

# LAS LIMITACIONES DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE\*

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n055.6091>

El tema que yo escogí y del que hablamos fue sobre el asunto de la constitucionalización del derecho y sus límites. Esa fue la idea que yo tuve, porque el tema de la constitucionalización del derecho nos ha invadido desde hace unos veinte años más o menos. Hasta donde va mi recuerdo o cómputo, esto se inicia en Francia en los años ochenta del siglo pasado. Hay un gran debate porque Francia tiene una estructura peculiar: por un lado, está el Consejo Constitucional (que nadie sabe bien qué es) y, por el otro, está el Consejo de Estado. Entonces ahí la cosa es un poco complicada y existe un debate al respecto. El último gran debate que yo he logrado ubicar ha sido en un ensayo de Favoree.

Favoree es el gran constitucionalista francés que ha muerto hace unos años. Yo hablé con él sobre esto, porque nos vimos en México hace unos años. Pero, aparte de México, no ha ido a ningún lugar y tiene dos o tres cosas publicadas. Voy a mencionar una frase de él: "El problema es que la mayoría de los juristas en actividad, se formaron en el espíritu del legicentrismo y para ellos es difícil reorientar su cultura jurídica alrededor de nuevos conceptos". Eso es cierto básicamente en Europa. Yo recuerdo que hace algunos años, en un congreso de derecho penal (bueno, yo no estuve presente, pero he leído las actas), el gran Carnelutti decía (año 65, él murió en el 67) que el gran error de la Europa continental había sido olvidarse del juez, que es la figura central del derecho. Eso decía Carnelutti en el año 65 y, en otra parte (no sé si él u otro jurista), decía más o menos lo siguiente: "Un país puede vivir sin leyes, pero no puede vivir sin jueces". La importancia de la judicatura.

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente universitario en la Universidad de Lima y la Pontificia Universidad Católica del Perú. Secretario general del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y presidente honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Muy bien, entonces esto lo plantea Favoree y corre, se ha extendido mucho. Viendo más atrás, hay una obra de Pelegrino Rossi. Es un autor al que casi ni se le conoce. Es un italiano que acaba sus días en Francia, es un noblecillo, está vinculado a la nobleza francesa. En fin, penalista del derecho. Tiene un libro de derecho penal que está en francés, todavía se puede conseguir una copia en una edición similar, pero yo tengo la versión italiana, un tratado de derecho constitucional. Él tiene una frase feliz, que traduciría así, en términos sencillos: "La Constitución recoge el enunciado a los capítulos del orden jurídico", o sea, cada código, el Código Procesal, por así decirlo, porque en esa época se hablaba de enjuiciamientos, o el Código Civil. Ese título está encaminado en la Constitución, que es una especie de síntesis. Esto está hecho en el siglo. Él inauguró el curso de Derecho Constitucional en la Universidad de París en 1834 o 1835 y, claro, en su época había muy pocas constituciones, mucha monarquía, y es un avance con las limitaciones de su época; pero, en fin, eso se refleja en la constitucionalización, en la cual se ha ido avanzando mucho últimamente.

Hay que tener presente, por otro lado, que ese pensamiento es europeo, porque en Estados Unidos, a raíz de la sentencia del juez Marshall en 1803, queda a caer un poco en desuso hasta después de la Guerra Civil. Se consideraba que todo era controlable dentro de ciertos parámetros y con algunas salvedades. Entonces, este era más que todo el pensamiento europeo, el americano era otro. Si bien nosotros tuvimos mucha influencia francesa, básicamente en el lado privado, en la parte pública, al margen de la importancia de las declaraciones francesas, el derecho norteamericano fue más importante, o sea, el federalismo es creación americana, el presidencialismo es creación americana, el control difuso es creación americana. Pero qué bien que eso nos llega a nosotros de forma articulada. Es como si dirían algunos estudiosos que la habilidad de la doctrina alemana en los últimos años ha sido darle un ropaje sofisticado y criterio a lo que dicen los norteamericanos, lo cual algo de razón tiene. Por lo menos, en la ponderación es clarísimo; va a Estados Unidos por muchos años y la ponderación es reciente, esto empieza. Ahora, ¿cuál es el otro problema que viene con la constitucionalización? Que después de la Segunda Guerra Mundial aumenta grandemente el área constitucional, con las constituciones escritas o aprobadas antes de 1914. Tienen un tono, después de la guerra en el año 18 tienen otro tono y después de la Segunda Guerra Mundial se marcan mucho las cosas, respecto a los derechos humanos y también al sistema de gobierno.

