

2022
15

2022
15



REVISTA DE DERECHO DE ALUMNOS
DE LA UNIVERSIDAD DE LIMA

EDICIÓN ESPECIAL BICENTENARIO

athina

REVISTA DE DERECHO DE ALUMNOS DE LA UNIVERSIDAD DE LIMA



COORDINADORES GENERALES

Luis Roel Alva
Renzo Díaz Giunta

PRÓLOGO

Víctor García Toma

AUTORES

Violeta Bermúdez Valdivia
Milagros Campos Ramos
Luis Castillo Córdova
César Delgado-Guembes
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera
Enrique Gherzi Silva
Carlos Hakansson Nieto
Marcela Huaita Alegre
Úrsula Indacochea Prevost
César Landa Arroyo
Alexandra Molina Dimitrijevič
José Naupari Wong
María Teresa Quiñones

En el marco de la celebración del Bicentenario de la Independencia del Perú, la Revista Athina nos presenta una Edición Especial realizada con sumo cuidado tanto por los temas tratados como por la reunión de prestigiosos cultivadores del Derecho Público del ámbito nacional. La disciplina jurídica se ve altamente beneficiada por la diversidad de plumas acreditadas que acometen el desafío de examinar críticamente instituciones constitucionales decisivas para el funcionamiento del régimen constitucional. Encontramos una variedad de temas de la parte dogmática de la Constitución, en relación con los derechos fundamentales desde una perspectiva general abordándose también desde una perspectiva particular, los derechos olvidados de las personas adultas mayores, así como la libertad de expresión en el contexto de las redes sociales. También se insertan reflexiones sobre la cultura constitucional y el nuevo Código Procesal Constitucional.

De la parte orgánica, no es menor el interés que suscitan las contribuciones sobre los institutos “cuestión de confianza”, “control parlamentario” y el de la “causal de vacancia de la figura presidencial por incapacidad moral”, que permiten comprender la compleja relación que se ha entablado entre el Gobierno y el Congreso que dificulta la gobernabilidad del país. Resultan muy sugestivas las contribuciones que aportan elementos del derecho constitucional comparado para la reflexión sobre el control previo de constitucionalidad. El número se complementa con diálogos de gran interés sobre principios constitucionales en relación con el régimen económico y de otra parte, sobre la selección de los magistrados del Tribunal Constitucional. Finalmente, el volumen contiene un par de entrevistas, una de ellas, sobre las vacunas y el derecho a la salud y la segunda, un correcto homenaje a una gran figura política como lo fue don Javier Alva Orlandini.

Estoy segura que el lector de este ejemplar disfrutará el placer de su lectura al tiempo que enriquecerá su “enciclopedia mental”, todo está en que se contagie del entusiasmo con el que este volumen ha sido preparado.

Dra. Gladys Camacho Cépeda
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho - Universidad de Chile



ATHINA
REVISTA DE DERECHO DE ALUMNOS DE LA
UNIVERSIDAD DE LIMA



athina

Revista de Derecho
de los Alumnos de la
Universidad de Lima

EDICIÓN N° 15
ESPECIAL BICENTENARIO
2022

Coordinadores Generales

Luis Andrés Roel Alva
Renzo Sebastián Díaz Giunta

Cómo citar

Díaz Giunta, R., & Roel Alva, L. (Coords.). (2022). Athina Edición Especial Bicentenario, (15). Lima: Athina.

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Prohibida la reproducción de esta revista por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de su titular.

© 2022, ATHINA: Revista de Derecho de los Alumnos de la Universidad de Lima, Facultad de Derecho. ASOCIACIÓN ATHINA IURIS

Las opiniones vertidas en ATHINA son de propiedad exclusiva de sus respectivos autores. ATHINA no se responsabiliza ni comparte necesariamente las opiniones vertidas de en esta edición.

Los trabajos incluidos en la Revista ATHINA que son objeto de publicación cuentan con la autorización de sus respectivos autores.

Revista con Periodicidad Anual

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú:
N° 2006 – 7994

ISSN 1991-0894

IMPRENTA:

LAYMAR IMPRESIONES
de Martín E. Ramírez Alvarado
RUC 10702498754
Pasaje Espinoza 155 - La Victoria

CORRESPONDENCIA EDITORIAL:

LIMA
Roberto Burga Hinostroza
997525619
robertobh190@hotmail.com

AUTORES



Violeta Bermúdez Valdivia

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ex Presidenta del Consejo de Ministros. Ex Viceministra en el Ministerio de la Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano. Ex Directora del programa Pro Descentralización de USAID. Docente de la PUCP. Especialista en género, derechos humanos y políticas públicas.

Milagros Campos Ramos

Abogada y politóloga con estudios concluidos de Doctorado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Integrante del Consejo Asesor del Observatorio de Reformas Políticas de América Latina. Docente en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente en la maestría de la Universidad San Martín de Porres. Ha sido integrante de la Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política. También, ha sido docente en la Universidad de Lima y Universidad del Pacífico. Integrante del Consejo Consultivo de la Comisión de Constitución del Congreso de la República. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Luis Castillo Córdova

Abogado por la Universidad de Piura. Doctor en Derecho por la Universidad de La Coruña (España). Profesor ordinario principal en la Universidad de Piura. Consejero externo en Rodrigo, Elías & Medrano. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Edward Cayotopa Luna

Asesor de magistrado en el Tribunal Constitucional peruano. Egresado de la maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú y abogado por la misma casa de estudios, con estudios en “Justicia Constitucional” por la Universidad de Génova (Italia). A la fecha desarrolla el curso de especialización en “Técnicas de interpretación y motivación de las decisiones judiciales” en la Universidad de Girona en coordinación con la Universidad de Genova (Italia), y es pasante, a nivel de posgrado, en la Universidad de Bologna (Italia). Autor de diversos artículos de su especialidad.

César Delgado-Guembes

Abogado y Magíster en Derecho, con mención en Investigación Jurídica, por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios de Maestría en Sociología y en Ciencia Política por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Catedrático de derecho constitucional, régimen

de organización constitucional del Estado, derecho parlamentario, procesos parlamentarios, gestión y organización parlamentaria. Ha sido funcionario del Congreso de la República del Perú (1980-2019). Ex Oficial Mayor del Congreso. Ex Director General Parlamentario. Ex asesor parlamentario. Ex asesor legislativo en el Ministerio de Defensa.

Renzo Díaz Giunta

Practicante pre-profesional en el Tribunal Constitucional del Perú. Subdirector Regional de Lima Metropolitana y Director Distrital de San Borja en la Organización Democrática Mundial por el Desarrollo (ODM). Director General del Círculo de Estudios de Derecho Constitucional de la Universidad de Lima (2021). Estudiante de duodécimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Ha realizado una estancia académica en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Chile). Miembro de la International Association of Constitutional Law (Suecia). Embajador estudiantil de Principles for Responsible Management Education (PRME) de las Naciones Unidas. Asociado en la Association of Young International Criminal Lawyers (YICL) [Italia]. Ha representado al Perú en la XXXVII Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del MERCOSUR (RAADH).

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Doctor en Derecho con mención sobresaliente summa cum laude por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). Posdoctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia). Magistrado y ex Vicepresidente del Tribunal Constitucional peruano. Ha sido Perito por la Comisión Interamericana ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Premio Extraordinario a la mejor investigación en España.

Enrique Gherzi Silva

Socio principal del estudio Gherzi. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho Civil por la PUCP. Doctor Honoris Causa en Ciencias Sociales por la Universidad Francisco Marroquín (Guatemala). Ha sido 30 años catedrático de Economía y Derecho en la Universidad de Lima. Es miembro de la Royal Economic Society y Mont Pelerin Society. Coautor del best seller “El Otro Sendero”.

Raúl Gutiérrez Canales

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho y Ciencia Política, y magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Máster en Derecho Parlamentario por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Asesor principal del Congreso de la República del Perú.

Carlos Hakansson Nieto

Abogado por la Universidad de Lima. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (España). Profesor de Derecho Constitucional e Integración en la Universidad de Piura. Titular de la Cátedra Jean Monnet (Comisión Europea). Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura.

Marcela Huaita Alegre

Abogada, Docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) e Investigadora asociada de su Instituto de Democracia y Derechos Humanos. Magíster en Estudios Legales Internacionales por el Washington College of Law (AU), con estudios de Doctorado en Derecho (PUCP). Ha sido Ministra de Estado en el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables

(2015-2016). En el 2016 fue Presidenta de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM/OEA), y actualmente es Vicepresidenta del Comité de Expertas del MESECVI/OEA (2020-2021).

Úrsula Indacochea Prevost

Abogada con estudios de Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialización en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Directora del Programa de Independencia Judicial de la Fundación para el Debido Proceso. Ex Legal Fellow de la Relatoría de Defensoras y Defensores de Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de derechos Humanos. Vicepresidenta de Constitucionalismo Crítico. Miembro de la International Association of Constitutional Law.

César Landa Arroyo

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Alcalá de Henares. Posdoctor por la Universidad de Bayreuth (Alemania). Ha sido Presidente y magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Ex Viceministro de Justicia. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, es Ministro de Relaciones Exteriores. Profesor de Derecho Constitucional en la PUCP y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Vicepresidente de la International Association of Constitutional Law. Comisionado de la International Commission of Jurists.

Alexandra Molina Dimitrijevic

Abogada por la Universidad de Lima, Master en Administración Pública por la Universidad Libre de Bruselas. Diploma de Estudios Políticos y Constitucionales por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia español, Máster en Estudios Hispánicos por la Universidad de Cádiz. Doctoranda en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesora de Derecho Constitucional y Administrativo en la Universidad Científica del Sur y de Historia Constitucional Peruana, Historia General del Derecho y Ciencia Política en la Universidad de San Martín de Porres. Presidenta de la Comisión de Derecho Administrativo y Gestión Pública de la Sociedad Peruana de Derecho.

José Naupari Wong

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex asesor de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República (2016 – 2018).

Luis Roel Alva

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). Director Fundador de la Revista Estado Constitucional. Docente universitario. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Profesor asesor del Círculo de Derecho Constitucional de la Universidad de Lima (2018-2021). Autor y coautor de diversos artículos de corte constitucional y derechos humanos. Congresista de la República para el periodo 2020–2021. Presidente de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales durante el periodo 2020. Segundo vicepresidente del Congreso de la República del Perú. Uno de los autores del Proyecto de Ley N° 7271/2020-CR, que propone la reforma al Código Procesal Constitucional, presentado el 04 de marzo de 2021, que originó el Nuevo Código Procesal Constitucional.

María Teresa Quiñones Alayza

Socia fundadora del estudio QA Legal, Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Harvard, miembro asociada en Women in the Profession, cuenta con experiencia en Derecho Administrativo económico, asociaciones público-privadas, regulación de servicios e infraestructura pública, con especial énfasis en los ámbitos de energía, saneamiento, transporte, telecomunicaciones e infraestructura de uso público.

José Alejandro Quinteros Cortez

Estudiante de duodécimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Ex miembro de la Revista Estado Constitucional y del Círculo de Estudios de Derecho Constitucional de la Universidad de Lima. Ha sido practicante pre profesional legal y de asuntos regulatorios del Área Comercial de Non-Food en Hipermercados Tottus, así como también practicante pre profesional legal de derecho tributario en Zuzunaga, Assereto & Zegarra Abogados. Actualmente se desempeña como miembro de la Comisión de Publicaciones de la Revista Athina.

MIEMBROS ATHINA



Dirección General

Alvaro Hernán Medina Quintana

Sub-Dirección General

Alexia Micaela Marroquín Díaz

Director de Administración

Sebastián Ygnacio Domínguez

Comisión de Administración

Melissa Daniella Meza Aliaga
Anguie Sarai Contreras Taica
Pol Jeremy Perez Bautista
Yasmina Ariana Yarleque Zarzosa

Directora de eventos

Carla Andrea Quiroz Serrato

Comisión de Eventos

Rossie Verónica Plasencia León
Raissa Herrera Álvarez
Krisz Michelle Sosa Rojas
Jennifer Nickool Mendizabal Salas
Andrea Orduña Vega

Directora de Imagen Institucional

Valeria Rossella Falla Sánchez

Comisión de Imagen Institucional

Romina Alessandra Román Bernalles
Maura Rosa Nuñez García
Claudia Elberthina Rodríguez Montalvo
Claudia Grandez Portugal
Sol Lobatón Liendo
Valeria Rengifo Amador

Directora de Ventas

Karla Daniela Aliaga Cancho

Comisión de Ventas

Karen Lulea Ríos Murguía
Elsa María Amoretti Lamadrid
Alessandra Zegarra Boza
Karol Roselly Quispe Cáceres
Jessy Ariana Ramírez Bustamante
Valeria Pizarro Arata

Director de Responsabilidad Social

Juan Carlos Aranda Colacci

Comisión de Responsabilidad Social

Raúl Armando Meléndez Arévalo
Daniela Chávez Navarro
Samantha Mirella Luján Berrocal
Ángelo Daniel Bolaños Gonzáles

Director de Publicaciones y Edición

Sergio Carhuayo Llanos

Comisión de Publicaciones y Edición

Ítala Gianella Valer Scarafone
Eddy Ramsés Torres Cabellos
Gonzalo Alejandro Zavala Amaya
Mariana del Pilar Jara Jara
Jose Alejandro Quinteros Cortez

CÍRCULO DE DERECHO CONSTITUCIONAL



Director General

Renzo Sebastián Díaz Giunta

Director Académico

Renato Antonio Ortega Pérez-Villarreal

Comisión Académica

Franco Alexander Vásquez Robles
Doménico Mariano Fonseca Ramírez
Bruno Antonio Gonzáles Sánchez
Eduardo Jesús Chocano Ravina
Mariana del Pilar Jara Jara
Nicole Prella Craff

Directora de Imagen Institucional

Brenda Lucila Gutierrez Oyola

Comisión de Imagen Institucional

Valeria Huaranga Cárdenas Quintana
Gianfranco Omar Mansilla Calderon
Jarissé Alexandra Junes Cusirramos
Flavia Fernanda Alvarado López
Renata Sophia Rendon Valdez
Natalia Avalos Espinoza
Dayana Sofia Lujan Sánchez
Carla Andrea Quiroz Serrato
Andrea Gabriela Orduña Vega

Directora de Organización Interna

Sadith Thamara García García

Comisión de Organización Interna

Christian Marcelo Ugarte Justiniani
Camila Maite Ortiz Vargas
Eduardo Tello Ortiz de Zevallos

Miembros ordinarios

Lucero Gianela Lozano La Rosa
Alessia Lucero Ramos Rivas
Alejandra Flavia Leturia Llanos
Estrella Yolanda Flores Vela
Jennifer Nickool Mendizabal Salas
Elizabeth Janet Calancha Vilchez
Grecia María Fernanda Medina Menacho
Helena Natalia Sanchez Borja
Samantha Mirella Lujan Berrocal
María José Guevara Giraldo
Lesly Yanela Castillo Huamán
Rashell Crystel Valer Riveros
Óscar Enrique Gómez Morey
Bryan Rodríguez Rosas
María Paz Neyra Zenteno
Stefano Adrián Rocca Rojas
Rossy Jeniffer Balvin Cerrón
Luisa Carolina Santos Delgado
José Hernán Camacho Loli
José María Espinoza Morote
Darren Kevin Vidal Carrion
Juan Aldair Lavado Espinoza
Lucia Caviglia Alvarado
Maria Claudia Quintana Estrada
Carlos Eduardo Elías Velarde
Luis Andrés Robles Peña
Gianela Xiomara Cisneros Soto
Walter Jefferson Estrella Paita
María Fernanda Martínez Delgado
Luighi Oropeza Aguilar

ÍNDICE



PRÓLOGO

Víctor García Toma	14
--------------------------	----

PRESENTACIÓN

Presentación – Director General de Athina Álvaro Medina Quintana	18
---	----

Presentación – Coordinador General de la Edición Especial Bicentenario Renzo Díaz Giunta	21
---	----

BLOQUE I. DERECHOS INSTITUCIONALES

El Contenido Constitucional de los Derechos Fundamentales como Conjunto de Normas Constitucionales Luis Castillo Córdova	29
--	----

Perú: De un constitucionalismo excluyente a uno transformador, avances y retos pendientes Marcela Huaita y Andrea Choccechanca	53
---	----

Las Libertades que Olvidamos de las Personas Adultas Mayores Edward Cayotopa Luna	72
--	----

El Derecho a la Libertad de Expresión y las Redes Sociales Renzo Díaz Giunta	91
---	----

Entrevista: Las Vacunas y el Derecho a la Salud Violeta Bermúdez Valdivia	115
--	-----

BLOQUE II. FIGURAS CONSTITUCIONALES

Frente a la Incapacidad de Determinar cuándo estamos en una Vacancia por Permanente Incapacidad Moral del Presidente de la República del Perú (unas referencias a lo que señalé como voto singular al respecto) Eloy Espinosa-Saldaña Barrera	133
--	-----

La cuestión de confianza en la Constitución Peruana Carlos Hakansson	163
---	-----

Control Previo de la Constitucionalidad en el Derecho Comparado: Apuntes comparativos entre Francia y Colombia, y posibles aportes para el caso peruano Alexandra Molina Dimitrijevič	180
---	-----

Reforma constitucional, Asamblea Constituyente y Referéndum: ¿Realizarla sin el Congreso? José Naupari Wong	200
--	-----

BLOQUE III. ACTUALIDAD CONSTITUCIONAL

Un homenaje a Javier Alva Orlandini; Político, Demócrata y Constitucionalista César Landa Arroyo	217
---	-----

El Control Parlamentario a los Presidentes en Minoría: Un Balance Milagros Campos	227
--	-----

El Nuevo Código Procesal Constitucional: Una mirada desde su Proceso de Elaboración, Aprobación y sus Principales Aportes Luis Andrés Roel Alva	251
---	-----

Bicentenario de la República: Cultura y Reforma Constitucional Raúl Gutiérrez Canales	267
--	-----

La Protección del Consumidor a través de la Constitución Política del Perú y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alejandro Quinteros Cortez	280
---	-----

BLOQUE IV. DEBATE CONSTITUCIONAL

Mesa Redonda: Proceso de selección de magistrados del Tribunal Constitucional, Medida Cautelar y Actos Parlamentarios César Delgado-Guembes y Úrsula Indacochea	303
---	-----

Mesa Redonda: Economía Social de Mercado y el Régimen Económico de la Constitución Peruana Enrique Ghersi y María Teresa Quiñones	331
---	-----

PRÓLOGO



La Constitución es un documento político-jurídico con inescindibles implicancias preceptivas y horizontes axiológicos. Comprende un conjunto de valores, principios y disposiciones que delimitan la racional convivencia política y social, así como aseguran la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico del Estado.

Ahora bien, pese a que el texto constitucional acredita connotaciones jurídicamente preceptivas, ello no obsta para señalar que intrínsecamente tiene la peculiaridad de la “abstractividad de su alcance formal” en relación con el resto de los instrumentos legales del Estado. Tal condición se debe a la necesaria generalidad o ambigüedad con que se redactan sus cláusulas.

La relativización del valor formal y la enunciación de pautas latas en la Constitución, se justifican por la necesidad de hacer posible una interpretación-aplicación que asegure la vocación de perennidad y permanencia en el tiempo; amen de evitar incurrir en el mero legalismo.

Karl Loewenstein [Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1984] explica que ello se genera en razón a que la Constitución, si bien tiene una razón histórica para su entrada en vigencia, ello no es óbice para acreditarla como un texto sumo aplicable a las sucesivas circunstancias a vivirse como colectividad política.

En suma, la Constitución no solo opera para ordenar y delimitar las situaciones político-jurídicas existentes al momento de su sanción, sino que se extiende a aquellos casos futuros que pudieran surgir de otras circunstancias igualmente históricas.

En ese sentido, el enunciado lato de valores y principios constitucionales permite regular todas las contingencias históricas vía una interpretación-aplicación dinámica y evolutiva que parte de lo abstracto y se desplaza hacia lo concreto. Domingo García Belaúnde [“La interpretación constitucional como problema”. En: Pensamiento constitucional. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995] señala que entre el texto constitucional y la realidad política existe un nexo de inte-

racción constante. Así, la Constitución moldea la convivencia política, pero esta, a su vez, condiciona fácticamente la vigencia y aplicabilidad plena del texto fundamental.

En ese horizonte, la Constitución impone un tipo de valores calificables de superiores; los que por tales constituyen la razón de su aprobación por parte del poder constituyente, en lo relativo al despliegue de la vida coexistencial de sus sujetos destinatarios, dentro de la comunidad política. Los valores representan el fundamento, núcleo y base del sistema político-jurídico; los cuales son insertados desde la plural realidad cultural develada por el poder constituyente. Estos representan el catálogo axiológico a partir del cual se da sentido a la convivencia política y la finalidad del Estado.

En ese contexto, la Constitución impone un tipo de valores desde donde se perfila un tipo de comunidad política en específico, al servicio de la verificación práctica de estos.

En nuestro caso, los valores referentes son los concernientes al denominado Estado Democrático y Social de Derecho; tal y conforme lo estableciera el Tribunal Constitucional en el caso Roberto Nesta Brero (Expediente N° 00008-2003-AI/TC).

En suma, los valores como expresión de fuerza, solidez, fortaleza o autoridad axiológica devienen en las ideas y conceptos que contienen cualidades incorpóreas que condicionan la elaboración y ejecución de los planes, programas y acciones del gobierno; así como las conductas en interrelación subjetiva entre el Estado y los ciudadanos y la de estos entre sí.

Los valores tienen una eficacia indirecta, en la medida que supeditan y orientan la actuación de las autoridades de los poderes constituidos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), los organismos autónomos, los gobiernos descentralizados y por cierto a los ciudadanos in genere. Estos aluden los fundamentos ético-políticos del Estado insertados en la Constitución, por lo que devienen en la causa y razón última de su institucionalización jurídica. Expresan los fundamentos y límites del sistema político jurídico impuesto en una comunidad.

En ese orden de ideas, Marcelo A. López Alfonsín [“Los valores y la protección de los consumidores y usuarios”. En: Los valores en la Constitución argentina. Buenos Aires: Ediar, 1999] señala que “la ideología es el conjunto o sistema de juicios de valor que el hombre tiene sobre el mundo. Los valores son elementos culturales que establecen relaciones de preferencia y así se declara que hay determinados bienes que son preferibles a otros”. Exponen creencias básicas que guían e inspiran la consecución de algo bueno, correcto, valioso, deseado.

Luis Frescura y Candia [Introducción a la ciencia jurídica. Asunción: Marven, 2009], en relación con el sentido espiritual de los objetos culturales, expone que se trata de



“cualidades, ideales, inespaciales e intemporales que se captan mediante una intuición especial no sensible llamada estimación”.

Los valores constitucionales son aquellos que los gobernantes y los gobernados deben realizar en la medida de lo posible, en una sociedad política particular y concreta. Para ello se valen de normas y conductas gubernamentales. Estos contienen una racionalidad dentro de una coordenada cultural espacio temporal que sirve para estimar lo político y jurídicamente correcto dentro de una comunidad. Configuran las orientaciones esenciales de convivencia que deben presidir el orden estadual delineado en la Constitución. Su inserción en un texto con fuerza normativa apunta a que estos alcancen efectividad social.

Es evidente que los valores están impregnados de una racionalidad moral que como afirma Marcelo A. López Alfonsín [ob. cit.] es su “ambiente de nacimiento y hábitat de crecimiento, y que el poder político puede luego incorporarlos. Empero, [...] jamás puede generarlos”.

Hacen referencia a la síntesis de lo “estimable” políticamente para la comunidad; y, por tanto, devienen en él debe ser gubernamental y ciudadano que propugna el ordenamiento constitucional. El carácter propositivo de dichos valores no se reduce a que sean percibidos con una existencia in abstracto ni a ser contemplados como una especie de “limbo dogmático” [J. Javier Santamaría Ibeas. Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Dykinson, 1997].

Ellos configuran los objetivos del orden constitucional; amén de determinar y condicionar los cauces formales de su aplicación, ya que como bien se interroga J. Javier Santamaría Ibeas [ob. cit.] “¿Cómo podría pretenderse realizar el valor igualdad en un ordenamiento que no aplicará de forma isonómica sus normas jurídicas? ¿Cómo podría realizarse el valor justicia en un ordenamiento cuyos procedimientos de aplicación no salvaguarden unas ciertas garantías formales?”.

bicentenario, en donde han entrado en juego los ámbitos de la gobernabilidad, constitucionalidad y vivencia de valores referidos en el texto supra.

Durante ese periodo hemos tenido trece constituciones, una incluso mal denominada confederacional (en puridad, aplico un federalismo atípico). Asimismo, ocuparon escenarios nueve documentos constitutivos, que dejaron constancia de nuestra endémica inestabilidad institucional. En esa línea puede hablarse de un periodo gestacional que abarca 7 textos (1823, 1826, 1828, 1834, 1837, 1839 y 1856); un periodo de afirmación que comprende dos textos (1860 y 1867), un periodo liberal social que comprende dos textos (1920) y un periodo vigente denominado social democrático que se manifiesta en dos textos (1979 y 1993).

Durante el lapso de conmemoración los valores insertos en la Constitución han señalado rutas liberales strictu sensu, liberales progresistas, democrático sociales, conservadoras y hasta una de clara reminiscencias napoleónicas (1826). Entre constituciones programas 1823, 1826, 1828, 1837, 1856, 1920, 1933 y 1979 y constituciones balance (1834, 1839, 1860, 1867) en donde se hace referencia a un nuevo proyecto histórico u se reformula la constitución precedente, el país ha sufrido el complejo de Penélope, en donde el comenzar y deshacer ha sido la égida constituyente.

En el loable propósito de hacer cuentas de nuestro proceso constitucional y fundamentalmente fijar la mirada en el horizonte presente, Athina pone a disposición de sus lectores un conjunto de ensayos elaborados por reputados académicos de distintas generaciones y plurales perspectivas.

Así la temática de la Constitución como panacea o causante de los males nacionales, los derechos fundamentales (fundamentos, libertad de expresión, derecho a la salud) la estructuración de órganos y funciones estatales, las posiciones en torno a las reglas constitucionales del mercado o la selección de los magistrados del Tribunal Constitucional presentan un cuadro de alto nivel de reflexión.

Conmemorar es ofrendar loas al pasado, pero también remover la conciencia de la que aún falta por hacer o corregir. Este número de Athina, Edición Especial Bicentenario, estoy seguro se perennizará por el acontecimiento que se celebra y por las propuestas que se ofrecen de cara al futuro.

Víctor García Toma
Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional



PRESENTACIÓN ATHINA



Con motivo de la celebración de los doscientos años de la independencia del Perú, un grupo de jóvenes estudiantes de derecho de la Universidad de Lima, decidimos emprender un proyecto desafiante, pero memorable: conglomerar a los más distinguidos especialistas en materia constitucional, con el objeto de recabar ideas y posiciones, acerca de los acontecimientos que han marcado, en este último tiempo, hitos sin precedentes en nuestra historia, así como profundizar en el análisis de los derechos fundamentales recogidos en nuestra carta magna, y por último, comentar acerca de algunos de los más importantes temas de la actualidad en esta materia.

Después de mucho esfuerzo y largas horas de trabajo conjunto, la Revista Athina Iuris, que tengo el honor de presidir, junto con el Círculo de Derecho Constitucional de nuestra querida casa de estudios, hemos conseguido esta hazaña académica.

A través del primer bloque de esta célebre obra, procuramos que el lector pueda profundizar acerca de los derechos fundamentales recogidos en nuestro cuerpo constitucional, y procurar que la discusión jurídica sobre sus disposiciones, se vea enriquecida. De esta manera, hemos logrado abordar temas tan relevantes al día de hoy, como el derecho a la igualdad, el derecho a la libertad, a la libertad de expresión, y el derecho a la salud, con énfasis en la vacunación, a causa de la pandemia que vivimos desde marzo del año 2020 por el Covid-19.

El análisis constitucional sobre estos derechos inherentes a la persona, es sumamente relevante: a nivel global se ha suscitado una compleja discusión, por ejemplo, acerca de si resulta una infracción contra los derechos de las personas, el hecho de que los estados obliguen a sus poblaciones a vacunarse contra este terrible virus, evidenciándose una colisión entre el derecho a la libertad individual de elegir (o no) vacunarse, contra el derecho a la salud pública, del que gozan todos los seres humanos como colectivo.

De otro lado, el segundo bloque de esta revista, recopila las principales posiciones de los autores respecto a las figuras constitucionales más relevantes de nuestro último siglo. Estas han sido objeto de debate en diversos espacios, tanto por la complejidad como por los efectos que estas surten, una vez revisten de validez jurídica de acuer-

do con nuestra constitución. Sin embargo, en algunos casos, la imprecisión de los propios conceptos ha generado que resulte mucho más complejo asumir una postura, motivo por el cual, cuando nuestro grupo de trabajo estructuró el listado de autores invitados, concluimos que, contar con la presencia de los juristas más prestigiosos en este ámbito, era una necesidad inmediata. Y así lo hicimos.

Asimismo, me gustaría comentar que, sin perjuicio de las situaciones que hayan podido suscitarse durante los eventos que dieron lugar al análisis de éstos conceptos, considero que cada uno debe arribar a sus propias conclusiones, dejando de lado, tintes y colores, y poniendo por delante la objetividad y la transparencia.

Nuestras diferencias, por el contrario, deben servir como un camino al diálogo, y al desarrollo de soluciones eficientes y eficaces para los problemas que aquejan a nuestra sociedad, identificando, desde perspectivas opuestas, puntos en común que podamos utilizar como piedra angular para cualquier clase de proyecto, sea este normativo o no.

La discusión, considero, debería enfocarse en encontrar el medio para satisfacer las necesidades públicas que se hacen tan palpables en un país como el nuestro, y no en contrastar que tan distintas son nuestras perspectivas. También debemos comprender que, la verdad puede sernos esquivar, y nuestro juicio puede verse nublado, desatando en nuestro razonamiento, subjetividades que no promueven el diálogo, sino únicamente lo complican, dejando de lado la esencia de lo que, en un principio, debió enmarcar la discusión: la necesidad pública.

Estas palabras, no tienen por objeto asumir que una u otra posición es la correcta. Por el contrario, es un llamado a la reflexión a todos aquel que lea esta increíble obra, para que podamos recordar que, tras doscientos años de historia, todavía nos queda mucho por aprender como sociedad, y que los errores forman parte del aprendizaje, tanto individual y colectivo. Ensayo y error, lo llaman.

Pasando esta noble y sincera reflexión, el tercer bloque de la revista se conforma por artículos ceñidos en la actualidad constitucional, con motivo, principalmente, de la reforma constitucional y el nuevo código procesal constitucional, modificado recientemente en el año 2021.

Además, tenemos el agrado de contar con la notable entrevista al doctor Cesar Landa Arroyo, en homenaje al ex presidente del Tribunal Constitucional, Javier Alva Orlan-dini, y un artículo en homenaje a uno de los doctores más destacados, en lo que a democracia constitucional se refiere, el doctor Pedro Planas, que versa sobre control parlamentario.

Por último, nuestro último bloque contiene dos excelentes debates, bajo la modalidad de mesa redonda. El primero versa sobre el proceso de selección de los magistrados



del Tribunal Constitucional, en el cual participan la doctora Úrsula Indacochea y el doctor César Delgado-Guembes, mientras que, el segundo, convoca al análisis del régimen económico de la Constitución, bajo las perspectivas de los doctores Enrique Ghersi y María Teresa Quiñones.

Para concluir, me gustaría agradecer a mis padres, por darme la oportunidad de estudiar lo que tanto me apasiona, en una universidad de tanto prestigio, como lo es la Universidad de Lima. También les agradezco a mis amigos y a todos los miembros de la revista que siempre confiaron en mí, y en este proyecto, desde un inicio. Esta obra académica es dedicada a ustedes.

Aprovecho además, para agradecerle a mi querido amigo Renzo Díaz, al doctor Luis Roel, y al Círculo de Derecho Constitucional, por todo el trabajo que hemos realizado en conjunto. Han sido largas horas de trabajo y coordinación, pero no me cabe ninguna duda que logramos el objetivo que tuvimos en mente desde el comienzo: contribuir y enriquecer la cultura jurídica, y promover que más personas se interesen por el ámbito constitucional.

Alvaro Medina Quintana
Director General de la Asociación Athina Iuris



PRESENTACIÓN



2021 es un año altamente significativo; se cumplen 200 años de la Independencia del Perú y la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima cumple 40 años. En mérito a ello, Athina emprende este gran proyecto; la realización y publicación de una Edición Especial Bicentenario de su revista, que versa sobre Derecho Constitucional.

Cabe destacar que, el aporte jurídico e intelectual de investigadores, especialistas y académicos del Derecho Constitucional posee un rol trascendental en nuestra consolidación como República. Asimismo, el último quinquenio en el Perú se ha caracterizado por una secuencia de hechos de innegable relevancia constitucional que nos impulsan al análisis, el debate y la reflexión.

Por ello, como organización académica, destacamos la importancia de difundir cultura constitucional a través de esta obra y nos honra altamente poder hacerlo de la mano de los más destacados constitucionalistas peruanos, que participan como autores de artículos, del prólogo y del texto de la contraportada, así como entrevistados, en la presente Edición Especial Bicentenario. A todos ellos, muchas gracias por su apoyo.

En la actualidad, el debate constitucional ha trascendido las aulas universitarias, los foros académicos y el fuero parlamentario, para dar cabida a una discusión a nivel nacional que engloba a todos los actores de la comunidad con especial énfasis en las organizaciones y actores de la sociedad civil.

Sin embargo, este contexto actual también expone a la población no letrada en derecho al peligro de la desinformación y, peor aún, a creer en las afirmaciones de pseudoconstitucionalistas; abogados inescrupulosos y no especialistas en la materia constitucional que a diario proliferan, en los medios de comunicación, interpretaciones antojadizas y distorsionadas de la Constitución para favorecer sus diversos intereses.

Por ello, como académicos, reconocemos la importancia de nuestra labor y ratificamos nuestro compromiso en poder transmitir conocimientos de forma objetiva y sencilla para el entendimiento de todos los lectores. Entonces, esta es una publica-



ción de carácter plural, puesto que congrega a constitucionalistas de diversas escuelas jurídicas, posturas, visiones, ideologías y generaciones.

Desde grandes maestros a jóvenes promesas del derecho constitucional, la Edición Especial Bicentenario posee un listado de destacados autores. Como le comenté al Director General de Athina en nuestra primera reunión de trabajo, el criterio directriz de nuestra publicación tiene que ser invitar al autor más idóneo para cada tema a abordar. Y, sin duda, como se evidencia en la presente publicación, hemos tenido éxito.

Con respecto al primer bloque de la Edición Especial Bicentenario, este aborda la temática de los derechos constitucionales. Comenzando por el trabajo de Luis Castillo Córdova, que nos muestra las fuentes de derecho constitucional existentes en nuestro ordenamiento jurídico y cómo llegan a conformar el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Luego, Marcela Huaita y Andrea Choccechancha analizan el camino recorrido desde la exclusión de las mujeres como ciudadanas hasta la conquista de la paridad en la participación política.

También, Edward Cayotopa aborda en su artículo las libertades de las personas adultas mayores. Posteriormente, se encuentra mi artículo que versa sobre el derecho a la libertad de expresión en redes sociales, donde desarrollo el contenido de este derecho, sus límites, relación con la democracia y la creciente intolerancia en internet. Finalmente, este primer bloque llega a su fin con una entrevista a la ex Presidenta del Consejo de Ministros, Violeta Bermúdez, quien reflexiona sobre el impacto de la pandemia en el derecho a la salud de las personas y desarrolla la historia de éxito de cómo el Perú logró asegurar vacunas para todos los peruanos.

Con respecto al segundo bloque de la Edición Especial Bicentenario, este aborda la temática de derecho constitucional orgánico. Iniciando por el trabajo de Eloy Espinosa-Saldaña, Magistrado del Tribunal Constitucional, quien explora la vacancia presidencial y la causal de permanente incapacidad moral en el constitucionalismo peruano. Después, Carlos Hakansson explica la naturaleza y alcances de la cuestión de confianza conforme a la teoría constitucional.

Asimismo, Alexandra Molina realiza un análisis del control previo de la constitucionalidad de las leyes, desde la óptica del derecho constitucional comparado, y evalúa su aplicabilidad en el Perú. Finalmente, este segundo bloque culmina con el artículo del especialista en derecho electoral, José Naupari Wong, quien esboza una serie de reflexiones sobre el derecho al referéndum y la reforma constitucional a través de una Asamblea Constituyente.

Con respecto al tercer bloque de la Edición Especial Bicentenario, este versa sobre temas de actualidad constitucional. Iniciando con el homenaje a Javier Alva Orlan-

dini, ex Presidente del Tribunal Constitucional a través de una entrevista a César Landa, ex Presidente del Tribunal Constitucional, quien relata diversos momentos destacados de la trayectoria del homenajeado jurista. También, Milagros Campos presenta un artículo en homenaje a Pedro Planas, que aborda los mecanismos de control contemplados en la Constitución y analiza su uso en gobiernos sin mayoría y congresos fragmentados.

Además, Luis Roel Alva, ex Vicepresidente del Congreso, nos presenta un artículo donde explica las motivaciones de las reformas que dieron origen al Nuevo Código Procesal Constitucional. Posteriormente, Raúl Gutiérrez ahonda, en mérito del Bicentenario, sobre la importancia de la cultura constitucional y analiza si existen las condiciones para garantizar un cambio de Constitución que responda a los fines del Estado constitucional de derecho. Finalmente, Alejandro Quinteros analiza, desde una perspectiva constitucional, el ámbito de la protección al consumidor.

Con respecto al cuarto y último bloque de la Edición Especial Bicentenario, este congrega dos mesas redondas. En la primera, Úrsula Indacochea y César Delgado-Guembes realizan un análisis jurídico y constitucional a lo acontecido durante el proceso de selección de magistrados del Tribunal Constitucional del Perú en julio del 2021, así como el conflicto entre poderes generado por una medida cautelar emitida en el marco de un proceso de amparo ante el Poder Judicial y por los actos parlamentarios que le siguieron.

En la segunda, Enrique Gherzi y María Teresa Quiñones exploran el impacto del régimen económico de la Constitución en la economía peruana y elevan algunas propuestas de reforma. Asimismo, el concepto “social” dentro de la economía social de mercado detona un debate entre ellos. Por otro lado, Víctor García Toma participa en la Edición Especial Bicentenario como autor del prólogo, y Gladys Camacho, como autora del texto de contraportada.

Un proyecto académico de esta naturaleza, evidentemente, no puede ser realizado por una sola persona. En ese sentido, existe el apoyo de todo un equipo detrás y, de diversas personas, que han contribuido a esta Edición Especial Bicentenario, a lo largo de sus procesos de proposición, elaboración y publicación. A todos ellos, van dedicadas estas líneas.

Por ello, quiero empezar por agradecer a todos los autores de la Edición Especial Bicentenario, que enaltecen nuestra publicación con su distinguida participación y que contribuyen a la difusión de cultura constitucional con sus aportes y reflexiones.

También, agradezco a la Revista Athina y a su Consejo Directivo (Álvaro, Sebastián, Karla, Sergio, Carla, Valeria, Alexia y Juan Carlos) por hacer posible esta colaboración académica y por encargarme ser el Coordinador General de esta edición de la



revista. Les agradezco por depositar su confianza en mi visión, así como permitirme la autonomía funcional y la libertad creativa necesaria para materializar este sueño que hoy contemplamos; nuestra Edición Especial Bicentenario de Athina.

Un agradecimiento especial a mi querido amigo y Director General de Athina, Álvaro Medina, quien respaldó desde el día 1 esta propuesta de que la edición número 15 de la Revista Athina verse sobre derecho constitucional y sea una edición especial por el Bicentenario de la Independencia del Perú. En mérito a las diversas gestiones realizadas por él y su constante apoyo durante estos meses, hemos logrado publicar exitosamente esta obra.

Además, debo agradecer a mi querido amigo Luis Roel Alva, quien también es Coordinador General de esta Edición Especial Bicentenario. Sin su valioso aporte esta publicación no sería posible. Asimismo, debo reconocer y agradecer el apoyo de Franco y Renato, colegas del Círculo de Derecho Constitucional, que ayudaron con las transcripciones de las entrevistas y mesas redondas.

Y, por supuesto, quiero agradecer a las personas que me apoyan constantemente y me motivaron a sacar adelante este significativo proyecto; Jorge y Giovanna, mis padres, y Consuelo, mi abuela.

También, aprovecho estas líneas para dirigirme a mis colegas del Círculo de Derecho Constitucional de la Universidad de Lima. Habiéndome desempeñado como su Director Académico durante el 2020, en enero del 2021, año del Bicentenario de la Independencia del Perú, me concedieron el honor de convertirme en su Director General.

Con el incondicional apoyo de la Junta Directiva que presidí; Brenda, Renato y Sadith, logramos muchas metas y, en nuestra búsqueda por la excelencia académica, alcanzamos a posicionarnos a nivel internacional como un referente. Me siento orgulloso de todo lo que construimos juntos.

Nada es eterno y aunque llegó mi momento de decir adiós como Director General, el futuro de este gran grupo queda en buenas manos, las de ustedes. Sigán su camino constitucional, cuentan siempre con mi apoyo y espero pronto ver su épico retorno; trazándose nuevas metas y siempre triunfando.

Son un grupo humano muy valioso, lleno de gente altamente brillante y apasionada por los Derechos Humanos, el Derecho Constitucional, Procesal Constitucional, Parlamentario y Electoral. Lo construido por nosotros durante el 2021 no fue en vano; sigan edificando y continúen nuestra misión de difusión de cultura constitucional.

En suma, la Edición Especial Bicentenario de la Revista Athina se consagra como una publicación académica del más alto nivel y de singular importancia, debido a que aporta significativamente a la cultura jurídica en materia constitucional, y cuyo contenido, estoy seguro, mantendrá su relevancia en el tiempo.

A nuestros lectores, les deseo una amena y académicamente enriquecedora lectura de esta Edición Especial Bicentenario de la Revista Athina. Esta obra ha sido elaborada con mucho esfuerzo y dedicación por todos los involucrados para contribuir a la difusión de cultura constitucional y, por supuesto, conmemorar los 200 años de la independencia de la República del Perú. De cara al futuro, les presentamos esta publicación que congrega análisis, propuestas y reflexiones. Espero sea de su agrado.

Renzo Díaz Giunta
Coordinador General de la Edición Especial Bicentenario
y Director General del Círculo de Derecho Constitucional
de la Universidad de Lima (2021)



BLOQUE I: DERECHOS CONSTITUCIONALES

EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO CONJUNTO DE NORMAS CONSTITUCIONAL

THE CONSTITUTIONAL CONTENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS AS A SET OF CONSTITUTIONAL NORMS

Luis Castillo Córdova*

Resumen:

La solución de problemas jurídicos referidos a los derechos fundamentales, reclama un concepto material de derecho fundamental. Un tal concepto es compatible con el modo de entender al contenido constitucional de los derechos fundamentales como un conjunto de normas constitucionales producidas por las distintas fuentes de derecho constitucional existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Este trabajo de destina a justificar y mostrar cuáles son esas fuentes y cómo llegan a conformar el contenido constitucional de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Derecho fundamental, contenido constitucional, derecho convencional, interpretación constitucional.

Abstract:

The solution of legal problems related to fundamental rights calls for a material concept of fundamental right. Such concept is compatible with the way of understanding the constitutional content of fundamental rights as a set of constitutional norms produced by the different sources of constitutional law existing in our legal system. This work is intended to justify and show what these sources are and how they come to shape the constitutional content of fundamental rights.

Keywords: Fundamental right, constitutional content, conventional law, constitutional interpretation.

*Profesor ordinario principal en la Universidad de Piura. Consejero externo en Rodrigo, Elías & Medrano.



1. Introducción

En las páginas siguientes se propondrá un modo de entender el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Este consiste en un conjunto de normas de valor y rango constitucional que han sido establecidas a través de fuentes constitucionales distintas. Sin embargo, necesita para su construcción y empleo un concepto de derecho fundamental. Esta construcción no debe perder de vista que está llamada a operar en el seno de un Estado constitucional de derecho que tiene como pretensión superar las aporías y nefastas consecuencias del Estado legal de derecho.

