho constitucionalizado, cuyas fuentes principales son una doctrinal, representada por la discusión entre Herbert L. A. Hart, principal heredero del positivismo inglés, y Ronald Dworkin, heredero de la tradición constitucional estadounidense; y la otra institucional, representada por la reflexión sobre el *new constitucionalism* y, en particular, sobre los procesos de constitucionalización.

Para el autor, en torno a ambas fuentes son reconducibles las tres características del neoconstitucionalismo, referidas, en primer lugar, a las relaciones entre el derecho y la moral, que estarían vinculadas mediante principios constitucionales (tesis de la conexión); en segundo lugar, a la distinción fuerte entre reglas y principios; y, en tercer lugar, a la distinción entre *deducción*, tipo de aplicación exclusiva de las reglas, y *ponderación*, tipo de aplicación exclusiva de los principios.

En el segundo capítulo, el autor distingue entre Estado jurisdiccional, legislativo y constitucional, así como entre democracia parlamentaria y constitucional, insistiendo, en especial, sobre el traslado de poderes normativos de

órganos políticos a órganos jurisdiccionales. Interesa referirnos al Estado constitucional, sobre el cual el autor afirma que se trata de una forma de Estado con Constitución rígida, garantizada por el control constitucional, y cuyo derecho comienza a constitucionalizarse; es decir, a ser irradiado progresivamente por valores éticos formulados como principios constitucionales. Pone como ejemplos los procesos de judicialización que han sido una de las características del paso hacia el Estado constitucional, como es la primera decisión de la Corte Constitucional italiana en la que se afirma que toda la Constitución de 1948 es preceptiva, es decir, jurídicamente vinculante; y la sentencia del caso *Luth*, emitida por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, donde se afirma que la ley fundamental alemana fija un orden objetivo de los valores, el cual no se impone solo verticalmente a los poderes estatales, sino también horizontalmente, en las relaciones entre los ciudadanos (actualmente denominada «eficacia horizontal de los derechos fundamentales»).

En el tercer capítulo, el autor distingue entre valores éticos, principios constitucionales y reglas jurídicas, como otras dimensiones de una suerte de metaética del constitucionalismo. Señala que es importante ocuparse de los valores y la metaética del constitucionalismo:

> […] no solo porque los principios constitucionales pueden redefinirse como formulaciones jurídicas de valores, sino más bien porque en el discurso de los constitucionalistas los principios a menudo funcionan como las valoraciones en el discurso ético, [pues] los principios constitucionales típicamente son genéricos y deben ser especificados: como sugiere la metaética denominada especificacionismo (*specificationism*). Además, los mismos principios constitucionales son múltiples y siempre están potencialmente en conflicto, es decir están sometidos a ser balanceados o ponderados: como sugiere aquella otra metaética conocida como pluralismo de los valores (*value pluralism*).

Segunda parte: «… y sus alternativas»

En esta parte, el autor vuelve a los tópicos tratados en la primera parte, en especial, sobre la definición del Estado constitucional, para evidenciar sus ascendencias teóricas (doctrina constitucional y teoría del derecho) y su carácter problemático. Para ello, cita a autores como Carl Schmitt, Gianfranco Miglio, Herbert L. A. Hart, Gustavo Zagrebelsky, Mauricio Fioravanti y Riccardo Guastini para reconstruir la genealogía conceptual del Estado constitucional y cuyos aportes podrían dejar la siguiente definición sobre esta forma de Estado.

> Un Estado caracterizado por tener una constitución rígida, un control de constitucionalidad (difuso como el judicial review americano o centralizado como el europeo) e interpretación constitucionalmente orientada de todo el derecho. El género próximo de la definición sigue siendo el Estado: una organización política con el monopolio, más que de la fuerza, de la producción del derecho en un territorio dado.

A continuación, el autor propone tres interpretaciones alternativas al Estado constitucional: Estado capitalista, Estado de seguridad y Estado populista, relacionados con las dimensiones económica, administrativa y comunicativa, respectivamente, las cuales representan posibles escenarios evolutivos del Estado constitucional. Sin embargo, cada uno de estos «Estados» pueden representar riesgos para el Estado constitucional: pueden socavar sus instituciones internas e internacionales, ante lo cual será necesario el ejercicio del poder normativo, como nuevos tratados internacionales para regular la web, reformas constitucionales para disciplinar las emergencias y jurisprudencias cada vez más avanzadas contra el condicionamiento populista. Sin embargo, los tres «Estados» también pueden ser compatibles con el Estado constitucional si cada uno se desarrolla dentro de su marco institucional.

CONCLUSIONES

La expresión *Estado constitucional* es utilizada por los juristas (sobre todo positivistas) en el sentido de un Estado dotado de una Constitución. En la obra aquí reseñada, el autor sostiene, con razón, que la locución *Estado constitucional* hoy en día se ha convertido en el nombre de una forma de Estado y de una etapa en la evolución del derecho occidental. Pero en el estado actual de las cosas, el Estado constitucional se encamina en la dirección de la internacionalización del derecho, como una continuación natural del proceso de constitucionalización, pues para el autor «a las constituciones rígidas se les deberían agregar los tratados internacionales; al control de constitucionalidad, la aplicación de tratados por tribunales […]; y a la interpretación constitucionalmente orientada, los efectos de los tratados en el derecho interno».

Por otro lado, las tres interpretaciones alternativas propuestas por el autor (*Estado capitalista, Estado de seguridad* y *Estado populista*), si bien representan riesgos para la supervivencia del Estado constitucional, pueden ser complementarios a esta forma de Estado en la medida que exista el ejercicio eficaz del poder normativo, así como en la reafirmación y la conservación en la última instancia del Estado constitucional.

El retorno al bicameralismo y la crisis del modelo político

✍ Eddy Chávez Huanca*

Título: **El retorno al bicameralismo y la crisis del modelo político**
Editores académicos: César Landa Arroyo y Pedro Grández Castro
Ciudad: Lima
Editorial: Palestra
Año: 2024
Páginas: 414

* Abogado. Maestro en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Código ORCID: 0000-0003-4385-3436. Correo electrónico: echavez@pucp.edu.pe

INTRODUCCIÓN

El libro *El retorno al bicameralismo y la crisis del modelo político* (Palestra, 2024), cuya edición está a cargo de César Landa Arroyo y Pedro P. Grández Castro, es un aporte académico para el estudio del derecho parlamentario y legislativo en el Perú. Con sus 414 páginas divididas en tres capítulos y diez artículos, esta obra ofrece un análisis multidimensional sobre uno de los debates más antiguos y recurrentes en la teoría del Estado: la confrontación entre unicameralidad y bicameralidad.

La estructura parlamentaria ha sido, desde los albores de las repúblicas modernas, un pilar clave para la representación política, la eficiencia legislativa y la estabilidad democrática. El debate sobre la adopción de un modelo unicameral o bicameral no es exclusivo del Perú, sino que encuentra raíces profundas en la historia constitucional de Occidente. La influencia de *El Federalista* (Hamilton et al., 2015) es notable en América, que defiende «La Cámara de Representantes será elegida directamente por el conjunto de la población... El Senado será nombrado por el pueblo de manera indirecta» (p. 290). A la inversa, Hans Kelsen, en su *Teoría General del Estado* (1934), sostenía que «La idea democrática exige que el órgano legislativo se componga de una sola cámara» (p. 445).

En el contexto peruano, esta discusión ha atravesado diversas etapas, dejando un saldo de tres constituciones que optaron por el unicameralismo (1823, 1867 y 1993 en sus orígenes) frente a nueve que adoptaron el bicameralismo. Sin embargo, la aprobación de la Ley N.º 31988, publicada el 20 de marzo de 2024, ha reintroducido el modelo bicameral en el Congreso peruano en la actual Constitución, un cambio que no ha estado exento de controversias. La celeridad del debate legislativo, marcado por una deliberación breve y escasa profundidad académica, subraya la necesidad de una reflexión crítica y pausada, como la que este libro pone a disposición de sus lectores.

La obra no solo analiza la doctrina y el diseño institucional de la bicameralidad, también explora sus deficiencias, proponiendo reformas que buscan adecuar el modelo a la realidad política y social actual. Asimismo, el libro contextualiza el retorno al bicameralismo en medio de una crisis política y de cara a las elecciones de 2026, en las cuales el electorado peruano elegirá nuevamente a sus senadores y diputados. Este texto se erige, por tanto, como una lectura necesaria para comprender los desafíos y las posibilidades del nuevo diseño legislativo peruano.

DESARROLLO

1. El retorno al bicameralismo desde la perspectiva comparada.

El retorno al bicameralismo en Perú: contexto comparado y análisis crítico de la reforma constitucional: Piedad García-Escudero Márquez desarrolla la idea de un Senado que represente e integre a todo el territorio, además realiza un estudio comparado de países como Inglaterra y Francia donde la cámara alta tiene el papel de poner un freno conservador estable a las decisiones muchas veces fragmentadas y apresuradas de la cámara baja, mejorando sustancialmente la calidad de la legislación, sin olvidar que esta nueva conformación parlamentaria no puede dejar de lado a las minorías y de hecho, este cambio debería servir para una mayor representación democrática.

El informe de la Comisión de Venecia sobre bicameralismo: Rafael Bustos Gisbert realiza un trabajo de síntesis del Informe de la Comisión de Venecia sobre bicameralismo. Esta Comisión tiene como función vital emitir opiniones acerca de proyectos legislativos, siendo sus informes la contribución al debate. Si bien el informe concluye diciendo que no hay prueba empírica a favor de una u otra fórmula desde el punto de vista de la eficacia en la actividad parlamentaria, el autor considera que la implementación de una segunda cámara puede constituir un medio de potenciar la democracia participativa en cuanto es útil como un foro inclusivo para ofrecer mayor representación a grupos sociales.

2. El proceso de la reforma y diseño

Cuando el diseño importa: Milagros Campos estudia los futuros conflictos que se pueden ocasionar en el enfrentamiento de ambas cámaras y resalta que no existe un mecanismo de consenso entre las cámaras respecto a los desacuerdos que se presenten en torno al contenido de la legislación, para ello propone implementar el sistema *navette* (reenvío de los proyectos legislativos entre cámaras hasta que se apruebe) o el del funcionamiento de comités o conferencia (reuniones entre representantes de ambas cámaras para llegar a un consenso sobre el proyecto).

El bicameralismo retorna. Consecuencias jurídico-políticas: Carlos Hakansson Nieto despliega duras críticas sobre la crisis política y partidaria que se han vivido las últimas décadas, es enfático en recordar que la sola presencia del Senado no producirá un cambio inmediato a los problemas operativos del Congreso a menos de que esté acompañado de otros ajustes de corto o mediano plazo, uno de esos ajustes pendientes es la promesa histórica de la descentralización, recuerda que impulsar una eficiente descentralización y desconcentración del poder es uno de los objetivos primigenios de la existencia de una segunda cámara.

La reforma constitucional de restablecimiento de la bicameralidad y el Senado en el Perú: Eddie R. Cajaleón Castilla incita a tomar en cuenta una justificación muy importante en los tiempos actuales sobre la existencia de un Senado, que es la de otorgar una representación especial a las minorías, no solo del tipo territorial, sino abarcando todo tipo de minorías sociales, políticas y étnicas, que merecen protección del abuso que pueden cometer las asambleas dominadas por las mayorías. Propone como cambios urgentes como el de reducir el requisito etario para postular al cargo de senador, pues lo considera el más alto e injustificado de la región, agregar la elección de dos senadores mediante circunscripción especial reservado a pueblos y comunidades indígenas, por último, incluir el sistema *navette* o de comités para solucionar conflictos entre cámaras.