Esto va avanzando y calza con la idea del concepto de la constitucionalización del derecho. Esto ha ido avanzando —en mi opinión— demasiado, de forma tal que hay un aspecto que nace en los Estados Unidos a fines del 19, más o menos, aunque History lo decía antes y en este siglo, y es que decía que hay cuestiones políticas no justiciables. O sea, Marshall fue muy claro en eso. Dijo que una vez hizo un malabarismo jurídico en *Marbury versus Madison*, porque a *Marbury* lo dejó en la estacada, que además ocupó el

cargo; se sentó el principio para tranquilizar a la gente de la Casa Blanca, que no lo veía bien, entre ellos, Jefferson. Entonces, estas cuestiones políticas se han ido respetando durante el siglo XIX y que más o menos es aquello que es propio del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, que es discrecional y no debe ser tocado; eso avanzó mucho hasta que en los años sesenta del siglo pasado ha empezado a ser cuestionado y hay una jurisprudencia que ha cuestionado eso y lo ha reducido a ámbitos muy limitados, con razón o sin ella; esa es la realidad. Ahora bien, aquí en el Perú y en otras partes de América Latina, en Argentina, con toda seguridad, hay una tendencia de que todo es judicializable. Esto trae muchos problemas, porque en realidad hay ciertas cosas que no dependen de la Constitución, sino básicamente de valoraciones. Hay una situación muy complicada que ha sido objeto de estudio de mi dilecto amigo Saóes, en que analiza el problema de la Sala Constitucional de Costa Rica, que declaró inconstitucional la decisión del Ejecutivo de adherirse a la alianza antiterrorista europea y americana. La sentencia es un galimatías; en realidad, inventaron cosas que no existen, para mi gusto, y se metieron en cosas en las que no debían meterse. Ahora, claro, en Costa Rica hay una situación especial, porque por un lado no tienen ejército y no han hecho declaraciones de neutralidad ni paz en años de años. Entonces podría ponerse como situación que Costa Rica es un caso ejemplar. Además, a ellos les gusta venderse como ejemplares, porque ya sabemos cómo es Centroamérica. Costa Rica es un diamante en medio de una selva, porque Centroamérica es un lugar complicado, aparte de su cultura o su tradición, que son interesantísimas. Entonces ahí hubo varias voces que decían "sí". Yo creo que no. Estas cuestiones políticas no judiciales deben reducirse al mínimo y nosotros hemos tenido dos casos recientes en el Perú, en los cuales la prudencia del Tribunal Constitucional lamentablemente no estuvo a la altura.

Estoy hablando de sentencias mayoritarias; no de sentencias unánimes, sino mayoritarias. El Tribunal mostró esto último, en la actualidad. En mi opinión tiene muchas carencias en comparación con anteriores y una de ellas es esta: le echa fuego al gobierno, lamentablemente. Ahora bien, hay dos casos que son interesantes y voy a mencionar, dos hechos políticos recentísimos. Uno de ellos es la disolución del Congreso, que ocurrió en septiembre del 2019. Se convocó a elecciones para enero y se instaló en marzo, pero era una atribución netamente política y si algo habría que ver sería simplemente si se cumplió el debido proceso, o sea, si formalmente se desarrollaron las pautas existentes. El Tribunal simplemente avaló esa disolución, lo cual podría ser discutible. Pero hay otra más que puede ser complicada y es cuando se produce la vacancia del señor Vizcarra, en la cual hubo una especie de euforia colectiva porque salió la gente a la calle. Parecía todo teledirigido para defender al señor Vizcarra. Ahora ya nadie lo defiende, pero en ese momento hechizaba a la multitud y algunos que lo apoyaron decían que no apoyaban al señor Vizcarra, sino a la institucionalidad, como si la vacancia presidencial en el artículo respectivo no fuera

parte de las instituciones. No solo eso, sino que la vacancia presidencial, que está tomada del impeachment norteamericano, existe en el Perú desde 1839, o sea, no es una cosa de sorpresa. Así son los términos.