Para conseguirlo resultó necesario un nuevo concepto de Derecho, uno que fuese compatible con “la dignidad intrínseca y (...) los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (Preámbulo de la Declaración universal de los derechos humanos)¹. Un concepto de Derecho a partir del cual se pudiese construir un sistema jurídico que impidiese en la mayor medida de lo posible, que los horrores de la segunda guerra mundial volviesen a producirse². Este “nuevo” concepto de Derecho estaba destinado a marcar la esencia del Estado constitucional de derecho, como una realidad no solo formal, sino también material³. Así, en el Estado constitucional de derecho son decisivas las exigencias de justicia material⁴ que vienen representadas por la dignidad humana y por los derechos humanos, las que se convertirán “en virtualmente relevantes para la interpretación de toda disposición, y para la solución de todo caso”⁵. En este escenario quedan descartados los conceptos de tipo formal y se deben buscar los de tipo material porque se adaptan mejor a la base dogmática del Estado constitucional de derecho.

2. Un concepto material de derecho fundamental

En relación a los derechos fundamentales se descartan conceptos meramente formales, como aquel que define al derecho fundamental como principio y al principio como un mandato de optimización⁶.

1 Desde la promulgación de la Declaración Universal de Derechos humanos, “la afirmación de los derechos [humanos], al mismo tiempo, es positiva y universal”. SCHIAVELLO, Aldo, Repensar el tiempo de los derechos, Editorial Zela, Puno 2019, p. 19.

2 La comunidad internacional después de la Segunda guerra mundial pone “en el centro de sus aspiraciones la consecución de un mundo en el que la persona pueda realizar y proteger su dignidad humana”. BONET PÉREZ, Jordi y SÁNCHEZ, Víctor M. (coordinadores), Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios, Huygens Editorial, Barcelona, 2008, p. 61.

3 BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, traducción de Rafael Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, p. 34.

4 ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia, 7ª edición, Trotta, Madrid 2007, p. 93.

5 BARBERIS, Mauro, Estado constitucional. Acerca del nuevo constitucionalismo, Editorial Zela, Puno, 2019, p. 29.

6 ALEX, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86.

Se descarta porque nada dice acerca del contenido del derecho, pues centra su interés en una (supuesta) propiedad del mismo: su fuerza expansiva, *prima facie* ilimitada⁷. Por el contrario, deben ser abrazados conceptos de tipo material.

Son tales, los conceptos que se formulan en relación a la persona. Aquí se propondrá que los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados. Y los derechos humanos se definirán como el conjunto de bienes humanos esenciales debidos a la persona por ser lo que es (naturaleza humana) y valer lo que vale (dignidad humana), y cuyo goce o adquisición le depara grados de realización⁸.

La fuente de los derechos humanos es la persona, no es ni la Ley, ni la Constitución, ni el Tratado internacional. La persona, por ser lo que es, vale lo que vale; es decir, por tener determinada naturaleza humana⁹, tiene determinada dignidad humana¹⁰. Ella nunca vale como medio¹¹, siempre vale como fin¹², “fin supremo”, dice el Constituyente peruano (artículo 1), por lo que está ordenado promover su máxima realización posible¹³. En la medida que el bien perfecciona al ser¹⁴, la persona encontrará su realización a través de los bienes humanos esenciales con los que precisamente satisface sus necesidades humanas esenciales¹⁵.

7 BERNAL PULIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003, p. 460.

8 Lo tengo justificado en “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña; número 16, año 2012, ps. 820–852.

9 No ha sido extraño a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el empleo de la naturaleza humana en su actividad argumentativa. Así, en relación al derecho a la propiedad ha dicho que “en lo esencial, se trata de un derecho cuyo origen no reside en la voluntad política del legislador estatal, sino en la propia naturaleza humana” (EXP. N.º 0008–2003–AI/TC, fundamento 26.a). Sobre el derecho al trabajo: “la importancia del trabajo descansa en tres aspectos sustantivos: (...) –Vocación y exigencia de la naturaleza humana” (EXP. N.º 008–2005–PI/TC, fundamento 18). Y, en fin, tiene dicho que “la cadena perpetua, en sí misma considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano”. EXP. N.º 0489–2006–PHC/TC, fundamento 11.

10 Como siempre tendrá la misma naturaleza humana, siempre valdrá como fin supremo. Es decir, su valor es absoluto, no dependen de las circunstancias. Dirá el Tribunal Constitucional que “[la] dignidad proscrib[e] la posibilidad de que la persona, al margen de la situación concreta en la que se encuentre, pueda ser concebida como objeto del Estado”. EXP. N.º 02446–2003–AA/TC, fundamento 9.

11 Según el Tribunal Constitucional, el “principio–derecho de dignidad de la persona humana, según el cual la persona se concibe como un fin en sí mismo y no como instrumento o medio de la acción estatal”. EXP. N.º 4903–2005–PHC/TC, fundamento 7.

12 KANT, Immanuel, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, 2ª edición, 1996, p. 187.

13 Según el Tribunal Constitucional, “la dignidad humana es vinculante (...) en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano”. EXP. N.º 2273–2005–PHC/TC, fundamento 8.

14 ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco, I, 1094a–1103a.

15 Así, a mayor vigencia de los derechos humanos constitucionalizados, mayor realización de la persona. Si el bien perfecciona al ser, entonces, a mayores bienes humanos esenciales, menos necesidades esenciales por satisfacer, y mayor realización de la persona. Por eso, los poderes públicos –que valen como instrumentos–, la sirven sirviendo a la plena vigencia de sus derechos humanos. El Constituyente peruano lo ha dicho de esta manera: es un deber primordial del Estado, promover la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44).



Estos bienes humanos esenciales se convierten en la cosa debida a la persona precisamente por tener el valor (dignidad humana) que tiene¹⁶. La dignidad humana se convierte en la fuente de exigibilidad de los derechos humanos¹⁷. Los derechos humanos son realidades anteriores y superiores al Legislador¹⁸.

El bien humano esencial debido hace a la esencia del derecho humano, de modo que define su contenido esencial. Consecuentemente, un tal contenido es irremediablemente limitado: solamente tendrá el alcance que el bien humano esencial permita justificarle. Y en la medida que el bien humano representa la cosa debida que debe ser cumplida y que es tal por la dignidad humana, entonces, un tal contenido esencial no podrá ser sacrificado. Es así que el contenido esencial de los derechos humanos es un contenido limitado y absoluto.

La Constitución del Estado constitucional de derecho está destinada a reconocer (no ha crear), los bienes humanos esenciales debidos. Cuando lo hace, los derechos humanos pasan a ser tenidos como derechos fundamentales, de modo que estos pueden ser definidos como el conjunto de bienes humanos esenciales debidos a la persona por ser lo que es (naturaleza humana) y valer lo que vale (dignidad humana), cuyo goce o adquisición le depara grados de realización y que ha sido reconocido expresa o tácitamente en la Constitución, para regularlos de modo básico.

Con el reconocimiento de los bienes humanos debidos, se constitucionaliza el contenido esencial de los derechos humanos que representan. De modo que el contenido esencial del derecho humano pasa a ser el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Este contenido constitucional será un contenido limitado y de valor absoluto. A las razones mostradas desde el contenido esencial de los derechos humanos, se han de sumar las siguientes dos. Primera, que la Constitución ha de ser tenida como una unidad¹⁹, lo que significa que los contenidos constitucionales no pueden ser tenidos como contradictorios entre sí; y segunda,

que la Constitución ha de ser tenida como una realidad plenamente normativa²⁰ por lo que sus contenidos no podrán ser sacrificados²¹.

Al carácter limitado y absoluto del contenido constitucional de los derechos fundamentales sirve entenderlo como un conjunto de normas constitucionales, las cuales no solo no abarcan todo el espectro de posiciones jurídicas posibles, sino solamente las jurídicamente justificadas; y precisamente por su carácter normativo deben ser cumplidas plenamente. ¿de qué tipo son esas normas constitucionales que conforman el contenido constitucional de los derechos fundamentales? A continuación, se responderá esta pregunta.

3. Normas constitucionales establecidas por el Constituyente

En relación a los bienes humanos esenciales debidos, el Constituyente realiza dos acciones: los reconoce para luego regularlos de modo básico. Tanto una como otra acción la exterioriza a través de enunciados lingüísticos desde los que brotan normas²² por lo que han de ser tenidas como normas constitucionales directamente establecidas por el Constituyente²³. Son normas que representan la voluntad del Legislador constituyente, y son consecuencia de una interpretación literal²⁴, pero no aislada, sino sistemática²⁵ de las disposiciones constitucionales como conformantes “de un todo armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto”²⁶. La voluntad del Constituyente puede dirigirse a reconocer la deuda y a regular su cumplimiento lo que dará como consecuencia normas constitucionales directamente estatuidas de tipo distinto. Una clasificación de ellas, se formula en relación a su grado de indeterminación.

16 En palabras del Tribunal Constitucional, “los derechos fundamentales se derivan del principio-derecho de dignidad de la persona humana”. EXP. N.º 4903-2005-HC/TC, fundamento 7.

17 SERNA, Pedro, “La dignidad de la persona como principio de derecho público”, en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Número 4, Madrid, 1995, p. 294.

18 Según el Tribunal Constitucional, “la persona humana, por su dignidad, tiene derechos anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal”. EXP. N.º 4637-2006-PA/TC, fundamento 45.

19 Conforme al principio de unidad, “la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un ‘todo’ armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto”. EXP. N.º 5854-2005-PA/TC, fundamento 12.a.

20 Para el Tribunal Constitucional, “El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto”. EXP. N.º 5854-2005-PA, fundamento 12.e.

21 Según el principio de concordancia práctica, “toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta ‘optimizando’ su interpretación, es decir, sin ‘sacrificar’ ninguno de los valores, derechos o principios concernidos”. EXP. N.º 5854-2005-PA/TC, fundamento 12.b.

22 GUASTINI, Riccardo, “Disposición vs. Norma”, en POZZOLO, Susanna y ESCUDERO, Rafael, *Disposición vs. Norma*, Palestra, Lima, 2011, ps. 133-156.

23 ALEXYY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 66.

24 BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad...*, ob. cit., p. 115.

25 CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima 2018, p. 33.

26 EXP. N.º 5854-2005-PA/TC, fundamento 12a.



3.1. Las normas constitucionales de máximo grado de indeterminación normativa

El reconocimiento de la deuda se lleva a cabo a través de un enunciado lingüístico que se limita a mencionar el nombre del bien humano como la cosa debida a toda persona. Son enunciados del tipo “toda persona tiene derecho a”, y a continuación el nombre del bien humano adeudado. Con base en la aquí propuesta definición de derechos humanos, deberá ser sostenido que con esas fórmulas lingüísticas se constitucionaliza el contenido esencial del derecho humano al que se hizo referencia atrás. La norma que brota de estas disposiciones nada dice acerca del contenido esencial, se limita a reconocer su existencia. Para saber lo que el contenido esencial constitucionalizado significa, habrá que acudir a disposiciones y normas constitucionales de otro tipo. A la norma que se limita a reconocer el contenido esencial del derecho humano se le llamará norma constitucional directamente estatuida de máximo grado de indeterminación normativa.

Pongamos este ejemplo. El Constituyente peruano ha declarado que: “Artículo 2. – Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales”. Se trata de una disposición que se limita a mencionar el nombre del bien humano debido: libertad y seguridad personales. La norma que brota de ella puede ser enunciada de esta manera:

N2.24 CP: Está ordenado respetar a toda persona el contenido esencial del derecho a la libertad personal y a la seguridad personales.

N2.24 CP es una norma constitucional directamente estatuida de máximo grado de indeterminación normativa que reconoce una deuda en términos máximamente abiertos: se limita a reconocer el contenido esencial de un derecho humano. Para saber en qué consiste la deuda e incluso cómo ha de ser pagada, debe acudirse a otro tipo de normas.

3.2. Las normas constitucionales de relevante grado de indeterminación normativa

Además de reconocer la deuda, el Constituyente la regula de modo básico para ayudar a su pago o cumplimiento. Esta regulación del bien humano reconocido consiste en establecer concreciones del contenido esencial del derecho humano constitucionalizado. Las concreciones se formulan a través de enunciados con algún grado relevante de indeterminación lingüística, desde los cuales se concluyen normas constitucionales directamente estatuidas con algún grado relevante de indeterminación normativa. A diferencia de las anteriores, estas no son normas que se limitan a declarar algo preexistente, sino que representan una verdadera creación normativa por parte del Constituyente.

Por ejemplo, el Constituyente peruano ha dispuesto: “Artículo 2.24. (...) d. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez (...)”. Desde aquí se concluye esta norma:

N2.24.d CP: Está prohibido ser detenido sin mandato escrito y motivado del juez.

Esta norma constitucional directamente estatuida significa una regulación del bien humano debido libertad y seguridad personal, que concreta la norma constitucional con máximo grado de indeterminación normativa N2.24 CP antes formulada. La concreción resultante es una de relevante grado de indeterminación normativa porque se compone de al menos un elemento normativo abierto que reclama concreción: *mandato motivado del Juez*. ¿Cuándo un mandato judicial se ha de considerar motivado?, es una pregunta que permite varias respuestas razonables, pero la voluntad del Constituyente nada ha dicho al respecto. Para identificar una añadida concreción habrá que acudir a normas de otro tipo, no dispuestas por el Constituyente sino por otras fuentes jurídicas.

3.3. Normas constitucionales sin grado relevante de indeterminación normativa

Las regulaciones del bien humano que establece el Legislador constituyente para concretar el contenido esencial del derecho humano constitucionalizado pueden recogerse también a través de enunciados sin relevante grado de indeterminación lingüística, desde los que es posible concluir normas constitucionales directamente estatuidas sin relevante grado de indeterminación normativa. Son contenidos normativos que no necesitan de una concreción posterior para permitir su plena operatividad, de forma tal que, aunque contenga algún elemento indeterminado, éste será irrelevante y el mandato será preciso²⁷.

Un ejemplo es la siguiente disposición constitucional: “Artículo 2.24. (...) f: El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las cuarenta y ocho horas (...)”. Desde esta disposición se concluye la siguiente norma:

N2.24.f CP: Está ordenado poner al detenido a disposición del juzgado correspondiente dentro de las cuarenta y ocho horas.

²⁷ Así entendidas, estas normas se acercan al concepto de reglas, de las que es posible reconocer que “contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”. ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, ob. cit., p. 87.



Esta norma constitucional directamente estatuida también concreta el contenido esencial del derecho humano a la libertad y seguridad personales reconocido a través de la norma constitucional con máximo grado de indeterminación normativa N2.24 CP. Su enunciado no tiene elemento indeterminado alguno, no por lo menos de modo relevante, por lo que puede operar acabadamente, sin necesidad de una adicional concreción.

De las normas constitucionales con máximo grado de indeterminación normativa es posible reconocer una mayor jerarquía material y axiológica respecto de las normas con relevante y sin relevante grado de indeterminación normativa²⁸, pues las normas de máximo grado “brinda fundamento axiológico, justificación”²⁹ a las de relevante y sin relevante grado de indeterminación, en la medida que estas son concreciones de aquellas³⁰. La jerarquía normativa entre ellas, sin embargo, es la misma. De entre estos tres tipos de normas constitucionales directamente estatuidas, las normas sin relevante grado de indeterminación normativas son las más escasas en la parte de la Constitución destinada a los derechos humanos. De estos, normalmente, el Constituyente manifiesta su voluntad a través de normas con máximo y con relevante grado de indeterminación normativa.

4. Las normas constitucionales adscriptas a las establecidas por el Constituyente

Hasta ahora se ha hecho referencia a la voluntad, declarativa y creadora, del Legislador constituyente que se recoge en las normas constitucionales directamente estatuidas. Junto a ellas existen otras normas que son mayor en número y tienen una innegable importancia práctica. Me refiero a las llamadas normas constitucionales adscriptas³¹ a las establecidas por el Constituyente. Aquí se diferenciarán las normas constitucionales adscriptas de origen nacional, de las de origen internacional o convencional.

4.1. Normas constitucionales adscriptas de origen nacional

4.1.1. Definición

Las normas constitucionales adscriptas de origen nacional son interpretaciones de la Constitución que concretan directa y no sucesivamente las normas constitucionales estatuidas por el Constituyente, y que llevan a cabo órganos públicos

nacionales a la hora de ejercer la función pública que tienen constitucionalmente asignadas. Estas interpretaciones tienen carácter normativo al menos por las dos siguientes razones. Primera, porque se trata de una interpretación vinculante y la vinculatoriedad hace a la esencia de la normatividad. Es vinculante porque se establece en el ejercicio de la función pública asignada³². La segunda razón es porque son interpretaciones que concretan las normas constitucionales estatuidas por el Constituyente³³, y la concreción sigue la naturaleza del objeto concretado, de modo que, si éste es norma, norma será también la concreción resultante. Al ser concreciones directas y necesarias para la plena operatividad de las normas constitucionales estatuidas por el Constituyente, irremediamente la concreción tendrá valor constitucional, por lo que le corresponderá rango constitucional, salvo que el Constituyente decidiese algo distinto.

4.1.2. Órganos productores

En el sistema jurídico peruano, los órganos productores de este derecho constitucional adscripto son el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo a través de las leyes de desarrollo constitucional³⁴; y la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional a través de las sentencias de desarrollo constitucional. Nadie dudaría en reconocer como normas con valor constitucional a las interpretaciones vinculantes y concretadoras de la Constitución recogidas en las leyes de desarrollo constitucional. Y ello porque emplean dos mecanismos de producción normativa previstos en la Constitución: las leyes en el artículo 102.1, y los decretos legislativos en el artículo 104, ambos de la Constitución. Al ser normas que concretan directamente la Constitución, les corresponde un valor normativo constitucional y, consecuentemente, un rango normativo también constitucional. Sin embargo, en el sistema jurídico peruano, a las leyes de desarrollo constitucional se les ha asignado el rango legal, pero con la única finalidad de hacerlas pasibles de control constitucional a través de una acción de inconstitucionalidad (artículo 200.4 de la Constitución)³⁵. Esto en nada debería menoscabar su valor constitucional, y por tal razón se las debe considerar como como parte del bloque de constitucionalidad³⁶.

28 Sobre jerarquía material y axiológica véase PINO, Giorgio, Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado Constitucional, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, ps. 86–101.

29 GUASTINI, Riccardo, Primera lección de interpretación, Editorial Zela, Lima 2019, p. 59.

30 Esto permitirá reconocer, como más adelante se explicará, la posibilidad de que existan normas formalmente constitucionales y materialmente inconstitucionales.

31 La nomenclatura, aunque no la definición, la presto de ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales..., ob. cit., p. 70.

32 BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad..., ob. cit., p. 127.

33 Esta segunda razón bien puede asemejarse a la “relación de precisión” y a la “relación de fundamentación”, a las que se refiere Alexy. Cfr. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, ob. cit., ps. 69 y 70.

34 Las leyes a las que se refiere la Octava disposición final y transitoria de la Constitución, no solo son las leyes del Congreso, sino también los decretos legislativos del Ejecutivo. Cfr. EXP. N.º 1115–1999–AA/TC, fundamento 6.

35 En palabras del Tribunal Constitucional, la enumeración que de las normas se realiza en el artículo 200.4 de la Constitución, “tiene como único efecto el enunciar las normas que constituyen objeto de control a través de la ‘acción’ de inconstitucionalidad”. EXP. N.º 0025–2005–PI/TC y 0026–2005–PI/TC, fundamento 32.

36 HAKANSSON NIETO, Carlos, Curso de Derecho Constitucional, Universidad de Piura – Palestra editores, 3ª edición, Lima 2019, ps. 184–191.



Más difícil puede resultar la aceptación de que las interpretaciones vinculantes que de la Constitución establece la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, sean normas. Sin embargo, frente a esas dudas habrá que insistir en que las interpretaciones que de la Constitución realiza la Corte Suprema como órgano de cierre de los procesos judiciales cuando enfrenta problemas constitucionales, y el Tribunal Constitucional como órgano de cierre o instancia única de los procesos constitucionales, son vinculantes y concretadoras de normas por lo que comparten el carácter normativo de ésta. Son pues, verdaderas normas. Esta fuente de derecho, a diferencia de las leyes y decretos legislativos, “[n]o requiere de una disposición normativa expresa toda vez que dicha fuente deriva directamente de la función inherente a los órganos jurisdiccionales que la Constitución configura”³⁷. Y no solo porque “es inherente a la función jurisdiccional la creación de derecho a través de la jurisprudencia”³⁸, sino también porque “la interpretación es una actividad creadora de normas”³⁹.

Las interpretaciones vinculantes establecidas por estos órganos jurisdiccionales concretan directa y necesariamente las normas constitucionales estatuidas por el Constituyente, por lo que les corresponde un valor constitucional y un consiguiente rango constitucional, el cual mantienen debido a que el Constituyente peruano nada en sentido contrario ha decidido. Por esta razón, al igual que las leyes de desarrollo constitucional, las interpretaciones directas que de la Constitución realiza la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en sus sentencias de desarrollo constitucional, conforman el bloque de constitucionalidad⁴⁰.

Una vez nacida al mundo jurídico la norma constitucional establecida por la ley o la sentencia de desarrollo constitucional, y debido a que son concreciones directas y no sucesivas, es atraída fuertemente por la norma constitucional directamente estatuida que concreta, a la que irremediabilmente se pega. Adherida a ella existe y es eficaz, por lo que se le denominará como norma constitucional adscripta. Adscripta a la norma constitucional directamente estatuida, comparte su valor y rango constitucional. Es norma constitucional adscripta a la norma constitucional directamente estatuida. Una y otra conforma el derecho constitucional vigente de una comunidad política e integran su bloque de constitucionalidad. Esto vale tanto para las normas constitucionales dogmáticas (referidas a derechos fundamentales) como orgánicas (referidas de los poderes públicos). Aquí solamente interesa hacer referencia a las primeras.

37 EXP. N.º 00047-2004-AI/TC, fundamento 34.

38 Ibidem.

39 GRANDEZ CASTRO, Pedro, *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*, Palestra editores, Lima 2016, p. 75.

40 CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, ob. cit., ps. 47-52.

4.1.3. Un ejemplo

Conviene ejemplificar lo que se lleva dicho. Como se recordará, desde las disposiciones de la Constitución fue posible concluir la siguiente norma constitucional directamente estatuida en estos términos deónticos:

N2.24.d CP: Está prohibido ser detenido sin mandato escrito y motivado del juez.

Otra manera de formular esta norma es la siguiente:

N2.24.d CP: Está permitido ser detenido con mandato escrito y motivado del juez.

Esta es una norma constitucional directamente estatuida que tiene en el elemento “mandato motivado”, uno de relevante grado de indeterminación normativa y que reclama de concreción para su plena operatividad. La Constitución ha sido interpretada para concretar esta norma abierta. Lo ha hecho el Legislador ejecutivo, a través del artículo 268 del Decreto legislativo 957, desde el cual es posible concluir la norma siguiente:

N268 Decreto legislativo 957: Está permitido al Juez, a solicitud del Ministerio Público, dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos es posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Una interpretación concretadora de la norma N2.24.d CP también ha sido efectuada por la Corte Suprema. Lo ha hecho, entre otras, en la Casación 626-2013 en la que estableció el deber del Juez de fundamentar, además de los requisitos previstos en la norma N268 Decreto legislativo 957, la proporcionalidad (entiéndase razonabilidad) y la duración de la medida.

No se habrá cumplido con el exigido “mandato motivado” si es que en la resolución judicial que dispone la prisión preventiva no existe también una justificación referida a estos dos requisitos establecidos por la Corte Suprema. Así, del fundamento 22 de la mencionada Casación, puede ser reconocida la siguiente regla jurídica:



N22 CAS 626–2013: Está ordenado al Juez fundamentar la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada, así como su duración.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional tiene formuladas reglas jurídicas que concretan la norma constitucional directamente estatuida N2.24d. Por ejemplo, del fundamento 59 de la sentencia al EXP. N.º 04780–2017–PHC, se concluye la siguiente norma:

N59 STC 04780–2017–PHC: Está prohibido, en el espacio del debate judicial acerca de si corresponde o no el dictado de una prisión provisional, tomar en cuenta solamente los elementos de juicio que se hayan aportado con miras a justificar dictarla, pero no los que se aporten para justificar su rechazo.

Estos tres son ejemplos de interpretaciones vinculantes de la Constitución llevadas a cabo por una ley de desarrollo constitucional (el decreto legislativo 957) y por dos sentencias de desarrollo constitucional (una de la Corte Suprema y la otra del Tribunal Constitucional). Estas interpretaciones vinculantes han concretado directamente (no sucesivamente) a la norma constitucional N2.24.d CP en su elemento abierto “mandato motivado”, por lo que tienen valor constitucional y les corresponde rango constitucional. Nacidas al mundo jurídico son atraídas fuertemente por esta norma constitucional directamente estatuida, de modo que a ella permanecen adheridas. Son tres ejemplos de normas constitucionales adscriptas.

5. Normas constitucionales adscriptas de origen convencional

5.1. Las normas convencionales directamente estatuidas

5.1.1. Definición

Para un mayor aseguramiento del valor (dignidad) de la persona y de los derechos humanos que se sostienen en tal valor, existen los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Son sistemas subsidiarios respecto del derecho y de la jurisdicción nacional⁴¹, pues es al Estado nacional al que le corresponde el papel de “principal garante de los derechos humanos de las personas”⁴². Al sistema universal liderado por Naciones Unidas, se han sumado sistemas regionales. Todos ellos se componen de tratados o convenciones internacionales sobre derechos humanos, los que prevén la creación de órganos o tribunales encargados de velar por su plena vigencia.

41 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México (Año V, número 28), 2011, p. 147.

42 CORTE IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, párrafo 66.

Los Estados nacionales normalmente, y mediante el procedimiento previsto en sus textos constitucionales, se han incorporado a un sistema u otro, con la firma del tratado o convención internacional respectiva y, consecuentemente, a través de la incorporación de la norma internacional al sistema jurídico nacional⁴³.

Con las Convenciones sobre derechos humanos pasa lo mismo que con la Constitución en relación a los derechos humanos: a través de los tratados y convenciones sobre derechos humanos, el Legislador convencional al igual que el Legislador constituyente, positiva las exigencias de justicia que representan los derechos humanos. Con base en la definición material de derechos humanos arriba justificada, puede ser sostenido que la convencionalización de los derechos humanos se produce a través del reconocimiento del bien humano debido respectivo y de su regulación básica en el tratado o convención respectiva. La voluntad del Legislador convencional de reconocer y regular de modo básico el bien humano debido, se recoge en disposiciones convencionales distintas, de las que brotan normas. A estas normas se les llamará normas convencionales directamente estatuidas.

Estas normas, al igual que las normas constitucionales directamente estatuidas, pueden ser de tres tipos según el grado de indeterminación normativa de la voluntad expresada. El Legislador convencional expresa su voluntad de reconocimiento del bien humano debido a través de disposiciones convencionales que se limitan a mencionar el nombre del bien humano debido y que dan como resultado normas convencionales directamente estatuidas con máximo grado de indeterminación normativa. Mientras que su voluntad reguladora del bien humano debido se expresa a través de disposiciones convencionales que dan como consecuencia normas convencionales de relevante o sin relevante grado de indeterminación normativa, destinadas a concretar las normas de máximo grado de indeterminación normativa.

Por ser estas concreciones de aquellas, se ha de reconocer una mayor jerarquía material y axiológica a favor de las normas convencionales de máximo grado de indeterminación. Esto permitirá reconocer la posibilidad, extraordinaria pero real, de que las normas convencionales de relevante o sin relevante grado de indeterminación normativa sean materialmente inconventionales por ser concreciones desajustadas de las normas de máximo grado de indeterminación normativa.

43 Las dos grandes tradiciones de incorporación del derecho internacional al nacional son la monista y la dualista. Si bien es posible reconocer una mayor idoneidad justificativa en la teoría monista, ésta no deja de tener deficiencias. Cfr. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo, “Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad”, en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, volumen XVII, 2017, ps. 724 y ss.



Tal y como ocurría con el Legislador constituyente, con las normas que reconocen el bien humano debido, el Legislador convencional muestra una voluntad que declara algo que preexiste; mientras que con las normas que regulan y concretan el bien humano debido, se pone de manifiesto una voluntad creadora de derecho convencional.

5.1.2. Ejemplo de norma convencional directamente estatuida

Ejemplifiquemos lo que se lleva dicho desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁴⁴ en relación a la libertad personal. En el artículo 7.1 de la mencionada Convención, se ha establecido lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Desde esta disposición convencional es posible concluir la siguiente norma convencional directamente estatuida:

N7.1 CADH: Está ordenado respetar a toda persona el contenido esencial del derecho a la libertad y seguridad personales.

Esta es una norma de máximo grado de indeterminación normativa que se limita a mencionar el nombre del bien humano debido para ordenar su cumplimiento. En esta norma, el Legislador convencional nada ha dicho acerca del contenido esencial del derecho humano que convencionaliza. Para saberlo hay que acudir a normas convencionales de otro tipo, como por ejemplo a las dos que a continuación se hace referencia.

En el artículo 7.3 de la CADH, el Legislador convencional ha establecido que “[n]adie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”. Desde esta disposición convencional es posible concluir la siguiente norma convencional directamente estatuida:

N7.3 CADH: Está prohibida la detención o el encarcelamiento arbitrarios.

Y, en el artículo 7.5 CADH, también ha dispuesto que “[t]oda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales”. Desde esta disposición es posible concluir la siguiente norma convencional directamente estatuida:

N7.5 CADH: Está ordenado llevar sin demora a una persona detenida o retenida ante un juez u otro funcionario con función judicial.

La norma N7.3 CADH es una norma de relevante grado de indeterminación normativa. Uno de sus elementos es abierto y necesita ser concretado. Tal elemento es “detención o encarcelamiento arbitrario”.

El Legislador convencional nada ha dicho acerca de cuándo se incurre en arbitrariedad, sino que su significado deberá ser encontrado en otro tipo de normas. Por su parte, la norma N7.5 CADH es una norma convencional sin relevante grado de indeterminación normativa porque la expresión “sin demora” es posible de ser entendida como “inmediatamente”, lo que permite operar acabadamente con una tal norma, sin necesidad de una concreción normativa previa.

5.2. Las normas convencionales adscriptas

5.2.1. Definición

Junto a las normas convencionales directamente estatuidas se encuentran las normas convencionales a ellas adscriptas. Las normas convencionales adscriptas pueden ser definidas como el conjunto de interpretaciones vinculantes que del tratado o convención sobre derechos humanos y para concretar las normas convencionales directamente estatuidas, formulan los tribunales de justicia internacional creados para la defensa y aseguramiento del tratado internacional respectivo.

Tales interpretaciones tienen naturaleza normativa por las dos mismas razones arriba mostradas para justificar a la norma constitucional adscripta. La primera es el carácter vinculante de la interpretación que lleva a cabo el órgano internacional, y será vinculante por ser realizada en ejercicio de la función pública convencional que le ha encargado el Legislador convencional: la defensa del tratado o convención y, por tanto, la defensa de la plena vigencia de las normas convencionales directamente estatuidas. La segunda razón es que esa interpretación vinculante está destinada a concretar la norma convencional directamente estatuida a fin de hacer posible la solución del concreto problema jurídico que se le ha presentado al tribunal internacional de justicia, por lo que comparte la naturaleza normativa del objeto concretado. Así, si el objeto concretado –la norma convencional directamente estatuida– tiene naturaleza normativa, entonces, la concreción también la tiene.

Al ser concreciones directas y no sucesivas de la norma convencional, tienen valor convencional, al que le sigue rango convencional. Las normas convencionales creadas por el tribunal internacional nacen al derecho convencional, y por ser concreciones directas, son inmediata y fuertemente atraídas por la norma convencional directamente estatuida que concretan. Consecuentemente, la norma adscripta además de compartir la naturaleza del objeto concretado, comparten también su valor normativo. La norma convencional adscripta adherida a la norma convencional directamente estatuida que concreta, la acompaña en su viaje hacia todos los sistemas jurídicos nacionales a los que ingresa por haberse vinculado el Estado respectivo al tratado, y por haber reconocido competencias al tribunal internacional correspondiente.

⁴⁴ En adelante, la referencia a la Convención americana sobre derechos humanos incluye también a los protocolos adicionales respectivos.



5.2.2. Ejemplo de norma convencional adscripta

El ejemplo de norma convencional adscripta conviene ponerlo desde las interpretaciones vinculantes que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha establecido de la Convención Americana sobre derechos humanos a fin de concretar las normas convencionales directamente estatuidas. Esta creación normativa acontece como consecuencia del ejercicio de las funciones tanto contenciosa como consultiva que tiene atribuidas. Así, en ejercicio de la competencia contenciosa, la Corte IDH interpretó el artículo 7.1 CADH en el párrafo 140 del caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000⁴⁵. Desde esa interpretación es posible reconocer la siguiente norma convencional:

N140 Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala: Está ordenado liberar o poner inmediatamente a disposición del Juez al individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial.

Del mismo modo, la Corte IDH en el párrafo 40 de la Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987, “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 Y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”⁴⁶, recogió una interpretación vinculante del artículo 7.6 CADH. Desde una tal interpretación es posible concluir la siguiente regla convencional:

N40 OC-8/87: Está permitido el ejercicio del control de legalidad por parte de un órgano judicial autónomo e independiente, de las medidas que se adoptan en un estado de excepción en relación a la libertad personal.

Estas dos interpretaciones son vinculantes en la medida que han sido producidas en ejercicio de la función pública convencional contenciosa y consultiva respectivamente. Además, concretan directamente, no sucesivamente, la norma convencional N7.1 CADH y N7.6 CADH respectivamente. Estas dos normas convencionales han sido atraídas fuertemente por la norma convencional directamente estatuida que concretan, y adheridas a ellas existen, viajan e ingresan a los distintos sistemas jurídicos nacionales a los que viajan e ingresa la norma convencional directamente estatuida.

⁴⁵ Dijo la Corte IDH en el mencionado párrafo de la referida sentencia: “Un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el cometido esencial del artículo 7 de la Convención es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado”.

⁴⁶ Dijo la Corte IDH: “Si esto es así es desde todo punto de vista procedente, dentro de un Estado de Derecho, el ejercicio del control de legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente que verifique, por ejemplo, si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecua a los términos en que el estado de excepción la autoriza. Aquí el hábeas corpus adquiere una nueva dimensión fundamental”.

5.2.3. El ingreso del contenido convencional de los derechos humanos al sistema jurídico nacional

Cuando un Estado se obliga a un tratado internacional, éste ingresa a su sistema jurídico interno para conformarlo. El ingreso abre una serie de interrogantes, algunas de las cuales aquí serán planteadas respecto de la CADH y el Estado peruano. Una vez que firmó la CADH, las normas convencionales directamente estatuidas se introdujeron en el sistema jurídico nacional, e irremediabilmente a ellas adheridas ingresaron las normas convencionales adscriptas creadas por la Corte IDH. Unas y otras representan el reconocimiento y concreción básica de bienes humanos esenciales, es decir, representan el contenido esencial de derechos humanos. Este dato es relevante para advertir que, una vez ingresado el derecho convencional sobre derechos humanos, es fuertemente atraído por las normas de la Constitución que también reconocen y regulan de modo básico los mismos derechos humanos en su contenido esencial.

Esta atracción se produce por dos razones. Primera, porque la Constitución es la norma suprema del derecho receptor del derecho convencional que actúa como derecho incorporado; y segunda, porque tanto las normas constitucionales como las convencionales tratan de lo mismo: del reconocimiento y regulación básica del contenido esencial de los derechos humanos. Si el Constituyente no ha interferido en esa fuerza de atracción con una decisión distinta, las normas convencionales sobre derechos humanos están destinadas a conformar el derecho constitucional en el sistema jurídico nacional al que ingresan.

El Constituyente peruano no ha interferido con este destino natural de las normas convencionales. Así, ha decidido que “[l]as normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” (Cuarta disposición final y transitoria).

El Constituyente ordena al intérprete tomar en cuenta las normas convencionales sobre derechos humanos a la hora de definir el alcance del contenido constitucional de los derechos humanos constitucionalizados, es decir, de los derechos fundamentales. Se lo ordena porque el Constituyente acepta que todas ellas conforman un mismo nivel normativo, el constitucional. Así ha sido interpretado no solo por la doctrina⁴⁷, sino también por el Tribunal Constitucional, el que ha sostenido que

⁴⁷ Cfr. por todos, RUBIO CORREA, Marcial, “La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993”, en *Pensamiento Constitucional*, volumen 5, p. 109. En contra quienes sostienen que “no es posible dotar de un rango constitucional a los TIDH [Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos] porque así no lo formuló el constituyente, quien sin embargo le ha dotado de un posicionamiento en el espectro constitucional digno de resaltar”. MONTAYA CHÁVEZ, Victorhugo, FEIJÓO CAMBIASO, Raúl, “El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos”, en *Revista Ius et Veritas*, N° 50, Julio 2015, p. 342.



“[l]os tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional”⁴⁸.

El rango o nivel constitucional del sistema jurídico peruano, no obstante, está conformado por dos compartimentos según se explicó atrás. Uno es el derecho constitucional directamente estatuido, y el otro es el derecho constitucional adscripto.

El derecho convencional no puede ingresar al compartimento del derecho constitucional directamente estatuido, porque, como aquí ha sido definido, está conformado por normas que representan la voluntad del Constituyente, y el derecho convencional no es voluntad del Constituyente, sino del Legislador convencional, aun cuando ambas voluntades puedan coincidir.

Ingresa al compartimento del derecho constitucional adscripto: atraídas por las normas constitucionales directamente estatuidas, las normas convencionales se adhieren a éstas y adscriptas a ellas existen. Así, las normas convencionales que regulan y concretan un determinado bien humano debido, serán atraídas por las normas convencionales directamente estatuidas que regulan y concretan el mismo bien humano debido, y adheridas a ellas existen. Por esta razón se las llamará como normas constitucionales adscriptas.

Ocorre, sin embargo, que el compartimento del derecho constitucional adscripto está conformado por las normas constitucionales adscriptas creadas por las leyes y sentencias de desarrollo constitucional. El derecho convencional por tener fuente distinta no puede simplemente sumarse a esas normas convencionales. Sino que abre su propio espacio para conformar un ámbito distinto de normas constitucionales adscriptas, singularizadas por su origen convencional. Se convierten en normas constitucionales adscriptas de origen convencional.

De esta manera el derecho constitucional sobre derechos fundamentales queda compuesto por las normas constitucionales directamente estatuidas, cuya fuente es la Constitución; las normas constitucionales adscriptas de origen nacional, cuya fuente son las leyes y sentencias de desarrollo constitucional; y las normas constitucionales adscriptas de origen convencional, cuya fuente es el derecho convencional. Es importante tomar consciencia de que una vez que el derecho convencional sobre derechos humanos ingresa al sistema jurídico nacional, deja de ser derecho convencional a secas, para pasar a ser derecho convencional constitucionalizado o, si se quiere, derecho constitucional de origen convencional. Más precisamente, derecho constitucional adscripto de origen convencional.

48 EXP. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, fundamento 26.

6. Las normas constitucionales y el contenido constitucional de los derechos fundamentales

6.1. Normas constitucionales directamente estatuidas y el contenido constitucional de los derechos fundamentales

Según la definición de derechos humanos propuesta al inicio, el bien humano debido hace a la esencia del derecho humano, es decir, representa su contenido esencial. Así, la libertad personal hace a la esencia del derecho humano a la libertad personal. De modo que, y como fue advertido también atrás, cuando el Constituyente reconoce el bien humano debido limitándose a mencionar su nombre, constitucionaliza de un modo máximamente abierto la esencia del derecho humano, o, si se quiere, el contenido esencial del derecho humano. Si los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados, entonces, el contenido esencial del derecho humano constitucionalizado de un modo máximamente abierto puede ser tenido como contenido constitucional máximamente abierto del derecho fundamental.

Pero, como se explicó, el reconocimiento del bien humano debido no es la única declaración de voluntad que realiza el Constituyente. Ella es acompañada de una voluntad destinada a regular el bien humano debido reconocido para concretar el contenido esencial del derecho humano que representa. Estas regulaciones significan concreciones directas del contenido esencial del derecho humano. Al estar constitucionalizadas a través de normas de relevante y (más excepcionalmente) sin relevante grado de indeterminación normativa, estas concreciones conforman el contenido constitucional del derecho fundamental.

De esta manera, debe ser sostenida la siguiente regla general: el contenido esencial del derecho humano equivale al contenido constitucional del derecho fundamental, el cual está conformado por normas constitucionales directamente estatuidas, tanto de máximo grado, como de relevante y (más escasamente) sin relevante grado de indeterminación normativa⁴⁹. En relación al derecho fundamental a la libertad personal, se graficará lo que se lleva dicho sosteniendo que el contenido esencial del derecho humano a la libertad personal equivale al contenido constitucional del derecho fundamental a la libertad personal, el cual estará conformado, entre otras, por la norma constitucional directamente estatuida de máximo grado

49 Sin embargo, es posible que esta regla general de equivalencia no siempre se cumpla. En efecto, puede ocurrir que el Constituyente constitucionalice un bien humano no esencial; o puede que el Constituyente haya constitucionalizado una concreción no directa sino sucesiva del bien humano esencial constitucionalizado. En uno y otro caso, su destino no debería haber sido la Constitución, sino una norma infraconstitucional, como la ley. Cuando esto ocurra la norma constitucional conformará el contenido constitucional del derecho fundamental pero solo de manera formal, pues materialmente tendrá valor infraconstitucional. Tales normas pueden ser llamadas como normas constitucionales infraconstitucionales. Por ser casos excepcionales, aquí solo se dará cuenta de la posibilidad de que ocurran, pero no serán objeto de análisis.



de indeterminación normativa N2.24 CP, y sus concreciones, las normas constitucionales directamente estatuidas N2.24.d CP y N2.24.f CP.

6.2. Las normas constitucionales adscriptas de origen nacional y el contenido constitucional de los derechos fundamentales

La constitucionalización del contenido esencial de los derechos humanos acontece principalmente a través de normas de máximo y de relevante grado de indeterminación normativa. Son normas que reclaman de concreciones, las cuales –como se explicó– son establecidas a través de las leyes de desarrollo constitucional (leyes y decretos legislativos), y a través de sentencias de desarrollo constitucional (sentencias de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional).

Son interpretaciones vinculantes de la Constitución que concretan directa y no sucesivamente las normas constitucionales estatuidas por el Constituyente, por lo que existen adheridas a éstas y que aquí se les ha denominado como normas constitucionales adscriptas de origen nacional. Consecuentemente, y como regla general, el contenido constitucional de los derechos fundamentales no solo se conforma por las normas constitucionales directamente estatuidas por el Constituyente, sino también por las normas constitucionales adscriptas de origen nacional creadas por las leyes y sentencias de desarrollo constitucional⁵⁰.

En relación al derecho fundamental a la libertad personal, lo que se lleva sostenido quedará graficado afirmando que el contenido constitucional del derecho fundamental a la libertad personal está conformado, entre otras, por las normas constitucionales directamente estatuidas N2.24 CP, N2.24.d CP y N2.24.f CP; así como por las normas constitucionales a ellas adscriptas N268 Decreto legislativo 957, N22 CAS 626–2013 y N59 STC 04780–2017–PHC.

6.4. Las normas constitucionales adscriptas de origen convencional y el contenido constitucional de los derechos fundamentales

Como fue explicado, el contenido esencial de los derechos humanos es convencionalizado a través de normas convencionales directamente estatuidas por el Legislador convencional. A estas normas se adhieren las interpretaciones vinculantes y concretadoras que el tribunal internacional creado para la defensa de un tratado internacional ha sido creado.

⁵⁰ Esta regla general puede tener excepciones, sin embargo. Será éste el caso cuando la interpretación vinculante que de la Constitución formulan los órganos nacionales destinados a crear normas constitucionales adscriptas, concreten de modo indirecto, sucesivo y no esencial a las normas constitucionales directamente estatuidas. Si así ocurriese, se obtendrá una norma solo formalmente constitucional, materialmente será una norma infraconstitucional (una norma legal adscripta o, más excepcionalmente, una norma reglamentaria adscripta). Aquí interesará razonar solamente desde la regla general, por lo que de este otro supuesto de norma constitucional infraconstitucional nada más será dicho.