El tránsito del ocaso del unicameralismo al crepúsculo de la bicameralidad. Reflexiones, propuestas y pautas para la gestión del tránsito: César Delgado-Guembes realiza una metodología cuantitativa de valores en relación a la prioridad de temas a tratar sobre el periodo de implementación de una segunda cámara. Cabe resaltar que dentro de la jerarquización de asuntos existen un total de veinte temas que serán tocados según el nivel de impacto que tengan de acuerdo a su urgencia e importancia. Luego de una apreciación científica de asuntos, temas o materias cuya atención se debe priorizar. Delgado comenta que entre los temas de mayor impacto se encuentra la asignación de infraestructura inmobiliaria, tecnológica y patrimonio mobiliario, así como la constitución de cámaras y congreso (Juntas preparatorias, elección de Mesa Directiva, cuadro de comisiones y directivas).

El retorno del Senado: la adecuación de la Ley Orgánica de Elecciones al esquema de bicameralidad: Manuel Chuquillanqui nos transporta a una exhaustiva revisión de la legislación electoral a propósito de encontrarnos a puertas de las elecciones 2026, enfatiza en las áreas de incertidumbre que ha dejado la superficial reforma, dejando al «aire» temas como el incremento en el número de congresistas, el sistema electoral del senado, la posibilidad de reformas aún mayores a la Ley Orgánica de Elecciones producto de la vaguedad de la ley de reforma. Para resolver está intrincada problemática realiza un repaso del formato y legislación que tuvimos en las elecciones bicamerales de 1980, 1985 y 1990.

3. ¿Un senado para concentrar el poder? Críticas a la reforma

El restablecimiento del Senado ad-hoc al populismo iliberal: César Landa examina la coyuntura actual de la política peruana, dando como resultado un camuflaje de legalidad a los ejercicios autoritarios del poder mediante el constitucionalismo autoritario, es mediante la fachada de democracia constitucional donde

se evisceran los elementos de la Constitución como la separación de poderes, protección de los derechos y libertades de las minorías. Landa expone los entretelones políticos que hicieron posible esta reforma, revelando los intereses populistas y autoritarios que, al no poder acceder a la presidencia de la república (2011, 2016 y 2021), pero sí obtener una mayoría en el congreso, ahora su estrategia política es aumentar el poder a este último y sobre todo al Senado. Cambiando de esta manera el modelo presidencialista parlamentarizado que vivimos a uno completamente parlamentario, en favor de intereses personales.

El retorno a la bicameralidad en el Perú: ¿constitucionalizando el parlamentarismo de facto?: Pedro Grandez señala una clara desproporción en la atribución de poderes que la ley le ha conferido al Senado. Dentro de este grupo de poderes de gran envergadura se encuentran la centralización de la producción legislativa y la designación y remoción de altos funcionarios. Sobre la primera comenta que el Senado tiene la potestad de aprobar, modificar y rechazar las propuestas legislativas de los diputados, convirtiendo al Senado en una instancia de centralización de las decisiones parlamentaria corriendo una suerte de cámara de apelación definitiva antes que de reflexión como sostuvieron los promotores de la reforma. Ante tal desbalance de poderes, Grandez, en protección de la democracia, recomienda mejorar la calidad de representación incluyendo en el Senado cuotas a sectores de comunidades originarias o minorías.

El nuevo Senado y la concentración del poder: Heber Joel Campos postula la tesis de concentración del poder en el Senado, el diseño que ha optado la reforma dará origen a un Senado *todopoderoso* que ejercerá e incidirá en las funciones más representativas que tiene el parlamento (designación de funcionarios, creación legislativa en segunda y definitiva instancia y votación final en acusación constitucional). Contempla además que la reforma no contempla ningún mecanismo de coordinación ni de dialogo entra cámaras para futuros conflictos, no existe el sistema *navette* o por comisiones, por tanto, le da al Senado una posición privilegiada dejando a la Cámara de Diputados sin margen de acción cuando sus iniciativas son rechazadas o modificadas por la Cámara Alta.

BIBLIOGRAFÍA

Landa, C y Grandez, P. (2024). *El retorno al bicameralismo y la crisis del modelo político*. Editorial Palestra.

Hamilton, A., Madison, J y Jay, J. (2015). *El Federalista*. Editorial Akal.

Kelsen, H. (1934). *Teoría General del Estado*. Editorial Labor.

SECCIÓN DOCUMENTOS

Nota preliminar
Fórum sobre «Inconstitucionalidad de las leyes»

✍ Alfredo Orlando Curaca Kong*
✍ María Sofía Cortez Olazábal**

En esta ocasión, en la sección Documentos de la Revista Peruana de Derecho Constitucional, difundimos las actas publicadas en la *Revista del Foro*[1] referidas al debate sobre la inconstitucionalidad de las leyes, llevado a cabo en 1960 en el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, que estuvo dirigido por el entonces decano don José Luis Bustamante y Rivero. Asimismo, incluimos la comunicación oficial remitida por el referido Colegio de Abogados de Lima al Congreso de la República con la propuesta de reforma constitucional acordada en las conclusiones de aquel fórum[2].

* Director de Publicaciones y Documentación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. Código ORCID: 0009-0000-6105-561X. Correo electrónico: acuraca@tc.gob.pe

** Egresada de la carrera de Derecho por la Universidad de Lima. Código ORCID: 0009-0000-4852-3597. Correo electrónico: mcortez@tcperu.gob.pe

1 Estas actas aparecen en la *Revista del Foro*; Año XLVII; N.º 3; setiembre-diciembre de 1960, pp. 77-101. Agradecemos al Colegio de Abogados de Lima por permitirnos republicar estas actas en la *Revista Peruana de Derecho Constitucional*.

2 Cabe precisar que las actas presentadas en esta edición de la *Revista Peruana de Derecho Constitucional* ya habían sido difundidas en un número anterior. Sin embargo, en esta oportu-

En este debate intervinieron connotados juristas y parlamentarios de la época. Entre ellos, destacaron Raúl Ferrero Rebagliati y Alfonso Benavides Correa, quienes expusieron propuestas contrarias con respecto al ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes que debía constitucionalizarse, lo cual generó un enriquecedor intercambio de ideas. Sobre el particular, el doctor Ferrero Rebagliati propuso una reforma constitucional que consistía en la incorporación de una serie de artículos en el Título XV de la Constitución de 1933, vigente en esa época, destinados a establecer la creación, la composición, las funciones, entre otras disposiciones para un Tribunal Constitucional, órgano que estaría encargado de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, con el fin de garantizar que estas últimas sean acordes con los mandatos de la norma suprema.

Es importante recordar que la Constitución de 1933 no contemplaba ninguna disposición referida al control de constitucionalidad de las leyes, ni mucho menos a la existencia de tribunal especializado con competencia exclusiva para declarar la inconstitucionalidad de una ley. Por ello, el planteamiento del doctor Ferrero Rebagliati —al margen de la existencia previa de un incipiente control difuso— ciertamente fue totalmente innovador para la época, ya que ofrecía una solución concreta a una problemática que hasta entonces no se abordaba en el texto constitucional peruano y que ya había sido previsto en ordenamientos jurídicos europeos que regulaban un control concentrado, como Italia, Alemania y Austria. Esta iniciativa, junto con la propuesta expuesta por el doctor Benavides, dio lugar a un importante debate en el fórum, en el cual participaron otros notables abogados como Delfín Barrón, Laurie Solís, Félix Cruzat y Humberto Ugolotti, quienes formularon valiosos análisis y reflexiones acerca de los planteamientos de los doctores Ferrero y Benavides.

El fórum sobre «Inconstitucionalidad de las leyes» se desarrolló en tres sesiones, que fueron realizadas el 24 y 31 de agosto y el 7 de septiembre de 1960. Para esta publicación, se han podido recopilar y reproducir las actas de las dos primeras[3]. En la primera sesión, el doctor Raúl Ferrero Rebagliati expuso su ponencia denominada «Control de la Constitucionalidad por un Tribunal Especial», en la cual propuso la creación de un Tribunal Constitucional o de Garantías, inspirado

---

nidad, se ha añadido una nota explicativa que proporciona mayor contexto sobre el contenido de dichas actas. Asimismo, se incorpora por primera vez la comunicación oficial enviada al Congreso, relacionada con las conclusiones y la propuesta de reforma constitucional del fórum sobre la inconstitucionalidad de las leyes.

3 Con respecto a la tercera acta, correspondiente al 7 de setiembre de 1960, no fue posible ubicarla a pesar de los esfuerzos y coordinaciones.

en los modelos europeos de control concentrado. En su opinión, la defensa de la Constitución debía ser atribuida a un órgano autónomo e imparcial, compuesto por representantes de los poderes del Estado, de las universidades y de los colegios profesionales, así como debía tener competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes con efectos generales. Por su parte, el doctor Alfonso Benavides Correa defendió la tesis referida al control difuso de constitucionalidad. Como se aprecia, en su ponencia advirtió que, para fortalecer la democracia, era esencial limitar el poder de los gobernantes mediante un control jurisdiccional de las leyes y de los actos del Ejecutivo. Por ello, destacó la necesidad de otorgar rango constitucional al control difuso ejercido por los jueces, pues hasta entonces solo estaba previsto en el Código Civil. En ese marco, expuso y sustentó ante el fórum un proyecto de ley de reforma del artículo 227 de la Constitución que había presentado en conjunto con otros diputados, así como el proyecto sustitutorio realizado en comisión.

La segunda sesión, realizada —como se mencionó— el 31 de agosto de 1960, se desarrolló sin la presencia de los ponentes programados, por lo que el decano Bustamante y Rivero propuso un intercambio libre de ideas sobre las ponencias anteriores. En aquella oportunidad, intervinieron los doctores Ugolotti, Cruzat, Elmore, Laurie Solís y Chávarri.

El decano precisó que las posiciones de Ferrero y Benavides no eran incompatibles, sino complementarias, teniendo en cuenta que la problemática de la inconstitucionalidad de las leyes se debía enfocar desde dos perspectivas: como un problema individual (cuando es un caso concreto conocido por el Poder Judicial) y como un problema social (cuando un individuo advierte la inconstitucionalidad de una ley y demanda que sea declarada como tal con efectos generales para que no sea aplicada en ningún caso). De esa manera, consideró que sería conveniente contemplar ambos mecanismos en el ordenamiento jurídico —como justamente está contemplado en la actualidad—. En tal sentido, estuvo de acuerdo con la propuesta del parlamentario Benavides Correa, que tuvo como fin incorporar la disposición sobre el control difuso al texto constitucional; por otra parte, sugirió que los parlamentarios evalúen la posibilidad de crear un tribunal autónomo encargado del control concentrado de constitucionalidad.

No obstante, las intervenciones posteriores se inclinaron más por la postura del control de constitucionalidad a nivel judicial. En este orden de ideas, el doctor Ugolotti expresó su escepticismo sobre la creación de un tribunal especial, pues, en su opinión, teniendo en cuenta el contexto y la idiosincrasia política del Perú, terminaría siendo un órgano burocrático y, en consecuencia, no cumpliría con sus fines. Sin embargo, sí consideraba necesario resolver el problema de control

constitucional de las leyes, por lo cual solicitó que se acuerde remitir al Parlamento la correspondiente iniciativa de reforma constitucional que incorpore el control difuso al texto fundamental. Por otro lado, el doctor Cruzat expresó que debían tenerse en cuenta factores como la realidad nacional si se planteaba aplicar un modelo de control concentrado de constitucionalidad en el Perú; asimismo, el doctor Laurie Solís defendió la incorporación de una cláusula constitucional expresa sobre el control difuso.

Una vez finalizado este debate, el Colegio de Abogados de Lima acordó remitir una comunicación oficial a la Cámara de Diputados con las conclusiones del fórum y con una propuesta concreta de reforma constitucional. En consecuencia, el 3 de octubre de 1960, el decano José Luis Bustamante y Rivero, atendiendo el pedido, comunicó mediante oficio al Congreso que el gremio de abogados recomendaba aprobar el proyecto formulado por la Comisión de Constitución en 1956, el cual se basó en la iniciativa del diputado Alfonso Benavides Correa, para reconocer expresamente la facultad y el deber de los jueces de aplicar la Constitución si la contraviene la ley. Asimismo, en la misiva se solicitó la modificación del artículo 133 de la Carta Magna para extender la acción popular a las leyes inconstitucionales, lo cual implicaba que las resoluciones de la Corte Suprema dejarían automáticamente sin efecto las normas impugnadas.