Vacancia por incapacidad moral, dicen. Esta es nuestra versión del impeachment, la cual habla de la figura de minors, que significa faltas en conductas, y eso existe en Estados Unidos. Entonces, ¿por qué nos rasgamos las vestiduras? No obstante, el Tribunal Constitucional, por mayoría, declaró con otra categoría tomada del derecho mexicano que habría una sustracción de materia, o sea, digamos que al señor Vizcarra se le llamó, se le hicieron llegar los cargos, luego absolvió los cargos, se presentó, se discutió y se le vacó, punto. Entonces, el Tribunal dijo que en realidad había una sustracción de materia. Es decir, cuando había sucedido eso, ya había salido, o sea, ¿qué iban a hacer? Aunque algunos querían reponerlo en el cargo, pese a que fue una acusación política. O sea, la acusación constitucional tiene básicamente lo siguiente: número 1, salir del cargo; número 2, suspender los derechos políticos por diez años (en Estados Unidos es de por vida); número 3, pasarlo al Poder Judicial para que lo investigue. Entonces, indudablemente estas dos fases no deben ser objeto de ningún pronunciamiento judicial; más bien, si el candidato o la persona o el funcionario vacado es pasado al Poder Judicial, será este el que decida si hay una sanción penal. Porque estas son sanciones políticas que dependen de valoraciones políticas y de momentos políticos, y de momento no deben ser judiciales estas dos: la disolución y la vacancia. Tampoco sería judicial, por ejemplo, la censura de un gabinete. ¿Por qué sería judicial? ¿La interpelación por qué sería judicial? Son cosas de libre albedrío del órgano pertinente. Hay cosas más que no deberían serlo. Por ejemplo, un caso errático (entiendo que también es políticamente discutible) es el del indulto que se le dio a Fujimori y antes a otros funcionarios. Ahí el Tribunal Constitucional entró a analizar el indulto, o sea, ¿sobre la base de qué? Si la Constitución dice que el indulto es cosa juzgada. ¿No les gusta? Perfecto, que cambien el artículo. Lo que aquí están haciendo es un manipuleo de la Constitución, que es lamentable. Entonces, cuando se dice que no hay campo libre exento del control constitucional, yo diría sí hay campo libre, tiene que haber. Y, si se ejerce, debe ser de forma acotada.

Les pongo otro ejemplo que ha sucedido en el Perú: hay comisiones investigadoras que llaman a una persona o llaman a dos y emiten un informe. Este informe pasa al Ministerio Público porque la Constitución señala que las investigaciones de las comisiones investigadoras del Congreso no amarran al Ministerio Público, no crean precedentes ni son obligatorias en absoluto. Eso va al Ministerio Público, que verá si abre investigación o no. Eso depende del Ministerio Público. El Congreso es un órgano político al 100 %. Sin embargo, en alguna oportunidad se planteó en el expresidente García que sí se podía dejar sin efecto una conclusión de una comisión investigadora, pese a que no es vinculante, si es que no se veía observado el debido proceso y, claro, eso es interesante porque, si ello es investigado por una comisión, aun cuando no obligan a nadie los resultados de esa

comisión, es indudable que uno debe ser notificado adecuadamente, una vez o dos; debe ser informado de los cargos que se le hacen. Número tres: debe poder absolver esos cargos; número cuatro: debe poder defenderse asistiendo con un abogado. Entonces, si eso se cumple, lo demás es una opinión de la comisión, que no obliga. Así de simple.

Entonces, esto que está circulando y se lo creen a pies juntillas los miembros del Tribunal Constitucional habría que replantearlo. No todo es judicializable y, si lo es, es básicamente formal. Esto entiendo que es un problema complicado y polémico, porque me estoy yendo contra muchos distinguidos colegas, a quienes aprecio intelectualmente, pero no voy a estar a eso. Finalmente, quisiera opinar sobre algo que se habla y que he visto en algunos manuales: derecho civil constitucional. Yo creo que ese es un nombre de marquetería, un nombre publicitario. No existe el derecho civil constitucional, así como tampoco existe el derecho penal constitucional. Me refiero como disciplinas autónomas. Lo que existe es el derecho civil, por un lado, y el derecho constitucional, por el otro. Ahora, el derecho constitucional influye en ciertas pautas del Código Civil. Por ejemplo, el Código Civil de 1936 establecía que los hijos se distinguían entre nacidos en matrimonio y nacidos fuera del matrimonio. Cuando viene la Constitución y luego lo recoge el Código Civil de 1984 vigente y después dice que no hay diferencia entre hijos, entonces la diferencia que había (que alcanzaba incluso a la herencia) se eliminó. O sea, el derecho constitucional invadió, por así decirlo, parte del derecho civil, no todo, sino los grandes principios. Así pues, cuando hablamos de un derecho civil constitucional (he visto que se han publicado algunas cosas), lo hacemos en tono coloquial, pero no existe una disciplina que se llame así. Hay que saber que eso implica, básicamente, que el derecho civil está compenetrado con los principios constitucionales, no en todo. Por ejemplo, el tercio de libre disposición que existe en nuestro código no es constitucional ni inconstitucional; es simplemente una opción política y punto. No quiero extenderme más con la paciencia y la tolerancia que me han dispuesto. Muchísimas gracias.