A estas normas se las ha llamado normas convencionales adscriptas. Más precisamente en relación al sistema interamericano de derechos humanos, el contenido esencial de los derechos humanos ha sido convencionalizado por las normas directamente estatuidas en la CADH, a las que se han adscripto las interpretaciones vinculantes y concretadoras establecidas por la Corte IDH en ejercicio de su función contenciosa y consultiva.

También como se justificó, una vez ingresado al sistema jurídico nacional, estas normas convencionales se adhieren a las normas constitucionales de la Constitución y existen adscriptas a ellas. Como normas constitucionales adscriptas de origen convencional, reconocen y regulan los bienes humanos debidos que significan los derechos humanos constitucionalizados que son los derechos fundamentales. Conforman, por tanto, el contenido constitucional de los derechos fundamentales.

El contenido constitucional de los derechos fundamentales, por tanto, estará conformado por la sumatoria de normas constitucionales directamente estatuidas por el Legislador constituyente; más las interpretaciones vinculantes que de ellas se han formulado a través de leyes y sentencias de desarrollo constitucional para conformar el derecho constitucional adscripto de origen nacional; y más el derecho convencional constitucionalizado que conforman las normas constitucionales adscriptas de origen convencional.

Así, y en relación al derecho fundamental a la libertad personal, el contenido constitucional del derecho fundamental a la libertad personal, está conformado, entre otras, por las normas constitucionales directamente estatuidas N2.24 CP, N2.24.d CP y N2.24.f CP; por las normas constitucionales adscriptas de origen nacional N268 Decreto legislativo 957, N22 CAS 626–2013 y N59 STC 04780–2017–PHC; y por las normas constitucionales adscriptas de origen convencional N7.1 CADH, N7.3 CADH, N140 CASO BÁMACA VELÁSQUEZ VS. GUATEMALA, N40 OC–8/87, entre otras. Este conjunto de normas servirá de parámetro para controlar la constitucionalidad de toda decisión, pública o privada, en relación a la libertad personal.

7. El cierre

Planteado un problema jurídico en relación a los derechos fundamentales, el primer paso en el proceso de su solución es la identificación del derecho relevante para el caso, es decir, el conjunto de normas que conforman el contenido constitucional del derecho fundamental concernido. Para ello debe buscar no solo en la Constitución, la que normalmente dice de modo abierto e indeterminado, sino también, y principalmente, en las sentencias y leyes de desarrollo constitucional, así como en el derecho convencional (directamente estatuido y adscripto) constitucionalizado.

Puede ocurrir que el operador jurídico encuentre una norma constitucional que resuelva directamente el problema jurídico planteado.



En ese caso, luego de comprobar su validez formal y material, procede a formular la premisa normativa con base en esa norma. Puede ocurrir también que encuentre una norma que, comprobada su validez formal y material, y con base en una aplicación analógica, le permita construir una premisa normativa que resuelva el caso. Solo si no existiese norma que resuelva el problema, será necesario justificar la creación de una nueva norma constitucional con la cual resolver el caso. Tal norma representará la concreción de alguna norma constitucional directamente estatuida, para lo cual podrá emplear las metodologías distintas existentes⁵¹.

Las normas constitucionales iusfundamentales, comprobada su validez formal y material, representarán el alcance razonable delimitado del contenido constitucional de un derecho fundamental. Esto significará más subsunción a normas constitucionales delimitadoras, y menos ponderación.

8. Bibliografía

ALEX, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

ARISTÓTELES. Ética a Nicómaco. I, 1094a–1103a

BARBERIS, Mauro. (2019). Estado constitucional. Acerca del nuevo constitucionalismo. Editorial Zela, Puno.

BERNAL PULIDO, C. (2003). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

BÖCKENFÖRDE, E. W. (2000) Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Traducción de Rafael Agapito Serrano. Trotta, Madrid.

BONET PÉREZ, J. y SÁNCHEZ, V. (coordinadores). (2008). Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios. Huygens Editorial, Barcelona.

CASTILLO CÓRDOVA, L. (2020). Estudio introductorio: “Lineamientos del derecho constitucional de los derechos humanos”. En ZAGREBELSKY, Gustavo, MARCENÒ, Valeria y PALLANTE, Francesco, Manual de derecho constitucional. Editorial Zela, Puno.

CASTILLO CÓRDOVA, L. (2012). “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña; número 16.

⁵¹ En particular, la metodología conflictivista o la metodología armonizadora. Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, Estudio introductorio: “Lineamientos del derecho constitucional de los derechos humanos”. En ZAGREBELSKY, Gustavo, MARCENÒ, Valeria y PALLANTE, Francesco, Manual de derecho constitucional, Zela editores, Puno 2020, ps. 53-59.

CASTILLO CÓRDOVA, L. (2018). Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, 3ª edición. Gaceta Jurídica, Lima.

CORTE IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009.

GARCÍA RAMÍREZ, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad, en IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México (Año V, número 28).

GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, P. (2017). Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad. En Anuario Mexicano de Derecho Internacional, volumen XVII.

GRANDEZ CASTRO, P. (2016). El ascenso de los principios en la práctica constitucional. Palestra Editores, Lima.

GUASTINI, R. (2011). Disposición vs. Norma. Palestra Editores, Lima.

GUASTINI, R. (2019). Primera lección de interpretación. Editorial Zela, Lima.

HAKANSSON NIETO, C. (2019). Curso de Derecho Constitucional. Universidad de Piura – Palestra editores, 3ª edición, Lima.

KANT, I. (1996). Fundamentación de la metafísica de las costumbres. 2ª edición.

MONTOYA CHÁVEZ, V., y FEIJÓO CAMBIASO, R. (2015). El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos, en Revista Ius et Veritas, N° 50.

PINO, G. (2014). Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado Constitucional. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

RUBIO CORREA, M. (1998). La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993, en Pensamiento Constitucional, volumen 5.

SCHIAVELLO, A. (2019). Repensar el tiempo de los derechos. Editorial Zela, Puno.

Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 00047–2004–AI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 0025–2005–PI/TC.



Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 0026–2005–PI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 02446–2003–AA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 2273–2005–PHC/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 4637–2006–PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 4903–2005–PHC/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 5854–2005–PA/TC.

SERNA, P. (1995). La dignidad de la persona como principio de derecho público, en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Número 4, Madrid.

ZAGREBELSKY, G. (2007). *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. 7ª edición, Trotta, Madrid.



PERÚ: DE UN CONSTITUCIONALISMO EXLUYENTE A UNO TRANSFORMADOR, AVANCES Y RETOS PENDIENTES

PERU: FROM AN EXCLUSIONARY TO A TRANSFORMING CONSTITUTIONALISM, PROGRESS AND PENDING CHALLENGES

Marcela Huaita Alegre* y Andrea Choccechanca Gamboa**

Resumen:

El artículo recorre la evolución de temas centrales en las relaciones de género en las constituciones peruanas durante casi un siglo, de 1931 al 2021. Analiza el camino recorrido desde la exclusión de las mujeres como ciudadanas hasta la conquista de la paridad en la participación política; la transformación de la cláusula de igualdad hasta convertirse en una con la potencialidad de incorporar la discriminación por orientación sexual como categoría prohibida; así como los cambios en la concepción de la protección a la maternidad por parte del Estado, hasta llegar a una formulación que reconoce el derecho de las personas de forma individual a decidir sobre su capacidad reproductiva.

El artículo da cuenta también de la participación de las mujeres en la lucha por estas conquistas, de sus iniciativas tanto en espacios formales como informales, así como de los postulados de los movimientos feministas de primera y segunda ola. Todo ello organizado a partir de las categorías acuñadas por Ruth Rubio Marín para entender el constitucionalismo en clave de género: constitucionalismo excluyente, inclusivo, participativo y transformador.

Palabras clave: constitucionalismo, género, derechos de las mujeres, derecho al voto, igualdad, maternidad, derechos sexuales y reproductivos.

*Abogada, Docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) e Investigadora asociada de su Instituto de Democracia y Derechos Humanos. Magíster en Estudios Legales Internacionales por el Washington College of Law (AU), con estudios de Doctorado en Derecho (PUCP). Ha sido Ministra de Estado en el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2015-2016). En el 2016 fue Presidenta de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM/OEA), y actualmente es Vicepresidenta del Comité de Expertas del MESECVI/OEA (2020-2021).

** Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

Nota: El presente artículo es una versión española del que fue originalmente publicado en inglés y de manera virtual en la revista de nombre International Journal of Law and Public Administration, Vol. 4, No. 2, el 8 de junio de 2021.



Abstract:

This article covers the evolution of key gender relations issues in Peruvian constitutions for almost a century, from 1931 to 2021. It analyses the path travelled from the exclusion of women as citizens to the achievement of parity in political participation; the transformation of the equality clause into one that has the possibility to incorporate discrimination based on sexual orientation as a prohibited category; as well as changes in the conception of maternity protection by the State, until one arrives at a provision that recognizes the right of people to decide individually about their reproductive choices.

The article also reports on the participation of women in the struggle for these gains, their initiatives both in formal and informal spaces, as well as the demands of first and second wave feminist movements. All these points are organised through categories coined by Ruth Rubio Marín, to understand constitutionalism from a gender perspective: exclusionary, inclusive, participatory, and transformative constitutionalism.

Keywords: *constitutionalism, gender, women's rights, the right to vote, equality, maternity, sexual and reproductive rights.*

**1. Constitucionalismo y género**

Diferentes autores/as han analizado la relación entre el constitucionalismo y el reconocimiento de los derechos de las mujeres, teniendo presente que los procesos constitucionales –en la tradición occidental–, han respondido a la necesidad de determinar y perpetuar las estructuras de distribución de poder, que obedecen a una visión antropocéntrica, teniendo como referentes esencialmente a hombres blancos provenientes de élites ilustradas. De manera tal, que las constituciones pueden identificarse en su origen como un producto masculino y liberal, en donde las mujeres no han tenido un lugar central históricamente (Mackinnon 2012, Bucheli 2014).

A pesar de ello, las mujeres no han estado al margen de estos procesos y su presencia se ha manifestado desde diversas aproximaciones. Así, podemos rastrear los aportes de las mujeres desde los movimientos sociales que dieron a luz documentos fundantes de las democracias modernas, como en el caso de Olympia de Gouges (1791) o las mujeres de Seneca Falls (1848), cuyas propuestas se quedaron al margen de las declaraciones de derechos plasmadas en la época, hasta procesos más modernos, en donde las mujeres lucharon para ser incorporadas en las discusiones formales, logrando ser parte de las instancias oficiales de discusión de las cartas constitucionales o los documentos de reconocimiento de derechos fundamentales. Ahí tenemos como referentes a las mujeres del movimiento sufragista como Clara Campoamor (Diputada, España 1931), y a Eleanor Roosevelt y su participación en la Declaración de los Derechos Humanos (1948).

En América Latina en general, y en el Perú en particular, estos procesos han sido estudiados, a lo largo del siglo XX, reconociéndose la importancia de la participación de las mujeres desde dos frentes: de un lado, como parte de movilizaciones de la sociedad civil en espacios informales y fuera de los órganos constituyentes, y de otro, como agentes en las instancias oficiales encargadas de la elaboración constitucional o cartas de derechos.

En cada uno de estos frentes pueden identificarse una serie de problemas que las mujeres deben enfrentar para ser parte de los procesos constituyentes, como la falta de información, el analfabetismo, la centralización geográfica de los procesos, así como la inexperiencia en la organización, las dificultades para la movilización teniendo en consideración su pobreza de tiempo, así como su poca posibilidad de lograr influencia cuando no se han generado alianzas y producido consensos, entre otras serias dificultades.

Aun así, y gracias a su tenacidad las mujeres han llegado a formar parte de las instancias formales, siendo que estos espacios se presentan intimidantes, cuando no directamente hostiles, quedando muchas veces alejadas de sus bases sociales, acusadas incluso de traición cuando no logran plasmar sus reivindicaciones, sea por falta de conocimiento de las reglas de juego, o por haber quedado aisladas en



las esferas de poder. En este proceso, sin duda ha habido muchos aprendizajes, y las mujeres políticas han logrado generar alianzas poderosas, logrando arribar a grandes consensos e importantes conquistas, en toda la región (Rubio, 2020).

A la luz de este proceso histórico, el constitucionalismo ya no puede prescindir de un enfoque de género. Éste permite iluminar cómo los derechos de las mujeres, que representan aproximadamente el cincuenta por ciento de la humanidad, han ido tomado cuerpo para generar nuevos y más robustos marcos jurídicos. En esa línea, la profesora Ruth Rubio Marín ha ido desarrollando un marco teórico sólido para comprender la historia del constitucionalismo en clave de género (Rubio 2015, 2020, 2021). Rubio (2021) conceptualiza cuatro tipos o formas de entender la relación entre constitucionalismo y género, estos tipos no son necesariamente excluyentes, es decir que no son etapas que se superan unas a otras, sino que más bien podemos reconocer elementos de cada una de estas expresiones en los procesos nacionales, a saber:

- **Constitucionalismo excluyente:** Niega a las mujeres la pretensión de igualdad de derechos, partiendo del entendimiento de que domesticidad y maternidad son roles exclusivos de las mujeres;
- **Constitucionalismo inclusivo:** Aunque se preocupa por la igualdad, aspira a la perfecta neutralidad de la ley en cuanto a género;
- **Constitucionalismo participativo:** Receptivo a las aspiraciones de participación de las mujeres facilitado mecanismos para su efectiva participación en los procesos constituyentes, o desarrollando acciones afirmativas como el establecimiento de cuotas, alternancia o propuestas de paridad;
- **Constitucionalismo transformador:** Que tiene su centralidad en la reproducción social y en una estructura familiar que permita articular diversos reclamos tanto feministas como queer.

Es en base a esta propuesta que analizaremos las constituciones peruanas de 1933, 1979 y la actualmente vigente de 1993, incluyendo sus modificaciones.

2. Constituciones peruanas: cambios y continuidad

2.1. Eje excluyente: La lucha por el voto femenino

De la clasificación de los sistemas constitucionales en clave de género que propone la autora Rubio Marín (2021), se tiene al constitucionalismo excluyente, el cual negaba la igualdad de derechos para las mujeres. Esto se fundamenta en el entendimiento del rol de la mujer a partir de la domesticidad y la maternidad como contribución esencial y única a la sociedad. Es decir, el rol de la mujer estaba ceñido al ámbito privado, como ama de casa, madre y responsable de los cuidados del hogar y de los integrantes del grupo familiar. Todo ello parecía no otorgarle espacio para el ejercicio de su ciudadanía, específicamente el derecho al voto.

Por ello, la lucha por derecho al voto fue una entrada principal para las mujeres al ámbito público, aunque no necesariamente implicó la deconstrucción de los roles tradicionales. Se trataba más bien de buscar igualdad de derechos, en términos de representación democrática. En el Perú, la lucha por el sufragio femenino permitió una entrada gradual de la mujer al espacio político, primero con el derecho al voto municipal para las mujeres ilustradas, luego extendido a las elecciones generales y para mujeres analfabetas.

El reconocimiento del derecho al voto femenino, a nivel constitucional, no fue un proceso espontáneo, sino que fue producto de la incidencia de organizaciones lideradas por mujeres, por lo cual resulta importante recordar su trayectoria antes, durante y después de los procesos constituyentes.

A principios del siglo XX, una de las primeras mujeres socialistas, María Jesús Alvarado Rivera, conformó el Consejo Nacional de Mujeres del Perú (1923) afiliado al Consejo Internacional de Mujeres (París, 1888), cuyo principal objetivo era el reconocimiento al derecho de las mujeres al sufragio (MIMDES, 2009, p. 29). Otra de las precursoras fue Zoila Aurora Cáceres, quien en 1924 funda la asociación Feminismo Peruano, a través de la cual se hace público el manifiesto a favor del sufragio, con ocasión de las elecciones para la asamblea constituyente de 1931 (MIMDES, 2009, p. 31). Ese mismo año, debido a la presión ejercida por las mujeres para intervenir en las elecciones políticas, se aclaró en el Estatuto Electoral “que estaban obligados a inscribirse en el Registro Electoral Nacional los peruanos varones que sepan leer y escribir y que se hallen en el ejercicio pleno de sus derechos civiles” (Aguilar, 2002, p. 125); dicha aclaración dejaba fuera del proceso electoral a las mujeres.

Con dichos antecedentes, el derecho al voto femenino fue uno de los temas de discusión en el Congreso Constituyente de 1931-1932, el cual estuvo conformado por 145 representantes varones. El Congreso estuvo compuesto mayoritariamente por el Partido Unión Revolucionaria, seguido por los partidos Alianza Popular Revolucionaria Americana (APRA), Partido Descendralista del Perú, Partido Socialista del Perú e independientes. Ellos tuvieron tres diferentes posiciones en el debate sobre el derecho al sufragio de las mujeres: “los representantes del Partido Descendralista del Perú fueron los que más se declararon contra el sufragio femenino; los parlamentarios apristas defendieron como partido en bloque el sufragio calificado o restringido; y muchos partidarios del gobierno o de la Unión Revolucionaria defendieron el voto irrestricto o voto amplio de la mujer” (Aguilar, 2002, p.129).

En general, la preocupación mayoritaria de los representantes era porque la mujer saliera y descuidara el ámbito doméstico al que había sido relegada, más aún porque no se tenía certeza de cómo impactaría su ingreso a la vida política. Por más que se habían planteado condiciones para ejercer el voto, tales como la educación y el trabajo, no se logró encontrar un consenso. Entonces, por iniciativa del congresista M. Arévalo del Partido Unión Revolucionaria se planteó una alternativa de



conciliación que consistía en otorgar el voto facultativo a la mujer para las elecciones municipales. El argumento que sustentó esta propuesta fue que “la población femenina era superior a la masculina y concederle el derecho al sufragio sería crear un privilegio para la mujer con detrimento del varón” (Aguilar, 2002, p. 154).

Asimismo, los congresistas descentralistas, que en principio se oponían al derecho femenino, aceptaron la propuesta porque “el voto municipal y el voto político eran cosas distintas y siendo las municipalidades organismos próximos de la vida comunitaria, era aplicable el voto irrestricto a la mujer” (Aguilar, 2002, p. 154). Así que finalmente, en la Constitución de 1933, se reconoce el derecho de sufragio de la mujer para las elecciones municipales, en su artículo 86, en los términos siguientes: “Gozan del derecho de sufragio los ciudadanos que sepan leer y escribir; y, en elecciones municipales, las mujeres peruanas mayores de edad [21 años] las casadas o que lo hayan estado, y las madres de familia aunque no hayan llegado a su mayoría”. En la práctica, este voto no es ejercido, sino hasta 1963, dado que, por la azarosa vida política peruana, la Constitución de 1933 se ve suspendida y no se programan elecciones municipales sino hasta la década del 60.

Siguiendo con el curso de la lucha por el derecho al sufragio femenino, entre 1941 y 1954 fueron presentados, sin tener éxito, diferentes iniciativas con este fin, impulsadas en su mayoría por organizaciones de mujeres como el Comité Nacional Pro Derecho Civiles y Políticos de la Mujer, la Asamblea de Evolución Femenina, la Asociación Femenina Universitaria, y la Asociación de Abogadas Trujillanas (MIMDES, 2009, pp. 36-37). Observadas las numerosas demandas de las mujeres, el 5 de setiembre de 1955, el gobierno de Manuel A. Odría promulga la Ley N° 12391, mediante la cual se modifica la Constitución de 1933 y se concede el derecho al sufragio a las mujeres mayores de 21 años, que supieran leer y escribir, y a las casadas mayores de 18 años con el mismo requisito (MIMDES, 2009, p. 38).

De esta manera, se logra el reconocimiento de la ciudadanía de las mujeres y, por primera vez, el 17 de junio de 1956, participaron en las elecciones generales. Si bien en el plano legal, las mujeres eran ciudadanas, su participación en la actividad política se realiza de manera gradual y con ciertas dificultades, ya que aún prevalecen prejuicios y estereotipos que las confinan en el ámbito doméstico.

Si bien lo anterior fue un logro importante, aún no era suficiente para considerar que todas las mujeres estaban en igualdad de condiciones que los hombres. El voto solo era ejercido por hombres y mujeres letrados, y para esa época el grueso de la tasa de analfabetismo estaba compuesta por mujeres, debido a que, por tener un rol relegado al ámbito doméstico, no gozaban de oportunidades para acceder a educación.

En la Asamblea Constituyente (AC) de 1978-1979, se planteó la necesidad de identificar y registrar a las personas analfabetas; no obstante, a lo largo del debate, los asambleístas plantearon la opción de otorgarles el derecho al voto. Las intervencio-

nes eran favorables y se fundamentaban en que los hombres son iguales por naturaleza y que la condición de analfabetismo no constituye causal de disminución o degradación.

Asimismo, se resaltó que la tasa de analfabetismo era compuesta mayoritariamente por el campesinado. Solo un asambleísta, Diez Canseco, hizo referencia a la cuestión de género, pues manifestó que, según el censo del año 1972, el 28% de la población era analfabeta, y más del 70% de ésta eran mujeres pobres (AC, 1978, Tomo III, p. 225). En ese sentido, se aprobó el artículo 65 de la Constitución de 1979, en los términos siguientes “Son ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años. Para el ejercicio de la ciudadanía se requiere estar inscrito en el Registro Electoral. Tienen derecho a votar todos los ciudadanos que están en el goce de su capacidad civil. (...)”.

De esta manera, la consagración del sufragio universal en la Constitución de 1979 fue muy importante, ya que significó un avance en el proceso de democratización del ámbito público, pues como se verá más adelante las mujeres no solo se limitan al ejercicio del derecho al voto, sino que cada vez se interesan más por participar en la vida política.

2.2. Eje inclusivo: Cambios en la cláusula de la igualdad

Siguiendo la línea teórica de la autora Rubio Marin (2021), el constitucionalismo inclusivo consiste en la perfecta neutralidad de la ley en cuanto al género, lo que implica la no obstaculización a las mujeres con barreras legales. La autora explica esta teoría, principalmente, a partir de lo que ella ha denominado el “obrero asimilacionista” (en palabras de la autora “*assimilationist workerism*”), contextualizado en Estados Unidos en la década de 1970.

Consiste en que las normas, en lugar de reflejar y acomodar las diferencias funcionales reales entre los sexos, debe ignorarlas para así liberar al individuo de las expectativas que se le pueda imponer (Rubio, 2015, p. 797); es decir, obliga a las mujeres a adaptarse al estándar masculino en lugar de observar sus necesidades específicas las cuales pueden condicionar el derecho a la igualdad. En ese sentido, se destacan las limitaciones de la ley, ya que no contempla protección ni para el embarazo y ni para la maternidad.

Sin perjuicio de lo anterior, la autora considera que existe otra forma distinta de entender el constitucionalismo inclusivo, por medio de la teoría del “obrero acomodacionista” (en palabras de la autora “*accommodationist workerism*”), contextualizado en Europa, en las décadas de los años 1960 y 1970. Consiste en buscar “la adopción de medidas que faciliten la combinación de trabajo remunerado y cuidado no remunerado, pero principalmente para mujeres, acomodado y afianzando, en lugar de ignorar o subvertir, el papel único de la mujer en la reproducción y el sustento familiar, así como los estereotipos de género generalizados que lo rodean”



(Rubio, 2015, p. 800). Ello implica que la ley sea clara y específica al momento de referirse a las situaciones especiales en las que se encuentre una mujer por su condición de tal, en aras de no dejarla fuera del marco de la igualdad ante la ley.

En el Perú, el derecho a la igualdad formal de las mujeres ha estado presente en los debates de los procesos constituyentes, con excepción del Congreso Constituyente de 1931-1932, ya que el tema protagonista de esta asamblea fue el derecho al voto. Sin embargo, como se ha expuesto anteriormente, justamente el argumento principal para no otorgar tal derecho fue que hombres y mujeres no son iguales, pues se afirma que cada uno tiene su rol, asignado por naturaleza, dentro del orden social.

El tema de la igualdad fue promovida formalmente dentro del Estado, durante el gobierno de Juan Velasco Alvarado, quien en agosto de 1974 aprobó el Plan Inca. Uno de los objetivos del plan respecto de las mujeres fue “lograr la efectiva igualdad con el hombre en derecho y obligaciones, a través de acciones tales como la eliminación de todo trato discriminatorio que limite sus oportunidades y afecte sus derechos y dignidad personal, la promoción de su efectiva participación en todas las actividades sociales y el ejercicio de responsabilidades en todos los niveles de decisión del país” (Barboza, 2013, p. 70).

Ya en la Asamblea Constituyente de 1978, se debatió, por primera vez, la cláusula de igualdad ante la ley en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de raza, sexo, religión, opinión e idioma. El varón y mujer tienen iguales derechos, oportunidades y responsabilidades. Todo hecho que lo impida debe ser eliminado”. En principio, el texto legal propuesto encaja en la teoría del obrero asimilacionista, ya que obliga a las mujeres asumir derechos, oportunidades y responsabilidades que el hombre ya gozaba.

No obstante, el representante Cornejo Chávez cuestionó el texto, afirmando que, en materia de Derecho Laboral, existen disposiciones determinadas en atención al sexo, tal es así que la mujer tiene ciertos derechos que no puede tener el varón por razones biológicas. Entonces, si se afirmaba rotundamente que no existe discriminación por razón de sexo, se podía prestar a erróneas interpretaciones en perjuicio de las mujeres, como por ejemplo negar a las trabajadoras derechos correspondientes al embarazo y al parto (AC, 1978, Tomo V, p. 533).

Dicha crítica es compatible con la teoría del obrero acomodacionista, ya que parte del reconocimiento del rol de las mujeres como madres para justificar la adopción de medidas que promuevan el equilibrio entre el trabajo remunerado y no remunerado. Sin embargo, llama la atención la propuesta de eliminar la categoría “sexo”, ya que, contrario a lo que afirma, más bien permite visibilizar cierto tipo de discriminación. No obstante, el texto final de la Constitución de 1979 sí consideró dicha categoría además de la propuesta del representante Cornejo Chávez, quedando el texto redactado de esta manera: “Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

(...) 2. A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma. El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón (...)”.

En el Congreso Constituyente Democrático (CCD) de 1993 fue amplia la discusión sobre la cláusula de igualdad. El proyecto fue presentado por el partido Cambio 90 (C90), que compuso la mayoría congresal, en los términos siguientes: “Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, religión, opinión, idioma, condición económica ni de cualquier otra índole”. Como se observa, se propone eliminar el segundo párrafo que contenía la Constitución de 1979: “El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón”. El representante Torres y Torres Lara, en nombre de su partido C90, fundamentó dicha eliminación en que, habiéndose reconocido la igualdad ante la ley, resulta redundante precisar la igualdad de oportunidades y responsabilidades. Asimismo, afirmó que la última oración creaba confusión respecto, por ejemplo, de la protección de la maternidad en el ámbito laboral, ya que podría interpretarse como derechos mayores y no como derechos correspondientes a la mujer por su condición de tal (CCD, 1993, Tomo I, p. 70).

Frente a ello, la congresista Lourdes Flores Nano del Partido Popular Cristiano (PPC) afirmó la utilidad del segundo párrafo, pues en virtud de éste se realizaron modificaciones y reconocimientos que contribuyeron a la igualdad entre mujeres y hombres. Es más, debido a los índices educativos de la mujer y del varón, el desempleo y subempleo afectan en mayor medida a la mujer, por lo que sigue siendo necesario establecer leyes que contemplen la “discriminación activa”. Por último, sobre la última oración del párrafo, la parlamentaria sostuvo que no se trata de derechos mayores, sino de derechos diferenciados que se otorgan a la mujer en razón de su naturaleza (CCD, 1993, Tomo I, pp. 71-72).

Luego de largas intervenciones a favor de la propuesta del dictamen mayoritario, y la falta de apoyo a la propuesta de mantener el segundo párrafo del artículo 2, inciso 2 de la Constitución de 1979, el texto aprobado fue el siguiente: “Toda persona tiene derecho: 2. 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”. Con ello, se establece la neutralidad de la igualdad ante la ley, tal como refiere la teoría del obrero asimilacionista.

Una cuestión relevante es que la cláusula legal, al referir que nadie debe ser discriminado por “cualquier otra índole”, tiene la potencialidad de introducir otros tipos de discriminación, tales como aquella por razón de orientación sexual o identidad de género. De hecho, así fue interpretado, en la resolución de un caso en donde se discutía el reconocimiento de un matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, por los Magistrados Ledesma y Ramos, en su voto singular, en cuyo fundamento 46 se lee lo siguiente:



“(…) cuando se interpreta el principio-derecho a la igualdad y no discriminación reconocido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, en sistemática con el artículo 37, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, permitiendo arribar, otra vez, a la conclusión de que la orientación sexual no heterosexual no puede, en ningún caso, ser motivo de discriminación a través de alguna norma o acto, sea que provenga de un poder público, sea que provenga de particulares.” (Tribunal Constitucional, Sentencia 676/2020, 2020).

2.3. Eje participativo: Avances en la participación equitativa de las mujeres

En los avances de la lucha por los derechos de las mujeres, resalta la importancia y necesidad de la participación de mujeres en espacios de toma de decisiones. Es lo que la autora Ruth Rubio Marín llama constitucionalismo participativo, el cual consiste en brindar a la ciudadanía de a pie la oportunidad de formar parte de espacios de deliberación y decidir de forma directa sobre la constitución, de tal manera que se abren nuevas vías para la inclusión constituyente de los sectores de la población históricamente silenciadas, entre ellos las mujeres (2020, pp.45-46).

Como se ha visto anteriormente, en poco menos de un siglo, las mujeres peruanas hemos pasado de no ser ciudadanas reconocidas por el Estado a pelear la paridad en los cargos de representación a nivel regional y nacional. Esta historia también está plagada de encuentros y desencuentros entre los espacios formales e informales, en donde las mujeres y sus organizaciones han luchado por ampliar los márgenes de participación.

Así, podemos dar cuenta de lo sucedido en el Congreso Constituyente de 1931-1932, cuando Magda Portal, una histórica líder del APRA, vio cómo su partido no defendió las reivindicaciones planteadas por ellas y otras mujeres del partido con relación al voto universal para las mujeres desde los 18 años, pues más bien respaldaron posiciones contrarias que terminaron plasmándose en la Constitución de 1933, como antes hemos analizado. Portal terminó renunciando al partido en 1948, dado que, en coherencia con la mencionada constitución, las mujeres al no ser consideradas como ciudadanas, tampoco fueron reconocidas como miembros activos del partido (Bermúdez, 2018, p. 117).

A lo largo de la década de 1940, como se ha visto anteriormente, las mujeres siguieron luchando por el reconocimiento del derecho al sufragio, a través de diversas organizaciones y movimientos impulsados por ellas. Así se demuestra que las mujeres nunca dejaron de luchar hasta que éste reconocimiento en el año 1955, con el voto solo para las mujeres ilustradas, y más adelante, en la Constitución de 1979, con el voto universal.

Algunas décadas más tarde, la segunda ola del feminismo llegó al Perú, dando pie a diferentes procesos que se manifiestan con mayor fuerza a lo largo de la década del 70. Es en esa década que se advierte una cierta confluencia entre la agenda del Estado, capturado por una dictadura militar, y el posicionamiento de la mujer en la esfera pública, canalizando de alguna manera una respuesta a la demanda de participación pública del movimiento de mujeres (Barrientos & Muñoz, 2014, p. 640). A fines de la década se da un proceso de apertura democrática que produce la convocatoria a una Asamblea Constituyente (1978-1979), para la cual resultan electas dos mujeres, una del ala izquierda: Magdalena Benavides por el Frente Obrero Campesino Estudiantil y Popular (FOCEP), y otra del ala derecha: Gabriela Porto de Power del Partido Popular Cristiano (PPC).

Coincidentemente, en los mismos años, también se fundan 2 organizaciones feministas importantes en el Perú: el Movimiento Manuela Ramos (1978) y el Centro Flora Tristán (1979), cuyas figuras más conspicuas van a desarrollar un perfil político en la década siguiente, llegando a ser candidatas al congreso en las elecciones de 1985. Sin embargo, la experiencia fue dura y en palabras de sus protagonistas: “Aprendimos de manera brutal que los partidos políticos no eran nuestro espacio (...) y, si queríamos extender el impacto de las ideas feministas en las mujeres y en la sociedad, esto sólo sería posible asumiendo la lucha por ampliar la democracia como un modo de vida y no solo como forma de gobierno.” (Vargas, 2016, p. 72)

La siguiente década en el Perú fue una década difícil por la presencia del terrorismo y la crisis económica, lo que condujo a la nueva Constitución de 1993, que buscaba fundamentalmente cambiar el modelo económico. Así, para el Congreso Constituyente Democrático (CCD) de 1993, 13 de los 120 congresistas fueron mujeres, siendo 7 del partido de gobierno, logrando ser éste el número mayor de mujeres que participaron en una asamblea constituyente en el Perú.

Es al amparo de esta Constitución, actualmente vigente, que el movimiento feminista logra una ampliación significativa con relación a la participación política de la mujer, a través de mecanismos afirmativos como cuotas, alternancia y paridad. Sin embargo, en un principio, al ser sometida la aprobación de dicha constitución a un referéndum, el movimiento feminista lanza una campaña por el NO, bajo el lema: “Una Constitución que no es buena para las mujeres, no es una buena Constitución” (José, 2006, p. 114). Esto se debió a los cambios en la cláusula de igualdad, entre otros, propugnados en el CCD del 93, analizados anteriormente.

Las medidas de acción afirmativa, como las cuotas, habían sido puestas en la agenda pública a inicios de la década del 90 por la coalición feminista Foro Mujer (Bermúdez, 2018, p. 143). Sin embargo, ello toma impulso recién en el ámbito formal cuando mujeres congresistas asisten a la Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing (1995), y continúa en las dos primeras décadas del siglo XXI. La necesidad de adoptar acciones afirmativas en el ordenamiento jurídico electoral es una fuerte



reivindicación de las mujeres parlamentarias de diferentes agrupaciones políticas desde 1996, pasando de una cuota del 25% reconocida para las elecciones generales (Ley 26859, 1997) a una cuota del 30% (Ley 27387, 2000).

Estas conquistas fueron importantes antecedentes para que en la reforma constitucional del 2002 se recogiera la necesidad de una “representación de género” en los consejos regionales y municipales, lo que se incorporó al texto constitucional a través de la reforma del capítulo referido a la descentralización (Ley 27680, 2002). No obstante, esta disposición no estuvo exenta de crítica y de iniciativas de cambio, por lo que las mujeres parlamentarias de distintos grupos políticos tuvieron que defenderla por ejemplo en el 2005 cuando se intentó modificarla (Bermúdez, 2018, p. 156).

Esta fórmula constitucional permitió que se siguiese ampliando la demanda por una mayor participación femenina, pero su defensa también demostró ser una plataforma en la que no sólo se podían alinear mujeres de diferentes grupos políticos, sino también las organizaciones del movimiento feminista. Así en el período legislativo 2011-2016 se presentaron hasta nueve proyectos de ley planteando la alternancia, incluyendo uno promovido desde el propio Poder Ejecutivo, en donde la mujer tuvo un rol relevante (MIMP, 2013).

En el período legislativo siguiente, 2016-2021, la demanda se amplió ya no sólo a la alternancia sino también a la paridad, alineándose esta vez, no sólo mujeres parlamentarias sino también el propio mecanismo electoral (Jurado Nacional de Elecciones), respaldado por el movimiento feminista agrupado en el colectivo “Somos la mitad, queremos paridad” que reúne –entre otras organizaciones– a aquellas fundadas a fines de la década del 70 y que mencionamos anteriormente. Así se llega a la aprobación de la Ley 31030 (2020), cuya primera aplicación se ha dado en los comicios electorales de abril del 2021, dando inicio a una nueva era en lo referente a la participación política de las mujeres.

2.4. Eje transformador: Centralidad de la reproducción social y una estructura familiar que cuestiona la relación tradicional

El proceso denominado como constitucionalismo transformador determina que sea el mismo derecho constitucional el mecanismo para transformar el orden de género que históricamente ayudó a consagrar (Rubio, 2021). Ello implica cuestionar los roles de género que delimitaron el ámbito público del privado y así poner en la agenda del Estado las demandas referidas a la maternidad, matrimonio y unión de hecho, violencia de género, paternidad responsable, derechos sexuales y reproductivos, entre otros.

En el Perú, la maternidad se declara bajo la protección del Estado desde la Constitución de 1933 hasta la de 1993. No obstante, es interesante distinguir los matices que se dan entre una y otra constitución al comparar las distintas fórmulas constitucionales, hasta llegar a una formulación que ampara la decisión de cada persona,

individualmente y sin discriminación, sobre si tener o no hijos, así como acceder a la información y los medios adecuados para ello.

La Constitución de 1933, que corresponde a una mirada muy tradicional de la sociedad, menciona tres instituciones diferentes pero que de alguna manera se relacionan: la familia, el matrimonio y la maternidad, estableciendo que todas ellas ameritan la protección legal desde el Estado. Si bien no sanciona otras formas familiares, esa fórmula legal parece sintonizar bien con lo que es desarrollado en la legislación civil (Código Civil de 1852 y de 1936), en la cual los hijos e hijas extra matrimoniales tienen un estatus diferente que aquellos nacidos en el seno de una familia matrimonial.

Las mujeres madres son sujetos de preocupación en las Constituciones de 1979 y 1993 en dos supuestos: cuando se encuentra en situación de desamparo o abandono familiar, y cuando son madres trabajadoras. Así, en la Constitución de 1979, si bien la maternidad en términos generales sigue teniendo la protección del Estado, se enfatiza que las madres sólo gozarán de asistencia en caso de desamparo (artículo 7). En cambio, en la Constitución de 1993 se da un giro y se cambia el eje de protección, pues ya no se pone en la maternidad per se sino que se establece que la protección especial del Estado la deben tener personas en situación de abandono, entre ellas las madres, pero también los niños, adolescentes y ancianos. Esta última fórmula, entonces, deja de vulnerabilizar a las mujeres por su maternidad, y establece otros criterios como la situación de abandono en la que éstas pueden encontrarse.

De otra parte, uno de los temas que mayor cambio sufre es el de los derechos laborales. Mientras que en la Constitución de 1979 se le dedicaba un capítulo, éste desaparece en la Constitución de 1993 y sus preceptos son resumidos e integrados en uno dedicado de forma genérica a derechos sociales y económicos. En relación con la madre trabajadora, en la Constitución de 1979 se establece que “La ley determina las medidas de protección a la madre trabajadora” (artículo 45), lo cual es concordante con lo dispuesto en la cláusula de igualdad ya analizada, que reconocía “derechos no menores que al varón” y que justamente en el ámbito laboral tenía un desarrollo propio.

Por su parte, la Constitución de 1993 también establece que el Estado protege “especialmente a la madre”. No obstante, este deber se equipara al que corresponde al Estado en relación con “menores de edad” e “impedidos”, con lo cual pareciera que la protección le es provista en la medida de ser “población vulnerable”, alineado con lo que antes se había establecido y no enfatizando las condiciones especiales por las que las mujeres pueden ameritar protección en el ámbito laboral.

Otro elemento de interés es el cambio del estatus del matrimonio. Ya desde 1931, en el Perú se había aprobado la ley del matrimonio civil (Decreto-Ley 7282, 1931), independizándolo así del matrimonio religioso, siendo el civil el único al que se



le reconocía consecuencias jurídicas válidas, y por tanto la “protección de la ley”. Este amparo dejaba de lado a las parejas unidas en concubinato, las mismas que tenían una amplia presencia nacional, especialmente en las zonas de mayor pobreza.

Así, en 1961, en la Ley de Barrios Marginales o Barriadas (Ley 13157, 1961), se establece que, en caso de concubinos sin impedimento matrimonial, el título de propiedad se expedirá a nombre de los dos. Cuestión similar se produce con la Ley de Reforma Agraria (Decreto-Ley 17716, 1969) que ve la necesidad de reconocer el derecho de la concubina en caso muriera su pareja. Estos, entonces, son los principales antecedentes para que la Constitución de 1979 reconozca el estatus legal de las uniones de hecho, siempre que sean entre un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial y con una finalidad análoga al matrimonio. Ésta disposición también fue incluida en la Constitución de 1993, reconociendo además que esta institución es especialmente importante para las mujeres, como lo expresó el congresista García Mundaca: “¿A quién perjudicaba el que no se reconozca la convivencia, que es una institución tan usual entre los peruanos? A la mujer y a los hijos; muy poco al hombre. (...)” (CCD, 1993, Tomo I, p. 81).

Sin embargo, en la Constitución de 1993, se va a establecer un matiz en relación con el rol del Estado, pues si bien le corresponde proteger a la familia –sea cual sea su origen–, respecto del matrimonio su deber será promoverlo, como lo expresa el congresista Cáceres Velásquez, en el sentido que ““promoción” significa que el Estado va a interesarse en la regularización de las uniones irregulares, en que haya matrimonio, en que se formalicen (...)” (CCD, 1993, Tomo I, p. 81). Pareciera entonces que si bien surge ampliación para la protección, por parte del Estado, a toda forma de familia, los constituyentes de 1993 quisieron dejar en claro que el matrimonio es la fórmula a través de la cual el Estado dará mayores seguridades.

No obstante, en la práctica, las mujeres casadas podrían ser más vulnerables que las concubinas frente a situaciones como la violencia conyugal, dado que por ejemplo las mujeres casadas no podían denunciar a sus esposos por violación sexual hasta 1997 (Ley 26770). A pesar de la declaración de la Constitución de 1993, la legislación nacional ha venido equiparando los derechos de las parejas heterosexuales en unión de hecho, hasta reconocerles derechos sucesorios (Ley 30007, 2013).

Otro tema de gran sensibilidad para el movimiento feminista era el vinculado a la violencia doméstica, tema que no logra ser reconocido en ninguna constitución. A pesar de que en el Congreso Constituyente Democrático de 1993 fue formalmente propuesto por algunas congresistas como Lourdes Flores Nano y Luz Salgado Rubianes, quienes proponen, sin éxito, darle rango constitucional a la protección frente a la violencia familiar para que luego ello sea regulado por ley; así Flores Nano manifiesta: “Proponemos, por eso, como un tercer párrafo de este artículo que alude a la familia, una norma que indique: “La ley establece mecanismos de protección frente a la violencia familiar”, tema que, entonces, podrá desarrollarse a nivel legal” (CCD, 1993, Tomo I, p. 357-358).

Finalmente, fue la Constitución de 1979 que por primera vez introduce una fórmula constitucional sobre la “paternidad responsable”, es decir sobre el espinoso tema de los derechos reproductivos. Sin embargo, de acuerdo a lo manifestado por la asambleísta Porto de Power, la fórmula plasmada parecía tener que ver más con el evitar madres abandonadas por sus parejas, que con la decisión de tener o no hijos, la información para ello y los medios correspondientes. Así la mencionada constituyente manifestó:

“(...) quiero poner énfasis en el artículo 3 que se señala que el Estado ampara la paternidad responsable, ya que estamos confrontando un problema de gran dimensión social, cual es el abandono de familia. Los Tribunales de Justicia están abrumados por estos casos que son cada vez más numerosos y dramáticos, en perjuicio de los niños. Las madres abandonadas tienen que verse obligadas a exigir para sus hijos, el derecho de ser alimentados y educados por sus padres.” (AC, 1978, Tomo VI, p. 15-16).