Si bien esta propuesta no prosperó en ese momento, ciertamente constituye un antecedente esencial que sentó las bases del control de constitucionalidad concentrado. Hasta donde sabemos, la propuesta del doctor Ferrero Rebagliati fue la primera propuesta que se dio en el Perú en relación con la creación de un órgano jurisdiccional especializado para ejercer el control concentrado. Este primigenio debate abrió el camino para consagrar el modelo. Posteriormente, el Tribunal de Garantías Constitucionales fue consagrado en la Constitución de 1979 y, más tarde, el Tribunal Constitucional en la Constitución de 1993, órganos que reflejaron las ideas discutidas en aquel fórum.

Fórum sobre «Inconstitucionalidad de las leyes»

PRIMERA REUNIÓN
Miércoles 24 de agosto de 1960

A las 7 de la noche se inició la reunión, bajo la Presidencia del señor Decano doctor José Luis Bustamante y Rivero, con la concurrencia de miembros de la Directiva del Colegio y con numeroso grupo de abogados.

El señor Decano expresó que los ponentes de esta fecha inicial, sobre tan importante tema, como es el de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, eran los señores doctores Raúl Ferrero Rebagliati y Alfonso Benavides Correa. Luego invitó a hacer uso de la palabra al Dr. Raúl Ferrero Rebagliati, quien inició su intervención expresando que su ponencia se refería al: «Control de la Constitucionalidad por un Tribunal Especial». Luego, manifestó que para la inteligencia de los juristas constituye un reto la actual revisión de conceptos, la vida ha perdido su forma tradicional al resultar inservibles gran parte de los conceptos que le daban firmeza.

Sentido revolucionario del nuevo Derecho

Si se parte de la Justicia como valor excelso y se acepta que la esencia del espíritu humano es la libertad, debemos reconocer que los sistemas vigentes no son auténticos, puesto que la libertad política no ha permitido a la gran masa adquirir estabilidad económica y el orden social, fundado en la propiedad privada,

no ha dado acceso a ella para el gran número. El ordenamiento jurídico muestra fisuras alarmantes y los viejos moldes se hallan en la alternativa inminente de transformarse o saltar en pedazos. Dado que la existencia tiene como dimensión inherente la sociabilidad —o sea, el coexistir entre hombres diversos vinculados por la comunidad histórica y económica—, es urgente que los hombres de leyes nos preguntemos si la sociedad será rebajada a la condición de un hormiguero, mediante la supresión de la libertad con la promesa de bienestar para todos, o si alcanzará a conservar la libertad, redimiendo el orden social de las injusticias que han generado el actual clamor.

Es evidente que existe antinomia entre la permanencia necesaria del Derecho, destinado a garantizar la seguridad de los intereses, y la adecuación de las normas al cambio incesante de los hechos. De ahí que el quietismo de los juristas los haga cómplices involuntarios de la injusticia. Problema arduo, sin duda, el que se plantea a los abogados y a los jueces: cristalizar el derecho a riesgo de agravar las injusticias o aplicarlo con plasticidad a riesgo de convertir en gaseoso el contenido de las normas. De ahí que sea plausible la preocupación del Colegio de Abogados por encontrar una fórmula eficaz que permita proteger los derechos fundamentales contra los excesos del poder público.

En los Estados Unidos y en la Argentina, se ha construido la doctrina de la revisión de las leyes como poder implícito de la función judicial. Tal facultad parece fluir en nuestro país del numeral XXII del Título Preliminar del Código Civil, como lo sustenta con valioso acopio de doctrina el Presidente de la Corte Suprema, Dr. Ricardo Bustamante Cisneros. En cambio, varios países latinoamericanos señalan en sus Constituciones, de manera expresa, que es facultad del poder judicial ejercer control respecto de la constitucionalidad de las leyes. Si se tiene en cuenta que el Congreso Constituyente desechó introducir tal facultad, contemplada en el Proyecto de Carta Fundamental elaborado por la Comisión ViIlarán, así como la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema, en enero de 1956, la cual considera que la incompatibilidad de una ley con la norma constitucional solo puede ser declarada en las controversias civiles, mas no cuando el Estado actúa como sujeto de Derecho Público, debemos entender que en el Perú se precisa una reforma constitucional para asignar al Poder Judicial tal atribución con la debida latitud.

Ahora bien, la corriente moderna es otra en el ámbito del Derecho Constitucional. Con excepción de algunos países de Latino América, influidos por el ejemplo estadounidense, las constituciones más recientes atribuyen la revisión de la constitucionalidad de las leyes a una Alta Corte, integrada por representantes de los poderes legislativos y ejecutivo, como en Francia, o por delegados de los tres

poderes, como en Italia. Desde luego, nos parece esencial que dicho Tribunal de Garantías esté compuesto por representantes de la Corte Suprema, del Congreso y del Ejecutivo, así como por juristas eminentes designados preferentemente por la Corte Suprema o bien por las Universidades o Colegios de Abogados. La razón es obvia: alejar al Poder Judicial de la pugna política, a la vez que tenerlo presente como factor de ponderación y altura en la calificación de la ley fachada de inconstitucional. Si se atribuyera a la Corte Suprema la función de controlar la constitucionalidad de las leyes en la aplicación de una norma al caso subjudice, se estaría forzando al poder público, por gravitación política inevitable, a interesarse en el nombramiento de los magistrados. A su vez, se despojaría de su excelsitud a nuestro más alto Tribunal, ya que la pasión y el disconformismo acompañan, en la opinión vulgar, a toda actitud que roce con la política.

Se ganaría enormemente con la integración de una Corte de Garantías, pero a condición de que sus miembros sean elegidos en juristas de profunda formación y de una alta tensión ética.

He ahí la raíz del problema: integrar una verdadera élite, a la que solo se llega por una tradición de cultura, por un incesante desprendimiento, por el valor de rehuir lo fácil y adherir a los valores eternos.

Cabe destacar el vigor que la jurisprudencia, emanada de los jueces y tribunales, le dan a la ley general. Por ello, ha podido afirmar Mircea Djuvara, aunque con alguna exageración, que el derecho positivo es el derecho que se practica, sean cuales fueren las prescripciones de la ley. «Científicamente, es imposible hacer abstracción del hecho evidente que el derecho jurisprudencial no es siempre exactamente semejante, en todo respecto, al derecho legal y que el derecho real, el derecho vivo, es el derecho jurisprudencial; este es el derecho positivo». La importancia de este fenómeno cobra relieve particularísimo en los Estados Unidos, porque los jueces elaboran normas en la práctica y hacen una valoración continua de los principios generales del Derecho. Con ironía y no poca verdad, el jurista cubano José Antolín del Cueto ha podido decir: «la ley reina y la jurisprudencia gobierna».

El contralor judicial

Hasta las dos últimas décadas del siglo pasado los tribunales estadounidenses, tanto federales como locales, ejercieron rara vez el control de la constitucionalidad de las leyes, pero las complicaciones sociales surgidas desde entonces han determinado un examen creciente de la legislación. El control se ha inspirado en

la necesidad de proteger los derechos individuales, según las reglas del «debido procedimiento legal» (*due process of law*) y del «poder de policía» (*police power*). La evolución jurisprudencial ha venido ampliando el campo de aplicación del control hasta transformarlo en una limitación constitucional a la actividad legislativa.

La elasticidad del sistema ha permitido a la magistratura adaptar su criterio a las situaciones cambiantes. El supremo Tribunal ha establecido que una ley dictada en ejercicio del poder de policía solo es válida en cuanto no viole la regla del debido procedimiento legal, la que constituye garantía esencial para las libertades civiles y exige que la limitación señalada a los derechos individuales sea razonable, en vista del fin que constituye su objetivo. La validez de la ley se aprecia por la llamada «regla de la racionalidad», la cual exige que exista relación lógica e inmediata entre el medio empleado y el fin que se persigue. El ejercicio del poder de policía ha sido conciliado con la regla del «debido procedimiento legal», con el criterio de equilibrar el derecho individual con el derecho de la colectividad. Pero es evidente que la Corte Suprema ha invadido el ámbito propio de los otros órganos, como apreciaba Elliot, lo que ha suscitado la crítica de algunos jueces y de políticos notables. Lo cierto es que, interpretada con amplitud, la regla de la racionalidad deja la vida de la ley librada, en definitiva, al criterio de la mayoría de la Corte Suprema.

En lo tocante a la regulación de la empresa privada, la Corte Suprema de la República Argentina ha establecido que no compete a los jueces examinar si existe la situación de hecho que invoca el legislador como razón para ejercitar el poder de policía, punto este que corresponde decidir al parlamento. La regla del «debido procedimiento» constituye una garantía innominada de la Constitución, pero no llega al extremo de que los tribunales sustituyan su criterio respecto de la conveniencia de la ley al criterio del Congreso de la Nación. Se limitan a examinar la racionalidad del medio elegido, teniendo en cuenta el fin propuesto, resguardando así los derechos individuales dentro de la inevitable evolución económica, social y política que viene transformando la conciencia jurídica.

Para que la revisión judicial de las leyes no constituya una usurpación de poderes o un instrumento de los intereses privados, como sucedió en el caso de la ley anti-trusts desde el año 1910, se precisa que la estimativa jurisprudencial se ciña, cuando menos, a los siguientes principios:

1°) Que la incompatibilidad entre la ley y la norma constitucional sea **manifiesta**, en cuanto a la letra y en cuanto al espíritu de la Carta Fundamental. Si la oposición no fuera evidente, el poder judicial debe respetar la decisión legislativa, a fin de no incurrir en un exceso de control que llevaría a la

Corte Suprema a ejercer el gobierno de un modo indirecto. De ahí que en los países que han reconocido jurisdicción constitucional a sus Tribunales, estos han observado una actitud de mesura y ponderación, logrando que sus resoluciones coincidan con la conciencia jurídica general y no se traduzcan en mengua de los otros poderes.

2°) Que exista juicio, es decir que la declaración de inconstitucionalidad recaiga en un caso concreto, sometido al poder judicial. Debe mediar una contienda entre partes, ya sea pleito o demanda en derecho, instituida con arreglo a un procedimiento regular, como aseveró Marshall al fundamentar la atribución revisionista de los jueces. Algunos tratadistas opinan que la inconstitucionalidad puede ser declarada de oficio, o sea, aunque las partes no la hayan invocado, por aplicación de la facultad judicial de suplir el derecho, pero la declaración de inaplicabilidad de la ley no surte efecto «erga omnes», sino «inter partes».

3°) Que los jueces no entren a apreciar la conveniencia o el mérito intrínseco de la norma, es decir que no entren a juzgar su justicia en abstracto, pues su atribución es la de «ius dicere» y no la de «ius dare», o sea, interpretar el derecho, mas no crearlo. Deben juzgar según la Constitución y las leyes, sin analizar la justicia o injusticia que el sistema jurídico contiene.

4°) Que los jueces no se inmiscuyan en las cuestiones políticas, es decir que tengan presente la norma constitucional con toda altura y prescindiendo de cualquier simpatía política. Es viciada su intromisión en la lucha de poder, ya que esta debe permanecer siempre extraña a la esfera judicial.

Desventajas del Control por la magistratura

Confiar al Poder Judicial la función de vigilar la constitucionalidad de las leyes entraña los siguientes riesgos:

1°) **Politización de la Magistratura.-** El concepto de Derecho no puede ser aplicado a la totalidad de la vida humana, pues ello equivale a una inflación de la idea. El uso del poder determina actos políticos o de gobierno, cuya validez no puede ser cuestionada ante la Magistratura. Son actos de un contenido jurídico distinto al de la vida administrativa corriente; su examen por los jueces sería desconocer el principio de separación de poderes.

Cuando un órgano del poder viola la constitución en su función de gobierno, compromete su responsabilidad política, pero no necesariamente su

responsabilidad legal. La noción de «acto de gobierno» ha ido elaborándose claramente en los Estados Unidos, en Argentina y en otras naciones, en donde los jueces apartan de la revisión de constitucionalidad las irregularidades motivadas por razones exclusivamente políticas.

En nuestro país, teniendo en cuenta el vicioso sistema de nombramientos judiciales, resultaría irresistible para el grupo o partido dominante la tentación de efectuar la designación de jueces con criterio exclusivamente político, en vista de que la validez de los actos del régimen podría ser cuestionada o anulada por los magistrados. La politización de la vida jurídica no es deseable, ya que, aparte de las libertades públicas, el poder judicial está llamado a tutelar los derechos privados, cuya gran masa y variedad llena casi totalmente su función cotidiana.

2°) **Interpretación de las leyes por simple racionalidad.-** Es obvio que las Declaraciones de Derechos robustecen la creencia en control jurisdiccional, en principios metafísicos del Derecho, y encarnan de modo feliz las ideas iusnaturalistas. Según el derecho natural, las normas positivas dictadas por el Congreso deben ser puestas al margen de toda aplicación si no son conformes a los postulados eternos de razón. De ahí que un juez estadounidense sea no solo el protector de la legalidad, sino también el guardián e intérprete de los postulados del derecho natural.

La supremacía del derecho natural sobre el poder político proviene, en cuanto doctrina judicial, del célebre juez Edward Coke, parlamentario durante el reinado de Jacobo I y ardoroso defensor de las libertades ciudadanas. Coke sostuvo que el «common law» tenía autoridad sobre el Rey y sobre el Parlamento, y que era nula toda ley que contrariara las reglas reconocidas por «común derecho y razón». A pesar de que la Gloriosa Revolución de 1689 confirmó la supremacía del Parlamento y quedó descartada la teoría del control jurisdiccional, esta influyó poderosamente en los juristas y magistrados de las colonias de Nueva Inglatera [*sic*] y vino a cobrar vigor un siglo más tarde, al declararse independientes los americanos del Norte.

Pero actualmente los crecientes antagonismos sociales exigen, en muchos países, una **justicia social** frente a la **justicia legal**, una reforma económica que hace impacto con la concepción jurídica tradicional y que no puede advenir, de modo radical al menos, sin cambiar el concepto actual del Derecho y atribuir a este un carácter fluido, o sea, cambiante según el ritmo de las transformaciones sociales.

Por influjo ideológico de William James, que aconsejaba «dejar de lado las cosas primeras, principios, categorías y necesidades supuestas para mirar más bien «las cosas últimas, frutos, consecuencias, hechos», Roscoe Pound ha afirmado que la verdad de los principios del Derecho es relativa y que, más que la naturaleza del Derecho, lo que interesa es su propósito; de ahí que califique a la Jurisprudencia como «ciencia de ingeniería social», mirando el Derecho como instrumento para mejorar el orden económico y social. En general, la escuela sociológica norteamericana niega que el Derecho pueda ser comprendido si se hace abstracción de las necesidades reales de la vida humana; considera que a la exaltación de los derechos individuales, prevalente desde la Revolución Francesa, debe seguir el reconocimiento cada vez más amplio de los derechos sociales.

Las decisiones judiciales que han declarado inaplicables el caso sub-judice, determinadas leyes por ser contrarias a la Constitución, se basan, en proporción considerable, en principios abstractos y conjeturan que el órgano legislativo ha superado el ámbito de su razón, por encima del órgano encargado de crear leyes.

3°) **Carácter conservador y origen no popular de la magistratura.-** Por el largo ejercicio de la razón y de la legalidad, los jueces muestran generalmente una tendencia conservadora, como que aplican normas en las que se cristaliza una gravitación del pasado liberal. Al examinar la constitucionalidad de las leyes, los jueces hacen uso de un mandato en blanco, ya que analizan discrecionalmente el carácter razonable o no razonable de la política social que un Gobierno acomete. Por ello, se ha dicho, con no poca verdad, que los Tribunales Supremos son en la vida jurídica lo que las Academias en la vida artística. Informados de un noble espíritu prudente, única manera de administrar justicia con altura, los jueces no son fácilmente permeables a las nuevas orientaciones. Resulta así, algunas veces, que funcionarios no elegidos por el pueblo, y contra los cuales no puede hacerse valer responsabilidad política, obstruyen o enervan la voluntad del titular de la soberanía que, al ungir un régimen por virtud del sufragio, ha expresado el propósito de que se realice una política en determinado sentido.

El mundo de hoy se halla en trance de transformación. Las estructuras resultarán alteradas para eliminar desniveles que irritan el sentido de justicia. Si bien es deseable que la competencia y la iniciativa privada operen en los mercados, ello solo es posible. en forma aproximada, pues, existiendo factores desleales, los automatismos no juegan sino viciadamente. De ahí la urgencia de revisar el orden

fisiocrático liberal mediante un orden legal nuevo, en el cual el Estado entre en escena para hacer jugar las leyes económicas en lugar de dejar que ellas jueguen solas, como dice Baudin. No puede pretenderse que el liberalismo económico se cristalice en la legislación vetusta a pesar de los cambios técnicos y de la explosión demográfica de las últimas décadas.

La construcción del nuevo marco debe ser obra de los juristas y no solo de políticos o de economistas. El individuo de élite tiene una misión que cumplir; quien no la cumple es un desertor. Puede equivocarse, pero no tiene el derecho de detenerse.

A continuación, el doctor Ferrero presentó, a consideración del Fórum, el siguiente proyecto de reforma del Título XV de la Constitución, que dice:

Garantías de constitucionalidad

Art. 236.- El Tribunal constitucional está encargado de velar por la legitimidad constitucional de las leyes, cuidando de que estas no contradigan las normas contenidas en la Carta Fundamental del Estado.

Art. 237.- El Tribunal constitucional se compone de once jueces, designados en la siguiente forma: tres por el Presidente de la República, tres por el Senado, tres por la Corte Suprema, entre sus miembros o entre los Fiscales Suplentes, uno por los Colegios de Abogados y uno por las Universidades nacionales.

Art. 238.- Los jueces del Tribunal constitucional durarán en su cargo nueve años, excepto los designados por el Senado y el Poder Ejecutivo que podrán ser renovados después de un año de iniciado un régimen político emanado de elecciones generales.

Art. 239.- El cargo de juez del Tribunal constitucional es incompatible con la función parlamentaria o con el ejercicio de la profesión de abogado.

La ley que organice el Tribunal podrá señalar otras incompatibilidades, así como establecer normas que regulen la renovación de miembros del Tribunal sin alterar lo previsto por el art. 238.

Art. 240.- La constitucionalidad de una ley puede ser impugnada por acción popular.

Art. 241.- Cuando el Tribunal declara la inconstitucionalidad de una norma legal, esta deja de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la decisión.

Art. 249.- No puede admitirse recurso de ninguna clase contra las decisiones del Tribunal Constitucional.

Luego, el doctor Alfonso Benavides Correa comenzó la exposición de su ponencia, sobre «Necesidad de elevar a precepto constitucional la obligación de los Jueces y Tribunales de aplicar, bajo responsabilidad, una norma constitucional, en caso de conflicto entre esta y una norma legal», expresando que: los auténticos demócratas del Perú, de América Latina y del Mundo luchan por el respeto a la «soberanía nacional» de cada Estado componente de la comunidad universal condicionada al ejercicio de la «soberanía interdependiente» en el plano internacional y a la vigencia de la «soberanía popular» en el plano de su vida interna.

Los auténticos demócratas del Mundo anhelan Naciones no sometidas a trato injusto en sus negociaciones económicas ni a sentido colonialista en sus relaciones políticas internacionales; y, en el plano de su vida interna, quieren Gobiernos de Pueblo sin dictadura ni oligarquía.

Para afirmar Gobiernos de Pueblos sin dictadura ni oligarquía, es preciso asegurar, en el ámbito nacional del Estado, el ejercicio perfeccionado de las llamadas libertades públicas que reclaman la «democracia política» y la implantación de las técnicas esenciales que aspiran a realizar la igualdad, exige la «democracia política» y la implantación de las técnicas esenciales que, aspirando a realizar la igualdad, exige la «democracia económica y social».

Sin democracia integral no hay Estado de Derecho ni viceversa. Tampoco hay Estado de Derecho ni democracia integral sin la racionalización del poder y la juridización total de la actividad del Estado. La arbitrariedad jurídica no se concilia con la concepción del Estado de Derecho, que es la única dentro de la cual es posible la democracia.

Para que el Estado de Derecho y la democracia existan, la realidad política no debe desfigurar la ordenación constitucional. La Constitución Política del Estado debe dominar el conjunto de las normas jurídicas de la Nación.

Los adversarios del Estado de Derecho suelen exhibir a la «democracia política» y a la «democracia económica y social» en aparente antagonismo o incompatibilidad, oponiéndose a la igualdad quienes se dicen defensores de la democracia política y combatiendo a la libertad quienes se proclaman defensores de la democracia económica y social.

A fin de interrumpir esta inaceptable disociación (que, generalmente, ni siquiera permite el predominio temporal de la «democracia política» a expensas

de la «democracia económica y social» o de esta sobre la primera); a fin de hacer nacer una nueva categoría de regímenes en los que, tras un biombo democrático oficial, no se esconda camuflada ninguna autocracia, sino se descubra una verdadera estructura democrática; es preciso:

1°) Que se refuercen las prerrogativas y capacidad de resistencia de los gobernados;

2°) Que el Estado no sea investido cada día de atribuciones nuevas, como lo persigue la acentuada y suicida tendencia de premunirlo de facultades extraordinarias principalmente en materia de pensamiento, asociación y huelga; y,

3°) Que se debilite el poder de los gobernantes, a quienes se debe privar de aquellas facultades que puedan permitirles corromperse y abusar de su poder.

La debilitación del poder de los gobernantes debe producirse, principalmente, por el empleo de los siguientes procedimientos:

a) División de los poderes del Estado

b) Coexistencia libre de Partidos Políticos y Organizaciones

c) Elección periódica de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, revocación del mandato y rendición de cuentas; y,

d) Control jurisdiccional de las leyes.

Un control jurisdiccional completo debe comprender dos grados e implantarse por un conjunto de reglas jurídicas que, de manera precisa, definan las prerrogativas de los gobernantes y las facultades de freno a tales prerrogativas de los organismos judiciales.

Estos dos grados son:

1°) Control de la legalidad de los actos del Poder Ejecutivo, destinado a impedir los abusos del Gobierno con relación a las leyes votadas por el Parlamento; y,

2°) Control de la constitucionalidad de las leyes, de manera que se impida al Parlamento violar las disposiciones contenidas en la Constitución.

A partir de la Constitución alemana de la República de Weimar, han sido dos los sistemas que se han seguido para el logro de este propósito.

Ha habido quienes han conceptuado indispensable formar organismos especiales de garantía constitucional y quienes han conceptuado que, en lugar de crear una jurisdicción constitucional específica, conviene confiar la cautela de la

ordenación jerárquica de las leyes a la jurisdicción ordinaria, al Poder Judicial, por reconocer que nadie más competente que este para asegurar el control de las reglas del Derecho.

Entre quienes se adscriben a este último sistema, hay quienes recomiendan darle al Poder Judicial la facultad de declarar la **anticonstitucionalidad o inconstitucionalidad** de las leyes, y quienes, por considerar así amenazado el principio clásico de la independencia de poderes, únicamente admiten que el Poder Judicial tenga la facultad de declarar la inaplicabilidad de las normas ilegales e inconstitucionales.