Situación diferente se dio en el Congreso Constituyente Democrático de 1993, en donde el debate giró en torno a la política de población y el acceso a métodos anticonceptivos. Lo que se corrobora con las posiciones expresadas, como la del representante Tudela Van Breugel-Douglas, quien manifestaba su reserva porque “La paternidad responsable (...) es un asunto que queda librado a las conciencias de los individuos y que no puede erigirse en norma constitucional.” (CCD, 1993, Tomo I, p. 363). Otras posiciones fueron dadas por quienes expresaban que, si bien las familias podrían tomar estas decisiones, se advertía, desde una posición conservadora, el riesgo que podía conllevar para las mujeres la aprobación de este artículo constitucional, tal como sostiene el representante Rey Rey:

“Acuso, públicamente, al actual Ministro de Salud de este Gobierno de atentar contra la salud de miles, probablemente millones, de mujeres en nuestro país, porque se está haciendo la difusión, el reparto, la autorización de venta de muchos artículos anticonceptivos que no solamente son abortivos, médicamente comprobados –con lo cual, por tanto, se está cometiendo una falta claramente tipificada en nuestro ordenamiento jurídico–, sino que, además, muchos de esos artículos médicos tienen efectos secundarios graves sobre la salud de la mujer.” (CCD, 1993, Tomo III, p. 2113).

Se identifica también voces más liberales, de mujeres y hombres, como Lourdes Flores Nano y Julio Castro Gómez, que ponen énfasis en la decisión de las parejas, así como la posición del gobierno de turno, manifestada por el congresista Freundt-Thurne Oyanguen del partido C90:

“(...) Nosotros consideramos que la paternidad y maternidad responsables son algunas de las piedras fundamentales de todo país que quiere salir adelante. (...) Con esta redacción del artículo 7º, estamos tratando de definir, por vía constitucional, los objetivos de una paternidad y una maternidad



responsables, que permitan la libre decisión de las personas de usar el método que consideren más adecuado, siempre y cuando no vayan contra la vida de nadie.” (CCD, 1993, Tomo III, p. 2110).

En este punto del debate, parece que la fórmula que se discute recoge poco la voz de las mujeres y más la visión de una política de población promovida por el gobierno de turno y cuya consolidación constitucional le resulta clave para las decisiones de política pública que sobrevienen en la década del 90 (Rousseau, 2007), quedando así redactado el texto constitucional:

“Artículo 6.- Política Nacional de población. Paternidad y maternidad responsables. Igualdad de los hijos. La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. (...)” (Constitución, 1993).

En este punto, es interesante enfatizar que la fórmula recogida trae consigo un elemento de gran potencialidad, como es el reconocimiento del derecho de las personas, de manera individual, sobre su libertad reproductiva, lo que en sí mismo resulta muy revolucionario. Así mismo, establece la obligación del Estado de asegurar los medios para ello, abriendo así un nuevo capítulo en la historia constitucional peruana.

3. Retos ad portas de un nuevo centenario

Luchar por la conquista de derechos de las mujeres ha sido y sigue siendo, sin duda, una ardua labor, pues implica desafiar el orden de género impuesto por la sociedad y por el Derecho, en el cual las mujeres somos posicionadas en situaciones de desventaja frente a los hombres. No fue sino gracias a la organización de mujeres que se lograron debatir nuestras demandas en las asambleas constituyentes. Es así que pasamos de obtener el derecho al voto hasta lograr protección y promoción de los demás derechos derivados de nuestra condición de ciudadanas.

Cada proceso constituyente desde 1931 hasta 1993 permitió conocer y discutir las demandas de las mujeres. Visto desde la teoría del constitucionalismo en clave de género, iniciamos con un constitucionalismo excluyente, que negaba la igualdad de las mujeres, argumentando que, por naturaleza, estábamos destinadas a solo ejercer el trabajo doméstico y la maternidad. Por ello, obtener el derecho al voto, fue una entrada inicial al ámbito público y político, pues se trataba de reconocer a las mujeres como ciudadanas. No obstante, en las primeras discusiones dadas en el Congreso Constituyente de 1931-1932, se reconoció solo el voto municipal y no la ciudadanía; más adelante, en 1955, se logró el reconocimiento del voto solo para mujeres ilustradas; la real conquista llegaría con la Constitución de 1979, mediante la cual se reconoció el voto universal.

En medio de ese proceso, también se discutió el derecho a la igualdad ante la ley, pues el reconocimiento de la ciudadanía de las mujeres implicaba posicionarlas a la par de los hombres; así que, en el marco del constitucionalismo inclusivo, por primera vez se consignó una cláusula de igualdad ante la ley. Esto permitió que la sociedad y en especial las mujeres, siendo conscientes de sus derechos, trasladaran sus demandas desde el ámbito privado/doméstico al ámbito público/político, ya sea a través de organizaciones o de puestos de representación como parlamentarias en las asambleas constituyentes, lo cual ha sido denominado como proceso de constitucionalismo participativo.

Las demandas trataban sobre temas como maternidad, paternidad responsable, violencia familiar, derechos sexuales y reproductivos, estatus del matrimonio y la unión de hecho, entre otras, que impulsaron a cuestionar y transformar, en cierta medida, los roles tradicionales de género. Esto se puede observar a partir del proceso de constitucionalismo transformador.

La revisión histórica de la conquista de los derechos de las mujeres nos conlleva a múltiples reflexiones, entre ellas la necesidad de seguir desafiando el orden de género, pues a pesar de lograr salir del encierro que suponía el ámbito privado, aún nos vemos obligadas a sostener el hogar a través del trabajo doméstico, del cuidado de los integrantes de la familia y de la maternidad, así como de soportar relaciones de violencia y discriminación. No obstante, salir hacia el ámbito público no ha sido garantía de respeto de nuestros derechos, pues las relaciones de poder y violencia se reproducen de igual manera. De allí la necesidad de seguir con el proceso de transformación que considere realmente las demandas pendientes en materia de género.

Pensamos en que, ad portas de un nuevo centenario, aún nos falta discutir derechos en materia de igualdad y no discriminación, pues a pesar de contar con una cláusula de igualdad abierta, es necesario consignar a nivel constitucional la no discriminación por orientación sexual e identidad de género, así como el derecho a una vida libre de violencia basada en género. Asimismo, si bien hemos sido testigos del aumento de participación de las mujeres en puestos de representación, sigue siendo urgente garantizar y promover acciones afirmativas para que dicha participación sea efectiva. Por último, son relevantes las demandas que han estado muy presentes en movimientos feministas, tales como el reconocimiento de uniones de personas del mismo sexo (matrimonial y no matrimonial), reconocimiento de igualdad de derechos y responsabilidades en torno a la familia, y garantizar una verdadera autonomía sexual y reproductiva de las mujeres. Consideramos que, ante un posible nuevo proceso constituyente en el Perú, todas estas demandas deben ser incluidas en las discusiones que se plantean, así como en el texto constitucional.



4. Bibliografía

Aguilar, R. (2002). El sufragio de la mujer: Debate en el Congreso Constituyente de 1931 – 1932. Elecciones, 1, 123-164.

Asamblea Constituyente – AC. (1978). Diario de los debates de la Asamblea Constituyente 1978 (Tomos III, V y VI). Lima, Perú. Recuperado de <http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/1979/const1979nivel2-a-ii.htm>

Barboza, M. L. (2013). La liberación de la mujer en el Perú de los 70's: una perspectiva de género y estado [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos].

Barrientos, V., & Muñoz, F. (2014). Un bosquejo del feminismo/s peruano/s: los múltiples desafíos. Revista Estudios Feministas, 22(2), 637-645. <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2014000200015>

Bermúdez, V. (2018). La paridad como medida necesaria para la participación política de las mujeres en condiciones de igualdad [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú].

Buchely, L. F. (2014). Género y constitucionalismo. Una Mirada feminista al derecho constitucional colombiano. Ciencia Política, 9(18), 83-107.

Congreso Constituyente Democrático-CCD. (1993). Debate Constitucional Pleno 1993 (Tomos I y III). Lima, Perú.

José, M. (2006). Nuevas Constituciones para todos y todas. En S. Montaña y V. Aranda, Reformas constitucionales y equidad de género (pp. 89-133). CEPAL, Unidad Mujer y Desarrollo. Recuperado de https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/6827/S0500089_es.pdf

Mackinnon, C. A. (2012). Foreword. En B. Baines, D. Barak-Erez & T. Kahana (Eds.), Feminist Constitutionalism-Global Perspectives. Cambridge University Press, ix-xii. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511980442.001>

Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social – MIMDES. (2009). 50 años del Voto Femenino en el Perú: Historia y Realidad Actual.

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables – MIMP. (2013). Alternancia de Género. Realidades y desafíos de la participación política de las mujeres. Recuperado de [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F346837707EE2FA605257DFF00513849/\\$FILE/Alternancia_Porlaigualdad.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F346837707EE2FA605257DFF00513849/$FILE/Alternancia_Porlaigualdad.pdf)

Rousseau, S. (2007). Las Políticas de Salud Reproductiva en el Perú: Reformas Sociales y Derechos Ciudadanos. Estudios Feministas, 15, 309-331. <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2007000200003>

Rubio, R. (2015). The (dis)establishment of gender: Care and gender roles in the family as a constitutional matter. International Journal of Constitutional Law, 13, 787-818. <https://doi.org/10.1093/icon/mov059>

Rubio, R. (2020). Mujeres y procesos constituyentes contemporáneos: retos y estrategias de participación. Revista de Estudios Políticos, 187, 43-69. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.187.02>

Rubio, R. (2021). Observatorio Internacional de Derechos Humanos – I Jornada Ruth Bader Ginsburg: la voz de la justicia [Seminario Web]. Academia Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de <https://www.facebook.com/AcademiaIDH/videos/326195468753615>

Sentencia 676/2020. (2020). Tribunal Constitucional (Voto singular de los magistrados Ledesma Narváez y Ramos Núñez). Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/01739-2018-AA.pdf>

Vargas, V. (2016). Los feminismos en el laberinto de las izquierdas gobernantes en América Latina. Reflexiones inacabadas. Revista de Sociología, 26, 69-86. <https://doi.org/10.15381/rsoc.v0i26.18985>



LAS LIBERTADES QUE OLVIDAMOS DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES

THE FREEDOMS WE FORGET ABOUT THE ELDERS

Edward Cayotopa Luna*

Resumen:

El artículo expone el desarrollo del principio de igualdad desde su dimensión material en base a lo expuesto por Robert Alexy. De este modo, precisa que en situaciones donde no se trata de forma igual a las personas, se generan los conceptos conocidos como “ajustes razonables” y “discriminación por indiferenciación”. Este último (discriminación por indiferenciación) supone una discriminación legal por parte del legislador quien al regular un determinado ámbito no previó las particularidades de algunos sujetos, en materia de este artículo, los adultos mayores.

Así, para exponer la problemática, se citan diversos casos emblemáticos y se compara el tratamiento que reciben los derechos de las personas mayores en la “Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe” (que prohíbe la discriminación legal que limite el acceso a satisfacer diversas necesidades mínimas) y en la “Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea” (que pone énfasis en garantizar la autodeterminación sin interferencia). Finalmente, el artículo da cuenta que el Tribunal Constitucional del Perú ha perdido numerosas oportunidades para evaluar las libertades de las personas adultas mayores pues no ha favorecido la autodeterminación de dicho grupo social.

Palabras clave: Constitucionalismo, derecho de igualdad, ajustes razonables, discriminación por indiferenciación, adulto mayor.

*Asesor de magistrado en el Tribunal Constitucional peruano. Egresado de la maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú y abogado por la misma casa de estudios, con estudios en “Justicia Constitucional” por la Universidad de Génova (Italia). A la fecha desarrolla el curso de especialización en “Técnicas de interpretación y motivación de las decisiones judiciales” en la Universidad de Girona en coordinación con la Universidad de Genova (Italia), y es pasante, a nivel de posgrado, en la Universidad de Bologna (Italia). Autor de diversos artículos de su especialidad. Contacto: edward.cayotopa@pucp.edu.pe



Abstract:

The article explains the development of the principle of equality from its material side according to Robert Alexy's perspective. In this manner, the article specifies that in situations where people are not treated equally, the concepts known as 'reasonable accommodation' and 'discrimination by differentiation' are applied. This last one (discrimination by differentiation) supposes a legal discrimination by the legislator who, when regulating a specific area, did not anticipate the particularities of some subjects, in the case of this article, the elderly.

Therefore, to expose the problem, several emblematic cases are discussed and the approach to the rights of the elderly is compared in the 'Charter of San Jose on the Rights of Older Persons in Latin America and the Caribbean' (which prohibits legal discrimination that limits access to satisfy various minimum needs) and in the 'Charter of Fundamental Rights of the European Union' (which emphasizes guaranteeing self-determination without interference). Finally, this article explains that the 'Peruvian Constitutional Court' has missed several opportunities to evaluate the freedoms of the elderly because it hasn't favored the self-determination of this social group.

Keywords: *Constitutionalism, right to equality, reasonable accommodation, discrimination by differentiation, elderly.*



1. Introducción

Richard Rorty señalaba que el problema de los peores violadores de los derechos humanos es que estos están convencidos, y así justifican su accionar, que los grupos con los que atentan no son parte de su comunidad, al no tener la misma valía (Rorty: 1993). Ello es ejemplificativo para señalar que a los derechos sociales no basta determinar su justificación con la pertenencia a una comunidad política, pues, así como ejemplificaba Rorty para el caso de Serbia, esto conduciría a que el ejercicio de los derechos sociales de las personas dependiera de la ciudadanía.

Los derechos sociales son derechos humanos, y en tal sentido debe entenderse su universalidad. Si bien la crítica se ha centrado en señalar que los derechos sociales solo refieren a favor de un grupo, lo cual impediría su caracterización universal, las posiciones doctrinarias han apuntado en resaltar en que el desarrollo de la vida de una persona requiere la satisfacción de necesidades básicas que sufren una carencia o se encuentran en estado de subordinación, y que ello no contradice la universalidad sino que más bien debe entenderse a partir de la distinción entre titularidad y ejercicio (Maestría en Derecho Humanos PUCP, 2020, 22-25).

Entonces todas las personas tienen el derecho a un acceso social, solo que su ejercicio dependerá de si se presentase una situación de carencia, subordinación o simplemente se presente una necesidad humana básica (y aquí pienso en la accesibilidad de una vacuna para ejercer el derecho de salud que en el contexto de pandemia era requerido por todas y todos independientemente de su estado de vulnerabilidad o de carencia de medios socioeconómicos).

Aun así, los derechos sociales, así como otros derechos (de primera generación) entre estos el de propiedad, están condicionados por la escasez de recursos máxime si así se encuentra direccionado el esquema neoliberal económico; no todas las personas van a acceder ni van a ejercer a la vez su derecho a la salud. Y en muchas situaciones de crisis económicas, es posible constatar que la escasez de recursos del Estado provoca lamentablemente la regresión de derechos sociales, pese a que la violación de un derecho social se produce cuando no se materializa en la adopción de medidas apropiadas o en impedimentos que condicionen su ejercicio.

Teniendo en cuenta que la igualdad es piedra angular del Estado Constitucional, y que de ella es posible sostener el reconocimiento de mayores derechos, considero, esta investigación estará orientada a justificar que es posible señalar que el derecho social de igualdad en relación a poblaciones vulnerables, específicamente con adultos mayores, y los ajustes razonables hacia este grupo.

Señalado lo anterior, la presente investigación tiene por objeto definir el concepto de discriminación y ajustes razonables para determinar a partir de prejuicios se está condicionando la libertad de las personas adultas mayores. Cabe precisar que para tal fin verificaremos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y las principales consideraciones de los órganos de control internacionales.

2. Desarrollo temático

2.1. Precisiones conceptuales

Considero que tanto el concepto de ajustes razonables como el de discriminación por indiferenciación están vinculados a la noción material del principio de igualdad. En la doctrina, el principio de igualdad tiene dos formas de abordarse, ya sea como igualdad formal o igualdad material. La igualdad formal ha permitido, desde la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, aprobada en 1789 en Francia, que se reconozca que todas las personas sean iguales ante la ley (igualdad formal), esto es, la ley es igual en sus permisiones y mandatos a todas(os). Sin embargo, debido a que la igualdad ante la ley podía conducir a planteamientos como el resuelto en *Plessy vs. Ferguson*, y, constándose a su vez situaciones o condiciones diferentes en las cuales se encuentran numerosas personas, se hizo necesario ampliar la noción de igualdad formal a una igualdad material.

De este modo, a partir de la igualdad material resulta mejor explicable el apotegma de «tratar a los iguales como iguales y desigual a los desiguales». Este apotegma, en su última parte, ya reconoce que entre las personas no cabe la uniformidad, y, ante la diferencia, se hace necesario un trato distinto.

Ahora bien, el planteamiento de los ajustes razonables y la discriminación por indiferenciación se enmarca en la consideración consistente en «tratar de manera desigual a los desiguales». Esto implica un análisis que va más allá de la formulación más clásica en la cual «hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales».

En esa línea de pensamiento, Robert Alexy explica que existen dos maneras de abordar la formulación más clásica del apotegma antes expuesto. Por un lado, su primera parte, referida como igualdad formal, en el cual se “limita al postulado de una práctica de decisión universalista” (1993: 385), a saber, «tratar igual a los iguales». Y en otro sentido, formulada como igualdad material; esto es, como exigencia a su contenido y no solo a su fórmula lógica de mandato (Alexy 1993: 386).

Evidentemente, aquel tratamiento diferenciado, que tanto los ajustes razonables como la discriminación por indiferenciación sostienen, se aparta de toda práctica de decisión universalista, pues se concentra en determinadas propiedades o particularidades, evidenciando un “juicio sobre igualdades o desigualdades *parciales*”. Ello implica una referencia a algunas propiedades fácticas y no a todas (Cobrerros 2007: 95).

Como punto en común también a destacar, observamos que ambas visiones tienen un fuerte contenido de progresividad de los derechos, a pesar de que gracias a aquellas se posibilita el ejercicio de libertades civiles y políticas (Bregaglio 2010: 49). Ambas se condicen con el principio de máxima efectividad de los derechos



fundamentales, porque se centra en el contenido del derecho a la igualdad, que supera incluso la presunción de constitucionalidad que otorga Alexy a la legislación diferenciadora (Alexy 1993: 396-398).

2.1.1. Ajustes Razonables

El concepto de ajustes razonables pareciese que tuviese una definición zanjada, pues la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) la define expresamente.

Esta noción presupone un entorno o contexto particular, el cual necesariamente debe ser adaptado. De allí que muchas veces se confunda a los “ajustes razonables” con la noción de “accesibilidad”. Ajustes razonables y accesibilidad son nociones cuya distinción ciertamente no es clara (Asis, 2017: 3). No obstante, el mismo autor señala que los ajustes razonables “adquieren su significado cuando el bien de la *accesibilidad* no se puede satisfacer de manera universal” (Así, 2017: 3). Esto significa que la accesibilidad supone un objetivo, muchas veces difícil y oneroso de obtener (Pérez Bueno 2012: 4), que precisamente su no alcance o satisfacción constata una situación particular a corregir o adaptar.

El Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (en adelante CRPD), en su observación general N° 2, ha realizado precisiones en torno a las nociones de accesibilidad y ajustes razonables:

- a) La obligación de proporcionar accesibilidad es una obligación *ex ante*.
- b) La accesibilidad se relacionan con grupos de personas, por lo que se realizan a través de un diseño legal universal y general.
- c) Los ajustes razonables se relacionan con casos individuales, esto es cuando la norma no ha considerado situaciones particulares y resulta insuficientes.
- d) “La obligación de realizar ajustes razonables es una obligación *ex nunc*, lo que significa que estos son exigibles desde el momento en que una persona los solicita en una determinada situación” (CRPD 2016: 5).

Para complementar lo anteriormente expuesto, el ajuste razonable no implica necesariamente un cambio en la legislación, su adaptación se centra preferencialmente en situaciones particulares que la norma no ha considerado.

A modo de ejemplo, en la ciudad de Lima el transporte público denominado “bus corredor” está obligado a garantizar el acceso a todas las personas sin excepción para uso del servicio, cuyo vehículo tiene dos entradas. Tal como se puede verificar en la actualidad, el ingreso al “bus corredor” es por la parte delantera del vehículo, en donde el validador y torniquete no están pensados para garantizar que las personas usuarias de sillas de ruedas ingresen al bus, debido a su reducido espacio, gradinas y torniquete de control, más bien se limita su acceso.

Así, si bien en la ley se garantiza la accesibilidad sin restricción, en los hechos se dificulta a este grupo de personas porque les impide el uso del servicio público. En atención a las consideraciones del concepto de *ajuste razonable* que hemos expuesto, implicaría la adopción de una tercera puerta del bus fijada exclusivamente para personas usuarias de sillas de ruedas, así como la adopción de paraderos especialmente establecidos para facilitar el acceso de dicho servicio. Recordemos que los ajustes razonables se orientan a adaptar o modificar situaciones que generan exclusión y contribuyen a mantener barreras sociales desproporcionadas.

2.1.2. Discriminación por indiferenciación

El concepto de discriminación por indiferenciación por su parte supone un tipo de discriminación legal, establecido exclusivamente por el legislador (Añón 2013: 660). Esto significa que el legislador al regular un determinado ámbito “no ha tenido en cuenta las especificidades de algunos sujetos que tenía que haber previsto” (Cobrerros 2007: 92).

Para llegar a esta conclusión ciertamente se parte de la segunda parte de la máxima de trato igual a los iguales y diferenciado a los distintos. Esto es, superar la presunción que Alexy otorga a la legislación diferenciadora. Recordemos que Alexy consideraba que debía probarse una razón suficiente para justificar un tratamiento diferente, caso contrario la diferencia sería contraria al principio de igualdad (Alexy 1993: 395). Cobrerros cuestiona este planteamiento al advertir que, de la segunda parte de la máxima en comentario, se desprende que “si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento igual, entonces está ordenado un tratamiento desigual” (2007: 94-95).

Así, pues, conforme a la estructura de la norma de un tratamiento desigual se puede sostener que “el principio de igualdad ordena *prima facie* un tratamiento igual; permite, justificándolo, un tratamiento diferente; y ordena, también justificándolo un tratamiento diferenciado” (Cobrerros 2007: 95). Alexy planteó lo inverso de lo aquí revisado, pues su análisis se centra en no establecer diferencias no permitidas por una fundamentación jurídica racional. “En caso de que existan razones suficientes para la permisión de un tratamiento desigual, no está ordenado un tratamiento igual. Pero, bajo esta condición, tampoco está ordenado un tratamiento desigual, pues, para ello exige razones suficientes para la permisión pero no para la obligatoriedad de un tratamiento desigual” (Alexy 1993: 400).

En este sentido, la discriminación por indiferenciación supone un análisis más unitario y más completo del principio de igualdad. Dado que se vulnera el principio de igualdad “por no establecer diferencias ordenadas” (Cobrerros 2007: 97). Esto es, que existe “ley discriminatoria por regular de modo indiferenciado e injustificadamente lo claramente distinto (Añón 2013: 660). Por tanto, el legislador, para no incurrir en una discriminación por indiferenciación, debe contemplar en la ley las especificaciones o excepciones que respondan a las particularidades de ciertos



sujetos. Debe quedar claro que con este planteamiento no se establece diferencias para todo lo diverso, “sino solo para aquellos casos en los que diferenciar tenga por consecuencia discriminar” (Cobrerros 2007: 105).

Esta noción encaja de forma coherente con los grupos en vulnerabilidad, pues en caso el legislador desconozca las particularidades de estos grupos vulnerables en su diseño normativo, será evidente la vulneración al principio de igualdad respecto a su segunda parte.

El caso que abre el telón para este tipo de discriminación es la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 06 de abril de 2000, caso Thlimmenos contra Grecia. Como se recordará, el señor Thlimmenos era testigo de Jehová, el cual fue condenado por su negativa a llevar uniforme por motivos religiosos. La controversia surge cuando, luego de ganar un concurso público para ocupar la plaza de auditor contable, se le negó designarle al puesto, por existir una ley que impedía ejercer la función pública a aquellos condenados por delitos. El Tribunal resuelve este conflicto al señalar que el rechazo a tratar al demandante de manera diferente de las otras personas declaradas culpables de un delito no tenía ninguna justificación objetiva y razonable.

Sin embargo, en la doctrina se cuestiona el concepto de discriminación por indiferenciación, por lo que a continuación los esquematizamos a partir de la jurisprudencia española (principalmente el caso María Luis Muñoz Díaz que aquí analizamos) como de la doctrina que lo abordan.

i) El trato de los desiguales constituye una injusticia

Este argumento se constituye en uno de los principales cuestionamientos. Lo hemos podido encontrar en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que revocó la sentencia que fue favorable a la señora Muñoz Díaz. Este planteamiento considera que cualquier ley general del ordenamiento jurídico debe ser aplicable a todos sin excepción.

A nuestro juicio, este cuestionamiento parte de una concepción, puramente formalista, de igualdad ante la ley; a saber, una “garantía de paridad de trato en la legislación y en la aplicación del derecho” (Salomé 2015: 23).

Aunque parezca ya descontextualizado, este tipo de planteamiento se ha utilizado para que no se creen más excepciones de aquellas previstas por el legislador. Es decir, también presupone al principio de división de poderes, pues señala que únicamente al legislador le corresponde definir las excepciones.

ii) La ley de forma imprescindible debe ser general

Este planteamiento, a diferencia del anterior, ya no resulta uno forzado. Se basa

en que la generalidad de la norma es una garantía de la seguridad jurídica y de la igualdad (STCes num. 70/1991, de 8 de abril, FJ. 7). De modo que, según este planteamiento el juicio de igualdad únicamente debe limitarse a los criterios legales establecidos por la norma para la distinción, sin atención a casos particulares individualizados.

Esta concepción del requisito de la generalidad era clave en la idea de Rousseau para garantizar la igualdad de los destinatarios de la ley, sin embargo, los presupuestos actuales y del legislador han cambiado. Esta idea es compartida por García cuando refiere que la evolución del concepto de igualdad ha supuesto una ruptura, al menos parcial, de los caracteres de universalidad y generalidad, cuando se admite leyes singulares o sectoriales (en función de los sujetos destinatarios), leyes temporales (su validez se limita a un determinado momento), leyes diferenciadoras (las cuales otorgan tratamientos diferenciados en función de determinadas características de ciertos grupos) (2000: 172).

Asimismo, Fernando Rey señala que dicha concepción liberal ha sido superada por el modelo de Estado social y democrático de derecho, en el cual el legislador asume roles distintos (2011: 170). El legislador, al regular cualquier asunto, normalmente, traza diversas diferencias de trato en función de determinadas circunstancias (Rey 2017: 129).

Y ello en función de que en la actualidad es comúnmente aceptado que no todos partimos de las mismas condiciones. Al respecto, consideramos que, si asumimos el criterio de la generalidad, como consecuencia de ese planteamiento, nos acercáramos a la idea de identidad, el cual en nada reflejaría la configuración desigual planteada por una Constitución. Lo común en el Derecho es la desigualdad de trato no la igualdad (Rey 2017: 129).

2.1.3. Caso María Muñoz

Esta sentencia resulta importante porque evidenció la existencia de situaciones particulares de algunos sujetos que deben considerarse, y de no tenerse en cuenta constituye discriminación. Es decir, fue un primer paso a decisiones contra España, en las que se le ha condenado por incurrir en discriminación cuando en el diseño legal y el actuar de sus autoridades no había tenido en cuenta particularidades de grupos vulnerables (v. caso Beauty Solomon c. España).

El presente caso que se analiza fue iniciado por María Luisa Muñoz Díaz, ciudadana española de origen gitana, quien contrajo matrimonio, mediante el rito gitano, con el señor M. D. en noviembre de 1971. Tuvieron seis hijos que fueron inscritos en libro de familia, y en 1986 se les reconoció como familia numerosa de primera categoría conforme a las leyes correspondientes españolas. El esposo de María Luis Muñoz murió en el año 2000, el cual había aportado a la seguridad social durante diecinueve años. La controversia se suscita cuando María Luis Muñoz pide



al Instituto Nacional de la Seguridad Social una pensión por viudez. Esta solicitud fue negada debido a que a juicio de dicha entidad la solicitante no ser o haber sido cónyuge del fallecido al no haber contraído matrimonio, conforme a ley.

La señora Muñoz cuestiona aquella decisión ante la jurisdicción laboral, y en primera instancia obtiene un resultado favorable. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid revocó esta decisión, por lo que la demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español. Posteriormente, tras el rechazo del Tribunal Constitucional español, acudió a instancias internacionales.

La sentencia del Tribunal Constitucional español, sentencia 69/2007, de 16 de abril, que resuelve denegar la “acción”¹ de amparo es relativamente corta. En primer lugar, parte de que el artículo 14 de la Constitución española, referido al principio de igualdad, solo refiere textualmente que “los españoles son iguales ante la ley”.

En segundo lugar, refiere que en tanto los ritos gitanos no han sido considerados por el legislador como forma válida para contraer matrimonio, entonces no se podría afirmar que suponga un trato discriminatorio basado en motivos étnicos.

En tercer lugar, refiere que no existe un supuesto de discriminación por indiferenciación en el ordenamiento jurídico español, como a continuación exponemos:

«Al respecto este Tribunal ya ha reiterado que resulta ajeno al núcleo de protección del art. 14 CE la “discriminación por indiferenciación”, al no consagrar el principio de igualdad un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual»

Por último, concluye que el Código Civil español solo reconoce un vínculo matrimonial por motivos civiles o religiosos. De allí que, al no presentarse ninguna de las situaciones antes expuestas, deniega el recurso presentado por Muñoz Díaz.

El TEDH no otorga efectos civiles al matrimonio gitano. El Tribunal europeo “se niega a considerar que el no reconocimiento de la forma tradicional del matrimonio gitano como matrimonio con efectos civiles suponga una violación del derecho a contraer matrimonio del artículo 12 del Convenio de Roma, o de una forma de discriminación racial (Rey 2017: 161).

La sentencia sí considera que la denegación de la pensión de viudez ha sido discriminatoria, pero no por razones basadas en diferencias étnicas, sino debido a que las autoridades españolas con los diversos reconocimientos oficiales crearon falsas

¹ Recordemos que el diseño legal planteado en el ordenamiento jurídico español es como una acción (recurso), a diferencia del caso peruano que es un proceso que inicia en el poder judicial.

expectativas en la demandante (parr. 63), y porque aquella supone un trato distinto respecto de otras situaciones que deben ser tenidas como equivalentes respecto a la buena fe matrimonial (parr. 64).

En suma, el TEDH tampoco establece la discriminación por indiferenciación en favor del matrimonio gitano, como se puede observar del párrafo 80 de la sentencia en comentario. A pesar de que tuvo la oportunidad de pronunciarse, pues en España, a mi juicio, existe una discriminación por indiferenciación a los ritos gitanos porque el legislador no los reconoce, a diferencia de otras formas religiosas de consentimiento matrimonial como la católica, protestante, musulmana e israelita.

Hemos pretendido esbozar estas nociones conceptuales porque hemos notado que el Tribunal Constitucional peruano en el Exp. 00889-2019-PA/TC² ha considerado que se ha concretizado una discriminación por indiferenciación. Ello en razón de que el Estado peruano “viene tratando de la misma forma a quien tiene como lengua materna al castellano y quien no” (STC Exp. N° 00889-2019-PA/TC, FJ. 23). En otras palabras, para el Tribunal Constitucional la actuación de cualquier persona que tenga una cuota de autoridad debe establecer una diferenciación ante situaciones que exigen distinto tratamiento.

A juicio del Tribunal la demandante tiene derecho a utilizar su lengua originaria, máxime en una zona donde predominantemente la población se comunica a través de esta. De modo que, para el Tribunal Constitucional peruano, si en los procedimientos administrativos no se toma en cuenta tal situación es un acto de discriminación por indiferenciación. Sin embargo, y a pesar de que es valiosa esta sentencia por el problema estructural y el estado de cosas inconstitucionales que se constatan, la noción de discriminación por indiferenciación utilizada por el Tribunal Constitucional peruano es en realidad una suerte de ajuste razonable. Ello en razón de que aquí el problema no es el diseño legal del legislador en referencia que ha excluido una lengua un reconocimiento de oficialidad para su uso en la zona donde predomine, sino más bien de accesibilidad.

Ahora bien, señaladas estas precisiones conceptuales, considero que es posible verificar que las personas de mayores de edad son grupos históricamente vulnerables, y que por su condición hace necesario que en un Estado Constitucional de Derecho no incurra en discriminación por indiferenciación, sino que por el contrario plantee ajustes razonables en función a su especial vulnerabilidad para garantizar el goce y disfrute de necesidades humanas básicas.

² A modo de síntesis, el caso surge a partir de la controversia entre la señora Díaz Cáceres de Tinoco y la restricción de la Municipalidad de Carhuaz -región de Ancash- al horario de venta de sus productos ambulatorios (frutas y helados) en la vía pública. La intervención de la municipalidad se concretiza de forma negativa cuando hace firmar un acuerdo de compromiso, redactado en español, a una persona quechua hablante y analfabeta en el castellano, mediante el cual se comprometía a acatar una restricción de horario en su punto de ventas. El Tribunal Constitucional reconoce aquí la oportunidad de pronunciarse sobre la oficialidad de lenguas distintas al castellano porque en Carhuaz casi el 75% de su población es quechua hablante.



Sin embargo, la noción conceptual no quedaría completa si no nos respaldamos en pronunciamientos de los órganos de control internacionales, de allí que el siguiente acápite tendrá por objetivo analizar las principales decisiones a favor de las personas adultas mayores.

2.2. Análisis de los principales pronunciamientos de los órganos de control internacionales en favor de personas mayores de edad

Consideramos que existe una manera diversa de abordar el derecho de las personas mayores de edad entre la región latinoamericana y la centroeuropea. Debemos especificar que sobre los adultos mayores no se tiene un tratado o una convención concreta del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, como sucede para otros grupos particulares (Celade, 2011: p.1).

Aun así, es posible evidenciar que la Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe, del año 2012, señala los principales objetivos que como región los países latinoamericanos pretenderían direccionar sus esfuerzos y adopción de medidas. Y del mismo modo, la modificada Carta europea de derechos plantea una dirección particular que se hará notoria cuando revisemos las principales decisiones del Tribunal Europeo sobre las personas mayores de edad. Al respecto, el presente cuadro nos permitirá desarrollar estas diferencias entre ambas Cartas:

Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe	Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea
Art. 1. Reafirmamos el compromiso expresado en la Declaración de Brasilia de no escatimar esfuerzos para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas mayores, trabajar en la erradicación de todas las formas de discriminación y violencia y crear redes de protección de las personas mayores para hacer efectivos sus derechos. Art. 6. Reforzaremos las acciones dirigidas a incrementar la protección de los derechos humanos en el ámbito nacional y nos comprometemos a:	Art. 25. La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural.

a. Adoptar medidas adecuadas, legislativas, administrativas y de otra índole, que garanticen a las personas mayores un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos y prohíban todos los tipos de discriminación en su contra (...) f. Garantizar y proveer los recursos necesarios para el acceso de las personas mayores a la información y a la divulgación de sus derechos. Art. 7. Acordamos mejorar los sistemas de protección social para que respondan efectivamente a las necesidades de las personas mayores, mediante el impulso de las siguientes acciones: d. Promover la universalización del derecho a la salud de las personas mayores. Art. 8. Fomentamos el cumplimiento del derecho de las personas mayores a trabajar y tener acceso a actividades que generen ingresos, mediante las siguientes acciones: a. Promover el desarrollo de medidas dirigidas a asegurar la igualdad de trato y de oportunidades, en particular la igualdad en materia de condiciones de trabajo, orientación, capacitación y formación en todos los niveles, en especial la formación profesional, y colocación laboral. e. Estimular el emprendimiento y facilitar el acceso al crédito (...) Art. 12. Hacemos hincapié en las obligaciones de los Estados con respecto a un envejecimiento con dignidad y derechos, sobre todo la obligación de erradicar las múltiples formas de discriminación que afectan a las personas mayores, con especial énfasis en la discriminación basada en el género, por medio de: d. Garantizar el acceso equitativo de las mujeres y hombres mayores a la seguridad social y otras medidas de protección social, en particular cuando no gocen de los beneficios de la jubilación.	
--	--

Y es que mientras la Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe pone énfasis en prohibir la discriminación legal que limiten el acceso a satisfacer diversas necesidades mínimas de las personas mayores de edad y el acceso a servicios, la Carta Europea, por su parte, pone énfasis en garantizar la independencia (autodeterminación sin interferencia) de las personas mayores de edad y en optimizar el libre desarrollo de la personalidad.

A lo mejor, esta afirmación preliminar deba sustentarse con un análisis más detallado, que excedería los objetivos de esta investigación, pero pueda sustentarse en que los países europeos tienen índices muy altos de población conformada por personas adultas mayores, a diferencia de lo que ocurre en los países latinoamericanos. Entonces, a diferentes necesidades, los países se enfocan en dar respuesta a distintas demandas en las políticas públicas.

Ahora bien, pese a lo señalado anteriormente, es posible corroborar lo anteriormente señalado con los principales pronunciamientos de los órganos de control internacional de ambas regiones. Y es que una intersección transversal en los casos “Cinco pensionistas vs. Perú”, “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, “Acevedo Buendía y otros vs. Perú”, “García Lucero y otras vs. Chile”, “Poblete Vilches y Otros vs. Chile” resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el énfasis es la prohibición de discriminación por indiferenciación al ser personas en estado de vulnerabilidad, la exigencia en adopción de medidas diferenciadas y la inclusión del adulto mayor en las políticas públicas (sociales).

Por su parte, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aun cuando se ha observado similares preocupaciones en torno a la protección de los derechos de las personas mayores³, lo cierto es que en su más reciente jurisprudencia que hemos revisado a partir de la introducción de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea el giro al libre desarrollo de la personalidad y la libertad de autodeterminación sin interferencia resulta interesante.

En ese sentido, el asunto *Dodov v. Bulgaria* hizo que el Tribunal se pronunciase en 2008 sobre la negativa de una persona adulta mayor a permanecer en un hogar social para personas con trastornos mentales por decisión propia. De igual modo, en el asunto *María Muñoz v. Spain*, si bien la sentencia del Tribunal Europeo evalúa principalmente que la denegación de la pensión de viudez ha sido discriminatoria, el trasfondo del caso es la participación de una persona adulta mayor gitana en la vida social y cultura en condiciones de igualdad.

Sin embargo, el caso más emblemático fue resuelto en el año 2017 en *Carvalho v. Portugal*. Y es que allí, dicho Tribunal hizo especial énfasis que las personas adultas mayores tenían derecho a decidir sobre su vida sexual y que suponía un

³ Cfr. TEDH, *Caso Sawoniuk Vs. Reino Unido*, No. 63716/00. Sentencia de 20 de mayo de 2001; *Caso Farbtuhs Vs. Letonia* (Fondo y Satisfacción Equitativa), No. 4672/02. Sentencia de 2 de diciembre de 2004, y *Caso Dodov Vs. Bulgaria*, No. 59548/00. Sentencia de 17 de enero de 2008, párrs. 80 y 81.

estereotipo suponer que dicho grupo de edad no podría desarrollar libremente el ejercicio de sus derechos sexuales. En ese sentido, podemos sustentar a partir de los casos revisados que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por los problemas que se han presentado, tiene como eje la optimización del segundo párrafo del artículo 25 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

Al respecto, conviene reflexionar si el Tribunal Constitucional peruano se encuentra en el marco propuesto por las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o más bien ha evidenciado esta diferencia revisada entre los dos principales Cortes Internacionales de Derechos Humanos. A efectos de lo expuesto, proponemos el siguiente acápite.

2.3. Análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano sobre las personas adultas mayores

En el Tribunal Constitucional peruano es posible señalar que han existido oportunidades perdidas. Desde que formalmente se reiniciaron las labores del Tribunal no se evidencia una línea consolidada en el reconocimiento de derechos a las personas mayores de edad, más allá de algún pronunciamiento particular de algún(a) magistrado(a) puesto en su voto singular o en un fundamento de voto.

Así, por ejemplo, aun cuando el caso *Díaz Cáceres de Tinoco* (sentencia 00889-2017-PA/TC) aborda un problema estructural en el Perú: el derecho a que en las zonas donde predominen lenguas originarias, estas se instituyan como lenguas oficiales, y plantea una ruptura a un problema histórico, el cual se encuentra normalizado, lo cierto es que no tiene presente que la demandante, a la fecha de publicación de la sentencia, es una persona mayor de edad.

Ahora bien, este caso es analizado aquí sobre todo porque es la primera vez que el Tribunal Constitucional considera en un caso que se ha concretizado una discriminación por indiferenciación. Ello en razón de que el Estado peruano “viene tratando de la misma forma a quien tiene como lengua materna al castellano y quien no” (v. STC Exp. N° 00889-2019-PA/TC, FJ. 23). En otras palabras, para el Tribunal Constitucional la actuación de cualquier persona que tenga una cuota de autoridad debe establecer una diferenciación (a partir de las particularidades de algunas personas o grupos de personas) a situaciones que exigen distinto tratamiento.

De otro lado, también se perdió a nuestro juicio una oportunidad en el caso “Ley universitaria”, pues los profesores mayores de setenta años debían legalmente cesar de enseñar en las aulas universitarias. Aunque el caso finalmente permitió que las universidades, por decisión de su autonomía universitaria, contratasen aquellos profesores que requieran, no se evaluó una discriminación por edad, como apuntaba el magistrado Miranda Canales en su voto a dicho caso, y que recientemente ha sido expuesto en el expediente 03037-2019-PA/TC.



Tampoco en materia previsional se habría realizado una mayor optimización de los derechos de las personas adultas mayores, más allá de un reconocimiento a una situación de tutela de urgencia para evaluar un caso directamente por el Pleno cuando se verificaba que el solicitante de la pensión era una persona de 80 años en adelante. Lo cierto es que, por ejemplo, nuestro sistema previsional hasta ahora impone discriminación en razón de edad como ha sido evidenciado por el voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña, pero que no sirvió para cambiar el resultado de la decisión por fundada. Al respecto, reproduzco el cuadro propuesto por dicho magistrado:

PENSIÓN DE VIUDEZ		
Decreto Ley 20530 (Artículo 32, c)		
CRITERIO DE DIFERENCIACIÓN	MUJERES	VARONES
Incapacidad de auto subsistencia	No aplica	Requisito
Carecer de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión	No aplica	Requisito
No afiliación a cualquier sistema de seguridad social	No aplica	Requisito

Fuente: Voto Singular del Magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, v. Exp. 1752-2081-PA/TC.

Y es que, en el Perú, aún por estereotipos planteados por el legislador, se dispensa al varón un trato desventajoso respecto al de la mujer para obtener una pensión bajo el Decreto Ley 20530.

Pese a lo expuesto, el caso emblemático que ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional es el expediente 05157-2014-PA/TC (Caso María Chura Arcata). El caso plantea el problema que el Banco de la Nación impedía que la señora Chura, quién había cumplido 76 años, acceda a unos prestamos *multired* porque, a juicio del banco, su política del riesgo excluía a dichos grupos de personas. En este caso, el Tribunal Constitucional sigue a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el reconocimiento de vulnerabilidad de las personas mayores de edad, en la necesidad de adoptar medidas legislativas que prohíban discriminaciones contra este grupo vulnerable, así como en la necesidad de inclusión de las políticas públicas del Estado peruano. Sin embargo, a mi juicio, pierde una oportunidad para pronunciarse sobre la independencia financiera de las personas adultas mayores y su vínculo con su libre desarrollo de la personalidad.

Al respecto, considero que esto no es un tema que debe ser obviado, pues pueden limitarse el contenido de derechos por la continua práctica judicial, como lo son

la dimensión del libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación que tienen las personas adultas mayores.

De las sentencias que hemos seleccionado podemos verificar que el Tribunal Constitucional peruano no ha tenido especial interés en evaluar las libertades de las personas adultas mayores que optimice su autodeterminación, máxime si se pone especial énfasis en que al primer caso peruano sobre inscripción de la unión civil celebrada en el extranjero entre dos personas del mismo sexo —y que fue rechazado mayoritariamente (STC 01739-2018-PA/TC— ni los jueces constitucionales, ni la academia peruana, se tuvo en cuenta que quien pretendía el reconocimiento de su unión civil en el Perú era una persona mayor de edad (Ugarteche Galarza).