El control de la constitucionalidad de las leyes y de la legalidad de los actos del Ejecutivo se hace tanto más importante y se convierte en imperativo deber que no puede rehuir el Perú de hoy cuando:

a) Una vez más entra en el juego sucio de los políticos la reparación que se debe al patrimonio y al honor injustamente ofendido del Perú en el vergonzoso *affaire* de La Brea y Pariñas;

b) Leguleyos claudicantes y venales sostienen el sacrílego sofisma de que la ofensa, cuando se realiza en forma continuada y abusiva durante largo tiempo, se convierte en derecho a ofender; y,

c) Con pasajero beneplácito de quienes no palpitan con la grave emoción de la Patria, aparece aún inconclusa, porque no se sabe todavía la interferencia de quien, la «operación institucional» que, gallardamente, inició la Fuerza Armada del Perú (representada por el Comando Conjunto y el Ministerio de Guerra) el 10 de febrero último, en la primera y más trascendente batalla constitucionalista sobre la invalidez e ineficacia jurídica del «status» nulo de La Brea y Pariñas y sobre todos los efectos jurídicos, económicos y morales de tal «status» lesivo y nulo por ilegal y anticonstitucional.

Una Nación tiene que respetarse y hacerse respetar por minúscula que sea.

A nadie debe agraviar ni con su Constitución ni con sus leyes, pero a nadie debe permitirle tampoco que se ponga por encima de ellas.

En seguida, expuso que sometía a la consideración del Fórum el proyecto de ley que había presentado junto con otros señores diputados, a la Cámara joven, así como el proyecto sustitutorio elaborado por la Comisión respectiva, con el objeto de que el Fórum, si lo estima correcto, como conclusiones a las que ha llegado, podría recomendar su discusión en la indicada Cámara. Dichos textos son, respectivamente, los siguientes:

Los Diputados por Lima, que suscriben,

CONSIDERANDO:

1°- Que el numeral XXII del Título Preliminar del Código Civil del Perú es una disposición que no tiene similar en otros Códigos Civiles;

2°- Que, por tratarse de un punto perteneciente al Derecho Político, es recogido por las Constituciones de varios países como Austria (140°), Colombia (149°) y (150°), Cuba (40° y 194°), Checoeslovaquia (54°, N° 14), Chile (86°, inc. «a»), Grecia (5°), Irlanda (16°), Rumanía (103°), Uruguay (232° y 234°), y Venezuela (123°);

3°- Que es conveniente que la regla funcione en el Perú, como un derecho y un deber de los jueces y tribunales de vigilar por la supremacía de la Constitución, limitando su actuación a no aplicar la ley o no dar efecto al acto impugnado en el caso particular sobre el que verse la controversia relativa a la constitucionalidad de la una o del otro;

4°- Que el ejercicio de esta facultad por el Poder Judicial no significa que los jueces impongan su criterio sobre la voluntad nacional manifiesta a través de los Poderes y Legislativo, sino simplemente el desempeño de una función que atañe al Poder Judicial que consiste en resolver los conflictos entre las normas constitucionales y legales que puedan suscitarse;

5°- Que de la exposición de motivos del artículo XXII del Título Preliminar de nuestro Código Civil resulta inequívocamente que, para asegurarse la llamada «superlegalidad constitucional», así como la no aplicación de las Resoluciones, Decretos o Reglamentos del Poder Ejecutivo, en agravio de la Constitución o las leyes, ha sido pensamiento de nuestros más connotados juristas que la declaración de inaplicabilidad de la ley ordinaria, cuando es opuesta a la Carta Política, por manifiesto vicio de fondo o de forma, corresponde no solo a la Corte Suprema, sino, de oficio, a todos los jueces de la República; y,

6°- Que el fundamento para la prevalencia de una norma constitucional sobre otra simplemente legal consiste en que el régimen jurídico de cada país forma un todo coherente y sistemático a base de una relación de interdependencia jerárquica de las normas que lo integran.

PROPONEN a la consideración de la Cámara el siguiente proyecto de ley como tercero, cuarto y quinto acápite del Art. 227° de la Constitución Política del Estado:

«Si existe conflicto entre una norma constitucional y una legal, los Jueces y Tribunales aplicarán de oficio, bajo responsabilidad, la primera. Los Jueces y Tribunales no aplicarán las Resoluciones, Decretos o Reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier autoridad que sean opuestos a la Constitución o a las leyes».

«Por el mérito de la sentencia ejecutoriada que declare la inaplicabilidad de una ley, Reglamento, Decreto o Resolución, la Corte Suprema de Justicia perseguirá su modificación o derogación en ejercicio del derecho de iniciativa que le confiere el artículo 1249».

«La Corte Suprema intentará la corrección de los defectos de fondo o de forma de las leyes constitucionales que se encuentren en contradicción con la legitimidad constitucional».

Artículo único.- Adiciónese al artículo 227° de la Constitución Política del Estado los siguientes parágrafos:

«Si existe conflicto entre una norma constitucional y una legal, los Jueces y Tribunales aplicarán de oficio, bajo responsabilidad, la primera. Sus resoluciones en esta materia se elevarán en consulta obligatoria a la Corte Suprema, la que, revisándolas en Sala Plena, decidirá por mayoría de votos».

«Los Jueces y Tribunales no aplicarán las Resoluciones, Decretos o Reglamentos del Poder Ejecutivo, o de cualquier Autoridad, opuestos a la Constitución o a las Leyes. Los Jueces y Tribunales podrán suspender preventivamente el acto administrativo cuando lesione gravemente un derecho».

«Por el mérito de la sentencia ejecutoriada que declare la inaplicabilidad de una Ley, Reglamento, Decreto o Resolución, la Corte Suprema perseguirá su modificación o derogación, en el ejercicio del derecho de iniciativa que le confiere el artículo 124°, mientras tanto no podrá aplicar en forma alguna tal norma».

«La Corte Suprema intentará la corrección de los defectos de fondo o de forma de las leyes constitucionales que se encuentren en contradicción con la legitimidad constitucional».

A continuación, se abrió el debate habiendo solicitado la palabra el Dr. Delfín Barrón, quien expresó que, en cuanto al primer argumento del Dr. Raúl Ferrero, observaba que incurría en un olvido fundamental, cual es de que la Constitución

puede reformarse y que lo que la técnica jurídica y el estado de derecho exigen es que no pueda dictarse una ley que contraríe o rebase los marcos constitucionales, debiendo, en todo caso, si las circunstancias lo hacen necesario, reformarse la Constitución; pero que no era aceptable propiciar la creación de una Corte esencialmente política que pudiera aprobar leyes anticonstitucionales, por juzgar que eran necesarias dentro del desenvolvimiento social, pues, en tal caso, no se daba vigencia al principio de constitucionalidad, sino que, por el contrario, se autorizaba tácitamente su infracción. Manifestó que era preferible derogar el principio si se consideraba caduco e inadecuado para la evolución actual, pero mientras no se derogase, la armonía y la técnica del derecho exigían su cabal cumplimiento y aplicación.

En cuanto al segundo argumento del Dr. Ferrero, consideró que se basaba en el supuesto de que el actual sistema de nombramientos judiciales debía subsistir indefinidamente, lo que no era admisible, pues todos los abogados y nuestro Colegio en especial estaban precisamente unidos en el propósito de obtener una reforma que confiera al Poder Judicial la independencia y, ciertamente, no podíamos admitir un argumento basado en la presunción de la inalterabilidad del actual régimen.

En cuanto al tercer argumento, expresó que en su opinión era el de mayor envergadura, pues no podía dejar de considerarse la enseñanza de la legislación comparada, pero estimaba que otros parlamentos del mundo no habían querido otorgarle al Poder Judicial la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, más que por una «razón de razón», por una razón de susceptibilidad, por considerar que en esa forma se colocaban por debajo de otro poder del Estado. Pero una razón de susceptibilidad no es una razón jurídica, y si era admisible en los legisladores, no debía recogerse en el seno de un Fórum de Abogados.

Continuando, el Dr. Barrón expresó que era ferviente partidario de la majestad, la independencia y la autoridad del Poder Judicial. Que la crisis esencial de nuestra patria era una crisis de justicia, como lo había expresado el señor Decano Dr. Bustamante en la sesión de instalación, y que para combatir esta crisis no había otro camino que restaurar una auténtica administración de justicia. Ahora bien, uno de los factores que más debilitan y atentan contra la autonomía e independencia del Poder Judicial son los Tribunales privativos, y la Corte propiciada por el Dr. Ferrero es desgraciadamente también un Tribunal Privativo, de conformación fundamentalmente política.

Para terminar, continúo, voy a referirme muy brevemente a la ponencia del Dr. Benavides Correa, que proponía un artículo constitucional que obliga a los jueces a aplicar la disposición constitucional con preferencia a otra norma, en

caso de controversia judicial. Luego manifestó que consideraba la proposición como una simple elevación a jerarquía constitucional del dispositivo contenido en el numeral XXII del Título Preliminar del Código Civil, cuyo fracaso ya se ha experimentado, y que no podía estar conforme con este sistema por cuanto ya había expuesto las razones que le determinaban como partidario de la declaración genérica de inconstitucionalidad de las leyes, concedida al máximo Tribunal de Justicia de la República.

En este estado se levantó la reunión, por lo avanzado de la hora, para continuarse el próximo miércoles 31 de los corrientes.

SEGUNDA REUNIÓN
Miércoles 31 de agosto de 1960

A las 7 de la noche se llevó a cabo la segunda reunión del Fórum sobre inconstitucionalidad de las leyes, habiendo presidido el señor Decano, quien estuvo acompañado del Dr. Laurie Solís.

El señor Decano manifestó que, por impedimento de última hora, se habían excusado de asistir los ponentes, Diputado doctor Mario Alzamora Valdez y Diputado doctor Carlos Balarezo Delta, pero que en vista de estas lamentables ausencias, creía oportuno aprovechar la reunión para cambiar ideas sobre las ponencias expuestas en la anterior reunión por los doctores Raúl Ferrero Rebagliati y Alfonso Benavides Correa.

Sobre este particular, expuso que las posiciones adoptadas por los doctores Ferrero y Benavides no son en realidad contrapuestas y que creía que más bien se complementaban para lograr una acertada reforma constitucional.

Manifestó que en este problema sobre inconstitucionalidad de las leyes, se distinguen dos cuestiones jurídicas diferentes, a saber:

a) La que estrictamente se denomina de inaplicabilidad de la ley; y,

b) La que de una manera más general se conoce como «declaratoria de inconstitucionalidad».

Añadió que, desde luego, todos estamos de acuerdo en que es acertada y procedente la disposición del Título Preliminar del Código Civil que prescribe a los jueces, de manera terminante que, en caso de conflicto entre una norma constitucional y una norma legal, deben dar preferencia a la primera y, por consiguiente, no de inaplicabilidad de la ley por el juez.

Pero agregó que este artículo del Título Preliminar se refiere solamente a los casos de personas particulares que reclaman ante el Poder Judicial por sentirse agraviadas por la violación de una norma constitucional.

Planteado así el problema, explicó que el doctor Benavides Correa propone que el artículo del Título Preliminar del Código Civil debe ser trasladado a la Constitución para dar mayor fuerza o garantía al mandato de que prima la disposición constitucional sobre la disposición legal.

Hasta aquí, indicó que todo esto se refiere a la inaplicabilidad de la ley inconstitucional.

Pero —continuó— urge otra situación muy importante y muy grave. Ella se presenta en muchos casos en estos países jóvenes en que el respeto a la ley no está muy acentuado porque el sistema democrático no se ha constituido firmemente todavía y donde la arbitrariedad, por razones circunstanciales, puede campear en los Poderes Públicos. En dichos países pueden darse casos —y se dan, de hecho, muchas veces— en que se dictan disposiciones, sea leyes del Parlamento o, más frecuentemente, actos o resoluciones del Poder Ejecutivo, en contradicción con disposiciones constitucionales. En consecuencia, se trata de decretos o resoluciones inconstitucionales o anticonstitucionales.