3. Conclusiones

- Las nociones de discriminación por indiferenciación y ajustes razonables se enmarcan en la segunda parte del principio de igualdad, igualdad para los iguales y un trato diferente para lo distinto.
- Las nociones de discriminación por indiferenciación y ajustes razonables no son equivalentes. El primero presupone una discriminación de tipo legal, esto significa que es el legislador quien las configura con la no consideración de excepciones o especificaciones a situaciones diferentes. El segundo, más bien, refiere a adaptaciones o modificaciones necesarias en situaciones particulares.
- La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos plantean una dimensión del contenido distinta para los derechos de las personas adultas mayores. Mientras, la Corte se aboca a la inclusión de acceso de los derechos sociales a favor de los adultos mayores, la prohibición de discriminación y su inclusión en las políticas sociales; el Tribunal, por su parte, se orienta además al libre desarrollo de la personalidad de los adultos mayores.
- El Tribunal Constitucional peruano ha perdido valiosas oportunidades para optimizar el contenido de los derechos de las personas adultas mayores. Y reproduce en su jurisprudencia la orientación evidenciada para la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4. Bibliografía

ALEX, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

AÑÓN, M. J. (2013). Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio. En IGLESIAS, Alberto (coord.). *Historia de los derechos fundamentales*. Siglo XX. Tomo IV, vol. V, libro II, Madrid: Dykinson.

BREGAGLIO, R. (2010). La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales desde una concepción dinámica y evolutiva de la progresividad, indivisibilidad e interdependencia: más allá de los tratados. Tesis para obtener el grado de magíster en Derechos Humanos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía. (2011). *Los derechos de las personas mayores*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.

COBREROS, E. (2007). Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta. España: *Revista española de derecho constitucional*, 27(81). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2695404>

Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. (2014). Observación general N° 2 Artículo 9: Accesibilidad. CRPD/C/GC/2. <https://undocs.org/es/CRPD/C/GC/2>

Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. (2016). Observación general núm. 3, sobre las mujeres y niñas con discapacidad. CERPD/C/GC/3. <https://undocs.org/es/CRPD/C/GC/3>

CONSTANTINO, R. y GALICIA, S. (2015). La configuración de los ajustes razonables en el ámbito laboral peruano: Definiciones, omisiones y propuestas. Lima: Anuario de Investigación del Cicaj, 2013-2014.

CONTRERAS, F. (1994). *Derechos Sociales: Teoría e ideología*. Madrid, Editorial Tecnos.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2003 Caso Cinco pensionistas vs. Perú.

2005 Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay.

2009 Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú.

2013 Caso García Lucero y otras vs. Chile.

2018 Caso Poblete Vilches y Otros vs. Chile.

DE ASÍS, R. (2017). De nuevo sobre la accesibilidad: diseño, medidas, ajustes, apoyos y asistencia. El tiempo de los derechos. <http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/1815>

ESPINOSA-SALDAÑA, E. (2019). Sobre los límites del juez constitucional. Lima: Gaceta Jurídica.

FINSTERBUSCH, C. (2016). La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos. *Ius et Praxis* (07172877), 22(2). https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122016000200008

GARCÍA, J. (2000). La cláusula general de igualdad. En LÓPEZ GUERRA Luis y otros (autores). *Derecho Constitucional*. Volumen I. Cuarta edición. Valencia: Tirant lo Blach.

MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS. (2020). *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Quinta edición. Lima: PUCP- Escuela de Posgrado.

PÉREZ BUENO, L. (2012). La configuración jurídica de los ajustes razonables. En: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna. Madrid: Ediciones Cinca. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4281611>

REY, F. (2011) ¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional? Granada: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (45). <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/529>

REY, F. (2017). Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018. Madrid: UNED *Revista de Derecho Político*. <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/20685/17163>

RORTY, R. (1993). Human Rights, Rationality, and Sentimentality. *Connecticut: The Yale Review*, 81(4).

SALOMÉ, L. (2015). La discriminación múltiple como concepto jurídico para el análisis de situaciones de discriminación. Tesis para obtener el grado de magíster en Derecho Constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

1991 Sentencia 70/1991, de 8 de abril. <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/>



BOE/BOE-T-1991-11643.pdf

2007 Sentencia 69/2007, de 16 de abril. <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6036>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

2017 Expediente 05157-2014-PA/TC

2018 Expediente 00889-2017-PA/TC

2021 Expediente 01752-2018-PA/TC.

2021 Expediente 03037-2019-PA/TC.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

2008 Case Dodov v. Bulgaria.

2009 Case Muñoz Díaz v. Spain.

2010 Case Louisa Watts v. United Kingdom.

2017 Case Carvalho v. Portugal.



EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAS REDES SOCIALES

THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION AND SOCIAL MEDIA

Renzo Díaz Giunta*

A Pedro Planas, defensor de la democracia e ilustre constitucionalista

Resumen:

En el presente artículo, el autor desarrolla el contenido del derecho a la libertad de expresión y analiza su ejercicio por parte de los ciudadanos, en la era digital, a través de las redes sociales. Asimismo, destaca la importancia de este derecho como pilar de la democracia constitucional. También, precisa los límites que posee este derecho. Además, reflexiona sobre cómo se ve afectada la libre expresión en la actualidad a través de la “cultura de la cancelación”, los perfiles “trolls” y la intolerancia en la internet.

Palabras clave: Libertad de expresión, redes sociales, democracia, libertad, internet.

Abstract:

In this article, the author develops the content of the right to freedom of expression and analyzes its exercise by citizens, in the digital age, through social networks. Likewise, it highlights the importance of this right as a pillar of constitutional democracy. Also, he specifies the limits that this right has. In addition, he reflects on how freedom of expression is affected today through the ‘culture of cancellation’, ‘troll’ profiles and intolerance on the internet.

Keywords: Freedom of expression, social media, democracy, liberty, internet.

*Practicante pre-profesional en el Tribunal Constitucional del Perú. Subdirector Regional de Lima Metropolitana y Director Distrital de San Borja en la Organización Democrática Mundial por el Desarrollo (ODM). Estudiante de duodécimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Embajador estudiantil de Principles for Responsible Management Education (PRME) de las Naciones Unidas. Miembro de la International Association of Constitutional Law (Suecia). Asociado en la Association of Young International Criminal Lawyers (YICL) [Italia]. Ha realizado una estancia académica en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Chile). Ha sido Director General del Círculo de Estudios de Derecho Constitucional de la Universidad de Lima (2021). Representó al Perú en la XXXVII Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del MERCOSUR (RAADH). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7527-2279> Contacto: renzod128@gmail.com



1. Introducción

En el Perú, la Constitución es la norma más importante del país en mérito de que otorga validez al resto de normas y yace en la cúspide de la pirámide normativa. Según Díaz Giunta, esta consagra los derechos fundamentales de la persona, los valores democráticos y establece el sistema de gobierno, el régimen económico y la organización del Estado. Por ende, es el pilar del ordenamiento jurídico, puesto que ninguna norma de menor jerarquía puede contravenirla ni contradecirla (Díaz Giunta, 2021).

Al respecto de los derechos fundamentales, cabe destacar que estos son Derechos Humanos; inherentes a toda persona y sustentados en la dignidad humana, que han obtenido reconocimiento constitucional por parte del Poder Constituyente. Entonces, se puede afirmar que son Derechos Humanos constitucionalizados.

Dentro del espectro de derechos fundamentales que consagra la Constitución peruana, cobra especial relevancia el derecho a la libertad de expresión, contenido en el artículo 2, inciso 4:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
(...)

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley...”

Tal es así que, Huerta considera que es un derecho esencial para el desarrollo del ser humano como tal y en colectividad. En atención a esta característica, se han desarrollado a su favor un conjunto de medidas orientadas a su respeto y garantía (Huerta, 2010, p. 322).

Por ende, los Estados tienen la obligación de respetar la libertad de expresión; no deben realizar actos contrarios a esta. También, se encuentran obligados a garantizarla; adoptando las medidas necesarias que posibiliten que las personas gocen y puedan ejercer su derecho a la libertad de expresión.

Con respecto a las medidas que debe tomar cada Estado, destacan las siguientes: otorgar reconocimiento constitucional explícito al derecho a la libertad de expresión, suscribir los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que versen sobre libertad de expresión para ampliar el ámbito de protección de este derecho, posibilitar su justiciabilidad a través de un proceso constitucional de tutela urgente.

En la actualidad, los avances tecnológicos han generado un impacto significativo en los derechos fundamentales de las personas. Tal es el caso de las redes sociales,

que son plataformas digitales que permiten la interacción online de los usuarios a través de publicaciones de textos, vídeos, fotografías, así como el envío de mensajes privados. Todo ello, empleando perfiles públicos, semipúblicos o privados que cada uno crea consignando información y fotografías. Cabe destacar que, este contenido de los perfiles puede ser tanto verídico como falso.

Un ejemplo de ello es que la internet y las redes sociales han revolucionado y revitalizado el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, al permitir que las opiniones y expresiones de las personas posean una mayor difusión y audiencia a través de plataformas digitales que poseen presencia en todos los territorios del mundo.

Por ello, Couso afirma que, la situación no es tan peligrosa para la libertad de expresión como lo sería en un contexto en que no existieran medios digitales o en que no se pudiera acceder a la prensa global mediante la internet (Couso, 2011, p. 12).

Lo singular de las redes sociales y el ciberespacio es que son un ámbito fundamentalmente democrático, ya que posibilita que las personas de diversa índole cultural, ideología, filiación partidaria, situación económica, nacionalidad, género, etnia, religión y orientación sexual, puedan expresarse libremente.

En mérito a ello, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene que, el desarrollo tecnológico ofrece una oportunidad fundamental para garantizar acceso a las frecuencias a personas o sectores generalmente marginados o excluidos. En este sentido, el desafío en estos tiempos, y en el futuro inmediato, es convertir la actual desigualdad en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en una oportunidad digital para todos y todas (CIDH, 2010, párr. 79).

Mientras que, muchas de las llamadas minorías pueden ser invisibilizadas por la sociedad con lo que respecta a sus expresiones y opiniones, la era digital les ha dado a estos sectores de la población una plataforma idónea para elevar sus voces, interactuar entre ellos, así como lograr su empoderamiento y reivindicación como actores sociales y líderes de opinión.

Por otro lado, aunque las redes sociales son, hoy en día, una herramienta esencial para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de toda persona, lo cierto es que esta innovación tecnológica también posee falencias al ser un espacio bajo el cual se congregan, inclusive, los sectores más intolerantes y radicales de una sociedad.

Escondidos tras la máscara de perfiles falsos y amparados en el anonimato, individuos que propagan discursos de odio o que son pertenecientes a colectivos radicales buscan avasallar a sus rivales políticos, atacar con insultos e improperios



a quienes piensan diferente y silenciar las voces de aquellos cuyas opiniones son contrarias a las de ellos.

Entonces, este nuevo panorama de revolución tecnológica donde el ejercicio del derecho a la libertad de expresión se da en redes sociales no está exento de controversias, debido a que también ha generado que se den situaciones de excesos y abuso de derecho que han conllevado a que se vulneren otros derechos.

A continuación, se explorará de manera detallada el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de expresión, sus límites, su relación con la democracia y la problemática que surge en torno al ejercicio de este derecho en el ámbito de las redes sociales.

2. Derecho a la libertad de expresión

En una sociedad republicana, libre y democrática, son 6 las principales libertades fundamentales que deben estar garantizadas constitucionalmente, así como respetadas y protegidas tanto por el Estado como por las personas que componen una sociedad. Estas son: la libertad individual, la libertad personal, la libertad de expresión, la libertad de opinión, la libertad de empresa y la libertad de reunión.

Conceptualmente, suele generarse una confusión entre el derecho a la libertad de expresión y otros derechos que, si bien están estrictamente relacionados, son autónomos el uno del otro. Tal es el caso de los derechos a la libertad de opinión, a la libertad de información y a la libertad de prensa. Por ello, para desarrollar con claridad el derecho a la libertad de expresión es importante delimitar los alcances de cada uno de estos otros derechos.

Entonces, es importante resaltar lo indicado por el instrumento internacional por excelencia, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 19 establece lo siguiente:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

En ese sentido, cabe destacar que, la libertad de opinión es el derecho que posee toda persona a generar un juicio de valor o una opinión sobre diversos temas, sucesos o acontecimientos conforme a sus conocimientos, emociones, creencias, reflexiones y pensamiento crítico. En cambio, la libertad de expresión es la exteriorización, difusión o libre propagación de las ideas u opiniones que posee una persona a través de los medios que considere apropiados; desde el exhibir carteles con mensajes en la vía pública hasta publicaciones de textos, imágenes o videos en redes sociales.

Además, con respecto a los derechos a la libertad de información y a la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional del Perú precisó lo siguiente en la sentencia recaída en el expediente N.º 00905-2001-PA:

“El inciso 4) del artículo 2.º de la Constitución reconoce las libertades de expresión e información. Aun cuando históricamente la libertad de información haya surgido en el seno de la libertad de expresión, y a veces sea difícil diferenciar la una de la otra, el referido inciso 4) del artículo 2.º de la Constitución las ha reconocido de manera independiente, esto es, como dos derechos distintos y, por tanto, cada uno con un objeto de protección distinto.

Mientras que la libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13º de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente” (Tribunal Constitucional del Perú, 2002, f. 9).

Por otro lado, sobre el derecho a la libertad de prensa, Díaz Giunta destaca que, es una manifestación del derecho a la libertad de expresión y gira en torno a medios de comunicación donde las personas pueden expresarse libremente y sin temor a represalias por sus opiniones o a ser coaccionados. Asimismo, es el derecho de todo periodista al libre ejercicio de su oficio para la búsqueda de la verdad e informar a la población (Díaz Giunta, 2021).

También, la Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado jurisprudencialmente un listado de modos de expresión que constituyen el ejercicio de derechos fundamentales distintos a la libertad de expresión:

“Se trata, en resumen, de ocho tipos de discurso: (a) la correspondencia y demás formas de comunicación privada, (b) los discursos estéticos, morales, emotivos o personales, manifestados a través de expresiones verbales, artísticas, o de conductas simbólicas o expresivas, sin perjuicio de la protección constitucional explícita de la libre expresión artística; (c) la exposición de convicciones y la objeción de conciencia; (d) el discurso religioso; (e) el discurso académico, investigativo y científico; (f) las expresiones realizadas en el curso de manifestaciones públicas pacíficas; (g) el discurso cívico o de participación ciudadana, y (h) el discurso de identidad, que expresa y refuerza la propia adscripción cultural y social” (Corte Constitucional de Colombia, 2007, f. 4).

Entonces, una vez que se ha delimitado el derecho a la libertad de expresión y diferenciado de otros derechos, es posible afirmar que el ejercicio de la libertad de



expresión es un componente medular de toda democracia, debido a que solo en las naciones donde una sociedad es libre, las personas pueden expresar sus ideas u opiniones sin temor a ser censuradas, oprimidas, criminalizadas o perseguidas por decir y difundir lo que piensan.

Según Castillo Córdova, la necesidad y capacidad relacional del hombre exige –entre otras cosas– que se reconozca la posibilidad de transmitir sus pensamientos, ideas, hechos y opiniones; exige que se le prevea un ámbito de libertad en la preparación de los mensajes comunicativos y en la transmisión de los mismos. Estos mensajes pueden ser de muchos tipos: un simple gesto, una expresión artística, una idea a través de la palabra o a través de la escritura, etc. La persona cuenta con una amplia gama de posibilidades de expresar su interioridad y su individualidad (Castillo Córdova, 2006, p. 21).

Eguiguren, por su parte, destaca que un componente esencial del derecho a las libertades de expresión e información es que su ejercicio no puede estar sometido a autorización ni censura previa, a lo que sí está sujeto es a las responsabilidades ulteriores que pudieran derivarse de los excesos o abusos en que se incurra frente a los derechos de terceros (Eguiguren, 2003, p. 44).

Con respecto a Hakansson, afirma que el extenso catálogo o lista de derechos solo se obtiene detallando los derechos fundamentales originarios de libertad, igualdad y participación. A su vez, vemos que la libertad de expresión subyace en la libertad de enseñanza, la libertad de asociación en los derechos de sindicación y de fundar partidos políticos (Hakansson, 2008, p. 68).

Asimismo, el derecho a la libertad de expresión se caracteriza por poseer dos dimensiones; individual y social. Ello, conforme lo desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a lo largo de su jurisprudencia y a través de casos emblemáticos como *Ivcher Bronstein Vs. Perú*, así como *Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia*.

Cabe destacar que, en la más reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que versa sobre el derecho a la libertad de expresión, *Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador*, este órgano judicial autónomo desarrolló lo siguiente:

“La primera dimensión de la libertad de expresión comprende el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir opiniones, ideas e información y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. Con respecto a la segunda dimensión del derecho a la libertad de expresión, esto es, la social, la Corte ha señalado que la libertad de expresión implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros.

Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia. Es por ello que, a la luz de ambas dimensiones, la libertad de expresión requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno” (CorteIDH, 2021, párr. 98).

Por consiguiente, se trata de uno de los derechos individuales que de manera más clara refleja la virtud que acompaña—y caracteriza— a los seres humanos: la virtud única y preciosa de pensar al mundo desde nuestra propia perspectiva y de comunicarnos con los otros para construir, a través de un proceso deliberativo, no sólo el modelo de vida que cada uno tiene derecho a adoptar, sino el modelo de sociedad en el cual queremos vivir. Todo el potencial creativo en el arte, en la ciencia, en la tecnología, en la política, en fin, toda nuestra capacidad creadora individual y colectiva, depende, fundamentalmente, de que se respete y promueva el derecho a la libertad de expresión en todas sus dimensiones (CIDH, 2010, párr. 7).

Entonces, este es un derecho individual cuya esencialidad y singularidad se manifiesta al reflejar la más trascendente de las libertades que posee una persona; el compartir su pensamiento, ideales y opiniones con otras personas. Si el ejercicio de este derecho no se encuentra garantizado en una nación, no se puede hablar de un Estado auténtica y verdaderamente democrático.

3. Límites a la libertad de expresión

Ante el auge de la interacción humana *online* a través de redes sociales como Facebook; Instagram; Twitter; LinkedIn y TikTok, se generan espacios propicios donde las diversas personas se encuentran expuestas a diversos puntos de vista y formas de ver el mundo. También, pueden expresar libremente sus opiniones y emplear tanto la red social como el medio (texto, video, imagen, etc.) que consideren más apropiado; desde compartir una férrea crítica al episodio final de la popular serie *Game of Thrones* en su “muro” de Facebook, hasta la publicación de un video en Instagram exigiendo la renuncia de un gobernante ilegítimo y *de facto*.

Si bien un elemento matriz del derecho a la libertad de expresión que posee toda persona es el discrepar y expresar su explícito desacuerdo con lo dicho por otra, esta crítica o comentario adverso debe regirse por estándares de tolerancia y respeto, pues es inaceptable que se incida en lanzar improperios, insultos, expresiones vejatorias, mentiras o se pretenda distorsionar la realidad con tal de desprestigiar, ofender, descalificar o minimizar a alguien por pensar diferente.

Tal situación se aleja de los cauces democráticos bajo los cuales se rige un Estado Constitucional de Derecho, pues en una sociedad democrática y libre es necesario



garantizar el pluralismo de opinión, en otras palabras, que las personas puedan pensar diferente las unas de las otras. Y, la única manera en que se puede asegurar la coexistencia pacífica de personas que piensan diferente es que haya apertura, tolerancia y respeto a ideas, pensamientos y opiniones disidentes con la propia.

En la actualidad, existen muchos cibernautas que se golpean el pecho clamando ser fervientes defensores de las libertades fundamentales y alegan levantar sus banderas; no obstante, desatan persecuciones irracionales y desmedidas en redes sociales contra personas que tan solo realizaron un ejercicio legítimo de su derecho a la libertad de expresión.

Evidentemente, estas personas son tan solo fariseos y falsos profetas de la libertad, puesto que un verdadero defensor de las libertades fundamentales es aquel que defiende la libertad de expresión de todos, sin distinción, y no solo los derechos de los que piensan similar a ellos y en los momentos que les son convenientes.

La libertad de expresión, entonces, no debe simbolizar una excusa para que se proliferen insultos o discursos de odio, puesto que no significa ser libre de decir todo aquello que uno piensa. Una persona es libre de decir todo lo que piensa, en tanto y en cuanto no vulnere los derechos de otras personas (al honor, a la buena reputación, a la salud mental, a la integridad psíquica, a la dignidad humana). Por ende, los límites al derecho a la libertad de expresión existen y se visibilizan fácilmente al colisionar con otros derechos fundamentales.

Como afirmado en el presente texto, el derecho a la libertad de expresión es un derecho individual de suma importancia y es un componente medular de toda democracia, pero como todo derecho posee límites. Si existiesen derechos absolutos, su ejercicio eventualmente supondría que los derechos colisionen entre sí y se generen situaciones abusivas que conlleven a violaciones y vulneraciones de otros Derechos Humanos. Gargarella se equivoca al considerar que el derecho a la libertad de expresión amerita una protección especial que implicaría situarlo en una posición prioritaria respecto de otros derechos.

Sobre su aproximación al derecho de libertad de expresión, Gargarella afirma que, viene a confrontar con otras alternativas superficiales o tautológicas, peligrosas, y normalmente no justificadas. Así, por ejemplo, aquellas que parten de ideas tales como que “todos los derechos deben ser limitados”, o “no hay derechos absolutos” (Gargarella, 2009, p. 31).

Contrario a lo expresado por Gargarella, el Tribunal Supremo de España, en la sentencia 1112/2021, desarrolla jurisprudencialmente lo siguiente:

“Sabido es que los derechos fundamentales, como cualquier derecho subjetivo, no son absolutos ni ilimitados, como viene declarando el Tribunal Constitucional desde la STC 11/1981, 8 de abril, y ello no sólo por los lími-

tes específicos que fija la propia Constitución cuando reconoce algunos de estos derechos y por el respeto a su contenido esencial, sino porque la limitación resulta precisa para permitir su pacífica coexistencia con los demás derechos fundamentales y con los bienes constitucionalmente protegidos” (Tribunal Supremo de España, 2021, p. 15).

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional del Perú precisa lo siguiente, en la sentencia recaída en el expediente N.º 05312-2011-PA:

“Los derechos no son absolutos sino limitados. Se deben a la exigencia de armonizar su ejercicio con otros derechos de la misma naturaleza o con otros bienes y principios igualmente reconocidos o establecidos por la Ley Fundamental” (Tribunal Constitucional del Perú, 2014, f. 17).

Por ello, en mérito a los límites que se trazan a los derechos fundamentales, como es el caso de la libertad de expresión, se puede asegurar una coexistencia armónica y pacífica entre las personas que componen una sociedad. Afirmar lo contrario sería abogar por un contexto de constante conflicto entre derechos que petrificaría a la justicia constitucional, encargada de dirimir estas controversias, con una excesiva carga procesal que impediría que se resuelvan las causas a tiempo y generando una situación donde la vulneración devenga en irreparable.

Según Espinosa-Saldaña, el derecho a la libertad de expresión consiste en la posibilidad de dar a conocer ideas y opiniones sobre cualquier tema, siempre que con ello no se caiga en el insulto (límite intrínseco a la libertad de expresión), y que además, debe ejercerse respetando la vigencia de otros derechos fundamentales (honor o intimidad, por citar algunos ejemplos) o de ciertos bienes constitucionalmente protegidos (como la seguridad nacional o el orden público). Es necesario precisar que no bastará con la sola alegación de este tipo de límites para impedir o desvirtuar el ejercicio de la libertad de expresión, sino que deberá efectuarse un juicio o evaluación de razonabilidad o ponderación en cada caso concreto (Espinosa-Saldaña, 2019, p. 22).

En ese sentido, se debe descartar categóricamente que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de expresión contemple el derecho al insulto. Los insultos lesionan y vulneran el honor de una persona al descalificarla y significar una ofensa, inclusive, dependiendo de la magnitud de este, podrían verse afectados negativamente derechos como la salud; en su vertiente de salud mental, o la integridad psíquica. Por ello, este es un evidente límite a la libertad de expresión.

Con respecto al ámbito penal, se encuentra criminalizada la conducta de apología al terrorismo, cuya sanción es de hasta 15 años de cárcel en el ordenamiento jurídico peruano. Este también es un límite a la libertad de expresión, puesto que se antepone el derecho a la vida de las personas, el orden público y la



seguridad nacional. El terrorismo fue una época horripilante y sanguinaria para el Perú; por ello, enaltecer o alabar estos actos criminales puede incentivar a que se genere violencia nuevamente. Para desterrar el terrorismo y velar por la seguridad de todo el país, este límite a la libertad de expresión es justificado, razonable, proporcional y adecuado.

Asimismo, Landa sostiene que, existe otro límite vinculado a la libertad de expresión: el discurso de odio. Este discurso se sustenta en la denigración y menoscabo de grupos históricamente vulnerable —afrodescendientes, judíos, pueblos indígenas, mujeres, homosexuales, desplazados por la violencia política, musulmanes en sociedades de mayoría cristiana, ancianos, discapacitados, etcétera—, considerándolos inferiores en relación a una raza o colectivo presuntamente superior —los arios, los cristianos, los físicamente capaces, los varones, los jóvenes— que tienen por objeto no solo denigrar a los miembros de dichos colectivos sino inclusive negarles derechos (el *apartheid* en Sudáfrica negaba derechos a los ciudadanos de raza negra) e incitar a la violencia en su contra, como fueron los casos del holocausto judío o la esclavitud de afrodescendientes. Este discurso extremo no se encuentra amparado por la libertad de expresión (Landa, 2017, pp. 56-57).

Al respecto, según Madrigal, es fundamental que dichas limitaciones impuestas hacia la libertad de expresión por la Administración Pública sean razonadas y justificables. Por todo lo antes dicho, se determina que el derecho como ciencia reguladora de la conducta humana, se encuentra facultado para establecer los límites de la libertad de expresión, pero con una actuación arbitraria del Estado, se pueden perjudicar intereses superiores, como otros derechos fundamentales (Madrigal, 2021, p. 90).

Por otro lado, el derecho a la libertad de expresión también puede ser entendido bajo el enfoque liberal, cuyo principal aporte es la teoría del “libre mercado de las ideas”. Esta teoría sostiene que, una sociedad constituye el mejor ambiente para el surgimiento de la verdad cuando permite el libre intercambio de ideas. En cambio, aquella sociedad donde solo pueden expresarse verdades oficiales será un ambiente menos propicio para hallazgos científicos o innovaciones filosóficas y, evidentemente, para la libertad. Si bien bajo este “libre mercado de las ideas” se expondrán también ideas perjudiciales y erróneas, esta teoría se sustenta en que, bajo el marco de una libre competencia, prevalecerán las ideas verdaderas.

A pesar de ello, este enfoque liberal no se opone a toda limitación de la libertad de expresión, puesto que tan solo contempla un umbral más alto de probanza de los efectos gravemente dañinos de un discurso para que este se pueda restringir. Por ejemplo, que se acredite a través de una prueba fehaciente de que aquella expresión supone una vulneración del derecho al honor, a la salud mental, a la integridad psíquica o que ponga en peligro el orden interno o la seguridad nacional.

También, es importante recordar que el ciberespacio no es un ámbito exento del deber que posee toda persona de respetar los Derechos Humanos de los demás, por lo que constituye una vulneración a derechos como al honor y presunción de inocencia que se sindiquen conductas delictivas a una persona, sin el sustento suficiente para corroborar tal afirmación y, mucho menos, si esta proviene de un perfil falso en redes sociales, donde el autor de la publicación, tweet o mensaje se esconde tras el anonimato.

Según Sarmiento-Aguilera, es claro entonces que la libertad de expresión no es absoluta en el marco de las redes sociales, y que en estas se debe atender a los principios de veracidad y razonabilidad, de tal manera que no se le puede hacer daño a una persona, como en efecto sucede en aquellos casos en los que se le imputa la comisión de una conducta punible sin que existan pruebas de ello o un fallo de autoridad competente (Sarmiento-Aguilera, 2021, p. 18).

Inclusive, existen límites a la libertad de expresión que son propios de la función que ejerce una persona. Tal es el caso de fiscales que se encuentran investigando actos delictivos o jueces que van a decidir sobre un caso en particular. Si bien pueden ejercer su derecho a la libertad de expresión como toda persona, se trazan ciertos límites con lo que respecta al cargo que ejercen y lo que se va a expresar. Por ejemplo, un juez no puede llamar “corrupto” a un investigado por corrupción por más que se haya visto que ha recibido dinero ilícito en un video, ya que este acto sería percibido como un adelanto de opinión o falta de imparcialidad.

Al respecto, el Tribunal Constitucional del Perú ha precisado, a través del expediente 00006-2009-PI, lo siguiente:

“La situación especial del juez en el modelo democrático que el Perú ha asumido amerita una constitucional limitación en el ejercicio de sus libertades de información y de expresión. La necesidad que la sociedad forme su propia opinión acerca de hechos con trascendencia vital para afianzar una sociedad democrática no admite que el juez comente o relate algo sobre el caso que está analizando, en vista de que él es el encargado de dirimir controversias y solucionar conflictos. Cuando evacúa un discurso expresivo o informativo podría afectarse gravemente el principio de imparcialidad judicial, viciando el proceso y quebrando la tutela procesal efectiva [artículo 139°, inciso 3 de la Constitución; artículo 4° del Código Procesal Constitucional]. Una declaración inadecuada terminaría afectando derechos de las personas, por lo que cualquier opinión o información con referencia al ámbito de un proceso, ya sea por la forma o por el fondo, traerá consecuencias negativas” (Tribunal Constitucional del Perú, 2010. f. 37).



En suma, como todo derecho, la libertad de expresión se encuentra limitada para viabilizar una coexistencia armoniosa y pacífica con el resto de las personas y sus derechos. Por ello, no hay sustento legal ni protección constitucional para quienes se escudan en el derecho a la libertad de expresión para proliferar insultos, lanzar improperios, expresiones vejatorias o mentiras.

4. Democracia, libertad de expresión y redes sociales

La democracia constitucional, como régimen de gobierno que se sustenta en la Constitución y donde la población es libre y soberana, es el ámbito propicio donde se desarrolla un auténtico ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Ello en mérito de que las personas son libres de compartir, cuándo quieran y en el momento que consideren pertinente, sus ideas y pensamientos con la sociedad. Inclusive, realizar y difundir críticas a la clase política, a la Iglesia, a corporaciones internacionales, a ONG's, al gobierno de turno, a los medios de comunicación, etc.

Por ello, Lowenstein indica que, el reconocimiento y la observancia de las libertades fundamentales separan el sistema político de la democracia constitucional de la autocracia. Basada en la concentración del poder, la autocracia no puede tolerar zonas autónomas de autodeterminación individual, porque estas interferirían la formación de la voluntad estatal desde arriba (Lowenstein, 1986, p. 392).

Según Planas y García Belaunde, en América Latina, como norma general, ha habido un excesivo delirio por el poder y hombres que se quedaron muchos años en él, lo que ha provocado una suerte de prevención contra la reelección. En países tan centralistas, tan inestables, tan sin instituciones, como los nuestros, es muy fácil que quien está en el poder se reelija. Acá no ocurriría lo de Estados Unidos, donde Bush perdió una elección estando en el poder (Planas & García Belaunde, 1993, p. 67).

Este delirio por el poder vuelve, a muchos gobernantes, reacios frente a las críticas en redes sociales por considerar que estas merman su imagen ante la población y debilitan su legitimidad de ejercicio como autoridades. En ese sentido, las redes sociales son, en la actualidad, un mecanismo idóneo para que las personas expresen en tiempo real su malestar, críticas, opiniones y pensamientos sobre diversos ámbitos; desde la incorporación de nuevos postres en el menú de una conocida cadena de restaurantes de comida rápida como McDonald's, el intento de reelección de un presidente, hasta la implementación de políticas públicas por parte de autoridades gubernamentales.

La importancia del ejercicio del derecho a la libertad de expresión en redes sociales gira en torno a que, no es un diario digital privado, sino es un foro público que permite que lo que se publica sea visible por otras personas, inclusive ajenas a su propia esfera personal. Ello genera que las personas puedan interactuar entre sí, complementar ideas, debatir, pero también que este contenido sea visto por

las personas apropiadas para que se pueda generar un cambio. Basándonos en el ejemplo anterior; por el gerente de McDonald's, por el presidente que busca reelegirse o por una autoridad gubernamental encargada de implementar políticas públicas.

Por consiguiente, las redes sociales constituyen un medio idóneo para que los ciudadanos puedan expresarse y que estas expresiones generen un impacto más allá de una simple difusión de ideas o protesta. Inclusive, como espacio fundamentalmente democrático en la actualidad, las redes sociales permiten acercar a los ciudadanos y a sus autoridades.

Además, Díaz Giunta sostiene que, un elemento importante en la vida democrática de toda nación es la participación activa y constante de los diversos actores de la sociedad civil para fiscalizar el accionar de sus autoridades (Díaz Giunta, 2021). Y, a través de las redes sociales, se puede lograr que las voces de los ciudadanos sean escuchadas por los funcionarios públicos y autoridades, de modo que sus dudas puedan ser aclaradas y sus demandas; atendidas.

Charney y Marshall destacan que, la libertad de expresión es un mecanismo que permite que la sociedad civil levante y visibilice demandas frente a la autoridad política. Cuando estas demandas son recogidas por el poder político, encausadas por las vías institucionales y transformadas en imperativos abstractos y generales se realiza, a través de un proceso comunicativo, el ideal democrático. El diálogo fluido entre la sociedad civil y el poder político permite que los ciudadanos jueguen un rol relevante en el proceso que gatilla la formación de la ley (Charney & Marshall, 2020, p. 468).

Este diálogo fluido entre la sociedad civil y el poder político a través de redes sociales como Facebook, Instagram y Twitter también posibilita que, de forma inmediata y visible, los ciudadanos denuncien injusticias, irregularidades, actos arbitrarios o de corrupción perpetrados por funcionarios públicos. Y, en diversas ocasiones, ello tiene como resultado que se fuerce a la Administración pública a tomar medidas concretas para enmendar ello de la forma más inmediata posible.

En mérito a ello, la respuesta de muchos gobiernos corruptos, autoritarios, o anti-democráticos gira en torno a desarrollar estrategias para silenciar a los ciudadanos, periodistas y activistas que realizan estas denuncias públicas en redes sociales, que les son incómodas. La forma más usual es la criminalización de la libertad de expresión; se tipifica en el Código Penal delitos que trazan límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

La diferencia de estos límites con los previamente desarrollados en el presente texto es que estos no son razonables, proporcionales ni justificados, y tampoco persiguen la protección de un derecho o bien constitucionalmente valioso, sino buscan amparar los intereses de quienes se encuentran en el poder y que no quieren ser fiscalizados por la ciudadanía ni ser objeto de su crítica.



Por lo tanto, se puede afirmar contundentemente que medidas como la descrita anteriormente son formas de censura y opresión contra el derecho de todo ciudadano de expresarse libremente. De esta forma, se ratifica la importancia que posee la libertad de expresión en una democracia; no solo porque el derecho a la libertad de expresión se tutela, garantiza y protege dentro de una democracia, sino que esta aporta valor a ella al permitir la participación ciudadana, en los asuntos de interés público, como fuerza fiscalizadora.

Mientras no se incida en el insulto, que no está amparado por el derecho a la libertad de expresión, los ciudadanos pueden expresarse tan críticamente como consideren con lo que respecta a un gobierno, entidad estatal, autoridad, etc. Es importante recordar que, puede que esa opinión expresada no necesariamente sea equivalente a la verdad absoluta o una manifestación de la realidad, sino un mero reflejo de la percepción que una persona en concreto tiene sobre ese gobierno, entidad estatal o autoridad.

No obstante, es a través de esa exteriorización de pensamiento, y contando con las redes sociales como útil herramienta de difusión masiva, que los funcionarios o autoridades encargadas pueden enterarse de lo que piensan otros ciudadanos y realizar acciones o medidas específicas para corregir errores o, en todo caso, mejorar la percepción que la ciudadanía posee sobre la labor que desempeñan (puede que tan solo signifique un ajuste en la estrategia comunicativa de esa entidad o funcionario).

Claro está que, gracias a que esa opinión fue expresada por redes sociales se pudieron enterar las autoridades correspondientes y realizar los cambios necesarios y urgentes. En una democracia, todo es perfectible, por lo que la participación activa de la ciudadanía a través el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión (expresándose en redes sociales) puede ser de suma ayuda para resolver problemas de interés nacional y aportar valor a la gestión del Estado.

Asimismo, es importante precisar que la libertad de expresión suele ser incómoda al poder y los poderosos, puesto que les aterra el hecho de que no se pueda controlar lo que una persona diga y que esta sea libre de expresar sus ideas, pensamientos y críticas. Entonces, más allá del tan necesario pluralismo de opiniones, este derecho y la libertad de prensa son de especial trascendencia al permitir que se expresen y difundan los hallazgos de una investigación y fiscalización realizada al accionar de autoridades y figuras públicas como políticos, empresarios, etc.

Tal es el caso de Christopher Acosta, periodista de investigación y autor peruano del libro “Plata como cancha”. Esta obra publicada en el 2021 es producto de una labor de 10 años de investigación a César Acuña; excandidato presidencial peruano (2016 y 2021), político influyente, líder del partido Alianza por el Progreso y magnate dueño de diversas universidades peruanas.

Como era de esperarse frente a una *exposé* de esta magnitud y naturaleza, la reacción de César Acuña, frente a este libro que relata diversos episodios de su vida (secretos, escándalos, investigaciones penales), fue de rechazo. Inclusive, denunció penalmente a Christopher Acosta por el delito de difamación agravada y solicitó, como monto de reparación civil, la suma de 100 millones de soles.

Considerando que Acuña no es un ciudadano cualquiera, sino un actor político que controla una significativa bancada congresal y ha intentado en reiteradas ocasiones ser Presidente de la República del Perú, es importante que la sociedad civil emprenda investigaciones sobre el pasado político, empresarial y personal de este señor.

Solo de esta forma, la población podrá tener la información necesaria para emitir un voto informado y a consciencia sobre cada uno de los candidatos presidenciales, congresales y todo aquel aspirante a cargo público de elección popular. De esta forma se manifiesta la dimensión social del derecho a la libertad de expresión; que consta en que se da a conocer la expresión del pensamiento ajeno, como lo son las críticas al comportamiento de César Acuña.

Cabe destacar que, las expresiones del autor vertidas en el texto no son ofensas, mentiras ni vulneraciones al derecho al honor de Acuña, en tanto y en cuanto se sustentan en una amplia cantidad de elementos probatorios recabados en la investigación conducida como lo son: archivos periodísticos, expedientes judiciales y fiscales, documentos, resoluciones gubernamentales, testimonios de personas cercanas a César Acuña e informes de inteligencia.

No obstante, el juez penal Raúl Jesús Vega condenó, en primer grado o instancia, por el delito de difamación agravada al autor de “Plata como cancha” y a la editorial que publicó el libro. Este controversial fallo que contradijo estándares internacionales de libertad de expresión fue, evidentemente, rechazado por la ciudadanía a través de las redes sociales y visto como un atentado contra el derecho a la libertad de expresión y un intento de silenciar al periodismo de investigación.

En ese sentido, lo acontecido en este caso evidencia cómo los ciudadanos combatieron este atropello judicial a la prensa y la libertad ejerciendo su derecho a la libertad de expresión en redes sociales, ya que compartieron en Twitter, Facebook, Instagram sus opiniones, reflexiones y pensamientos críticos y de rechazo respecto al veredicto de la sentencia, del criterio jurídico empleado por el juez y de la actitud de Acuña a lo largo del proceso penal.

En mérito a ello, cabe resaltar lo establecido en el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana:



“La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”.

Tal es la importancia actual de las redes sociales en el ámbito de la libertad de expresión que, para silenciar a la ciudadanía, las dictaduras y los gobiernos autoritarios optan por recortar el acceso a internet y prohibir el uso de redes sociales en el territorio nacional. De esa forma, las voces de protesta y oposición no logran difundirse fácilmente a lo largo del ciberespacio nacional ni se visualizan a nivel internacional.

Por ejemplo, en el 2021 en Cuba, miles de cubanos salieron a las calles para protestar en contra de la dictadura comunista que tiene capturado al país desde hace décadas y exigir la liberación del pueblo cubano. Las redes sociales tuvieron un rol predominante, puesto que bajo el hashtag “#SOSCuba” se difundió, ante todo Cuba y el mundo, los pensamientos de diversos cubanos que pedían ser libres.

Luego de ello, amparándose en una supuesta protección del orden interno, el gobierno cubano silenció a sus detractores al impedir el acceso a internet en toda la isla; vulnerando así nuevamente el derecho a la libertad de expresión de los ciudadanos. Este “autoritarismo digital” es propio de las dictaduras, pues también se emplea en Venezuela. Usualmente, estas medidas gubernamentales de “autoritarismo digital” buscan aparentar legalidad al emanar de una norma o sustentarse en alguna.

Al respecto, Díaz Giunta indica que, la mayor crisis que atraviesa la región latinoamericana es el uso abusivo e interpretaciones distorsionadas de las disposiciones constitucionales para sustentar actos políticos contrarios al orden constitucional. Para preservar a la democracia constitucional y el Estado de Derecho, debe imperar siempre la razonabilidad y proporcionalidad en las decisiones que toman los políticos, puesto que no es lo mismo obedecer y respetar irrestrictamente la Constitución, que usarla a su antojo (Díaz Giunta, 2021).

Por ello, deben ser desterradas todas aquellas iniciativas legislativas que busquen regular excesivamente la internet y prohibir el intercambio de pensamientos e ideas que se dan a través de las interacciones entre los usuarios en redes sociales, puesto que es un intento de censura previa que se aleja de los cauces democráticos y, más bien, es propio de las dictaduras al evidenciar autoritarismo.

5. Intolerancia en la internet: cultura de la “cancelación” y perfiles “trolls”

Previamente, se enunció en el presente artículo que, el ciberespacio es un ámbito fundamentalmente democrático por congregarse, como usuarios, a personas de

diversa índole; cultural, ideológica, filiación partidaria, situación económica, de nacionalidad, de género, étnica, religiosa y de orientación sexual.

Y, por supuesto, las redes sociales contribuyen positivamente a la sociedad a través de diversos ámbitos como la comunicación interpersonal, socialización, difusión de ideas, campañas de concientización, participación ciudadana, fortalecimiento de la democracia, entre otros.

Sin embargo, esta libre accesibilidad al ciberespacio y, en especial, a las redes sociales como Twitter, Facebook e Instagram conlleva también a que los sectores más intolerantes de una sociedad se hagan presentes allí. Por ello, no es anómalo ver que en las redes sociales existan páginas, grupos o usuarios que insultan, difaman, acosan, persiguen cibernéticamente y predicen discursos de odio sobre personas que son diferentes o piensan diferente a ellos (pensadores, activistas o políticos con una visión diferente a la de ellos, migrantes, mujeres, comunidades indígenas, personas LGTB+).

Muchos de estos individuos se aprovechan de que están ocultos detrás de una pantalla; por ello, con total facilidad levantan las banderas del racismo, nazismo, fascismo, comunismo o cualquier otra forma de radicalismo. Algo que, evidentemente, no se atreven a hacer en sus vidas reales por el rechazo generalizado que obtendrían de sus círculos sociales y, de la sociedad en general.

Entonces, se puede afirmar que, para estas personas pertenecientes a sectores radicales de la sociedad, las redes sociales funcionan como una herramienta catalizadora y liberadora que les permite, con total impunidad, expulsar hacia el mundo aquel veneno compuesto por odio e intolerancia que yace dentro de ellos y, evidentemente, los corroe.

Por otro lado, resalta en la actualidad la corriente de la *political correctness* o los discursos “políticamente correctos”, como reflejo de tendencias inclusivas en la sociedad. Esta corrección política gira en torno a renombrar algunas determinadas palabras y que se evite hablar sobre temas que se consideran ofensivos.

Si bien este discurso “políticamente correcto” constituye, sin duda, un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión. La situación se complica cuando se intenta imponer a otros este discurso, ya que lo que para algunos es ofensivo, incorrecto o correcto difiere significativamente de la definición que posee otra persona. Ello, en mérito de que es una valoración altamente subjetiva que se suele sustentar en aspectos culturales o políticos propios de cada persona.