Aquí entonces —dijo— surge esta pregunta: ¿deben esperar los ciudadanos a que se produzca realmente el caso de aplicación de esos decretos o leyes inconstitucionales para que, como reacción, el particular agraviado tenga que recurrir al Poder Judicial y seguir un juicio para lograr que su derecho sea reconocido y que se levante la medida tomada contra él inconstitucionalmente? Añadió: ¿no está latente contra todos los asociados el peligro de que esa disposición anticonstitucional —decreto, resolución, ley— sea aplicada a muchísimas personas? ¿Por qué no liberar a la sociedad de esa espada de Damocles que consiste en ese decreto, resolución o ley anticonstitucional y obtener un recurso por el cual esa disposición inconstitucional para que no siga latente como un peligro sobre todos los asociados?

Esta última solución es deseable porque basta que el particular tenga la garantía de la ley y sepa que si se realiza un acto inconstitucional mediante la cual va a conseguirse que sea respaldado o respetado su derecho. Dentro de esta hipótesis, es menester esperar a que se produzca el abuso o sea la aplicación de la disposición inconstitucional para que el particular tenga derecho a reclamar. Pero hay que tener en cuenta que esa disposición inconstitucional puede aplicarse al mismo tiempo a miles de personas. ¿Y por qué esperar que un numeroso grupo de asociados sufra el vejamen, cuando puede haber otro recurso legal que encare oficialmente que esa disposición es anticonstitucional?

Entonces, surge el otro camino señalado por el doctor Ferrero Rebagliati: la resolución en vía declarativa sobre la anticonstitucionalidad de las leyes.

Un juez como tal, por la confirmación misma del Poder Judicial, no tiene facultad para hacer pronunciamientos de orden general que trasciendan más allá del derecho privado y del caso particular que se ventila.

Un juez, en consecuencia, no puede realizar esos pronunciamientos. En cambio, el Poder del Estado sí.

Es menester entonces buscar otra fórmula, que figura ya en «tribunales revisores de cuestiones anticonstitucionales», como sucede en Italia, donde se ha enfocado acertadamente el problema.

En este caso, un tribunal investido de facultades privativas para conocer de esta clase de asuntos recoge la queja de una persona cualquiera —porque hay acción popular— y estudia esa denuncia en su generalidad. No se refiere al caso particular, sino al problema en general.

Si ese tribunal encuentra que la disposición denunciada es inconstitucional, hace una declaratoria de carácter general; declara que esa disposición es inconstitucional y que, por consiguiente, no puede tener vigencia y manda comunicar esta declaratoria a los Poderes Públicos para que se produzca la derogatoria de la disposición anticonstitucional.

La diferencia está en que en este caso la disposición de la Corte Constitucional tiene alcance general y, además, previene el mal porque de allí en adelante no se van a poder producir esos casos en que se viole la Constitución.

Esto revela que es necesario que en la estructuración de esa Corte Constitucional haya elementos, personalmente hablando, que garanticen una imparcialidad absoluta en el pronunciamiento que han de hacer sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de determinada medida.

Y entonces los tratadistas y los legisladores de diversos países han estudiado la posibilidad de conformar estos tribunales privativos especiales y superiores, con elementos que no solo tengan alta autoridad moral en el país, tanta como se necesita para declarar la inconstitucionalidad de una ley, sino que por su extracción sean incapaces de llevar al seno de la Corte Constitucional, por simpatía o por razón de afiliación a determinadas instituciones o Poderes, parcializaciones o prejuicios, o inclinarse en favor del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo.

Teóricamente sería de desear que el Tribunal constitucional estuviese integrado por elementos ajenos al Poder Legislativo, que probablemente dio la ley tildada de inconstitucional, y ajenos también al Poder ejecutivo, que pudo haber dado el decreto inconstitucional.

Precisamente esa es la dificultad: cómo encontrar altos magistrados que puedan realizar esta labor sin conexiones con los Poderes que llamaremos interesados.

Allí ya se divide la técnica legislativa y se dividen las opiniones de los que tratan de solucionar el problema.

Hay quienes sostienen que en estas Cortes constitucionales deben estar representados los tres Poderes del Estado.

En primer lugar, deben ser tribunales multipersonales, en los cuales estarían representados los tres Poderes del Estado, porque se sostiene que es necesario que en el seno de estos tribunales haya también elementos de información.

Si se tilda de inconstitucional una disposición legal, es menester —se dice— que haya un legislador que explique a fondo los motivos que impulsaron al Poder Legislativo a dictar esa ley y, de la misma manera, al Poder Ejecutivo en lo respecta al acto administrativo. Y, desde luego, la presencia de magistrados del Poder Judicial garantizaría la justicia de la resolución porque el magistrado de suyo se supone que es imparcial.

Así es como en algunos países se integran estas Cortes Constitucionales por miembros o altas autoridades del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial.

En general, no hay discrepancia al considerar que estos tribunales no deben estar integrados exclusivamente por miembros del Poder Judicial, aunque ha habido quien ha enunciado esa idea, en el sentido de que se llame únicamente a miembros de la Corte Suprema. La Corte Suprema en Sala Plena constituiría el tribunal constitucional, según ese criterio.

Pero, desde luego, este sistema atentaría contra la igualdad de Poderes, porque si se otorga al Poder Judicial la facultad de declarar inconstitucional una ley, en realidad se le está otorgando la facultad de revisar los actos del Poder Legislativo y se rompe la igualdad de los Poderes.

No es, pues, conveniente esta conformación; entonces, se ha pensado en un tribunal mixto con representantes de los tres Poderes, o en un tribunal multipersonal que represente altas instituciones del Estado, como las Universidades, los

Colegios de Abogados y otras entidades vinculadas, por supuesto, a la vida del derecho. En fin, este es un problema secundario. Es el problema de la organización del tribunal constitucional.

Mi propósito ha sido destacar que este problema de la inconstitucionalidad de las leyes y sus soluciones debe enfocarse desde dos puntos de vista a saber:

a) Como un problema personal individual y b) como un problema social. El problema de la inaplicabilidad de la ley cuando el asunto es llevado por el particular al Poder Judicial; y el problema de la declaración de inconstitucionalidad de la ley cuando un miembro de la Sociedad denuncia el carácter de una ley como inconstitucional y demanda que se dé una resolución de carácter general para que no sea permitido aplicar esa ley violatoria en ningún caso.

Y enfocada la cuestión en este doble aspecto, me parece, repitiendo lo que he dicho, que en el fondo tienen razón los 2 ponentes.

Desde el punto de vista del derecho privado, en el problema de la inaplicabilidad de las leyes, sería útil que el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil, sobre la obligación de los jueces de hacer primar la ley constitucional sobre la ley corriente, se traslade al texto de la Constitución para darle mayor énfasis.

Pero también sería muy interesante que se estudie por maestros legisladores la conveniencia de introducir en nuestro régimen jurídico algún precepto de carácter general que contemple la posibilidad de crear un tribunal especial que garantice la posibilidad de obtener la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, decretos o resoluciones, cuyo texto viole disposiciones constitucionales, a fin de que el vejamen que la aplicación de estas produjese el derecho privado no se repita indefinidamente, ni haya necesidad de que se multipliquen los juicios individuales ante el Poder Judicial, para reclamar de la aplicación de esa disposición inconstitucional, que de una sola plumada podría quedar derogada.

El señor Decano finalizó su exposición calificándola como un aporte a este Fórum.

A continuación, se invitó a los asistentes a exponer sus puntos de vista sobre el particular.

El Dr. Ugolotti indicó que los argumentos expuestos por el Dr. Ferrero y los antecedentes de otros países de gran desarrollo jurídico, que él cita y también el señor Decano, hacen atractiva la sugerencia de un Tribunal Especial que podría organizarse como organismo vigilante de la marcha constitucional y a quien compitiera la declaración de inconstitucionalidad. Temo mucho que, por tratarse de una

innovación en nuestro ordenamiento jurídico, no aclimatada a nuestra idiosincrasia política, a la postre, llegaría a ser otro Cuerpo burocrático sin la independencia, invulnerabilidad y coraje indispensables, para encauzar al Poder desorbitado con el freno de la declaratoria de inconstitucionalidad. Por esto, me inclino más a la tesis sostenida por el colega Benavides, no solo por no innovar en cuanto al organismo llamado a efectuar la declaratoria, sino también porque aprovecha los antecedentes jurídicos de nuestra realidad y la experiencia tenida en la aplicación de los principios que tanto en la Constitución vigente como en el Código Civil existen y que enmarcan el camino de la no aplicación de las leyes inconstitucionales. El Dr. Benavides plantea la reforma de ciertos artículos constitucionales a efecto de hacer más clara, precisa y más ineludible la facultad del Poder Judicial para declarar la inaplicabilidad de las leyes contrarias a la Constitución o inconstitucionales.

Quiero informar a este Fórum que, en el Primer Congreso Nacional de Abogados, reunido en estos mismos salones, en 1955, presenté una ponencia intitulada «El abogado y la defensa del orden jurídico», que mereció ser aprobada por la Comisión correspondiente y en el Plenario.

En esta ponencia sostenía que en la legislación vigente se encuentran normas que permiten solicitar y obtener del Poder Judicial y, por consiguiente, en la última instancia, de la Corte Suprema la no aplicabilidad de una ley por inconstitucional, porque, si bien el artículo 133 de la Constitución no se refiere a leyes sino a decretos y resoluciones gubernativos, el Código Civil en los artículos XXII y XXIII de su Título Preliminar obliga a los jueces a preferir al dispositivo constitucional y a no dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley.

Voy a leer algunos párrafos de ese trabajo:

> «Poderes y ciudadanía, personas jurídicas y naturales, todos, por igual, son sujetos de derechos y obligaciones y están obligados, por tanto, a enmarcar sus actividades públicas y privadas, con plena libertad, pero dentro de los límites preestablecidos por la organización jurídica de la Nación. De este modo, la vida en derecho, de gobernantes y gobernados, es lo que determina al orden público, vale decir, la vida jurídica de la Nación.
>
> Mas la Nación no puede vivir jurídicamente cuando alguien rompe este orden público. Cuando quien lo quebranta es un individuo o institución de derecho privado, los Poderes constituidos cuentan con los medios legales adecuados para restablecerlo. Mas, cuando este orden público es quebrantado por los propios Poderes o por alguno de ellos, el ciudadano debiera contar, igualmente, con los medios legales necesarios para obligar a ese Poder o Poderes a enmarcar sus funciones dentro de la Ley.

> El problema deviene, entonces, una cuestión constitucional. La ley que rige la órbita de acción y las facultades de los Poderes Públicos es la Carta Magna. Cuando uno de los Poderes se extralimita está quebrantado el orden público, está desordenando la vida jurídica de la Nación y, en consecuencia, está violando la Constitución del Estado, rebasando los marcos de acción prefijados.
>
> Tan revolvedor o subversivo es el Poder, o el jefe o miembro de él, que rompe el orden público desde arriba como quien lo hace desde abajo y la ciudadanía debe contar con adecuados medios legales que hagan innecesario la conspiración y el golpe de Estado como recurso de restablecer el orden jurídico.
>
> La Constitución vigente, en su artículo 133, reconoce el derecho de acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos, resoluciones y decretos gubernativos que infrinjan la Constitución o las leyes.
>
> No obstante ser este artículo incompleto, porque no se refiere a las leyes inconstitucionales, encontramos en el Código Civil, en su Título Preliminar, parágrafo XXII, el enunciado sustantivo de que cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera. El vacío del artículo 133 queda así salvado».

Como se ve, aun cuando es incompleta y defectuosa esta disposición de la Carta Política sobre inconstitucionalidad y sobre el procedimiento judicial a seguirse, se encuentran, en cambio, otras disposiciones, en la legislación vigente, que dan las pautas complementarias. Más que dispositivos legales, puede decirse que han faltado ciudadanos, jueces o juristas con suficiente afán cívico y amor al derecho para librar, con altura, desinterés y entereza, las peligrosas, pero enaltecedoras, batallas por el orden público, vale decir, por la vida jurídica de la nación.

En la República de Panamá, pequeña república hermana, que apenas tiene menos de la mitad de vida independiente que la nuestra, la disposición constitucional es más completa y el procedimiento más regulado.

Cualquier persona y en cualquier momento que lo desea, puede solicitar de los Tribunales de Justicia la inexequibilidad de una disposición legal por inconstitucional.