En otras palabras, se puede considerar que lo “políticamente correcto” es como un estándar bajo el cual una persona mide a otra, ya que se sustenta en valoraciones subjetivas que realiza alguien y que luego proyecta a la sociedad. Esta *political correctness* llega a ser excesivamente polarizadora al punto en que aliena a aliados y



defensores de las supuestas causas sociales o moralizadoras en las que se justifican los canceladores para emprender su accionar.

Entonces, la llamada “cultura de la cancelación” es un fenómeno de la era digital que se caracteriza por confrontar, desprestigiar y perseguir a una persona en redes sociales por no adherirse ni conducir sus acciones bajo lo “políticamente correcto”. Las figuras públicas como políticos, empresarios y personas de la farándula son los más expuestos y especialmente vigilados en sus redes sociales por estas personas que “cancelan” a otras, pues desean usarlos como ejemplo.

Con respecto a la persona que “cancela” a otras, Burgos y Hernández sostienen que, no es tan benévola como se espera, no está enriquecida de valores humanos como muchos pudieran pensar. El que cancela, en este caso, lo hace motivado por emociones y no por la razón. Gobernado por la venganza y no por evidencias. El cancelador de oficio es un vengador muy astuto. Se escuda detrás de la democracia, de la libertad de expresión, finge ser un sujeto moral, habla de justicia y de Estado de derecho, retórica para cautivar a adeptos. Influencia y tendencia. Cuenta con miles, millones de seguidores. Es un ser digital, viral y carismático. Globaliza contenidos injuriosos. Lesiona reputaciones. Le quita el brillo a la pluralidad de las ideas y con ello a la diversidad cultural (Burgos & Hernández, 2021, p. 145).

Por ejemplo, el uso del denominado “lenguaje inclusivo” se ha vuelto parte de este ámbito de lo “políticamente correcto” en redes sociales. Es cierto que, toda persona tiene la libertad de expresarse de la forma en que considere pertinente, por ende, si así desea, podría emplear en sus tweets la palabra “niñe”, “niñ@” o “niñx”. Sin embargo, el resto de los cibernautas, en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, puede optar por que el lenguaje de sus tweets se rijan bajos las normas de gramática de la Real Academia de la Lengua Española (RAE) si es que se trata del idioma español o la *Académie française* en caso sea el francés.

Y, es inaceptable que se les exija a los usuarios de las redes sociales el uso de este “lenguaje inclusivo” y que se les intente “cancelar” por no usarlo. No se puede permitir que se intente quebrar y doblegar la voluntad de personas que son libres de expresarse en la forma que consideren conveniente, ya que no están vulnerando derechos de otros. Lo que yace tras la “cultura de la cancelación” es intolerancia; lesiva para los derechos.

Otro ejemplo es lo acontecido a JK Rowling, prolífica autora de la saga de libros de Harry Potter, quien ha sido insultada y sistemáticamente acosada en redes sociales por defender sus opiniones difundidas en redes sociales. Ella es de esos pocos personajes públicos que, aunque ha sido “cancelada” en reiteradas ocasiones, su carrera como escritora no se ha visto sepultada, aunque sí ha conllevado a que diversas celebridades y empresas se distancien de ella y no quieran estar asociadas con su nombre por temor a ser “canceladas” también.

Todo empezó con un simple *like* que ella dio, en Twitter, a un tweet que contribuía al debate sobre temas filosóficos asociados a la identidad de género. Sin embargo, aquel mero *like* bastó para que su perfil de Twitter fuese inundado de insultos y amenazas, inclusive el acoso trascendió el ciberespacio y le enviaron amenazas a su hogar. Posteriormente a ello y sin nada que temer, JK Rowling siguió ejerciendo su derecho a la libertad de expresión sosteniendo la importancia del sexo biológico y que mujeres son solo aquellas que tienen vagina.

En las redes sociales, algunas hordas de cibernautas demandan que ella sea “cancelada” para siempre y la denominan fascista, transfóbica e intolerante por el simple hecho de expresar sus opiniones. Ella nunca le faltó el respeto a nadie, no insultó a ninguna persona trans ni propagó un discurso de odio en contra de ese sector de la población, simplemente, expresó su postura enmarcada dentro del debate filosófico del sexo biológico y la identidad de género.

Es importante destacar que ella es una mujer de 56 años; nació y fue criada en un mundo diferente al actual. Lo que podría encajar para JK Rowling como “políticamente correcto” no lo es para sus detractores, en parte por la brecha generacional que los separa. La respuesta de los cibernautas denota una intolerancia a opiniones diferentes, que vulnera el derecho a la libertad de expresión de JK Rowling y atenta contra la democracia en sí; donde debe imperar un pluralismo de opiniones.

Por consiguiente, a largo de los años y, en especial, dentro del ámbito de las redes sociales, esta corriente de *political correctness* ha dejado de ser una mera proyección del ejercicio del derecho de la libertad de expresión y se ha pervertido hasta devenir en la “cultura de la cancelación”; un mecanismo de amedrentamiento, persecución y censura a las personas cuyas ideas, opiniones o expresiones no se rigen bajo los estándares de lo que es “políticamente correcto”.

Hay que confiar, según Fuentes, en que el debate abierto y pluralista realmente puede ser la mejor forma de proteger los derechos humanos (Fuentes, 2002, p. 51). A ello se le debe agregar que, la “cultura de la cancelación” ha adquirido prominencia en los últimos años en las redes sociales y actualmente funge el rol de bozal que busca silenciar y censurar a quienes piensan diferente, en una aparente búsqueda de imponer un único pensamiento “políticamente correcto”.

Por otro lado, la facilidad en la que una persona puede crear una cuenta en redes sociales (solo se requiere consignar un correo electrónico, que pudo haber sido creado minutos antes) y el manto protector que significa esconderse tras una pantalla y permanecer en el anonimato, conlleva a la última problemática de las redes sociales a abordarse en el presente artículo; la existencia de perfiles “troll”.

Los “trolls” son perfiles o cuentas en redes sociales de personas cuya identidad es desconocida por el resto. Se dedican a propagar en el ciberespacio publicaciones, comentarios y mensajes difamatorios, extraños, ofensivos, inflamatorios. Parti-



cularmente, sus perfiles se caracterizan por carecer de foto de perfil o tener como avatar a dibujos animados, animales, plantas, figuras, fotos de personas famosas o tomadas de Google. Cabe destacar que, su principal característica es el anonimato, puesto que el nombre que emplean también es falso.

En las redes sociales, el rol principal de estos perfiles “troll” es ser un vehículo para que personas inescrupulosas, con total impunidad y en el anonimato, puedan emprender ataques cibernéticos a otras personas. Por ejemplo, en el marco de la “cultura de la cancelación”, los canceladores emplean este tipo de perfiles para silenciar a otros por no expresarse o no actuar de una forma en que ellos consideren como “políticamente correcta”.

Por otro lado, los perfiles “troll” son un medio para comentar insultos en las publicaciones de otros cibernautas, propagar mentiras, publicar fotos o videos editados en tono de burla, reportar las cuentas y perfiles para silenciar a quienes piensan diferente a ellos, inclusive exponer a los perfiles de personas con las que discrepan política o ideológicamente en grupos virtuales donde se despliega un enfermizo y obsesivo acoso cibernético sistemático.

Con lo que respecta al ámbito político, las principales autoridades y personajes de la política poseen “trolls” a su servicio, puesto que cuando estos son criticados u objeto de cuestionamientos, los “trolls” salen a su favor y actúan como sus defensores en redes sociales; proyectando así la imagen ficticia de que tienen respaldo popular. Además, quienes critican a las autoridades y personajes políticos suelen ser atacados cibernéticamente y acosados en redes sociales por una horda de “trolls” claramente direccionada a amedrentarlos y silenciarlos.

Esta situación se incrementa exponencialmente en contextos de campaña electoral, donde las redes sociales se tornan en un espacio inhóspito y altamente polarizado que más bien es visto por los candidatos como un territorio a conquistar. Por ende, despliegan una “batalla campal” entre sus hordas de “trolls” para asegurar que su imagen quede en alto, el rival quede desprestigiado y sus propuestas opaquen las del contrincante.

También, estos perfiles o cuentas “troll” son empleados en redes sociales como Twitter, Facebook, Instagram y Tik Tok por personas de tendencia política-ideológica radical (fascismo, nazismo, comunismo, etc.) o pertenecientes a colectivos extremistas (Con mis hijos no te metas, La Resistencia, Ku Klux Klan, etc.). De esta forma, pueden, desde el anonimato, insultar y atacar cibernéticamente a políticos, figuras públicas y toda persona que se interponga en su camino. Además, de propagar discursos de odio y azuzar actos violentos, impunemente.

En ese sentido, conviene citar lo resuelto por la Corte Constitucional de Colombia, que ha desarrollado jurisprudencialmente lo referente a la incidencia de las redes sociales en otros derechos, en el marco de la libertad de expresión:

“(…) se colige que si bien redes sociales como Facebook implican un mayor riesgo de vulnerabilidad de derechos fundamentales al buen nombre, a la intimidad y a la imagen, no quiere decir que el uso de dichas plataformas implique una cesión de tales garantías y, en consecuencia, la libre y arbitraria utilización de los datos, ya sea videos, fotos y estados, entre otras, ni tampoco la publicación de cualquier tipo de mensaje, dado que, como se ha venido reiterando, la protección y límites de la libertad de expresión por medios de alto impacto también aplican a medios virtuales” (Corte Constitucional de Colombia, 2018, f. 2.3)

Cabe destacar que, las diversas manifestaciones de intolerancia en las redes sociales inciden de forma negativa, directa, concreta y sin justificación razonable en el derecho a la libertad de expresión de los cibernautas e, inclusive, pueden llegar a vulnerar otros derechos como al honor, a la imagen, a la intimidad, a la integridad psíquica y a la salud.

Frente a la creciente intolerancia en redes sociales, los actuales ordenamientos jurídicos no están a la altura de las circunstancias al evidenciar vacíos en su ámbito de aplicación y un desconocimiento de cómo funciona el ciberespacio. A menos que conlleve a violencia física, la criminalización de estas expresiones intolerantes tampoco es la respuesta al problema, puesto que podría devenir en un mecanismo de censura previa o ser instrumentalizado por gobiernos para silenciar a sus opositores y amedrentar a rivales políticos y periodistas.

Por lo tanto, es imprescindible que los Estados adopten las medidas legislativas necesarias para asegurar que se pueda identificar a los agresores en redes sociales y, de esa forma, se puedan establecer responsabilidades en materia civil, administrativa y por violación de Derechos Humanos, para así asegurar una adecuada defensa de los derechos que se ven vulnerados y reparar a las víctimas.

6. Conclusiones

En conclusión, la libertad de expresión es aquel derecho que establece que las personas pueden exteriorizar y expresar sus pensamientos, ideas u opiniones a través de cualquier medio que consideren pertinente. También, este derecho se caracteriza por poseer dos dimensiones; individual y social. En la actualidad, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión se da frecuentemente en el ciberespacio y las redes sociales. Solo en sociedades democráticas y libres existen las garantías para asegurar que las personas son verdaderamente libres de expresarse sin encontrarse en peligro de ser perseguidas, atacadas, censuradas o criminalizadas por decir aquello que piensan.

Como todo derecho, no es absoluto, sino que existen límites a su ejercicio. Principalmente, estos límites existen para velar por una coexistencia armoniosa y pacífica entre todos. Considerando que, la sociedad se caracteriza por el pluralismo de opiniones de las personas que la integran, es necesario propiciar un ambiente tolerante y respetuoso a ideas, pensamientos y opiniones disidentes con la propia.



En ese sentido, nadie es libre de insultar a otro. Además, otros límites al derecho a la libertad de expresión giran en torno al discurso de odio, cuando peligra la seguridad nacional y el orden interno (apología al terrorismo), por el desempeño de una función específica como ser juez o fiscal y, evidentemente, cuando el ejercicio de este derecho colinda con los derechos de otros (libertad de expresión, honor, imagen, dignidad humana, salud, integridad, etc.).

Cabe destacar que, el derecho a la libertad de expresión está estrictamente relacionado con la democracia, debido a que solo en un contexto democrático una persona es libre de decir y difundir aquello que piensa, inclusive, esbozando críticas al gobierno y el poder político. Las redes sociales permiten establecer un diálogo directo entre la sociedad civil y las autoridades; permitiendo así que sus demandas y preocupaciones sean recogidas y atendidas. Los corruptos, dictadores y autoritarios son quienes más le temen a la libertad de expresión, porque si en la sociedad no hay nada que callar y todo por decir; ellos son evidentemente expuestos y derrocados.

Asimismo, no se puede avalar la continuación de lo que acontece en la actualidad; Derechos Humanos como la libertad de expresión sistemáticamente vulnerados a través del ciberespacio y redes sociales por personas cobardes que se esconden anónima y secretamente tras perfiles “troll” para silenciar, acosar, atacar, insultar, denigrar, injuriar, “cancelar”, minimizar, vejar, amenazar, amedrentar y censurar a otros. Esto ha devenido en insostenible. Permitir que violadores de Derechos Humanos se oculten es ser cómplice, por lo que corresponde entablar las necesarias conversaciones con las compañías tecnológicas y realizar las modificaciones legislativas pertinentes para asegurar que, así como en la realidad, en el mundo digital cada uno sea legalmente responsable frente a sus actos.

7. Bibliografía

BURGOS, E., & HERNÁNDEZ, G. (2021). La cultura de la cancelación: ¿autoritarismo de las comunidades de usuario? En: Comunicación, (193). Caracas: Fundación Centro Gumilla.

CASTILLO CÓRDOVA, L. (2006). Las libertades de expresión e información como derechos humanos. En: CASTILLO CÓRDOVA, L. (Coordinador). Las libertades de expresión e información: Primeras Jornadas sobre Derechos Humanos. Lima: Palestra Editores, Universidad de Piura.

CHARNEY, J., & MARSHALL, P. (2020). Libertad de expresión. En: CONTRERAS, P., & SALGADO, C. (Editores). Curso de Derechos Fundamentales. Valencia: Tirant lo blanch.

Corte Constitucional de Colombia. (2007). Sentencia T-391/07.

Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia T-117/18.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021). Caso Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador (Fondo, Reparaciones y Costas).

COUSO, J. (2011). El mercado como obstáculo a la libertad de expresión: La concentración de la prensa escrita en Chile en la era democrática. Sao Paulo: Plataforma Democrática, Konrad Adenauer Stiftung.

DÍAZ GIUNTA, R. (2021). En defensa de la Constitución: No a la Constituyente. Lima: Pólemos. Obtenido de: <https://polemos.pe/en-defensa-de-la-constitucion-no-a-la-constituyente/>

DÍAZ GIUNTA, R. (2021). La Democracia Constitucional y El Salvador. En: DÍAZ GIUNTA, R. (Director). Revista de Estudios de Derecho Constitucional, (1). Buenos Aires: IJ Editores.

DÍAZ GIUNTA, R. (2021). Servir y no servirse: El principio de la buena administración pública. Lima: Enfoque Derecho. Obtenido de: <https://www.enfoque-derecho.com/2021/08/16/servir-y-no-servirse-el-principio-de-la-buena-administracion-publica/>

DÍAZ GIUNTA, R. (2021). Sin cadenas ni mordaza: Prensa libre. Lima: Agnitio. Obtenido de: <https://agnitio.pe/articulo-de-blogger/sin-cadenas-ni-mordaza-prensa-libre/>

EGUIGUREN, F. (2003). Las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Ius et Veritas, (27). Lima: Ius et Veritas.

ESPINOSA-SALDAÑA, E. (2019). La libertad de expresión, una perspectiva de Derecho Comparado. Bruselas: EPRS – Servicio de Estudios del Parlamento Europeo.

FUENTES, X. (2002). Democracia y libertad de expresión en América Latina: la amenaza del ímpetu devorador de los derechos. Estudios Internacionales, 35 (137). Santiago: Universidad de Chile.

GARGARELLA, R. (2009). Constitucionalismo y libertad de expresión. En: GARGARELLA, R. (Coordinador). Teoría y crítica del Derecho constitucional, Tomo II: Derechos. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

HAKANSSON, C. (2008). El impacto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en las constituciones iberoamericanas. En: Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, (59). Pamplona: Universidad de Navarra.



HUERTA, L. (2010). Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio. En: Pensamiento Constitucional, (14). Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

LANDA, C. (2017). Los derechos fundamentales. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

LOWENSTEIN, K. (1986). Teoría de la Constitución. Barcelona: Editorial Ariel.

MADRIGAL, J. (2021). Los límites de la libertad de expresión en las redes sociales. En: Derecho en Sociedad, (15). San José: Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología.

PLANAS, P., & GARCÍA BELAUNDE, D. (1993). La Constitución Traicionada. Lima: Seglusa Editores.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente. Washington, D.C: OAS Publishing.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. Washington, D.C: OAS Publishing.

SARMIENTO-AGUILERA, S. (2021). Los límites al derecho a la libertad de expresión en redes sociales: perspectiva desde la visión de la Corte Constitucional colombiana. Trabajo de Grado. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Tribunal Constitucional del Perú. (2002). STC Exp. N° 00905-2001-PA.

Tribunal Constitucional del Perú. (2010). STC Exp. N° 00006-2009-PI.

Tribunal Constitucional del Perú. (2014). STC Exp. N° 05312-2011-PA.

Tribunal Supremo de España. (2021). Sentencia 1112/2021.



ENTREVISTA: LAS VACUNAS Y EL DERECHO A LA SALUD

INTERVIEW: VACCINES AND THE RIGHT TO HEALTH

Violeta Bermúdez Valdivia*

Resumen:

En la presente entrevista, la autora analiza la tutela del derecho a la salud y la lucha contra la pandemia, desde dentro del Gobierno de Transición y Emergencia del Presidente Sagasti. Además, desarrolla la historia de éxito de cómo el Perú pasó de no tener vacunas aseguradas a vacunar al personal de salud, de las Fuerzas Armadas y Policiales; así como a los adultos mayores y asegurar vacunas para todos los peruanos.

También, reflexiona sobre el impacto de la pandemia en el derecho a la salud de los peruanos, así como las principales medidas sanitarias que se adoptaron desde el gobierno y la cooperación de otros sectores de la sociedad.

Palabras clave: Derecho a la Salud, vacunas, Perú, gobierno, gestión pública.

Abstract:

In this interview, the author analyzes the protection of the right to health and the fight against the pandemic, from within the Transitional and Emergency Government of President Sagasti. In addition, it develops the success story of how Peru went from not having guaranteed vaccines to vaccinating all older adults and ensuring vaccines for all Peruvians.

It also reflects on the impact of the pandemic on the right to health of Peruvians, as well as the main health measures that were adapted from the government and the cooperation of other sectors of society.

Keywords: Right to Health, vaccines, Peru, government, public management.

*Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ex Presidenta del Consejo de Ministros. Ex Viceministra en el Ministerio de la Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano. Ex Directora del programa Pro Descentralización de USAID. Docente de la PUCP. Especialista en género, derechos humanos y políticas públicas.



Renzo Díaz:

Muy buenas tardes, estimada doctora Violeta Bermúdez, desde la Revista Athina y la comunidad académica de la Universidad de Lima le damos la más cordial bienvenida y le agradecemos que nos haya podido conceder esta entrevista. Es un honor para mí el hablar con usted; una constitucionalista y especialista en temas de gestión pública y género.

Estimada doctora, usted posee experiencia como Premier dentro de un contexto muy difícil de la pandemia. Y, considerando que usted también recibió el inicio de la pandemia como una ciudadana, para posteriormente incorporarse al Estado como presidente del Consejo de ministros, nos es posible afirmar que usted conoce tanto la situación que ha vivido el país desde dentro del Gobierno como desde fuera.

En mérito de ello, le hacemos esta primera pregunta, doctora: A su criterio, ¿De qué manera se han vulnerado los diversos derechos constitucionales de los ciudadanos durante este proceso de pandemia, ya sea por acciones propias de la pandemia, sus consecuencias directas, como por acciones del Gobierno, y no me refiero al suyo, sino el del Gobierno 2018-2020 que los antecedió. ¿Qué violaciones de derechos usted ha percibido? Muchas gracias, de antemano.

Violeta Bermúdez:

Muchas gracias por la pregunta, Renzo. Creo que la pandemia develó a nivel de toda la humanidad que, en general, los sistemas de salud no están preparados para responder a una situación crítica que se presenta de manera abrupta. Si bien teníamos noticias de que se había iniciado a finales del 2019, básicamente en China, sonaba tan lejano. De pronto escuchamos que el virus estaba por Italia, todavía no se acercaba hacia América; cuando de pronto nos dimos cuenta de que ya estábamos en una situación que no tenía vuelta atrás.

Entonces, yo diría que más que la violación de un derecho, una primera constatación es la precariedad de los sistemas de salud y, particularmente en países como el Perú, la pandemia ha desnudado todos los problemas que preexistían, incluso a anteriores gobiernos, no sólo al Gobierno que gestionaba la primera etapa de la pandemia, sino a décadas de una acción limitada del Estado; pero, también, de una acción con bastantes límites de parte de los privados, porque ni el sector público ni el sector privado estuvo preparado para atender o responder rápidamente a los desafíos que planteó la pandemia. Esto como un elemento general.

En términos de violaciones de derechos, yo creo que uno de los primeros derechos que no fue garantizado o satisfecho a cabalidad, fue el derecho a la información. Uno de los componentes centrales del derecho a la salud es estar informado, informado de los riesgos para la salud, pero informado también de las posibilidades de atención, del acceso a servicios, de cómo van a funcionar, operar en determinados contextos, pero también, de cuánto nos van a costar esos servicios.

Entonces, sobre todo, en la primera etapa de la pandemia, había mucha desinformación y como evidentemente había que responder a muchas cosas al mismo tiempo, quizá este aspecto se descuidó. Observábamos conferencias de prensa cotidiana, sobre datos de la enfermedad, pero no sobre cómo podíamos ejercer nuestro derecho a la salud en el contexto de la pandemia.

Nosotros, ya dentro del Gobierno de transición y emergencia liderado por el presidente Francisco Sagasti, nos propusimos, desde el inicio, poner énfasis en que nos encontrábamos en un contexto de transición y emergencia. Aunque constitucionalmente se trataba de un Gobierno que, en realidad, surge a partir de una crisis en el Ejecutivo, quisimos hacer evidente que estábamos en un contexto de emergencia: de emergencia sanitaria, de emergencia económica, pero, también, de una emergencia de valores y política.

Recordemos que, a finales del año pasado, en noviembre concretamente, hay un Gobierno muy corto que dura 5 días, pues se ve precisado a renunciar, precisamente, porque había un rechazo social, un rechazo ciudadano, respecto a la forma en que se había arribado a ese Gobierno. Producto de ello, se genera un consenso en el Congreso que, finalmente, arriba a la designación de Francisco Sagasti como presidente del Congreso y, como consecuencia de ello, presidente de la República. Es este el contexto en el que el presidente Sagasti me convoca para colaborar como Presidenta del Consejo de Ministros. Cómo decir que no, a pesar de la pandemia, y digo a pesar de la pandemia, porque es distinto ser funcionario, servidor público, en un contexto habitual que, en un contexto de pandemia.

Al igual que cualquier ciudadano o ciudadana, durante los meses previos, yo casi no había salido de mi domicilio, ni siquiera a comprar, porque tenía miedo de contagiarme. Entonces, de la noche a la mañana, había que cambiar la rutina y trabajar en el equipo de gobierno para poder enfrentar este gran desafío que ha sido el eje central de nuestra gestión gubernamental: enfrentar la pandemia.

A pesar de que hemos atendido otros aspectos claves para el desarrollo de nuestro país, creo que resultan siendo ya colaterales frente a la situación central que había que atacar. Había que combatir la pandemia, porque la pandemia nos había llevado a la recesión económica, nos había llevado a que las escuelas no funcionen, nos había llevado a esta crisis también moral, porque la sociedad estaba desmoralizada, no entendíamos cuándo iba a acabar, cuándo iban a llegar las vacunas, se nos había dicho que en septiembre del 2020 y ya estábamos noviembre, y no escuchábamos ninguna noticia al respecto.

Entonces, para resumir, enfrentamos sistemas precarios de salud, desinformación, sobre todo, en cómo atender la pandemia en términos de derecho individual a la salud, pero también desinformación en términos de qué respuestas nos iba a dar el Estado para estar en mejores condiciones de enfrentar la situación.



Renzo Díaz:

Excelente, muchísimas gracias, doctora. Muy interesante lo que nos comenta usted, que posee las dos perspectivas; como ciudadana fuera del Gobierno y como alta funcionaria que ha podido ser partícipe justamente de esta lucha contra la pandemia y los otros males que han aquejado a nuestra nación, que no han sido pocos.

A pesar de ello, el Gobierno del presidente Sagasti, que usted también ha liderado, los ha podido enfrentar de una manera valiente. Por eso, muchos ciudadanos les agradecemos por la labor y gestión en asegurar las vacunas. Además, se nos ha demostrado, como decía el presente Sagasti, que se pueden hacer las cosas bien y salir por la puerta grande.

Con respecto a la segunda pregunta, estimada doctora, quisiera preguntarle también cuál es su opinión con respecto al asunto inicial de las mascarillas, los equipos de protección, como de las vacunas, en el sentido del rol subsidiario del Estado, pero bajo el marco de un estado de emergencia.

Por ejemplo, a inicios de año, cuando ustedes recién anunciaron el tema de la adquisición de las vacunas, algunos ámbitos del sector privado tuvieron mucha resistencia a que solo el Estado adquiriera vacunas, diciendo que ellos también querían comprar, sin ponderar el tema de que es el estado quien es rector de la salud pública, ¿Cuál es su opinión al respecto?

Violeta Bermúdez:

Muchas gracias, también, por los comentarios y por el aprecio que manifiesta en torno al Gobierno que hicimos en un contexto bastante crítico, pero con mucha vocación de servicio. Creo que algo muy importante, fue el liderazgo del presidente Sagasti y sobre todo el plantearnos un Gobierno con un enfoque clarísimo en la atención de la pandemia como prioridad uno, porque al avanzar en la solución de la pandemia íbamos a avanzar en los otros campos, como en efecto está pasando, a modo que se avanza en el proceso de vacunación, vemos que el ambiente económico, los negocios, se van abriendo, se pueden ampliar los aforos, las personas nos sentimos más seguras de poder salir, encontrarnos con nuestros familiares, quienes también están protegidos, etcétera.

En relación a las vacunas, cuando nosotros asumimos el Gobierno, el Perú ya estaba tarde en las negociaciones para la adquisición de vacunas, el gobierno anterior había priorizado la coordinación con el mecanismo de Covax Facility, probablemente, porque ya el Perú tenía un trabajo previo de coordinación y adquisición de vacunas, a través del uso de un mecanismo similar. Sin embargo, estábamos en un contexto en que había que, como se dice, apostarle a todas las opciones. Sabíamos que Pfizer estaba desarrollando su vacuna, los chinos tenían varias vacunas, estaba la vacuna AstraZeneca; también, estaba el fondo de inversión ruso, Johnson & Johnson, entre otros.

Entonces, desde el Gobierno de transición, se opta por una estrategia de coordinación y negociación con todas las opciones posibles, optamos por no cerrarnos ninguna puerta. De hecho, recuerdo que el presidente Sagasti decía, aquí en las vacunas no hay ideologías, que sean de los rusos, de los americanos, de los chinos, de quien sea, nosotros lo que queremos es lograr el antídoto para que nuestra sociedad salga adelante.

Entonces, le apostamos a todos, retomamos negociaciones con quienes se habían hecho contactos, pero decidimos formar un grupo de trabajo a nivel ministerial con participación de la titular en ese momento de salud, de cancillería, el ministro de economía, el propio presidente y la presidencia del Consejo de Ministros, con el objetivo de hacer un seguimiento, día a día, del proceso de negociación, y cuando era necesario, intervenir para poder explicar la situación política del Perú, por qué el Perú se había atrasado en las negociaciones, por ejemplo, con uno de los laboratorios hubo un retraso en los plazos de la etapa de negociación, porque se produjo el cambio sucesivo de gestión gubernamental: 3 presidentes en menos de 10 días. En menos de 10 días en nuestro país, hubo más de 52 cambios en las carteras ministeriales, porque salió el gabinete de Gobierno de Vizcarra, entró el Gobierno de Merino, a los 6 días salió y entramos nosotros.

Imagínense esos cambios sucesivos, evidentemente, ocasionan retrasos en la gestión gubernamental. Entonces, nuestro rol era explicar, más bien, políticamente, lo que había sucedido en el Perú, para que nos dieran una oportunidad de ampliar plazos, porque Perú iba a honrar sus compromisos y realizar los contratos en el momento oportuno y creo que uno de los logros que tuvimos fue remontar ese escenario adverso y poder incorporarnos, si bien un poquito tarde, a la adquisición de vacunas; lograr en el primer mes concretar algunos contratos, avanzar en el contrato, por ejemplo, con Sinopharm, que también había estado en la cartera de posibilidades, y retomar la negociación con Pfizer, que yo diría que el laboratorio Pfizer nos salvó en un momento en que estábamos de verdad desesperados por adquirir vacunas y desesperados porque nos preocupaba la salud de las personas, sabíamos que ya se venía la segunda ola y sabíamos que sin vacunas las consecuencias para la salud de las personas en nuestro país iban a ser mucho más dramáticas.

Sin embargo, no podíamos enfocarnos solamente en la vacunación, teníamos que ver la prevención, porque lo ideal es que la gente no se enferme. Entonces, las vacunas nos ayudan a evitar la enfermedad o hacer que ésta sea en una menor intensidad y sobre todo evitar la muerte; pero había que evitar que las personas se enfermaran y llegaran a los espacios de atención, porque el sistema de salud, en un par de meses, no lo podíamos modificar. Entonces, la estrategia tenía los dos componentes adicionales, además de la vacunación: prevención y atención.

En prevención, felizmente, a modo que pasaban los días, las semanas, se iba identificando que la mejor protección eran las mascarillas y, por supuesto, el distanciamiento físico, porque ya para el mes de febrero era clarísimo que la transmisión se



producía por los aerosoles que emitimos al hablar o cuando estamos desprotegidos, o al estornudar o al toser, que puede ser por nariz o boca. Hasta al comienzo de la pandemia, nosotros nos llenábamos de lejía, los zapatos, la ropa, nos cambiábamos continuamente. Recuerdo que, alguna vez que salí a comprar, salí y regresé, me bañé y me volví a bañar, la ropa la dejé tirada como una semana en un lugar aireado antes de lavarla, porque no sabíamos cómo se producía el contagio. Pero ya, a inicios de año, había información confiable que nos indicaba que las mascarillas eran fundamentales.

Evidentemente, no todo el mundo tenía recursos para adquirir mascarillas, entonces declaramos a las mascarillas como un “bien público”. Esto nos permitía hacer una inversión con recursos públicos y distribuirlas de manera gratuita y también promover que las empresas privadas, pudieran hacer campañas regalando mascarillas. Por ejemplo, de sus presupuestos para *merchandising*, igual lo hicieron diversos programas de cooperación internacional. En este marco, también, se conoció que es mejor usar doble mascarilla para tener una doble protección, así que se aprobaron nuevas directivas para las mascarillas comunitarias, esas que son reusables, pero siempre se informaba que tenían que combinarse con una mascarilla, de preferencia la KN 95. Hicimos kits de protección que incluían 12 mascarillas quirúrgicas y un par de mascarillas reusables, de tal manera que las personas recibieran el recurso y adoptaran el hábito de utilizarlas.

Las mascarillas fueron distribuidas, prioritariamente, a las personas más vulnerables, o de zonas alejadas como comunidades donde no llegaba este medio de protección. El Estado tenía que llegar allí y cubrir esta necesidad. Por ello, declaramos a la mascarilla como bien público. Más allá de la COVID-19, las mascarillas, también, nos protegen frente a otras enfermedades, por ejemplo, a la gripe, los resfríos, incluso frente a la tuberculosis. Creo que cuando pasen los meses y ya no tengamos tanto riesgo de la pandemia, habrá que hacer estudios para ver de qué forma las mascarillas también nos han protegido, en estos meses, de otras enfermedades.

Esas fueron las respuestas que consideramos en el plan de prevención: uso de mascarillas y una campaña de información para promover su uso de manera correcta. Se difundieron algunos spots con la frase “usa tu mascarilla cubriendo nariz, boca y barbilla”; asimismo, involucramos a los medios de comunicación para que los periodistas se pusieran la mascarilla al inicio o al final de los programas, para enseñar cómo debía hacerse.

Nosotros, también, como estrategia, cuando íbamos a una entrevista presencial, empezábamos el programa con la mascarilla puesta y luego nos la quitábamos solo si es que había una distancia física y lo hacíamos notar. De otro lado, tanto el presidente de la República como las y los ministros, cuando dábamos conferencias de prensa, siempre usábamos mascarilla, nunca nos la retirábamos. Esta era una forma de transmitir el mensaje de la importancia de usar mascarillas.

Las primeras ocasiones en que fui al Congreso, recuerdo que cuando intervenía sentía que me faltaba el aire; sin embargo, luego me fui acostumbrando y nunca dejé de usar mascarilla en las actividades públicas. Con esto quiero expresar que nos parecía que era importante tener un mensaje sostenido sobre la importancia de la prevención: usar mascarilla, distanciamiento físico, higiene de manos. Eliminamos, intencionalmente, del léxico el término “distanciamiento social”, porque eso también nos afecta en la salud mental, pensar en que no te vas a relacionar con nadie cuando si podías hacerlo, pero bajo ciertos cuidados.

De hecho, nosotros hemos trabajado de forma presencial, hemos tenido consejos de ministros, con distanciamiento físico, un metro y medio de distancia entre cada ministro y cada ministra, y ninguno se contagió en las reuniones de trabajo. Tuvimos un par de casos de ministros que se contagiaron, pero en trabajo de campo.

Felizmente, la mayoría de los ministros y el presidente pudimos terminar nuestra gestión sin habernos contagiado. Eso sucedió porque tomábamos todas las medidas de prevención: uso de alcohol o alcohol gel, distanciamiento físico, evitábamos aglomeraciones en las actividades. Recuerdo haber viajado en avión y no haber tomado ni una gota de agua para no quitarme la mascarilla, pues como en cada viaje se programaban varias reuniones o actividades sucesivas, con diferentes grupos, no sabíamos si había alguien quien podría estar contagiado/a. Antes de viajar y al retorno nos hacíamos las pruebas por responsabilidad. No podíamos ir a otra localidad si teníamos el virus y al retornar, había que cerciorarnos que no nos habíamos contagiado.

En materia de atención de las personas que se enfermaron, usted y todo el país ha visto, lo dramático que era el no contar con oxígeno medicinal en determinado momento de la pandemia. Para superar esta situación hicimos una alianza estratégica con organizaciones de la sociedad civil, que tenían un papel importantísimo en esta etapa como Resucita Perú, por ejemplo. Asimismo, con empresas privadas para que, en conjunto, podamos ir consiguiendo plantas de oxígeno, porque en el mercado era muy difícil conseguirlas.

Es decir, no es que el estado no quería o no podría comprar, es que era un bien escaso. De hecho, encontramos un contrato con la UNI, que no pudo cumplir con entregar las plantas de oxígeno contratadas en un momento crítico en que se necesitaban. Claro, cuando uno está en la sociedad, a veces, no piensa en estos detalles. Se dice ¿cómo es posible que este Gobierno ineficiente no compra oxígeno si se necesita? No se comprende que eran momentos de escasez internacional. Al inicio, ni siquiera había mascarillas, uno llegaba a la farmacia y solo nos vendían dos o cuatro por persona, porque no había.

Además, los precios eran elevadísimos, entonces, las personas más vulnerables, las que estaban en más riesgo y no tenían recursos, estaban más expuestas a la pandemia y, por eso, hacer de la mascarilla un bien público fue una decisión im-



portante. En materia de atención, analizamos que la mortalidad en los pacientes con COVID-19 que no tenían ningún tipo de seguro era diez veces mayor que la de aquellos que contaban con un seguro.

Entonces, con estos datos, decidimos aprobar un decreto de urgencia para destinar 250 millones de soles con el objetivo de ampliar el seguro integral de salud a todas las personas que no tuvieran ningún seguro, no solamente a las personas vulnerables por el tema de pobreza, porque con la pandemia muchos se quedaron sin trabajo y, por tanto sin seguro. En otras palabras, ampliamos el aseguramiento universal. Esto es algo bien importante que quizá no se ha destacado lo suficiente. Considero que éste es uno de los avances más importantes que hicimos y que el Gobierno actual y los siguientes deberían fortalecer.

Asimismo, es fundamental evaluar la atomización del sistema de salud. Nosotros logramos que tanto EsSalud como el Ministerio de Salud y sus hospitales, funcionaran de manera coordinada y unificada, junto con los hospitales de la sanidad de las Fuerzas Armadas y policiales, de tal manera que, si no había una cama UCI en un lugar, pudiera ir al otro, y así contábamos con una respuesta integrada del sistema frente a la Covid-19.

Esta forma de trabajo la perfeccionamos para la vacunación. Al comienzo, por ejemplo, EsSalud sólo quería vacunar a sus asegurados. Evaluamos que esto no ayudaría a avanzar en el proceso de manera igualitaria, así que decidimos organizar a todo el sistema: MINSA, Essalud y sector privado, bajo la consigna de que “todos vacunamos a todos”. Bajo estos términos se sumaron muchas clínicas ofreciendo espacios para instalar vacunatorios a los que puede ir cualquier persona, esté o no asegurada. La mayoría de clínicas aceptó nuestro planteamiento, pero hubo algunas que no lo hicieron, pues querían vacunar solo a sus asegurados.

El Estado tiene el rol de preocuparse por todos los peruanos y peruanas, con seguros o sin seguros, más aún, en tiempos de pandemia. Ese fue el enfoque que aplicamos y, por eso, en el proceso de adquisición de vacunas, cuando los privados decían, nosotros queremos comprar y el estado no deja, al comienzo no le dimos mayor importancia, pero cuando esto fue creciendo y se fue tratando de presentar como que el Gobierno no quería que los privados compren vacunas, tuvimos que salir a aclarar. No es que no queríamos que ellos compren, es que en ese momento ningún laboratorio vendía a privados porque era un bien escaso.

No obstante, nos preocupaban los mensajes de algunos privados que decían que querían y podían importar vacunas para sus trabajadores y sus familias y que el gobierno no los dejaba, lo que no solo era falso; sino que era una posición bastante egoísta por decir lo menos. ¿Y qué pasaba con los vecinos? ¿Con los que dan servicios? ¿Con sus propios clientes? El mensaje que estaban dando era que quien tenía recursos o quien trabajaba en una empresa con recursos se iba a vacunar primero, cuando quienes deberían vacunarse primero, eran el personal de salud y los más vulnerables.

Entonces, nos reunimos con representantes de la Confiep y les explicamos que estábamos en negociaciones con diversos laboratorios, la importancia de hacer de la vacunación un proceso universal con criterios claros para definir la secuencia de su aplicación, teniendo en cuenta que las vacunas llegarían por lotes. Felizmente, comprendieron y dejaron de insistir en su propuesta inicial. Sin embargo, hubo un empresario que dijo que ya tenía compradas sus vacunas Sputnik y que no las dejábamos importar al Perú, lo que era totalmente falso. Nosotros hablamos con el propio fondo de inversión rusa y no dijeron que era imposible, de hecho -en ese momento- tenían problemas para cumplir con los suministros que tenían comprometidos con otros países. Como verás se tejían muchas historias falsas que jugaban con las expectativas de la ciudadanía.

Desde el gobierno de transición queríamos dejar muy claro el mensaje de que las vacunas son un derecho universal y como tal, todas las personas íbamos a vacunarnos pero, como las dosis iban llegando de manera progresiva, debía empezarse, y así lo hicimos, a vacunar a los grupos más vulnerables; por supuesto, después de vacunar a los que nos cuidaban es decir, al personal de salud, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales. El personal de primera línea de atención tenía que estar protegido para que sigan atendiendo a las personas, pero, a la vez, para que vacunen a las otras personas.

Después que terminamos con la primera línea de atención, hicimos un cambio en el plan de vacunación que se había aprobado durante el Gobierno de Vizcarra. Aquel plan proponía la vacunación por grupos, sectores de producción, sectores de trabajadores, personal de limpieza, etc. Nos planteamos revisar ese plan, a la luz de algunas consideraciones éticas. Cuando estamos en una situación límite, cuando está en riesgo la vida de la gente y una medida puede proteger o no la vida a una persona, ¿cuál es el criterio que debemos utilizar para tomar la decisión cuando solo tienes la vacuna para cierto número de personas? Evidentemente, en estos casos tenemos que recurrir a la ética, a los conocimientos médicos, etc.

Por eso, instalamos un comité de ética con personas de reconocido prestigio para que nos dieran las recomendaciones para la actualización del plan nacional de vacunación. Necesitábamos, estar seguros de que la secuencia de vacunación sea la correcta. Luego de vacunar al personal de salud, de la policía y fuerzas armadas, ¿a quiénes debíamos vacunar?, pues teníamos más de cien pedidos de instituciones y gremios que pedían ser vacunados con prioridad.

La primera recomendación del Comité fue continuar con los más vulnerables. Las estadísticas nos mostraban que el número más alto de fallecidos eran las personas adultas mayores y, como íbamos a recibir, al inicio, lotes de 50,000 dosis semanales, programamos la vacunación por tramos de edades, primero los mayores de 80, luego los de 70, y así fuimos bajando los rangos de edades. Cuando llegamos a las personas de 60 a más, incorporamos otros criterios a recomendación del comité de ética.



Había que incorporar a otras personas vulnerables indistintamente de la edad: personas con síndrome de Down, personas con problemas de cáncer infantil, problemas críticos, enfermedades raras, ampliando el padrón de vacunación con un enfoque centrado en las personas y, sobre todo, en las más vulnerables. Con el proceso de vacunación en este estado, es decir habiendo protegido a los más vulnerables, además del personal de primera línea de atención, terminamos el Gobierno con la satisfacción de haber podido vacunar a un poco más de cuatro millones y medio de personas con las dosis completas y a un poco más de siete millones setecientas mil personas con la primera dosis.

Dejamos el plan de vacunación para que se extienda la vacunación siguiendo el criterio de rangos de edad, de acuerdo a la llegada de las vacunas. Felizmente, pudimos dejar aseguradas más de 87 millones de dosis para este año, o sea nos alcanza para vacunar a todas las personas mayores de 12 años que residen en el Perú, nacionales y extranjeras. Afortunadamente, la gestión actual, ha decidido seguir con el equipo de vacunación para que continúen con la implementación del Plan Nacional de vacunación y vemos con mucha satisfacción que ya estamos en rangos de 12 años en adelante. Eso significa que, si las dosis siguen llegando conforme lo ofrecido por los laboratorios, probablemente a fines de noviembre, ya deberíamos tener vacunados a gran porcentaje de las personas mayores de 12 años en el Perú.

Renzo Díaz:

Sin duda, doctora, sí vamos a poder llegar a la meta trazada, no hay que perder la esperanza que sí. Inclusive, el avance en la vacunación actualmente alcanzado se debe a un esfuerzo del Gobierno de transición y emergencia que está rindiendo frutos; al trabajo hecho por usted, por el ministro Ugarte y por el presidente de Sagasti, así como también, por supuesto, el canciller, sus equipos, y el Consejo de Ministros.

Por eso, lo acontecido en el Perú es, como muchas veces, se dice en temas de historia; en el momento en que estuvieron en el cargo, aunque había gente que siempre los apoyó, otros no los valoraron, inclusive los criticaron muy duro. Pero ahora se evidencia que sí trabajaron arduo, pues se ven los resultados de la labor de ustedes.

Con respecto al tema de las vacunas en específico, quisiera su opinión de esta situación que se ha dado hace poco, en mérito de su condición de especialista en gestión pública, y como constitucionalista. Recientemente, hemos visto unos casos donde diversas personas se han ido, por ejemplo, el más sonado, vacunar a Chíncha, porque preferían la vacuna Pfizer antes que la Sinopharm.

Del lado científico, por supuesto, que no hay mejor vacuna que la que llega a tu hombro, eso lo tenemos bien claro. No obstante, nosotros que estamos en el mundo constitucional sabemos que, como parte del ejercicio del derecho a la salud de las personas, cada uno, sea cual sea la razón, puede decidir qué medicamento puede ingresar a su cuerpo, o la vacuna o laboratorio de su preferencia, ello también ejerciendo el derecho a la libertad individual.