Se puede apreciar por los párrafos leídos de aquella ponencia que mientras en la Constitución panameña hay un claro dispositivo que faculta a la Corte Suprema a declarar la inconstitucionalidad o inexequibilidad, ya no solo de las leyes, sino hasta de los proyectos, en el Perú hay que recurrir al Código Civil para encontrar una disposición protectora, sin respaldo expreso en dispositivo constitucional,

y es por esto que el país ha venido observando las excusas, las vacilaciones y las dudas de sus magistrados para declarar inaplicables las leyes contrarias a la Constitución, principalmente cuando estas han tenido un sentido político y una clara intención persecutoria.

También se puede apreciar, por los párrafos leídos de esa ponencia, aprobada por el Primer Congreso Nacional de Abogados hace 5 años, que hasta ahora no se ha logrado aún incorporar a la Constitución un dispositivo claro y terminante sobre el particular y es por esto, señor Decano, que intervengo en este Fórum, para solicitar a nuestro Colegio de Abogados que envíe, sin más demora, la iniciativa correspondiente o respalde la que estuviera ya cursándose en el Parlamento que pudiera ser aceptable por el Colegio para su pronta discusión y aprobación, ya que, tratándose de una reforma constitucional o de una adición a la Carta Política, se requiere la aprobación en dos Legislaturas ordinarias. Si no se hiciera así, temo mucho que pasen otros tantos años, como los 5 transcurridos desde que presentara esa ponencia al Primer Congreso de Abogados y tenga todavía que venir a intervenir, otra vez, como lo estoy haciendo ahora.

Por esta razón, me permito proponer al Fórum acordar que el Colegio de Abogados envíe a las Cámaras Legislativas la sugerencia que crea más viable para que se incorpore a nuestra Constitución la mejor iniciativa sobre el particular.

Finalmente, debo exponer aquí que no solo son las leyes las que pueden ser inconstitucionales, sino también las resoluciones judiciales o más propiamente las Ejecutorias supremas y es por esto que es necesario que su inconstitucionalidad esté también considerada en la reforma constitucional que se proponga.

El Dr. Félix Cruzat Alegre manifestó que había podido captar que se propone la creación de una Corte análoga a la que funciona en Italia.

Sin desmerecer la importancia del aporte del derecho comparado, destacó la necesidad de estudiar nuestra realidad nacional, comprendiendo los aspectos jurídicos, social, económico y político, recalcando este último porque es la política la que subordina todo en este país y también a los demás países latinoamericanos.

En lo que respecta a conceder al Poder Judicial la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, expresó que si bien nuestra Corte Suprema no actuó eficientemente frente a las leyes especiales, en realidad es porque carece de independencia para actuar, como se puede apreciar por la lectura de los artículos 222 y 223 de la Constitución. Sus nombramientos dependen del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo.

El Dr. Cruzat aclaró que no fue esa su intención, ya que su propuesta tiende a que debe hacerse un estudio integral del problema y, como tal, en el campo moral, pero jamás a que el Fórum los resuelva todos.

El Dr. Ugolotti discrepó con el planteamiento de que la falta de independencia del Poder Judicial se debía a la mala aplicación de las leyes, pues tal independencia existe en la Corte Suprema, que no depende de ninguno de los otros Poderes, y que la causa era más honda, llegaba al Juez magistrado mismo, como hombre.

El Dr. Ugolotti indicó que se trataba de una cuestión de buen criterio y rectitud moral, y que había que poner las instituciones constitucionales al margen de estas cosas chicas y personales para que a conciencia se pusiera siempre en defensa del orden jurídico.

El doctor Elmore se pronunció en contra de la propuesta del doctor Ferrero, relativa al tribunal de los siete jueces como hubo hasta 1960, y propugnó que la Corte Suprema sea la que declare la inconstitucionalidad de las leyes.

Reconoció que tales facultades aumentarían su poder sobre los otros restantes, pero prefirió emprender este ensayo y luego comprobar su bondad o fracaso.

El doctor Laurie Solís sostuvo que en este Fórum, que tiene por objeto mantener la legalidad y el estado de derecho como uno de los requisitos indispensables de la democracia que felizmente se está reorganizando nuevamente en el país, se ha planteado tres ponencias para ver la forma de garantizar la constitucionalidad.

Una de ellas es la del doctor Benavides Correa, que me parece la más simple y a la cual voy a adherirme en el sentido de que si bien, como dice el doctor Ugolotti con bastante razón, existe esta facultad en el Poder Judicial de no aplicar las leyes o disposiciones anticonstitucionales, puesto que en cualquier contención los jueces tienen la facultad de escoger la ley que prime y deben aplicar la ley conforme con la constitución sobre lo que esté en contra.

Expuso que es cierto que el Poder Judicial no ejercita esta facultad que aparece en el Código Civil por considerar que no existe la norma procesal.

Por eso, consideró muy importante la dación de un dispositivo constitucional que expresamente obligue a los jueces a declarar la inaplicabilidad de la disposición inconstitucional.

Sobre esta afirmación expresó su creencia de que todos los abogados estaban de acuerdo y que, por ello, debe convertirse en una conclusión del Fórum, debiendo

hacerse ambiente para que la Constitución se reforme disponiendo que los jueces obligadamente declaren inaplicable la ley inconstitucional.

Frente a la ponencia del doctor Benavides Correa, expuso que se había presentado la del doctor Ferrero Rebagliatti, quien encarga la facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley no a la Corte Suprema, a la que considera de carácter conservador, sino a un nuevo organismo denominado «Tribunal de Garantía Constitucional», semejante a la que propugna el doctor Balarezo Delta. Informó que el doctor Alzamora Valdez, en cambio, está de acuerdo con la tesis del doctor Benavides Correa.

Para el doctor Ferrero, el Poder Judicial es un elemento conservador que frenaría el carácter social, que podrían ser calificadas de inconstitucionales.

El doctor Laurie Solís refutó esta posición y afirmó que, por el contrario, el Poder Judicial ha reconocido nuevos derechos a los trabajadores, como la indemnización a los obreros, antes de que hubiera ley.

Añadió que la finalidad es garantizar la Constitución y los derechos fundamentales humanos, como el *habeas corpus*, que constantemente se pondrían en peligro por disposiciones inconstitucionales de un gobierno autoritario, aunque funcionara un organismo como el que propugna el doctor Ferrero.

Expresó su idea de la necesidad indispensable de dar esa facultad en forma expresa por la Constitución y que, por ello, era contrario al temperamento del doctor Ferrero.

Continuando con su examen del Tribunal de Garantías Constitucionales, el doctor Laurie Solís encontró otro inconveniente al considerar que se crearía un nuevo organismo por encima de los tres Poderes.

Otro inconveniente —añadió— es encontrar el personal adecuado e independiente.

Acerca de esta organización del nuevo tribunal, el doctor Laurie Solís recordó que el doctor Ferrero propuso tres representantes del Poder Legislativo y tres representantes del Poder Ejecutivo sobre un total de once miembros, lo cual le aseguraría el órgano del cual emane la disposición inconstitucional, una mayoría de seis sobre cinco, que permitiría la ratificación de esa disposición contraria a la Constitución.

Concedió que quizás el inconveniente para el funcionamiento de este tribunal es que el país no está aún lo suficiente cuajado y que, en consecuencia, habría que hacer ambiente favorable. Dejó aclarado que no es, por tanto, contrario a ese tribunal. Solo que no cree factible su establecimiento.

Propuso, luego, que debería hacerse ambiente para la reforma constitucional respectiva y, en todo caso, apoyar el proyecto que comenzó a debatirse en la Cámara de Diputados, con dictamen favorable de la Comisión dictaminadora, y que actualmente está suspendido ese debate.

El tercer lugar indicó que el señor Decano, ilustre jurista, ha expuesto ideas al respecto que particularmente representan una tercera tendencia: la no incompatibilidad de las posiciones de los doctores Ferrero y Benavides Correa, aunque el primero de estos ponentes puso de manifiesto que eran opuestas.

El doctor Laurie Solís estuvo de acuerdo con el doctor Bustamante de que no hay tal incompatibilidad y en cuanto a dichas ponencias afirmó que mientras es más factible del Dr. Benavides, aún está en gestación en la conciencia nacional la del Dr. Ferrero.

Por otro lado, prosiguió, la creación de un Tribunal de Garantías Constitucionales podría frenar al Poder Judicial en esa facultad que queremos darle, ya que tendría que esperar la declaratoria de ese tribunal y, mientras ella no se produzca, tendría que aplicar la disposición inconstitucional.

El doctor Chávarri partió de la doble apreciación del problema: inaplicabilidad de la disposición constitucional y declaración de inconstitucionalidad.

En cuanto al primer aspecto, se refirió al art. XXII del Título Preliminar del Código Civil y al hecho de que un distinguido diputado nacional, autor de un proyecto sobre este problema, con dictamen favorable, le consultara estos aspectos. Según dicho proyecto, se adicionaría al art. XXII la obligación de los jueces de todas las jerarquías de declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones violatorias de la Constitución, no aplicándolas de segunda instancia deberán elevar en consulta estas resoluciones. Esta obligación se fundamenta en la necesidad de buscar la unidad de la jurisprudencia. Además, este artículo XXII sería trasladado a la Carta Política. Los derechos así protegidos serían no solo los civiles, sino los de toda clase. El *habeas corpus* se invocaría contra toda inobservancia de las disposiciones legales o contra disposiciones legales inconstitucionales.

Esta —dijo— es su solución para resolver el problema de la inaplicabilidad de las leyes dentro de los conceptos conocidos del derecho constitucional y de la organización política y funcional de los Poderes Públicos.

Por lo que hace al problema de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes y decretos y resoluciones, se refirió al artículo 133 de nuestra Constitución, manifestando que hay necesidad de aplicarlo a las leyes y el establecimiento del procedimiento para ejercitar la acción popular.

Añadió que la responsabilidad de formar ambiente para estas reformas y la presentación de los respectivos proyectos a las Universidades, Colegios de Abogados, etc.

En cuanto a la acción popular para denunciar la inconstitucionalidad, dijo que quizás podría encomendarse su ejercicio obligatoriamente al Ministerio Fiscal, en cualquiera de sus categorías.

El señor Decano anunció que el Fórum continuará el próximo miércoles, renovando la invitación a los ponentes doctor Alzamora y Balarezo, así como gestionar el envío de copias de los proyectos de ley a que se ha referido el doctor Ugolotti.

En este estado, se levantó la reunión.

Eran las 9 de la noche.

COMUNICACIÓN DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA A LA CÁMARA DE DIPUTADOS EN RELACIÓN CON LAS CONCLUSIONES DEL FÓRUM SOBRE «DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES»

Lima, 3 de octubre de 1960.

Señores Secretarios de la Cámara de Diputados.

Me es honroso comunicar a Uds., por encargo de la Junta Directiva que presido, que el Colegio de Abogados de Lima convocó recientemente un Fórum sobre «Declaración de Inconstitucionalidad de las Leyes», el cual se desarrolló durante los días 24 y 31 de agosto y 7 de setiembre en curso, con la concurrencia de numerosos profesionales. Las conclusiones obtenidas de los debates de ese Fórum, que han sido elevadas a la Junta Directiva, son las siguientes:

«1°- Solicitar al Poder Legislativo se digne discutir y, en lo posible, aprobar en la presente legislatura ordinaria el proyecto formulado por la Comisión de Constitución, con fecha 5 de diciembre de 1956, al dictaminar sobre otro proyecto de 5 de octubre del mismo año presentado por el diputado por Lima, Dr. Alfonso Benavides Correa, y varios otros señores representantes sobre «Inconstitucionalidad de las Leyes».

El texto cuya aprobación se pide podría ser el siguiente:

«Artículo Único.- Adiciónase el Art. 227° de la Constitución del Estado con los siguientes parágrafos: En los casos de conflicto entre una norma constitucional y una legal, los jueces y tribunales aplicarán de oficio la primera, bajo responsabilidad. La resolución se elevará en consulta a la Corte Suprema para que sea revisada en Sala Plena y la decisión se adoptará por mayoría de votos».