Entonces, en mérito a ello y también considerando que, en la actualidad nuestro país cuenta con un stock mayor de vacunas disponibles. Así como que, la prioridad gubernamental debería ser que, mientras más personas que estén en territorio peruano se vacunen, mejor. De esta forma, podemos protegernos entre todos nosotros y cortar el paso al virus, que no se expanda.

¿Cuál es su opinión con respecto a esta decisión gubernamental de limitar a las personas a que sólo se puedan vacunar en el distrito conforme lo establecido en su DNI? Tomando en cuenta que, al inicio de la vacunación cuando usted estaba en el Gobierno, era así, pero porque había menos stock de disponibilidad de vacunas. En cambio, ahora el país cuenta con más y las recibes seguido, justamente tal medida ya no es necesaria.

Violeta Bermúdez:

Durante nuestro Gobierno, nosotros aplicábamos las vacunas de acuerdo a una programación que se asociaba con el número de DNI y por supuesto, la edad que correspondía. La programación indicaba día y lugar, aunque había días especiales para las personas que por alguna razón residían en lugar distinto del que aparecía en su DNI. Claro que hubo personas que vinieron de sus lugares de residencia fuera de Lima a vacunarse porque estimaban que aquí avanzaba más rápido. También, algunas nos comentaban que aprovecharon para quedarse con sus familias, a quienes no habían visto durante mucho tiempo. Por eso, creo que se tiene que buscar un punto medio que ofrezca cierta flexibilidad en relación al lugar de vacunación. Finalmente, lo que se busca es que, ojalá, todos los residentes en el Perú se inmunicen.

Ahora, lo sucedido en Chíncha, tiene sus pros y sus contras. Primero, preguntémonos ¿por qué sucedió que muchas personas de Lima fueran a Chíncha un fin de semana para vacunarse?, Ello fue producto de una campaña de desinformación impulsada por un medio de comunicación irresponsable, y algunas personas que, ni siquiera son médicos, pero que han dado opiniones adversas a la vacuna del laboratorio chino Sinopharm. Hay personas que, lamentablemente, se han dejado influenciar por esta desinformación y prefirieron buscar el lugar donde estaba programada la vacunación con Pfizer. Aquí hay un primer elemento, se trata de una irresponsabilidad externa que incidió en la decisión de las personas.

Afortunadamente, esto se está revirtiendo, pero se revierte lentamente. A pesar de ello, creo que no era necesario prohibir, que las personas puedan vacunarse fuera del lugar de su residencia, sino más bien tomar algunas previsiones, porque vacunas hay, están llegando. Finalmente, a Chíncha, acudieron 1000 personas de Lima para vacunarse; sin embargo, según la directora de vacunación del Ministerio de Salud, las vacunas no se acabaron. Es decir, no importa dónde se vacunen las personas, lo relevante es que se inmunicen. Además, si van 1000 personas a Chíncha dinamizan su economía, porque van a almorzar, se toman un jugo, van a pasear. También las autoridades podrían ver lo sucedido de una manera diferente.



En vez de decir, esta gente irresponsable, si se sabe que todas las vacunas son buenas, pues ofrezcamos lo que va llegando y continuemos informando. Me parece que una política de prohibiciones no va a tener ningún resultado favorable, no perdemos nada dejando que la gente se traslade de un lugar a otro para ir a vacunarse; eso sí habría que advertirles que podrían agotarse las dosis asignadas para el lugar, pero finalmente es su riesgo. Pero si MINSA ya sabe que Chíncha, por ser cercano, va a ser un lugar demandado por un número importante de personas, que va a ir el fin de semana, le debería asignar un lote adicional para garantizar que las vacunas no falten. Lo importante es que el mayor número de personas se vacune; no importa que lo hagan en Chíncha, Loreto, en Ucayali o en Lima.

Renzo Díaz:

Interesante análisis, doctora. Más bien, otra pregunta con respecto al tema de su tiempo en el Gobierno del presidente Sagasti, cuéntenos usted, más o menos, qué considera, aparte de lo que ya me mencionó, que es el mayor logro que han podido conseguir en temas de derecho a la salud.

Violeta Bermúdez:

Bueno, aparte de lo que hemos comentado, creo que, en términos de derecho a la salud, hemos logrado multiplicar la disponibilidad de oxígeno medicinal, cuando nosotros ingresamos, en el Perú, había 63 plantas de oxígeno, y cuando salimos, había un poco más de 300. Esto ha sido el resultado de un esfuerzo coordinado entre la sociedad civil, el sector privado y el Estado. Haber culminado el gobierno con un superávit de oxígeno, cuando tuvimos momentos en que no teníamos oxígeno, creo que ha sido muy importante.

Complementó, como te decía, atender estos tres flancos: prevención, atención y vacunación. Y otro aspecto importante es que logramos desarrollar una metodología para establecer los niveles de riesgo del avance de la pandemia, a partir de indicadores objetivos, logramos determinar qué lugares eran de mayor riesgo de contagio. Primero, empezamos a hacerlo a escala departamental, pero luego, afinamos el enfoque territorial y comenzamos a hacer la medición a nivel provincial, determinando niveles de riesgo: moderado, alto, muy alto y extremo.

El seguimiento permanente de estos indicadores nos permitió tomar las medidas necesarias para, por ejemplo, reducir o ampliar aforos, establecer las restricciones en el tránsito vehicular los fines de semana o los domingos, poner algunos límites para la circulación de las personas en horario nocturno, lo que conocemos como el toque de queda. No tomamos decisiones arbitrarias, sino decisiones basadas en el avance de los indicadores de la pandemia. Otro elemento fundamental, además de la información es la transparencia.

Cuando entramos al Gobierno, había cinco bases de datos que reportaban el número de personas fallecidas por la pandemia, y todas arrojaban cifras diferentes

entre sí. Además, había organizaciones de la sociedad civil que hacían el monitoreo de las cifras y reportaban otros números. Entonces, uno de los desafíos que nos planteamos con el presidente Sagasti fue hacer un trabajo técnico para conocer el número total de personas fallecidas en el Perú producto de la COVID-19, porque con información podemos tomar buenas decisiones.

En aquel momento, algunas cifras oficiales informaban de 77,000 fallecidos, y otras como las del SINADEF, reportaban entre 130,000 y 140,000 fallecidos. Formamos un Grupo de trabajo técnico con profesionales que dieron su tiempo de manera voluntaria, especialistas, como Ragi Burhum, Mateo Prochazka, Rocío Villanueva, Walter Albán, entre otros, quienes junto con representantes de la Organización Panamericana de la Salud, del Instituto Nacional de Salud, del Ministerio de Salud y de la PCM, revisaron todas las bases de datos, establecieron criterios técnicos, eliminaron las duplicidades y emitieron un informe con recomendaciones concretas al Ministerio de Salud, cuya implementación nos permitió contar con una base única de datos de personas fallecidas por COVID-19.

De esta manera, Perú es el único país del mundo que ha actualizado sus cifras de la pandemia durante la pandemia, generalmente los países lo hacen cuando ya terminó la pandemia. Nosotros lo hemos hecho en plena segunda ola, porque queríamos contar con información actualizada y transparente de lo que había pasado en nuestro país. El reporte del grupo de trabajo identificó que entre el 1 de marzo de 2020 al 22 de mayo de 2021 (fecha de cierre del informe), habían fallecido 180,764 personas por la Covid-19. Hoy, lamentablemente ya hemos superado los 200,000, fallecidos.

Fue un momento muy duro, pero era necesario. A partir de allí, convalidamos que era importantísimo haber empezado la vacunación con los adultos mayores, porque de ese número tan grande de fallecidos, la mayoría eran personas mayores de 60 años; en segundo lugar, personas con comorbilidades lo que confirmaba los criterios que habíamos tenido para los ajustes en el plan nacional de vacunación. La información es fundamental para tomar buenas decisiones.

Renzo Díaz:

En definitiva, doctora, muchas gracias, en verdad, por su arduo trabajo en llegar a la verdad, más aun considerando que es un derecho constitucional de la población el tener un Gobierno transparente y que rinda cuentas de sus actos. En un momento tan caótico como es una pandemia, es muy difícil. Pero ustedes lo adaptaron como una política gubernamental del Estado y lo ejecutaron, como usted dice, liderando con el ejemplo, y esperamos que también la OMS pueda tenerlo presente también para implementarlo en los otros países. Esta información puede ser reveladora, inclusive, las cifras pueden ser más alarmantes.



Violeta Bermúdez:

Con el objetivo de comunicar las cifras de la pandemia y que no se pierda la memoria, hicimos una muestra gráfica en el Lugar de la Memoria, al aire libre, que estuvo disponible entre julio y setiembre del 2021. En esta muestra quisimos presentar, sólo con fotografías, lo que había significado la pandemia en la vida de los peruanos. La muestra inicia con imágenes de las calles de Lima vacías, sin personas, durante el tiempo inicial de la cuarentena estricta. Luego, presenta imágenes de los momentos más duros de la primera y segunda olas y termina con la esperanza de la vacunación, con fotografías de la vacunación al personal de primera línea, a los habitantes de comunidades nativas e indígenas, entre otros.

Renzo Díaz:

Fascinante, doctora. Más bien, surge una interrogante con respecto a todo el asunto del derecho a la salud y las vacunas, que ha generado diversos debates dentro del mundo constitucional, en especial con respecto al tema de su obligatoriedad o no obligatoriedad.

En mérito de su condición de constitucionalista, ¿Cuál es su opinión sobre la vacuna? ¿Esta debe ser obligatoria o facultativa? En especial, considerando que la pandemia sigue en curso y, en países como el nuestro, nos está costando mucho erradicar la pandemia, volver a esa normalidad, seguimos como un poco atorados en aquí.

Si bien estamos avanzando, más o menos se dice que se tiene que llegar a un 80% o 90% de la población que esté inoculada para alcanzar la inmunidad colectiva o de rebaño. ¿Qué pasaría, por ejemplo, si es que no llegamos, si es que hay gente que es incrédula o vive de las fake news o simplemente no desea vacunarse? y, la posibilidad de que por esas decisiones individuales toda una sociedad se puede perjudicar ¿Cuál es su opinión con respecto a este debate y la ponderación que, a veces, uno tiene que hacer?

Violeta Bermúdez:

Bueno, en principio, yo considero que la vacunación es un derecho universal, y como derecho, yo creo que las personas, en general, deberíamos tener la posibilidad de tomar la decisión consciente de vacunarnos y de las razones por las que debemos hacerlo. Creo que disponer, en este momento, que la vacuna sea obligatoria, en vez de motivar la vacunación, va a generar reacciones adversas. En general, las personas, debido a la pandemia, estamos muy sensibles a muchas cosas. A veces, vemos sobre reacciones ante planteamientos que, en otro contexto, serían planteamientos inofensivos. Entonces, ¿qué les corresponde a las autoridades? Creo que deben ser un poco creativas y buscar mecanismos que motiven a las personas a vacunarse.

A mí me parecen muy interesantes, por ejemplo, las propuestas que indican que si todos los integrantes de una familia están vacunados, pagarían menos impuesto predial, o tendrían descuentos en los arbitrios, o podrían estar exonerados del pago de un trimestre, es decir, medidas que sean motivadoras. Asimismo, por ejemplo, si las universidades quieren empezar con las clases presenciales, se puede disponer que solo podrán asistir las personas que estén vacunadas con las dos dosis; los no vacunados, sólo tendrían clases virtuales.

Entonces, lo que sugeriría es buscar mecanismos que nos convenzan de las ventajas que tendríamos para reanudar nuestra vida, porque todos queremos reanudar nuestra vida pre pandemia y ojalá esta sea mejor. En todo caso, creo que no es el momento de discutir la obligatoriedad de las vacunas, vamos viendo cómo se desarrolla la pandemia en el mundo, esperemos que se controle y que, más bien, en esta etapa, se motive, se aliente a las personas a vacunarse. En redes sociales, algunos negocios promocionan el regalo de determinados productos (un café, por ejemplo) o descuentos a las personas que acudan llevando su carné de vacunación, y la gente lo hace. En suma, considero que debemos seguir con esta política de promoción de la vacunación con beneficios, más que con castigos.

Renzo Díaz:

Excelente, muchas gracias, doctora. ¿Y algún mensaje, una reflexión final que quiera hacer, de repente, sobre este asunto de la salud o de las vacunas en mérito del bicentenario? ¿Algún mensaje que quiere darle a los lectores de la revista?

Violeta Bermúdez:

Me gustaría señalar que la pandemia nos ha enseñado que, en el Perú, existe mucha solidaridad, mucho trabajo colaborativo para encontrar soluciones; existen muchas personas dispuestas, incluso, a arriesgar su vida para salvar la vida de otros. Pero también nos ha mostrado que hay algunas personas que, lamentablemente, prefieren que prevalezca el egoísmo, la desinformación, que han tratado de politizar y hasta de judicializar el tema de las vacunas y eso, en lugar de ayudarnos a hacer un mejor país, nos desune y no ayuda a solucionar los problemas. Por eso, en el año del bicentenario, debemos pensar en apuestas conjuntas, en apuestas de construcción y, sobre todo, en apuestas de vida, porque la salud es vida. Gracias.



BLOQUE II: FIGURAS CONSTITUCIONALES

FRENTE A LA INCAPACIDAD DE DETERMINAR CUÁNDO ESTAMOS EN UNA VACANCIA POR PERMANENTE INCAPACIDAD MORAL DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ (UNAS REFERENCIAS A LO QUE SEÑALÉ COMO VOTO SINGULAR AL RESPECTO)

FACING THE INABILITY TO DETERMINE WHEN WE ARE IN A VACANCY DUE TO PERMANENT MORAL INCAPACITY OF THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF PERU (SOME REFERENCES TO WHAT I POINTED OUT AS A SINGULAR VOTE IN THIS REGARD)

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera*

Resumen:

En el presente artículo¹, el Magistrado Eloy Espinosa-Saldaña, quien no ha quedado de acuerdo con la decisión tomada por el Tribunal Constitucional ante la demanda de Vacancia por Permanente Incapacidad Moral del Presidente de la República del Perú, desarrolla los argumentos de porqué la demanda debió ser declarada fundada. También, explora la forma de gobierno recogida en la Constitución peruana de 1993, así como la vacancia presidencial y la causa de permanente incapacidad moral en el constitucionalismo peruano. Además, analiza si es que el Congreso, en el uso de sus facultades y atribuciones podía interrumpir el ejercicio regular del Presidente.

Palabras clave: Vacancia presidencial, incapacidad moral permanente, gobernabilidad, constitucionalismo, Congreso.

*Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Doctor en Derecho con mención sobresaliente summa cum laude por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). Posdoctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia). Magistrado y ex Vicepresidente del Tribunal Constitucional peruano. Ha sido Perito por la Comisión Interamericana ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Premio Extraordinario a la mejor investigación en España.

¹ En este trabajo, se recoge básicamente lo planteado en mi voto singular frente al caso donde se alegó la vacancia del entonces Presidente Vizcarra por incapacidad moral.



Abstract:

In this article, the Magistrate Eloy Espinosa-Saldaña, who has not agreed with the decision made by the Constitutional Tribunal in response to the request for Vacancy due to Permanent Moral Incapacity of the President of the Republic of Peru, develops the arguments why the request should have been declared founded. Also, it explores the form of government included in the Peruvian Constitution of 1993, as well as the presidential vacancy and the cause of permanent moral incapacity in Peruvian constitutionalism. In addition, it analyzes whether Congress, in the use of its powers and attributions, could interrupt the regular exercise of the President.

Keywords: *Presidential vacancy, permanent moral disability, governance, constitutionalism, Congress.*



1. Respecto a la posibilidad de emitir un pronunciamiento sobre el fondo (el objeto y el contenido de esta demanda) en este caso. Lo que debería haber ocurrido al respecto

Como es de conocimiento general, discrepo de lo decidido en este caso por la mayoría de mis colegas, quienes han declarado improcedente esta demanda, la cual, quizás, era la más importante que le ha tocado resolver a este Tribunal en toda su historia, y ciertamente, sin duda, la más relevante desde que se cambió sustancialmente su composición el año 2014.

En efecto, considero que el Tribunal Constitucional no solo estaba habilitado, sino que su deber era, con base en una adecuada comprensión del rol que le tocaba cumplir a este órgano en el marco de los Estados Constitucionales, pronunciarse sobre el contenido y alcances de la pretensión planteada (lo que habitualmente se denomina el fondo de la demanda), determinando en primer lugar el contenido que le corresponde a la causal de vacancia presidencial intitulada “permanente incapacidad moral”, con el objeto de ayudar a pacificar y a racionalizar la cuestión sometida a litigio.

Tal como he explicado en varios pronunciamientos, sostengo consistentemente que el papel de un juez o jueza constitucional dentro de un Estado Constitucional ha cambiado, y se espera que hoy asuma roles distintos a los tradicionales, destacando entre otros un rol de “integración social” (v. gr. en mis votos en las SSTC Exp. n.º 00025-2013-PI (acumulados), 03376-2016-PA y 00019-2013-PI, 00889-2017-PA, 05501-2014-PA, entre otros).

Se busca, en síntesis, un rol integrador (de búsqueda de generación de consensos y eliminación de exclusión de alguien en la generación de los mismos), pacificador (composición de conflictos y actuación previsor para que no vuelvan a generarse nuevos conflictos) y ordenador (generador de pautas predecibles para poder desenvolvernos dentro de lo considerado constitucionalmente posible o respetando lo constitucionalmente necesario). Esta afirmación, que no puede ser considerada como una muestra de mero voluntarismo o hiperactivismo judicial. En realidad, se sustenta en una evolución jurídica y política de lo que la más calificada doctrina y jurisprudencia de la actualidad entiende por Constitución, Estado y por la labor de los jueces y juezas en general.

Y es que si se analizan las primeras concepciones que se tuvieron sobre la jurisdicción o justicia constitucional, podemos encontrar que se ha pasado de concebirla como un contrapeso político dentro de un constitucionalismo de límites a afirmar su carácter jurisdiccional en el escenario que va desde un constitucionalismo de los derechos a un constitucionalismo de la satisfacción de necesidades humanas básicas y del desarrollo de capacidades para atenderlas.

Por ende, la labor de jueces y juezas constitucionales es la de interpretar (en clave de concretización) una Constitución que es norma jurídica que se sustenta en gran-



des acuerdos o consensos políticos. Aquello, en consecuencia, le permite legitimar su rol de mediación bajo parámetros jurídicos en los conflictos más importantes en la sociedad. Esta transformación de la jurisdicción o justicia constitucional se da de la mano de otros importantes acontecimientos como, por ejemplo, la constitucionalización del Derecho, la constitución de la política, y la convencionalización del Derecho. Es en mérito a todo lo expuesto que se asume la juridicidad de la Constitución, y, como consecuencia de ello, la irradiación de sus disposiciones, preceptos, derechos y valores a todas las ramas del Derecho, así como a la labor de las diversas instituciones (públicas o privadas) y al quehacer político.

Además de lo indicado, es necesario anotar que la singularidad de la interpretación constitucional ha llevado también a que esta tarea interpretativa no pueda entenderse de forma simplista, sin tomar en cuenta la complejidad y la textura abierta del texto constitucional que debe buscar concretizar. Y es que la Constitución no solamente contiene reglas que responden al clásico silogismo jurídico, sino que fundamentalmente contiene principios y valores que orientan el alcance de su interpretación. Por ende, no suele existir en la interpretación un resultado unívoco, sino que se proyecta un espectro de diversas posibilidades interpretativas, y dentro de las cuales se construye una respuesta con las herramientas que otorga la propia Constitución, así como los tratados y las normas que conforman un bloque de constitucionalidad en diversos tópicos o materias.

Ahora bien, lo indicado, insisto, no debe ser considerado solo como una cuestión de mero voluntarismo que, por ser tal, permitiría llegar a cualquier resultado con base en los valores o principios, como parecen considerar algunos críticos que creen que el Derecho puede ser entendido como moral o justicia, al margen de las disposiciones autoritativas o de las formalidades en las que también consiste el fenómeno jurídico. De otro lado, el planteamiento del presente proceso competencial tenía por objeto delimitar los alcances de una atribución del Congreso que, por ser planteada en términos absolutamente laxos, podían originar un menoscabo en la actuación del Presidente de la República (el desarrollo de su plan de Gobierno). Aquello excede con amplitud lo que puede involucrar la existencia de un caso concreto.

Más bien, una lectura del Código Procesal Constitucional, apoyada supletoriamente por lo señalado en el Código Procesal Civil obliga a que, en el análisis del ejercicio de competencias que ha sido cuestionado, se proceda a tomar en cuenta situaciones planteadas por la entidad demanda sobre la institución demandante, máxime si la causal alegada para incidir en la continuidad de la labor de la institución demandante era la misma referencia a una “grave incapacidad moral permanente”. Dicho en términos simples, este no es un caso entre unos congresistas y un Presidente de la República, sino más bien un debate sobre cómo el ejercicio de una competencial, desempeñada según quien demanda en términos inconstitucionales, podía menoscabar el ejercicio regular de las atribuciones de la Presidencia de la República.

Luego de lo expuesto, y en lo que concierne al caso, considero que se entienden las razones por las cuales la demanda no debía haber sido rechazada como improcedente, sino ser declarada más bien fundada, lo cual a su vez hubiese requerido que se regulen los eventuales efectos nulificantes del fallo.

2. ¿Por qué debió declararse fundada la demanda en este caso?

Como es de conocimiento general, el entonces vigente artículo 113 del Código Procesal Constitucional prescribe literalmente que:

“Artículo 113.- Efectos de las Sentencias

La sentencia del Tribunal vincula a los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos. **Determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia.** Asimismo, resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos.”

De otro lado, y como bien puede constatar, la sentencia en los procesos competenciales tiene dos efectos: determinar los alcances o contornos de una competencia conforme a la Constitución (efecto delimitador de la competencia) y declarar la nulidad de diversos actos fácticos o normativos que se hubieran emitido en el marco que un ejercicio indebido de las competencias (efecto nulificante). Siendo así, como he venido explicando reiteradas veces, lo que le tocaba responder al Tribunal en esta controversia es, muy claramente, delimitar lo relacionado con el adecuado ejercicio de la competencia del Congreso de vacar a un presidente por la causal de incapacidad moral permanente contenida en el artículo 113, inciso 2 de la Constitución, y luego, con base en lo anterior, pronunciarse sobre los posibles efectos nulificantes respecto de actos que pudieran encontrarse viciados.

En este punto, y debido a algunas acciones ya tomadas por el Congreso de la República, corroboradas con lo que la misma Procuraduría del Poder Ejecutivo planteó y justificó en la audiencia pública, de manera expresa, a este Tribunal ya no le correspondía pronunciarse en torno a alguna eventual reposición sobre el expresidente vacado, al momento de abordar los posibles efectos nulificantes de esta sentencia. Ya el propio Congreso había materializado varias acciones tendientes a la reparación del vicio alegado (cambio de la mesa directiva que encabezó Manuel Merino, nombramiento de una mesa directiva encabezada por Francisco Sagasti (y por ende, el establecimiento de un encargado de la Presidencia de la República conforme a los parámetros constitucional y legalmente establecidos), conformación de una Comisión Investigadora responsable de revisar la actuación de Manuel Merino y otros altos funcionarios).

Es más, el mismo Martín Vizcarra públicamente acató la moción de vacancia en su contra (aun cuando también la calificó de inconstitucional), y luego, envió una felicitación pública a Francisco Sagasti por su elección como Presidente de la Re-



pública. Por ende, siendo así, únicamente subsisten como objeto de este proceso los extremos relacionados con la determinación del contenido y alcances de la causal de vacancia por permanente incapacidad moral y los efectos de la sentencia en el acto (y resolución del Congreso) de vacancia.

En este orden de ideas, voy a analizar ampliamente los alcances de dicha causal, para lo cual es necesario contextualizar la discusión en el marco de las instituciones y principios que rigen nuestra forma de gobierno.

3. Para entender este caso a cabalidad: Algunas referencias a la forma de gobierno recogida en la Constitución peruana de 1993

Y es que para analizar y resolver adecuadamente la presente controversia es necesario partir, cuando menos de manera general, cuál es la forma de Gobierno que ha adoptado el Perú, así como alcances del principio de separación de poderes, ambos con reconocimiento o desarrollo en nuestra Constitución. Lo anterior es importante, debido a que es en ese marco que podrá entenderse debidamente los contornos constitucionales de las relaciones entre los llamados “poderes del Estado” (e incluso entre y con los órganos constitucionales autónomos), y más específicamente, el margen de las relaciones entre el Poder Ejecutivo (Gobierno) y el Poder Legislativo (Congreso).

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que esta no era la primera oportunidad en la que el Tribunal Constitucional peruano iba a referirse a este tema. Por el contrario, debido a su función de moderadora del poder y pacificadora de conflictos, ha tenido varias oportunidades de pronunciarse sobre ello y esclarecer algunas cuestiones.

Así, se ha referido, por ejemplo, al valor de la separación de poderes en el marco del constitucionalismo. En efecto, el Tribunal Constitucional peruano ha recordado que la separación de poderes es una técnica que tiene como finalidad evitar la concentración del poder y, en ese sentido, se encuentra encaminada asimismo a salvaguardar los derechos fundamentales de algún eventual ejercicio abusivo del poder político:

“La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura.” (STC Exp. n.º 0023-2003-AI, f. j. 5).

Por otra parte, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que la separación de poderes no debe entenderse como una división tajante, sin puntos de contacto o interrelación entre los denominados poderes del Estado, sino que esta debe ser considerada incluso en clave de equilibrio, de controles recíprocos, de freno y contrapesos; e incluso más, que debe ser entendida sobre la base de relaciones de coordinación y cooperación estos poderes:

“[L]a separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes. Al respecto, encontramos una colaboración de poderes cuando el artículo 104 de la Constitución establece que el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. Del mismo modo, existe una colaboración de poderes cuando el artículo 129.º de la Constitución dispone que el Consejo de Ministros en pleno, o los ministros por separado, pueden concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates con las mismas prerrogativas que los parlamentarios, salvo la de votar si no son congresistas. Ocurre lo mismo con las normas constitucionales relativas al proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto” (STC Exp. n.º 00004-2004-CC, f. j. 24)

“Uno de esos principios constitucionales que el Poder Judicial debe respetar, como todo Poder del Estado y todo órgano constitucional, es el de separación del poder, reconocido en el artículo 43 de la Constitución. Este principio no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; por el contrario, exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado –checks and balances of powers– y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos. Esto explica el hecho de que si bien la Constitución establece que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (artículo 138º inciso 2), dimana de ella también la prescripción de que el Poder Judicial no ha de turbar, ilegítimamente, el ejercicio de las atribuciones de otros poderes del Estado” (STC Exp. n.º 00006-2006-CC, f. j. 15).

Finalmente, el Tribunal Constitucional peruano ha precisado que la distribución de poderes, o de funciones desde una perspectiva más amplia, no se reduce a tomar en cuenta tan solo a los tres “poderes del Estado”, sino que debe considerarse asimismo el papel que juegan en dicha configuración de funciones constitucionalmente relevantes para el contrapeso y control del poder, a los órganos constitucionales autónomos:

“[E]l principio de separación de poderes reconocido en el artículo 43 de la Constitución posee un contenido más amplio que aquel que asumía la separación del poder del Estado únicamente en poderes como el legislativo, ejecutivo y judicial.



En efecto, la propia Norma Fundamental ha establecido órganos constitucionales tales como el Tribunal Constitucional (artículo 201 y ss.), Jurado Nacional de Elecciones (176 y ss.), Ministerio Público (artículo 158 y ss.), Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 150 y ss.), Defensoría del Pueblo (artículo 161 y ss.), Gobiernos locales y Gobiernos regionales (artículo 190 y ss.), entre otros.

Como se aprecia, el Poder Constituyente ha dividido el poder no solo entre el Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, sino también entre órganos constitucionales, sin desconocer, inclusive, que también es posible explicar la moderna materialización del principio de separación de poderes con la división entre órganos de decisión política (parlamento y gobierno) y los órganos de decisión jurisdiccional (judicatura ordinaria y constitucional, entre otros). Pese a la extensión del número de instituciones que administran el poder, se mantiene el núcleo esencial del principio, el mismo que consiste en evitar la concentración del poder en un solo ente” (STC Exp. n. 00005-2007-AI, f. j. 21)

Expresado este marco, es necesario hacer algunas precisiones sobre nuestra forma de gobierno. A saber, conforme a los modelos “clásicos” formulados idealmente, se suele distinguir entre un modelo parlamentario y otro presidencial. En el caso del régimen presidencial, este se caracteriza básicamente porque hay un jefe de Gobierno, denominado por lo general Presidente, que proviene de una elección popular, y que cuenta simultáneamente con la condición de jefe de Estado. Por ende, y no es nombrado por el Congreso, entidad que solamente podrá removerlo en circunstancias especiales, y a través de mecanismos particulares (como, por ejemplo, el *impeachment*). En el caso del régimen parlamentario, por el contrario, tenemos que el jefe de gobierno es elegido por el Parlamento, que lo puede remover discrecionalmente, y por lo general la jefatura del Estado recae en alguien distinto al jefe de Gobierno (que puede ser un monarca constitucional o un Presidente, por ejemplo).

En el caso peruano, si bien partimos de un modelo inicialmente presidencial, en la medida que nuestro Jefe de Gobierno se denomina Presidente de la República, es electo popularmente, cumple las funciones de jefe de Estado y no es nombrado por el Congreso de la República, nuestras diversas Constituciones han incorporado al modelo algunas instituciones del parlamentarismo, las cuales desdibujan la estricta división de poderes que distingue al modelo ideal presidencial, pues implican, por ejemplo, que el Presidente de la República requiera de la aprobación política del Congreso para la conformación del gobierno y para su eventual cambio.

Lo expuesto lleva a que en el Perú contemos con instituciones de control político interórganos, siguiendo la terminología usada por Loewenstein. Entre ellas tenemos a la interpelación, el voto de confianza, la censura ministerial y las cuestiones de confianza, por referirnos a cuestiones que se plantean en este primer punto.

En efecto, nuestra Constitución, al regular nuestra forma de gobierno, recoge diferentes instituciones que permiten distinguirla de los modelos ideales o clásicos presidencial o parlamentario. Frente a ello, la doctrina se ha referido a nuestro régimen o forma de gobierno de diferentes modos. Por ejemplo, al nuestro se le ha llamado régimen “semipresidencial”, en el sentido de que no es uno en estricto presidencialista, pues se incorpora, como ya fue indicado, mecanismos de control y límites propios del régimen parlamentario. Sin embargo, esto es erróneo, pues el semipresidencialismo parte más bien de bases propias de un régimen parlamentario a las cuales matiza con la incorporación de aspectos propios del sistema presidencial. En nuestro país ocurre exactamente lo inverso, pues a un modelo presidencial se le han incorporado elementos de un régimen parlamentario, no siempre necesariamente con mucha fortuna.

También se ha considerado que el nuestro puede calificarse más bien de un régimen “hiperpresidencialista”, en atención a los descomedidos poderes con los que aparentemente cuenta el Presidente, en especial cuando tiene mayoría oficialista en el Congreso, y también en atención a nuestras experiencias de caudillismo y autoritarismo. Adicionalmente, se ha hecho uso también de los calificativos “mixto” o “híbrido” con lo cual, si bien se da cuenta de sobre la dificultad para encasillar nuestra forma de gobierno en alguno de los modelos clásicos, se elude afrontar la necesidad de definir o calificar lo existente en atención a sus propios contornos y especificidades.

Ahora bien, nuestro modelo de gobierno nace de la propia Constitución y, por ende, únicamente es con base en el referido parámetro constitucional que en esta sentencia podría desarrollarse sus contenidos y alcances. En el mismo sentido, solo podría ser a partir de lo que nuestra norma Fundamental ha establecido que a nivel legislativo se podría regular, tanto lo concerniente a nuestra forma de gobierno, como a las competencias y funciones de los poderes públicos y los órganos constitucionales autónomos, así como a las relaciones entre estas instituciones u órganos.

En este orden de ideas, adicionalmente, es claro que cualquier deseo o intención de modificar o incidir en el modelo de gobierno adoptado constitucionalmente requeriría de una reforma constitucional.

De hecho, la separación de poderes es un rasgo identitario, no solo de nuestra actual Constitución, sino del constitucionalismo en general. En dicho sentido, el mismo Tribunal Constitucional peruano (STC 00023-2003-AI, f. j. 4) ha recordado cómo, en la emblemática obra *El espíritu de las Leyes*, Montesquieu sostuvo que:

“No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y vida de los ciudadanos; como que el juez sería el legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación



de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes. El de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones judiciales y el de juzgar los delitos o pleitos entre particulares”.

Y en este mismo sentido es que se ha entendido como un contenido mínimo, el cual hace reconocible al constitucionalismo desde el siglo XVIII, lo dispuesto en su momento en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en Francia el año 1789:

“Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

Con base precisamente a este rasgo de identidad de nuestro constitucionalismo, el Tribunal Constitucional peruano ha expresado de manera categórica que lo concerniente a la “separación de poderes” (e incluso al “régimen político”) constituye un límite para la reforma ordinaria de la Constitución. Esto es, forma parte de una especie de, si cabe, un “núcleo duro”, el cual comprende a los “principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social” de nuestra Carta Fundamental. Por ende, dicho ámbito no puede ser objeto de una reforma constitucional apelando únicamente a las competencias de reforma con las que cuenta el Congreso, el cual es un poder constituido, sino que dicho cambio sería expresión de una “reforma total” de la Constitución, la cual requiere de la anuencia del poder constituyente soberano, por ejemplo, a través de una consulta o referéndum:

“Aunque toda Constitución se caracteriza por ser un cuerpo normativo integral, donde cada disposición cumple un determinado rol, ciertas cláusulas asumen una función que resulta mucho más vital u omnicomprensiva que las del resto. Se trata de aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de poderes, etc.). Sin ellos, la Constitución sería un texto formalmente supremo pero, en cambio, materialmente vacío de sentido” (STC Exp. n.º 00014-2002-AI, f. j. 75)

“Los límites materiales [a la reforma constitucional], están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución (...) [Los l]ímites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la “destrucción” de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado” (STC Exp. n.º 00014-2002-AI, f. j. 76).

“[L]a elaboración del proyecto de la nueva Constitución [o la “reforma total”] en sede parlamentaria, necesaria e inexorablemente deba concluir con su sometimiento a referéndum, so pena de declararse la inconstitucionalidad de dicho proceso. Es preciso, pues, que de continuarse como se está haciendo el proceso de cambio de Constitución, la aprobación de la nueva Norma Fundamental tenga que realizarse a través del referéndum, la única forma como puede expresarse directamente el Poder Constituyente. Y es que, cuando mediante referéndum se aprueba sólo una reforma parcial de la Constitución, en tal caso la intervención del pueblo se presenta como un elemento que incide exclusivamente sobre la eficacia. Lo que no sucede, por cierto, cuando el pueblo actúa en calidad de Poder Constituyente, en cuyo caso la aprobación de la Constitución la realiza él mismo y su decisión es un elemento constitutivo de su elaboración” (STC Exp. n.º 00014-2002-AI, f. j. 115)

Señalado todo esto, y siendo clara entonces la importancia de la forma de gobierno constitucionalmente establecida, era necesario que el Tribunal Constitucional peruano precise o desarrolle una descripción o definición, cuando menos general, sobre sus contornos, siempre a partir de lo constitucionalmente previsto.

Al respecto, una primera cuestión tiene que ver con la nomenclatura que mejor permitiría calificar o denominar a nuestro régimen. Desde luego, si bien el nombre no es lo más importante a efectos de reconocer los contornos del modelo, atribuir uno sin duda ayuda a reconocer sus rasgos de identidad, sus alcances, potencialidades y límites. En este sentido, el Tribunal Constitucional peruano ha precisado similares calificaciones, siempre precisando sus alcances, al referirse, por ejemplo, a nuestra forma de Estado (Estado unitario y descentralizado), a nuestro régimen político-económico (Economía social de mercado), a las relaciones entre Estado y religión (Estado laico), a nuestro estadio constitucional (Estado Constitucional o Estado constitucional de Derecho), entre varias otras.

Señalado esto, es importante expresar, en primer lugar, que las relaciones entre el Poder Ejecutivo (Gobierno) y el Poder Legislativo (Congreso), tanto atendiendo a lo que dice la Constitución, como a la concreción de sus instituciones en la práctica reciente, pueden ser de distinto tipo y con diferentes efectos, hasta diametrales entre sí.

Efectivamente, en el marco de lo constitucionalmente previsto, hay dos escenarios o supuestos extremos, dentro de los cuales nuestro modelo se manifiesta de modo muy diferente. En el primer escenario tenemos a un gobierno que cuenta una mayoría parlamentaria absoluta (escenario de “oficialismo robusto”), mientras que el opuesto es el del gobierno con una oposición parlamentaria arrolladora (supuesto de “oposición robusta”).

Cuando estamos ante un gobierno que cuenta con un “oficialismo robusto”, como puede preverse, al ponerse en riesgo la separación de poderes debido a un eventual fortalecimiento excesivo del Poder Ejecutivo o Gobierno, juegan un especial papel



los mecanismos que permiten el control político por parte de las minorías parlamentarias, como es el caso, verbigracia, de la interpelación ministerial, la moción de censura o las demandas de inconstitucionalidad. En el segundo caso, de “oposición robusta”, más bien adquieren relevancia los mecanismos de diálogo y coordinación, de contrapeso político, o, finalmente, los de solución de controversias políticas en contextos de crisis de gobernabilidad o institucional.

Siempre en un contexto de gobierno con “oposición robusta”, y de enfrentamiento entre poderes o crisis institucional, pueden presentarse dos supuestos totalmente extremos: el del impulso de la salida del Presidente de la República por mecanismos como el de la vacancia por incapacidad moral (entendida erróneamente en base a escenarios que son más bien propios de un juicio político ya previsto en nuestra Constitución, pero que es bastante más complejo de seguir y materializar), y de un eventual cierre del Congreso de la República como consecuencia de que se haya producido dos crisis totales del gabinete por denegatoria de confianza o por censura al Presidente del Consejo de Ministros.

Visto así, no es posible calificar a nuestro sistema de gobierno solo poniendo énfasis en uno de estos dos escenarios, es decir, solo atendiendo a la posible concentración del poder en manos del Gobierno en escenarios de “oficialismo robusto”, ni a una supuesta actitud obstruccionista, o que hace imposible la gobernabilidad, en el marco de Ejecutivos que se enfrentan a una “oposición robusta” en el Congreso. Más aun, es necesario considerar que, además de los supuestos extremos esbozados, entre ellos puede haber escenarios variopintos, tales como gobiernos con primera mayoría parlamentaria, gobiernos con segunda mayoría congresal, gobiernos con mayoría parlamentaria a través de alianzas con otras agrupaciones (cogobierno), gobiernos con minoría parlamentaria y gobernabilidad a través de acuerdos coyunturales, gobiernos con minoría congresal y sin gobernabilidad por dispersión política (no existen coincidencias políticas o programáticas), etcétera

Con base a lo señalado, es posible calificar nuestra forma de gobierno como “presidencialismo asimétrico” o “intermitente”, en atención a que las instituciones, e incluso el propio régimen de gobierno, no operan siempre del mismo modo o con la misma intensidad. Por ello, en diferentes contextos algunas instituciones, sus alcances y límites adquieren diferente entidad; y, además, plantean cuestiones y problemas de carácter constitucional que deberán ser enfrentados teniendo en cuenta el contexto indicado.

Señalado esto, es claro que una descripción o delimitación de nuestro modelo en manos de la jurisdicción o la justicia constitucional debe ser realizado evitando o previniendo los excesos, las desviaciones y la desnaturalización del régimen, lo cual implica actuar siempre dentro de los términos constitucionalmente dispuestos. Al respecto, y tal como ya ha sido señalado, el Tribunal Constitucional peruano, a estos efectos, debe hacer uso de su rol de “poder moderador”, conforme al cual trata de evitar o apaciguar los posibles conflictos que puedan dañar la ins-

titucionalidad del país, aunque desde luego sin invadir competencias que le sean ajenas.

En este orden de ideas, es posible definir los contornos de nuestro régimen de gobierno sobre la base de los siguientes principios de identidad:

Principio de separación de poderes: hace referencia a la autonomía funcional y a las diferentes competencias que cada poder estatal (y también cada órgano constitucional autónomo) tiene, pero también a las distintas funciones (sociales, políticas) que cada uno cumple tendencialmente (tales como representar, legislar y fiscalizar en el caso del Legislativo (Congreso), o de gobernar y hacer cumplir las leyes en el caso del Ejecutivo (Gobierno)). Este principio, desde luego, conlleva a reconocer las eventuales tensiones que puedan surgir entre los denominados poderes políticos. Con base al principio de separación de poderes es claro que nuestro modelo no aspira entonces –a diferencia de lo que ocurre en un régimen parlamentario– a la confusión o subordinación entre los poderes, o a la asunción de que existe algo así como un “primer poder” de Estado. Se reconoce, pues, la división de poderes y se prevé formas razonables para resolver o superar las diferencias entre ellos.

Principio de balance entre poderes: alude a la existencia de mecanismos de coordinación (tales como la delegación de facultades, el respaldo a políticas de gobierno a través de la cuestión de confianza, las coordinaciones o negociaciones políticas para la aprobación del presupuesto público, la reglamentación de las leyes, la iniciativa legislativa por parte del Poder Ejecutivo (Gobierno) o los órganos constitucionales autónomos, etc.), de control recíproco (control jurídico y jurídico-político entre los poderes y órganos constitucionales autónomos), y de equilibrio entre poderes (respeto a la autonomía de los otros poderes y órganos constitucionales autónomos, regulación de las competencias y funciones ajenas sin desnaturalizarlas, debida asignación presupuestaria para los poderes estatales u órganos constitucionales autónomos, etc.)

Además de que no hay poderes subordinados, a lo cual se refería el principio anterior, el principio de balance entre poderes permite destacar que en nuestro modelo constitucional los poderes estatales, como también los órganos constitucionales autónomos, se conciben en una dinámica de balance o contrapeso, lo cual exige reconocer y respetar los mecanismos de equilibrio y control constitucionalmente previstos. Como corolario de lo anterior, se tiene que la regulación, el ejercicio e incluso la interpretación de los alcances de los mecanismos de coordinación, de control recíproco o de equilibrio entre poderes no pueden realizarse alterando o desnaturalizando el balance que ha buscado asegurar la Constitución, y que es parte medular de nuestro modelo.

Principio de cooperación: conforme a este principio, la interpretación de las competencias y las funciones de los poderes y órganos constitucionales autónomos



deben estar orientadas al cumplimiento de los fines del Estado (artículo 44 de la Constitución), a la concreción del conjunto de bienes y valores constitucionales (todos ellos, pudiéndose mencionar a modo de ejemplo lo señalado en los artículos 3, 38, 43 o 45 de la Constitución), y siempre teniendo como horizonte la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad (artículo 1 de la Constitución). De esta manera, entre los poderes públicos y órganos constitucionales autónomos resulta de aplicación el principio de “lealtad constitucional”, lealtad que, además del respeto a las competencias y funciones ajenas, orienta el comportamiento de los actores estatales hacia la consecución del bien común, que debe ser el fin último de la política.

Así visto, con base en este principio de cooperación deben evitarse conductas obstructivistas, desleales o egoístas por parte de los poderes o actores políticos. Al respecto, si bien la política tiene una faz confrontacional inevitable, vinculada a la lucha entre los diversos actores involucrados, las instituciones y competencias constitucionales deben ser interpretadas y ejercidas en el sentido de fomentar la integración social, la unidad política, y la optimización de los fines y principios constitucionales, entre otros aspectos. Lo anterior, desde luego, resulta especialmente cierto en el caso del análisis que le corresponde realizar el Tribunal Constitucional en los casos sometidos ante él, atendiendo al su rol moderador y pacificador de conflictos.