«Los Jueces y Tribunales no aplicarán las Resoluciones, Decretos o Reglamentos del Poder Ejecutivo, o de cualquier autoridad, que fueren opuestos a la Constitución o a las leyes. Los jueces y tribunales podrán suspender preventivamente el acto administrativo cuando lesione gravemente un derecho».

«Por el mérito de la sentencia ejecutoriada que declare la inaplicabilidad de una Ley, Reglamento, Decreto o Resolución, la Corte Suprema propondrá su modificación o derogación, en ejercicio del derecho de iniciativa que le confiere el artículo 124 de la Constitución. Mientras tanto no podrá aplicar en forma alguna tal norma en otras causas que llegaren a su conocimiento».

«La Corte Suprema intentará la corrección de los defectos de fondo o de forma de las Leyes Constitucionales que se encuentren en contradicción con la legitimidad constitucional»».

«2°- Solicitar la modificación y ampliación del Art. 133 de la Constitución del Estado, en los términos siguientes:

«Artículo 133°- Hay acción popular ante la Corte Suprema de Justicia contra las leyes que infrinjan la Constitución y contra los Decretos, Reglamentos y Resoluciones gubernativos que infrinjan la Constitución o las Leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros».

«La Corte Suprema resolverá el recurso en Sala Plena y con la totalidad de sus miembros expeditos, oyendo previamente al Procurador General de la República y a quien interpuso la acción».

«Los fallos que recaigan en esta clase de acciones dejan automáticamente sin efecto las leyes u otras resoluciones que hubiesen sido objeto de la acción»».

Agradeceré a Uds. se dignen hacer llegar a conocimiento de la Cámara las conclusiones que anteceden, a fin de que sean tomadas en cuenta al reabrirse los debates sobre el proyecto pendiente relativo a «Inconstitucionalidad de las Leyes».

Dios guarde a Ud.

José Luis Bustamante y Rivero
Decano.

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Guía de instrucción para los autores

1. Sobre la Revista Peruana de Derecho Constitucional

1.1. Descripción general

La *Revista Peruana de Derecho Constitucional* (en adelante RPDC) es la revista oficial del Tribunal Constitucional del Perú. Su primer número ha sido publicado en 1999. Desde el año 2023 la publicación es semestral (sus fechas de aparición son julio y diciembre de cada año), la misma que es dirigida por el Magistrado Director General del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional (CEC). Además, la integran: un Consejo Consultivo, un Consejo Editorial y el editor (labor que se encuentra a cargo del Director de Publicaciones y Documentación del CEC).

1.2. Recepción y publicación

La RPDC recibe y publica trabajos de investigación sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Teoría del Estado, Historia Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Ciencia Política y ramas afines.

1.3. Sobre los contenidos

Los contenidos de cada número de la RPDC están dedicados a un tema jurídico que es elegido por su Director. Los trabajos de investigación que se encuentran relacionados al referido tema se publican en una **sección especial**. A diferencia de las investigaciones ajenas al número temático de la RPDC, que se publican en la **sección estudios constitucionales**. La RPDC también contiene una **sección homenaje**, donde se publican trabajos

especialmente preparados en reconocimiento a un/a jurista destacado/a o sus propios trabajos. Adicionalmente, la RPDC ofrece la **sección de jurisprudencia comentada**, donde se publican estudios críticos a las sentencias relevantes; una **sección clásicos**, en la que se publican trabajos de autores clásicos; una **sección de documentos**, en la que se publican documentos históricos; y una **sección de reseñas bibliográficas** en la que se comentan obras publicadas recientemente.

1.4. Invitación a publicar

El Director General invita formalmente a especialistas en la materia a escribir en la RPDC. La convocatoria también es abierta y permanente. Los trabajos de investigación que sean enviados para publicación a la RPDC, deberán atender el cronograma establecido para cada numero de la revista; del mismo modo, tomar en consideración los requisitos mínimos exigidos y superar la evaluación correspondiente.

2. Sobre la remisión de los trabajos

Los trabajos remitidos para la **sección especial** tienen que ser originales e inéditos, los mismos que deberán ser enviados al siguiente correo electrónico: publicaciones.cec@tc.gob.pe u otro que se designe. Para efectos de su publicación los trabajos serán objeto de evaluación por pares anónimos. El idioma principal de los contenidos publicados en la RPDC es el español. Sin perjuicio de ello, serán publicados aquellos trabajos remitidos en idiomas distintos al español, siempre y cuando sean pertinentes a las convocatorias realizadas y cumplan los requerimientos editoriales establecidos.

Para todos los efectos, es responsabilidad de los autores el envío de trabajos en estricto cumplimiento de los derechos de autor en relación a la legislación vigente.

3. Formato de los trabajos de investigación

3.1. Formato

Los trabajos de investigación deberán presentarse en formato Word, estilo y tamaño de letra en Times New Roman 12. El espacio tendrá un interlineado de uno y medio. La extensión total del trabajo de investigación presentado

no deberá superar las veinte (20) páginas (un máximo de 9,000 palabras), quedan incluidas las notas a pie de página, bibliografía, apéndices, imágenes, cuadros estadísticos y demás información que contenga. De manera excepcional, el Director podrá autorizar una extensión mayor.

La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores y su dirección o direcciones de correo electrónico, (de ser el caso) código de investigador ORCID (*Open Researcher and Contributor ID*) conforme a las indicaciones que aparecen a continuación.

3.2. Título

El título se colocará en español e inglés al medio, en negrita y en mayúsculas. La comprensión del mismo deberá ser factible y coincidir con el contenido de la investigación. De preferencia se debe evitar el uso de palabras que sean de difícil entendimiento, en otro idioma y el uso de acrónimos.

3.3. Resumen

Los trabajos irán precedidos de un breve resumen, en español e inglés (*abstract*), cuya extensión debe estar comprendida entre 120 y 150 palabras. Su contenido ha de limitarse a tratar lo reflejado en el trabajo. No deberán incluir situaciones, ideas o pensamientos que no estén relacionados con el trabajo remitido.

3.4. Palabras clave

Se incluirá un máximo de diez palabras clave, en español e inglés (*Keywords*). Las palabras clave del trabajo de investigación irán una a continuación de las otras precedidas por un punto y coma.

3.5. Sumario

El sumario contendrá los títulos y subtítulos del trabajo de investigación remitido, las notas (de haberlas) y la bibliografía. Indicará, por tanto, cómo se encuentra estructurado. Se recomienda que los títulos se numeren en romanos y en mayúsculas y los subtítulos en números arábigos y en minúsculas.

Un ejemplo es el siguiente:

I. PLANTEAMIENTO

II. LEGITIMIDAD DEL USO DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EXTERNA

1. Perspectiva jurídico-teórica

2. Perspectiva jurídico-positiva

III. LA PRÁCTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

IV. VALORACIÓN DE LA PRÁCTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

1. Frecuencia y asimetrías

2. Las razones del uso moderado

3. Función y valor jurídico

4. Algunos usos problemáticos

4.1. La correcta comprensión de la doctrina citada

4.2. La jurisprudencia extranjera controvertida en origen

4.3. La selección de la jurisprudencia citada: representatividad y pertinencia

V. CONCLUSIONES

NOTAS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS[1]

Dependiendo de la cantidad de títulos y subtítulos puede permitirse un sumario que solo contenga los títulos. Este formato se puede incluir si no ha sido remitido por el autor. También se puede modificar.

Además del artículo, los autores deben presentar las siguientes declaraciones: 1. Declaración de originalidad, 2. Declaración de Metadata y Biodata; y 3. Declaración de Ciencia Abierta. De igual modo, los autores deberán remitir el texto de su artículo empleando el Formato de presentación del trabajo.

---

[1] Sumario extraído de: Arzoz Santisteban, X. (2022). La cita de jurisprudencia constitucional comparada por el Tribunal Constitucional español. *Revista Española de Derecho Constitucional,* 125, 13-44. DOI: https://doi.org/10.18042/cepc/redc.125.01

4. Sobre el proceso de publicación

4.1. Revisión de pares ciegos

La RPDC acusa recibo de los trabajos de investigación remitidos. Todas las investigaciones presentadas para la **sección especial** son evaluadas aplicándose el método de revisión por pares ciegos. Ni el autor tendrá conocimiento de quien es el revisor ni el revisor tendrá conocimiento de quién es el autor. Los revisores serán especialistas en la materia. De presentarse observaciones o errores advertidos que pueden ser corregidos, el trabajo será remitido al autor para que, si lo considera, efectúe los ajustes pertinentes. Si el autor manifiesta no estar de acuerdo con las observaciones, tiene la posibilidad de solicitar el retiro de su trabajo. Los trabajos serán sometidos a programas de detección de similitud.

4.2. Publicación posterior

Previa comunicación de conformidad, aquellos trabajos que no llegasen a ser publicados en el número para el que fueron presentados, se informará previamente al autor si está de acuerdo en que la publicación del mismo se realice en el número sucesivo de la RPDC.

5. Sobre el citado

El citado y las referencias deben ajustarse a la Norma APA, Sétima Edición. El citado y las referencias podrán ser corregidos a este formato o el trabajo podrá ser devuelto al autor para que realice las correcciones correspondientes. Excepcionalmente, tratándose de trabajos seleccionados para la publicación en la *sección clásicos* o *documentos históricos*, podrá aceptarse el estilo de citado original. La RPDC puede realizar ajustes menores al formato referido, lo que se verá en cada caso en concreto.

6. Derechos de autor

Respecto de aquellos trabajos que hayan cumplido las exigencias editoriales y su dictamen sea el de publicable, se comunicará al autor que el mismo ha sido **seleccionado para ser publicado.**

La RPDC se reserva los derechos de reproducción, distribución, donación, venta (de ser el caso), de la revista y por ende de los contenidos de la misma en cualquier formato en que se haya realizado su publicación. En ese sentido, los autores manifiestan su consentimiento para la publicidad

de la RPDC a través de medios de comunicación que puedan ser utilizados para su difusión, ya sean canales tradicionales o virtuales (redes sociales, canal de *Youtube*, notas de prensa, y demás existentes).

7. Sobre la comunicación entre los autores y el editor de la RPDC

Para los interesados en publicar en la revista, que tengan el interés en enviar o hayan enviado sus colaboraciones en todo aquello respecto de la publicación de la revista, se debe desarrollar una comunicación permanente con el editor o quien sea por él designado para la debida y oportuna atención, la misma que se va desarrollar a través del siguiente correo: publicaciones.cec@tc.gob.pe u otro que se designe.

8. Otras pautas a considerar por parte del editor

La aceptación o rechazo serán realizadas con la debida pertinencia y en estricto cumplimiento de los requerimientos académicos y editoriales establecidos. Del mismo modo, queda en salvaguarda la confidencialidad en todo el proceso editorial: recepción, evaluación, observación y dictamen de las colaboraciones. Asimismo, se llevará a cabo de manera diligente, la publicación y difusión de la revista en los formatos y medios correspondientes.

9. Sobre la remisión de la guía de instrucción para los autores

Esta guía de instrucción para autores será remitida junto con la invitación para escribir las colaboraciones de investigación solicitadas por la RPDC.

Siendo que la convocatoria de la revista es abierta, los requisitos para el envío de trabajos son de conocimiento público. Se podrá acceder a los mismos a través de las vías institucionales de la entidad; de tal modo, que todos aquellos interesados en participar en las convocatorias a publicar en la revista, cumplan oportunamente con las exigencias editoriales previamente señaladas, con ello se busca promover el envío de colaboraciones que desde la primera oportunidad se ajusten a lo solicitado.

10. Consultas y comentarios

Si tuviera alguna duda y/o comentario, puede escribir al siguiente correo electrónico: publicaciones.cec@tc.gob.pe.

Centro de Estudios Constitucionales
Tribunal Constitucional del Perú