Principio de solución democrática: este principio pone de relieve que frente a un entrapamiento o crisis política o institucional que no puede superarse a través de los medios institucionales habituales, debe preferirse, en primer lugar, las salidas deliberativas (es decir, mediante el diálogo institucional, o a través de los espacios de deliberación pertinentes y adecuados para enfrentar los conflictos políticos) y, únicamente en su defecto, apelar a la elección popular como ratio final y superior. De esta manera, el sistema de gobierno, así como las relaciones entre los poderes públicos, deben tender a establecer y preferir mecanismos de diálogo que permitan resolver las controversias sin apelar, en primer término, a formas plebiscitarias o meramente mayoritarias de democracia.

En ese sentido, corresponde a los actores políticos e institucionales, y desde luego en ello juega también un rol central el Tribunal Constitucional, promover que en las instancias de discusión institucional se produzcan diálogos robustos e inclusivos, lo cual comprende la necesidad de incorporar a los ciudadanos, en especial a los directamente perjudicados por alguna medida, y a los especialistas, en el proceso de toma de decisiones. Cuando dicho diálogo fracasa, y se produce una crisis política o institucional irresoluble, será necesario apelar al depositario originario del poder político: los ciudadanos, el pueblo.

Al tratarse todos estos de principios que identifican a nuestra forma de gobierno presidencialista asimétrico, y que permiten delimitar debidamente las relaciones entre los denominados poderes del Estado, su regulación y ejercicio deben estar

siempre encaminados al respeto de estas señas de identidad previstas en la Constitución, sin desnaturalizarlas ni vaciarlas de contenido. Son parte, pues, del ya referido “núcleo duro” de nuestra Norma Fundamental, en los términos ya recordados en esta sentencia.

4. La vacancia presidencial y la causa de permanente incapacidad moral en el constitucionalismo peruano

Si bien pueden tener diversas manifestaciones, las relaciones entre los Poderes Ejecutivo (Gobierno) y el Legislativo (Congreso) siempre deben darse dentro de los márgenes establecidos por la Constitución, es decir, dentro de lo constitucionalmente posible. Al respecto, como ha sido expresado ya, la regulación constitucional de dichas relaciones ha ido cambiando con el tiempo, con base a coyunturas o necesidades históricas específicas. En el marco de estas relaciones, aparece precisamente en nuestro constitucionalismo la figura de la vacancia por “incapacidad moral”.

Al respecto, y como se destaca en varios textos de lectura obligatoria del profesor Omar Cairo sobre la materia, así como en el informe de *amicus curiae* presentado por profesor Leysser León, es necesario empezar señalando que la noción de incapacidad moral fue importada del Derecho francés y replicada tanto en los códigos civiles peruanos como en las constituciones del siglo XIX. Implicaba identificar a la incapacidad moral con incapacidad de tipo mental. Sobre la expresión *morale*, en primer lugar, se detecta que en el marco de la referida doctrina francesa tiene actualmente dos acepciones principales: la primera para hacer referencia a *incapacité physique* y *morale*, es decir, básicamente a la capacidad física e intelectual; la segunda para hacer referencia a la *personne physique* y a la *personne morale*, que en español alude a la persona natural y la persona jurídica².

Como se desprende del informe de *amicus curiae* y los textos antes indicados, es necesario precisar que el origen francés de la incapacidad moral surge en el derecho eclesiástico, “devenido luego del derecho civil de la familia, donde la expresión *incapacité morale*, se volvió común para graficar una hipótesis de nulidad de matrimonio, la referida a la incapacidad mental congénita o sobrevenida de uno de los contrayentes”. Esta referencia de contenido jurídico estuvo en sintonía con obras dedicadas a las frenopatías (hoy psiquiatría), en las cuales se incluía a la *incapacité morale*³.

² Ver: MEZA, Yelena. “Vacancia por «incapacidad moral» a la luz del derecho francés”. En La Ley el ángulo legal de la noticia. (<https://laley.pe/col/551>). [22/09/2020]

³ El médico francés Guilain precisa que los dementes tienen una incapacidad especial, la cual es *incapacité morale*. Asimismo, señala que un demente no entiende sus intereses, apenas se concibe a sí mismo y comprende la realidad. Cfr. GUISLAIN, Joseph. *Leçons orales sur les phrénopathies, ou traité théorique et pratique des maladies mentales: cours donné à la Clinique des établissements d’aliénés à Gand, 1852*, p. 55.



Ciertamente, este lenguaje privatista francés en torno a la incapacidad moral no estuvo ajeno para la Constitución de Cádiz, que es el texto que sirve de base para las constituciones de las nacientes repúblicas de América Latina, y tampoco lo fue para los primeros constituyentes peruanos que la incorporaron como causal de vacancia del Presidente de la República. En relación con la Constitución de Cádiz, en el artículo 25, inciso 1 se estipuló que el ejercicio de la ciudadanía española se perdía “en virtud de interdicción judicial por incapacidad física o moral”, lo cual aludía claramente a ineptitud personal como a ineptitud mental o intelectual.

Esta discusión sobre incapacidad física o moral (mental) se mantendría inalterada hasta la Constitución de 1933. En el diario de debates del Constituyente de 1931 se puede constatar que se usaba y discutía a la incapacidad moral como incapacidad mental. Allí más bien la discusión se centró en determinar si la incapacidad física ya incluía a la mental (moral) y que por tanto debía prescindirse de dicho término en la Constitución como precisaré más adelante. Además de ello, resulta pertinente realizar algunas precisiones históricas ulteriores sobre la figura de incapacidad moral permanente, pues es mucho lo que ha sostenido o especulado al respecto. En este sentido, se ha señalado que, en la historia de nuestro país, la exoneración del cargo supone el primer antecedente histórico a lo que significó la incapacidad moral. Al respecto consideramos que en primer lugar debe tenerse en cuenta el acta de sesión de 23 de junio de 1823 del Congreso de la República, a partir del decreto de 19 de junio expedido por Riva- Agüero, en el cual se cesa de sus funciones al presidente de la República.

“Que en fuerza de los decretos de 19 y 21 del que rige acerca de la creación de un supremo poder militar revestido de todas las facultades necesarias para salvar la república, se declara haber cesado el Presidente de ella, D. José de la Riva Agüero, en el ejercicio de sus funciones”⁴ (resaltado nuestro).

Teniendo en cuenta el contexto convulso de esa época, Riva-Agüero expide el decreto de 19 de junio para que Sucre consolide poder en el Perú a fin de configurarse como antesala del arribo de Simón Bolívar. Este mencionado decreto surgió como producto de una negociación entre Riva-Agüero y el Congreso, y concluyó con la salida del primero del Gobierno. Así, el Congreso emitió el decreto de 23 de junio, con el cual lo exoneró del cargo. Debido a que Sucre delegó el poder en Torre Tagle el 17 de julio, Riva-Agüero desde Trujillo se autoproclamó presidente del Perú y decretó la disolución del Congreso el 19 de julio, con el cual además desconoció el decreto de 23 de junio de 2020⁵. El Congreso, una vez reinstalado el 8 de agosto, confirmó el decreto de 23 de junio y declaró a José de la Riva Agüero como reo de alta traición⁶.

4 Ver: RIVA-AGÜERO Y SÁNCHEZ BOQUETE, José de la. Memorias y documentos para la historia de la independencia del Perú y causas del mal éxito que ha tenido ésta, Tomo I, Librería de Garnier Hermanos, París, 1858, pp. 219-220.

5 Íbidem, pp. 191-192.

6 Cfr. BASADRE, Jorge. Historia de la República del Perú. Empresa Editora El Comercio, Lima, 2005, p.69.

Y es sobre los delitos que fueron expresados por el Congreso que la Corte Suprema evaluó posteriormente los cargos contra Riva Agüero, determinando inclusive el tiempo en el que ejerció legítimamente el poder⁷. Por ello, de esta pugna entre el Congreso y Riva Agüero, en una etapa convulsa para la consolidación de la independencia, no puede desprenderse que nos encontramos ante un caso histórico relacionado con la incapacidad moral, en el cual se haya evaluado la aptitud o dignidad en el cargo de Riva Agüero, a modo de antecedente vinculado con la mencionada causal objetiva de vacancia. Ello más aún si la Constitución de 1823 no se encontraba vigente durante los acontecimientos aquí revisados y tampoco regulaba una disposición semejante.

El segundo caso en que se alude la aplicación de vacancia por incapacidad moral fue el de Guillermo Billinghurst. En efecto, tras su propuesta de reforma, en la cual convocaba a un plebiscito para que las elecciones presidenciales y parlamentarias se realizaran en la misma fecha, los congresistas firmaron una petición de vacancia por incapacidad moral. Sin embargo, esta no se llevaría a cabo, pues Billinghurst sufrió un golpe de estado militar comandado por Oscar R. Benavides.

Además de lo indicado, debo precisar que durante el mandato de Billinghurst no se encontraba vigente la Constitución de 1867, como se afirma en el escrito de contestación de la demanda presentada en este caso por el Congreso. En efecto, como se sabe, la vigencia de esa Carta fundamental solamente duró cinco meses, lo cual se confirma con la dimisión de Prado el 5 de enero de 1868, para que luego se recupere la vigencia de la Constitución de 1860 planteada por el Presidente interino Diez Canseco, quien además convocó a elecciones según las disposiciones de esta última.

Por otra parte, siguiendo con las precisiones, encontramos que el término incapacidad moral estuvo acompañado, desde su génesis en la historia constitucional peruana, del adjetivo permanente o expresiones sinónimas. Lo anterior puede constatarse desde su incorporación a través de la Constitución de 1839, bajo los términos de “perpetua incapacidad moral” (art. 81), o en uno de los textos de mayor vigencia como es la Constitución de 1860, la cual la reguló como “perpetua incapacidad moral del Presidente” (art. 88). Ello, claro está, salvo las excepciones de la Constitución de 1856 (art. 83) y la Constitución de 1867 (art. 80).

Así las cosas, el adjetivo de permanente tampoco resulta trivial para los constituyentes del siglo XX. En los debates del Constituyente de 1931 se observa la preocupación por precisar la incapacidad moral, diferenciándose de incapacidad física, así como por mantener el adjetivo permanente.

“El Relator leyó: Artículo 10º.- La presidencia de la República vaca, además del caso de muerte: 1.- Por permanente incapacidad física o moral del Presidente, declarada por el congreso. [...]”

7 RIVA-AGÜERO Y SÁNCHEZ BOQUETE, Loc. Cit. p. 218.



El señor Gamarra: [...] Si el Congreso ha de declarar la vacancia del Presidente de la República, no habrá de hacerlo arbitrariamente, sino que lo hará en vista de instrumentos, de documentos que acrediten esa incapacidad [...]⁸

El señor Arca Parró: Señor Presidente: Creo que es conveniente que se aclare el término “incapacidad moral” que contiene el artículo en debate. Al hablar de incapacidad moral, deseamos que la Comisión aclare si dentro de este término está la rigidez mental; porque puede hacer la distinción entre la incapacidad física propiamente dicha y el hecho tangible de que una persona que se encuentra privada de una función cualquiera esté perfectamente capacitado para realizar sus funciones intelectuales. La incapacidad moral, tal como se dice simplemente, en el Artículo, puede ser materia de apreciaciones más o menos elásticas. Queremos saber, pues, si el término incapacidad moral es suficiente para comprender el estado de rigidez mental. En nuestro concepto, no lo es.

El señor Tirado.- [...] Ahora bien, si el Presidente adquiere una enfermedad que le imposibilita, material o mentalmente, para el ejercicio de sus funciones, es claro que está físicamente incapacitado [...].

El secretario señor Escardo Salazar.- [...] La palabra “Permanente” descarta, por completo, la posibilidad de que se rehabilite el sujeto para actuar posteriormente⁹.

El señor Arca Parró.- La objeción fundamental se refiere a saber si dentro del término que se emplea el Artículo: “incapacidad moral”, se comprende la incapacidad mental, porque nos resistimos a creer que ésta se comprenda dentro de la incapacidad física, [...]. Insisto señor Presidente, en que el término incapacidad moral es demasiado elástico, porque si fuéramos a interpretarlo en su sentido corriente, su primera acepción se referiría, seguramente no al aspecto mental, sino, más que todo, a la conducta del sujeto. Por lo menos, ésta es la interpretación vulgar; e interpretar, es este aspecto, la vida de un sujeto y, más que todo la vida de un político es susceptible de demasiada elasticidad; unas veces puede ser beneficioso, pero en otras puede ser con desmedro de los intereses nacionales [...].

El señor Paredes.- [...] En efecto, el término moral, de suyo genérico, creo que ha sido tomado por la Comisión de Constitución, en el sentido de incapacidad mental, como acaba de explicar el señor Arca Parró; por lo que juzgo, como él, que debe emplearse la palabra mental, en vez de moral [...].

El secretario señor Escardo Salazar.- En realidad es importante la indicación del señor Arca Parró, y creo, por lo mismo, que se podría enmendar el artículo con la frase: “Permanente incapacidad física, psíquica y moral”. El factor psíquico representa el estado mental del individuo.

8 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Diario de los debates del Congreso Constituyente de 1931, 18ª sesión: debate constitucional, 4 de abril 1932, p. 2414.

9 Íbidem, p. 2415.

El señor Bustamante de la Fuente.- Yo creo que hay que mantener la redacción del Artículo propuesto por la Comisión de Constitución, dejando al congreso la facultad de apreciar la incapacidad del Presidente. No podemos entrar en detalles; y por eso es preferible usar un término general: incapacidad [...]¹⁰

El señor Guevara.- [...] La incapacidad no es una enfermedad pasajera, sino un defecto orgánico permanente del individuo [...] Teniendo en cuenta la incapacidad física, en el seno de la Comisión se había propuesto el término; pero, con el objeto de contemplar una mayor afluencia de facultades para el Congreso, se ha adoptado el otro término de incapacidad moral, que es mucho más amplio [...] La incapacidad moral puede ser consecuencia de enajenación mental. Hay ciertas formas de enajenación mental que se traducen en manifestaciones inmorales.

En el terreno de la moralidad, es frecuente que esas manifestaciones inmorales produzcan la vesania o alguna otra forma de locura. El criterio del Congreso será, pues, fuera de sus antecedentes y de los hechos realizados, resolver si se trata de una incapacidad moral o de una incapacidad física. Si la locura es en una forma tan grave como, por ejemplo, la locura paranoica, que incapacita fisiológicamente al individuo, esta incapacidad no sólo será incapacidad mental, sino incapacidad física [...]

El señor Cuculiza.- Refiriéndome a la ampliación propuesta por el señor Escardó Salazar, para que se diga: “incapacidad psíquica, física y moral”, debo manifestar que, en mi concepto, el término psíquico comprende la incapacidad moral, puesto que dicho vocablo comprende todo el espíritu, con sus tres facultades bien definidas, que son: pensamiento, sentimiento y voluntad. Por consiguiente, encuentro que estaría de más la palabra moral.

El señor Presidente.- [...] Se va a votar el Artículo, tal como ha sido propuesto en el proyecto de la Comisión del Constitución. [...] (Votación).- Ha sido aprobado¹¹.

Como se puede observar, respecto a este debate existían dos posiciones: mientras unos consideran que lo físico incluía lo mental [moral] (Tirado y Cuculiza); otros, por el contrario, consideraban que lo mental era independiente de lo físico e incluían la incapacidad mental dentro de lo moral (Arca Parró). En todo caso, se verifica además que el término permanente no era decorativo, pues implicaba el modo de la incapacidad que estaba condicionada a ser una definitiva. En este escenario, es evidente que se valoró el riesgo de incluir la incapacidad moral en dichos términos, aun cuando la mayoría consideró que por incapacidad moral se aludía a enajenación mental, se comenzaron a dar elementos que hubiesen podido relacionarse también a la conducta del mandatario.

10 Íbidem, p. 2416.

11 Íbidem, p. 2417.



Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, se entiende la redacción del artículo 144 de la Constitución de 1993¹². Ahora bien, una situación distinta sucedió en el diario de debate del Constituyente de 1979, en el cual se dispuso la eliminación de permanente respecto de la incapacidad moral. Es pues necesario analizar el diario de debates sobre el particular:

“El Relator leyó: “Artículo 7.- La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte: 1.- Por permanente incapacidad física o moral del Presidente, declarada por el Congreso. (...)”

El señor Cornejo Chávez.- Pregunto señor Presidente, si es deliberada la posibilidad que un enfermo mental pueda ser Presidente, porque dice “por incapacidad física o moral”. ¿Así que el enfermo mental sí puede serlo?, ¿Qué razones ha tenido la Comisión para proponer esta innovación?

El señor Melgar.- No se ha puesto el término de enfermedad mental, porque la psiquiatría, feliz o lamentablemente, ahora ha ampliado su catálogo de diagnóstico de tal manera que no es posible hablar de una enfermedad mental. De repente el hombre más sano resulta con el diagnóstico de enfermo mental. Por eso hemos tenido el cuidado de no usar ese término.

El señor Cornejo Chávez.- [...] [S]i no se pone esa explicación científica o su-do-científica, resulta literalmente que la persona que no padece incapacidad física, ni moral, sino mental, un esquizofrénico declarado que tira piedras a la calle puede ser Presidente de la República. Muy bien, debe ser “incapacidad física, mental o moral”. La moral es lo que me parece más difícil de calificar.

El señor Chirinos Soto.- [...] [E]n cuanto a la incapacidad moral que está considerada en la Constitución, es evidentemente difusa, la califica el Congreso por supuesto. Declarada por el Congreso es el tipo de incapacidad que se vio en Estados Unidos para precipitar la renuncia de Nixon. No había cometido tales o cuales delitos, pero había tenido una conducta inmoral. Entonces, a un hombre de esa conducta inmoral se le amenazó con el juicio constitucional. En este caso sería un tipo de incapacidad que sin haber llegado el Presidente a la perpetración de delitos, moralmente lo inhabilita por razón muy difícil de determinar, pero que tendría que ser declarada.

El señor Valle Riestra.- El inciso está mal redactado de todas maneras, señor Presidente. Porque interpretándolo textualmente, se deduce lo siguiente: “Por incapacidad física o moral permanente”, de donde una incapacidad moral transitoria o accidental no sería causa de destitución. Quiere decir que si el Presidente se redime de su inmoralidad o alguien la considera tal, entonces ya no hay una incapacidad permanente sino subjetiva.

12 “La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte: 1. Por permanente incapacidad física o moral del Presidente declarada por el Congreso; (...)”

Ahora lo de la “incapacidad física”, tal como está redactado, podría haber significado que Roosevelt no habría sido Presidente de los Estados Unidos. Tiene que ser, como dice el señor Aramburú: Incapacidad que lo imposibilite para el ejercicio de su cargo. Esto es cierto en la Constitución actual, pero está redactado mejor, porque dice, “por permanente incapacidad física o moral del Presidente” Se está haciendo énfasis en la incapacidad física permanente y lo de moral no lo pone.

El señor Chirinos Soto.- Por ejemplo en el caso de un ebrio, no comete delito; y el caso se ha dado en el Ecuador, con el Presidente Arosemena; hasta en un escándalo, no hay delito, no puede ser enjuiciado, pero hay una incapacidad moral. Yo estoy de acuerdo con que la expresión es vaga, pero es indispensable, porque el Presidente podría incurrir en incapacidad moral.

El señor Melgar.- Señor Presidente; el problema original es si lo mental se cubre de alguna manera. Hemos creído que lo mental se cubre con lo físico. No hemos querido connotar el término mental, porque es problemático. La psiquiatría, no obstante, las informaciones últimas que nos ha dado el señor Cornejo Chávez, en este momento tiene una vastísima controversia respecto a qué es una enfermedad mental. Ahí sí podría haber argumentos para debilitar una posición o hacer prospera determinados intereses o intenciones. Lo físico cubre lo mental. Lo moral consideramos que es forzoso poder presentarnos con cierta pulcritud ante la opinión pública y consagrar en la Constitución ese objetivo de pulcritud, porque retirar lo moral va a ser un poquito raro máxime que la Constitución actual lo consagra. De modo, señor Presidente, que la Comisión mantiene el texto¹³.

Al respecto, observo que, si bien los constituyentes discutieron en torno a los conceptos de incapacidad moral, física y mental, la principal diferencia con la Constituyente de 1931 fue que mientras esta última entendía la incapacidad moral dentro de lo mental, la Comisión de la Asamblea Constituyente de 1979 “consideró que la incapacidad física incluía la enfermedad mental”¹⁴. Asimismo, que finalmente se haya suprimido el adjetivo permanente para incapacidad moral es relevante, en tanto había el riesgo de que se pudiera relacionar a la conducta del mandatario (inmoralidad) debía apartarse de lo permanente o transitorio para no ser incongruente. La idea entonces que prevaleció fue de una causal abierta, una “salida política” en términos de Chirinos Soto, para que el Congreso evalúe políticamente la conducta del presidente que era reprochable sin configurarse en delitos¹⁵.

13 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Diario de los debates, Asamblea Constituyente 1978-1979, tomo IV, 1979, pp. 8-9.

14 EGUIGUREN, F. “La responsabilidad constitucional y penal del presidente de la república del Perú”. Lima: Tesis para optar el grado académico de Doctor en Humanidades en la PUCP, 2007, p. 229.

15 Ídem



Si bien la posición del Constituyente de 1979 era novedosa para la tradición histórica sobre incapacidad moral, esta fue rechazada por la mayoría del Constituyente de 1993 y, por el contrario, se retomó el sentido interpretativo del constituyente de 1931, plasmado en la Constitución de 1933.

“El señor Presidente [Torres y Torres Lara].- Muy bien, hablaré a título personal indicando que la mayoría coincide conmigo.

En cuanto al inciso 1), “Incapacidad permanente física o moral, declarada por el Congreso”, nosotros consideramos que debe quedar como está, por las siguientes razones. Este inciso ha sido materia de modificación en la Constitución de 1979 y ha generado constantes conflictos y tensiones.

Durante el período de su aplicación, en muchas oportunidades, parlamentarios con poca prudencia han amenazado constantemente con la aplicación de este inciso, con lo cual generaron permanente inestabilidad en los gobiernos.

Este concepto se ha originado, en consecuencia, por el cambio que se estableció en la Constitución de 1979, donde se señaló, como se está planteando ahora, que por una simple incapacidad moral pueda ser removido el Presidente de la República. Como la incapacidad moral no está precisada, puede llegarse a situaciones extremas.

He tenido la oportunidad de leer, como siempre lo hago, los textos de los constitucionalistas más distinguidos, como es el doctor Chirinos Soto. Él menciona en su texto el caso del Presidente de un país vecino que incurría en algún tipo de excesos menores, pero que podrían haber sido calificados de incapacidad moral: un pequeño exceso de consumo de alcohol en alguna reunión que tuvo y que refiere el doctor Chirinos Soto en su obra.

El concepto de incapacidad moral, así señalado en la Constitución, muy genéricamente, puede desestabilizar a cualquier gobierno, y consideramos que esto no es prudente. Por eso creemos que debemos regresar al concepto de que la remoción del Presidente debe producirse cuando tiene incapacidad física o moral permanente; no por un acto con que dé la apariencia de incapacidad moral, sino que se presente como una persona que es permanentemente incapacitada moral.

Quiero referirme, en este sentido, a la Constitución de 1933, cuyo artículo 144 decía: “La Presidencia de la República vaca, además de caso de muerte: 1) Por permanente incapacidad física o moral del Presidente, declarada por el Congreso”, que es un texto distinto del actual, el cual dice: Incapacidad moral o permanente incapacidad física. Nosotros queremos retornar al concepto establecido en la Constitución del año 1933”¹⁶.

16 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Diario de los debates del Congreso Constituyente Democrático, 33ª sesión, 24 de marzo de 1993, p. 1264.

Ahora bien, es posible comprobar entonces, a partir de un tipo de interpretación histórica, que el inciso 113 inciso 2 al hacer referencia a permanente incapacidad moral se refiere a una enfermedad mental definitiva que padece el Presidente de la República del Perú y, por ello, es que terminaría siendo declarada por el Congreso. El método histórico que he evaluado tiene sentido en cuanto la institución de incapacidad moral permanente es de larga data en el Perú. Asimismo, ha estado contenida en ocho disposiciones constitucionales en la historia peruana. De allí que es imprescindible su análisis como punto de partida a partir de este método de interpretación.

5. La causal vacancia al presidente por “permanente incapacidad moral” en el marco de la Constitución de 1993

Realizado este repaso histórico, es necesario abordar ya de manera directa la causal de “permanente incapacidad moral” en el marco de nuestra actual Constitución. En este orden de ideas, y en primer término, me encargaré de analizar más específicamente qué significa el contenido “moral” en la expresión incapacidad “moral”.

Como ya fue indicado, desde diferentes especialidades (Derecho Comparado, Historia Constitucional, Derecho privado), la incapacidad “moral” hace referencia prima facie a una incapacidad “mental”, en la medida que aparece de manera complementaria y junto a la “incapacidad física”. Como también fue precisado, la expresión “moral” aparece como un galicismo que alude a la voz francesa *morale*, que se usa para hacer referencia a un contenido variado, pero que no se relaciona con los valores morales o éticos. Además de ello, es necesario tomar en cuenta que, en el idioma castellano, y más específicamente en el lenguaje jurídico, aparecen diversos usos de la palabra “moral” que podrían dar cuenta fácilmente de este uso: daño moral (daño emocional o psicológico), persona moral (persona jurídica), autonomía moral (discernimiento, capacidad de juicio), integridad moral (indemnidad de la autonomía personal), violencia moral, etc. En estos casos, resulta indubitable, la palabra “moral” no se refiere esencialmente a contenidos morales, en el sentido de “hacer lo debido” o del “razonamiento práctico”.

En este sentido, además, es muy claro por qué la “incapacidad moral” se encuentra regulada junto con la vacancia por “incapacidad física”. Efectivamente, la causal de la referencia dice que la Presidencia de la República vaca por “Su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso”. Esta relación entre las referidas incapacidades viene dada porque ambas deben ser entendidas en el marco de una situación de salud que constituyan un impedimento para el desempeño de las facultades del presidente.

No obstante, queda claro que, si bien son muchas y muy diversas las situaciones que un estado de salud puede deteriorarse, no todas ellas podrían constituirse en justificación razonable para invocar a la así llamada “incapacidad moral”, enten-



dida como incapacidad mental. Y es que, si bien la incapacidad mental, de manera general, es pasible de ser comprobada objetivamente a través de una evaluación médica, no sucede lo mismo, en principio, con la relación existente entre los distintos niveles de incapacidad mental y las aptitudes necesarias y específicamente relacionadas con el ejercicio del cargo de presidente de la República. En ese entendimiento, y para evitar una discrecionalidad tal que resulte ajena a lo advertido precedentemente, estimo que la denominada “incapacidad física y moral permanente” requiere no solo ser precisada en cuanto a sus alcances, sino también, y en base a una interpretación aditiva, ser comprendida en el sentido de que la misma deba ser declarada expresamente, para no otorgar margen de duda sobre su contenido y aplicación. Veamos esto con más detalle a continuación.

En línea con lo recientemente expuesto, es necesario indicar que la causal de vacancia contenida en el artículo 113, inciso 2, hace referencia a una incapacidad moral “permanente” y “declarada por el Congreso”. Ambas nociones están relacionadas con la objetividad de la causal (que, como veremos luego, es una característica de todas las causales de vacancia) y, siendo así, debe quedar claramente delimitado que es lo que ellas exigen.

En primer lugar, encontramos que la incapacidad debe ser declarada por el Congreso de la República en el sentido de que tan solo resulta necesario constatar una situación fáctica, y, por ende, tampoco se trata de una situación jurídica que el Poder Legislativo (Congreso) pueda constituir al margen de los hechos del mundo. En este sentido, la incapacidad regulada hace referencia a una realidad que es independiente de la voluntad política del Congreso y que a este solo le correspondería “declarar”. No olvidemos que el concepto de vacancia apela, desde siempre, a la existencia de una circunstancia objetiva que demuestre que el Presidente o Presidenta de la República no se encuentra en condiciones de ejercer su cargo. Estamos hablando entonces de una constatación, y no de una evaluación subjetiva, y menos aún, sustentada en razones de cálculo político.

Al respecto, y en el caso de la incapacidad física, la situación no parece revestir mayor complejidad, pues bastaría con informes médicos emitidos por comisiones médicas del Ministerio de Salud y Essalud, en tanto que representan documentos públicos dotados de fe pública y que tendrían plena validez probatoria respecto al estado de salud del presidente. Obviamente, y para no contradecir los parámetros convencionales y constitucionales existentes, el grado de deterioro físico debe ser de tal magnitud que objetivamente resulte imposible que quien se venía desempeñando como Presidente o Presidenta desempeñe la función que se le había encomendado.

En el caso de la llamada “incapacidad moral”, y en la medida que debe ser entendida como incapacidad mental grave, ella *prima facie* también debe aparecer expresamente determinada en informes médicos o expertos emitidos con dicha finalidad. Y es que, como bien se ha señalado en el *amicus curiae* presentado por

la Clínica Jurídica de Derechos Humanos y Discapacidad de la Facultad de Derecho de la PUCP, el solo hecho de tener una discapacidad mental no puede ser tomado como una excusa o razón suficiente para impedir el ejercicio del derecho fundamental a la participación política, consagrado en el artículo 31 de la Constitución Política, en relación con el principio-derecho de igualdad. Lo anterior, desde luego, va de la mano con el reconocimiento de la capacidad de las personas con discapacidad a través de la modificación y derogación de, por ejemplo, algunos artículos del Código Civil, del Código Procesal Civil y del Decreto Legislativo del Notariado, mediante la aprobación del Decreto Legislativo 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, publicado en el diario oficial El Peruano el 4 de setiembre de 2018.

Al respecto, y en aras de precisar que no toda discapacidad mental resulta inhabilitante, sino que, por el contrario, el Estado (y la sociedad) no les debe restar indebidamente su autonomía, vale la pena mencionar algunos de los cambios más significativos introducidos por la referida normativa, los cuales, tal como fue sintetizado en su exposición de motivos, son los siguientes:

Se elimina del Código Civil la referencia a personas ‘incapaces’ así como las categorías ‘incapacidad absoluta’ e ‘incapacidad relativa’. De esta manera, se derogan las disposiciones de los artículos 43 y 44, que hacen referencia a ‘los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento’ ‘los retardados mentales’ y ‘los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad’. [...] Se modifica el artículo 3 del Código Civil, estableciéndose que la capacidad de goce no es objeto de limitación; es decir, se preserva el reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona como sujeto de derecho y deberes imposibilitando que sea suplantada por otra bajo ninguna circunstancia.

No obstante, ello, la capacidad de ejercicio, al no ser un derecho absoluto, es pasible de limitaciones legales en el marco de los estándares internacionales de los derechos humanos. Cabe resaltar que estos límites han sido eliminados para las personas con discapacidad con excepción de ‘las personas que no puedan manifestar su voluntad de manera expresa ni tácita, temporal o permanentemente’. Se elimina del todo la figura de la curatela del Código Civil para las personas con discapacidad y, en el caso de la excepción de ‘las personas que no puedan manifestar su voluntad de manera expresa ni tácita, temporal o permanentemente’, se les aplica la designación de apoyos judicialmente de forma excepcional.

De este modo, lo que corresponde es más bien reivindicar a las personas con discapacidad, devolviéndoles el estatus de verdaderos sujetos de Derecho, de conformidad con los estándares actuales en materia de protección de los derechos humanos (cfr. STC 00194-2014-PHC y STC 05048-2016-PA). En este orden de ideas, los informes médicos propuestos para sustentar una discapacidad mental dirigida a sustentar una posible vacancia solo resultarán atendibles si la referida discapacidad es expresa e indubitablemente grave, que inhabilite definitivamente



a una persona para ejercer el cargo (en sentido similar a como se comprendería una incapacidad física permanente), pues solo en aquel supuesto no sería posible darle continuidad a las distintas labores y competencias que ejerce el Presidente o Presidenta de la República.

Por lo demás, una interpretación como esta no solo sería respetuosa de los derechos fundamentales reconocidos en la actual Constitución, sino que también guarda concordancia con una lógica de convencionalización del Derecho, en donde debe tomarse en cuenta, para este caso en particular, lo señalado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

De otro lado, y en cuanto al contenido vinculado con la expresión permanente, se trata de un concepto descriptivo que, se refiere a algo que podría ser determinado de manera indubitable y comprobada, a través de medios objetivos y técnicos (como fue indicado, del modo análogo e igual de riguroso que al que permitiría acreditar una incapacidad física de carácter permanente). Para aclarar el panorama al respecto, y como se ha señalado dentro de este proceso competencial, esta causal de vacancia se refiere “a los casos en que el primer mandatario, como consecuencia de una situación sobrevenida, se vea afectado en su salud mental o física, y de manera irreversible, o sea, que no pueda ser objeto de tratamiento terapéutico” (*amicus curiae* presentado por el abogado Leysser León Hilario, subrayado nuestro).

Como puede apreciarse entonces, lo permanente no depende de una correlación de votos, sino de una acreditación objetiva, no solo sobre un padecimiento de una incapacidad física o mental grave, sino también de que la misma no puede revertirse ni con un tratamiento médico al respecto. Una vez más, ello debe quedar fehacientemente acreditado en los informes médicos emitidos por comisiones médicas, por ejemplo, del Ministerio de Salud o Essalud, en tanto que ellas pueden emitir documentos públicos dotados de fe pública, convocadas para el particular.

Además de lo señalado, me parece importante mencionar que, de una lectura integral del artículo 113 de la Constitución, el cual regula las causales de vacancia presidencial, puede apreciarse que allí, en concordancia con el concepto de vacancia ya explicado en este mismo texto, se hace referencia a supuestos en los que solo se requiere constatar la ocurrencia de hechos objetivos, como son, por ejemplo: la muerte del presidente, su renuncia, que este haya salido del territorio nacional sin permiso del Congreso o que no haya vuelto en el plazo indicado, o que haya sido destituido por juicio político.

Como puede apreciarse, todos estos supuestos tan solo implican constatar situaciones de hecho en las que prácticamente no cabe mayor deliberación sobre lo ocurrido. Y ello es así, porque aquí de lo que se trata es de evitar una situación de vacío de poder en el ejercicio de la presidencia, ante la materialización fáctica de algunos de los supuestos establecidos en la referida disposición.

Por esta razón, entonces, ninguna de las causales establecidas en artículo 113 de la Constitución busca que los congresistas ingresen en un proceso de deliberación compleja orientado a remover un presidente por razones de conveniencia u oportunidad política, tomando en cuenta además que ello tendría que ser definido discrecionalmente por el Congreso de la República, algo que, como anoté en su momento, no resultaría coherente con nuestro modelo de gobierno. Efectivamente, en el marco de nuestra forma de gobierno, en ningún caso podría interpretarse que estas causales representen una especie de “sanción” en contra de un presidente en ejercicio. Recordemos que, en efecto, en nuestro modelo el Presidente de la República no responde políticamente por sus actos (ello le corresponde a los ministros) y que son los ciudadanos quienes deciden quién ejerce la presidencia (y no el Congreso, como ocurre en los sistemas parlamentaristas).

Ahora, y no obstante lo indicado, queda claro también que dentro de las causales de vacancia establecidas en el artículo 113, se encuentra una peculiar, precisamente la referida a las ya mencionadas incapacidades “física” y “moral”. Al respecto, si bien no ha sido puesta en duda la objetividad de la incapacidad física, sin embargo, sí se discute si ocurre lo mismo con la denominada “incapacidad moral”.

Esta discusión cobra una relevancia fundamental y no debió ser soslayada por la entonces mayoría del Tribunal Constitucional peruano. Y es que el hecho de que haya habido hasta tres intentos de vacancia en el presente quinquenio, en los cuales se ha invocado (debida o indebidamente) esta causal, nos habla de la relevancia que ha cobrado en la manera de cómo se articula el poder y las relaciones dentro del aparato institucional configurado en la Constitución vigente y, por ende, tomando en cuenta el rol que cumple o debe cumplir el Tribunal Constitucional peruano dentro de la cual debió el contenido problemático de dicha cláusula, el cual evite en el futuro interpretaciones antojadizas que lleven a escenarios de grave crisis institucional, pero, a la vez, que permita también dar una respuesta sensata frente a graves inconductas por parte de quien ejerce la presidencia.

Ahora bien, en función de lo señalado precedentemente, reitero que la causal de vacancia referida a la “permanente incapacidad moral” debería entenderse también como una causal objetiva, respaldada en una constatación fáctica, que no requiere una mayor complejidad interpretativa o argumentativa. Esto es así, no solo porque está al lado de otras causales que son objetivas, sino sobre todo porque la regulación del conjunto de causales da cuenta de lo que puede (y no puede) hacer el Congreso en el marco de nuestro régimen de gobierno. En otras palabras, no podría interpretarse como una causal de vacancia al presidente un supuesto a través del cual el Congreso pueda removerlo discrecionalmente, tan solo con base en contar con los votos necesarios para hacerlo (como podría ocurrir con la jefatura de gobierno en un régimen parlamentario).

Por tanto, me encuentro en desacuerdo con cualquier postura que pretenda asimilar la “incapacidad moral permanente” con algo así como una “moral pública”, o vinculada con actos que riñan con lo que alguna persona o grupo de personas pue-



dan considerar “buenas costumbres” (máxime si, como veremos, para esta causal se prevé un proceso sumamente célere). Una posición como esta no coadyuva a brindar la necesaria seguridad jurídica para el ejercicio del cargo del Presidente de la República, y lo deja más bien expuesto a los vaivenes de las correlaciones político-partidarias que pueda forjar al interior del órgano que lo podría vacar, esto es, el Congreso de la República.

Sin embargo, afirmar esto no equivale sin más a eximir de toda responsabilidad al Presidente ante cualquier situación que pudiera tener consecuencias jurídico-constitucionales relevantes. Por ende, un escenario como este no resultaría acorde con las exigencias de un Estado Constitucional que se precie de brindar respuestas adecuadas frente a situaciones gravísimas e insostenibles que puedan presentarse en el ejercicio de cargos públicos.

6. La evaluación de las situaciones recientemente acontecidas y las repercusiones que ello genera

Luego de lo expuesto, es evidente que en las dos últimas mociones de vacancia tramitadas por el actual Congreso de la República no se siguieron parámetros que están dentro de lo constitucionalmente posible y lo constitucionalmente necesario, sino que incluso se estuvo en el escenario de lo constitucionalmente prohibido. Y es que al desnaturalizar una causal de vacancia para lograr lo que en realidad era un juicio político encubierto, sin las garantías procedimentales que este juicio político tiene previstas, se realizaron acciones fuera del parámetro constitucional que, doloroso es decirlo, llegaron a romper el orden institucional previsto en nuestra Constitución, y nos llevaron a una situación que, independientemente de una legitimidad más bien formal que otorga un importante votación congresal, dejaba de lado la dinámica de separación de poderes y el equilibrio de poderes que reclama nuestra configuración como Estado y nos otorgó un gobierno lamentablemente al margen de lo que corresponde a un Estado Constitucional.

Ahora bien, necesario es anotar que nuestras sentencias no tienen efectos retroactivos, aun cuando en el ámbito de los procesos competenciales tienen un efecto nulificante de los actos dados con vicios de inconstitucionalidad. En ese sentido, bien puede reconocerse que las ya anotadas actuaciones del Congreso en estos últimos días (nombramiento de una nueva mesa directiva, y por ende, de un nuevo Presidente encargado de la Presidencia de la República, establecimiento de una comisión investigadora de la actuación de Manuel Merino y algunos de sus más cercanos colaboradores, por solamente mencionar algunas de las acciones tomadas), permiten subsanar la inconstitucionalidad incurrida por lo menos a nivel de la sucesión presidencial.

Quedan, sin embargo, otro tipo de responsabilidades que determinar frente a la actuación de quienes irregularmente asumieron el poder en base a una interpretación inconstitucional del artículo 113 inciso 2 de la Constitucional, y que así

(lo que es importante para efectos de un proceso competencial, menoscabaron las atribuciones del Poder Ejecutivo o Gobierno, pues, independientemente de las personas, impidieron al Gobierno desarrollar, valga la redundancia, su plan de gobierno.

Sin embargo, justo es señalar que, dentro de su rol de control de regularidad constitucional, o, dicho de otra manera, de garantías que el comportamiento de todos y todas se haga de acuerdo a parámetros constitucionales, un Tribunal como el Constitucional peruano debe estar atento a las acciones que en principio ya ha venido avanzando el Congreso de la República, a las acciones para determinación de eventual responsabilidad penal iniciadas por la Fiscalía de la Nación, y a las decisiones que tome el actual Gobierno constitucionalmente constituido frente a las diversas situaciones y relaciones jurídicas generadas antes de su asunción del mando.

Termino mi texto con una invocación al legislador. Y es que la gravedad de los temas que se abordan en algunos recientes procesos competenciales hacía aconsejable alguna modificación en su regulación, sobre todo en lo referido al establecimiento para los plazos para la contestación de la demanda. La intensidad de los conflictos que se abordan en un proceso competencial demanda que el Tribunal esté más pronto en posibilidad de convocar a audiencia y resolver la controversia a la brevedad posible. Caso contrario, los conflictos pueden exacerbarse, y las posibilidades de actuación efectiva del Tribunal (y con ello, su propia legitimidad) reducirse.

7. Bibliografía

BASADRE, J. (2005). Historia de la República del Perú. Lima: Empresa Editora El Comercio.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (1993). Diario de los debates del Congreso Constituyente Democrático, 33ª sesión. Lima

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (1932). Diario de los debates del Congreso Constituyente de 1931, 18ª sesión: debate constitucional. Lima.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (1979). Diario de los debates, Asamblea Constituyente 1978-1979. Tomo IV. Lima

De la RIVA-AGÜERO, J. (1858). Memorias y documentos para la historia de la independencia del Perú y causas del mal éxito que ha tenido ésta. Tomo I. París: Librería de Garnier Hermanos

EGUIGUREN, F. (2007). La responsabilidad constitucional y penal del presidente de la república del Perú. Lima: Tesis para optar el grado académico de Doctor en Humanidades en la PUCP.



GUISLAIN, J. (1852). Leçons orales sur les phrénopathies, ou traité théorique et pratique des maladies mentales: cours donné à la Clinique des établissements d'aliénés à Gand.

MEZA, Y. (2020). Vacancia por «incapacidad moral» a la luz del derecho francés. Obtenido de <https://laley.pe/col/551>

Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N.º00004-2004-CC

Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N.º00005-2007-AI

Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N.º00006-2006-CC

Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N.º00014-2002-AI

Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N.º00023-2003-AI

Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N.º0023-2003-AI



LA CUESTIÓN DE CONFIANZA EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

THE VOTE OF CONFIDENCE IN THE PERUVIAN CONSTITUTION

Carlos Hakansson*

Resumen:

La aplicación de la cuestión de confianza ha venido produciendo cambios que terminaron afectando las relaciones ejecutivo-legislativo, al punto de producir la disolución del Congreso (setiembre, 2019). En este artículo nos proponemos explicar su naturaleza y alcances conforme a la teoría constitucional.

Palabras clave: cuestión de confianza, separación de poderes, relaciones ejecutivo-legislativo.

Abstract:

The application of the vote of confidence has been producing changes that affected executive-legislative relations, making the dissolution of Congress (September 2019). In this article, we propose to explain its nature and scope according to constitutional theory.

Keywords: *vote of confidence, separation of powers, executive-legislative relations.*



*Abogado (Universidad de Lima), Doctor en Derecho (Universidad de Navarra), Profesor de Derecho Constitucional e Integración (Universidad de Piura), Titular de la Cátedra Jean Monnet (Comisión Europea).

1. Introducción

La cuestión de confianza también procede de los parlamentarismos, pero no surge del modelo británico sino del francés. El artículo 49 de la Constitución francesa (1958) establece que “[e]l Primer Ministro, previa deliberación del Consejo de Ministros, planteará ante la Asamblea Nacional la responsabilidad del Gobierno sobre su programa y eventualmente sobre una declaración de política general”. En el Derecho Constitucional peruano encontramos su antecedente más remoto en la Constitución de 1933, que permitía a los ministros someter al parlamento la aprobación de una determinada política, así como a presentar su dimisión si ésta no le fuera aprobada. La cuestión de confianza se encuentra en el artículo 132 de la Constitución peruana. A continuación, explicaremos su objeto, iniciativa, y procedimiento.

2. El objeto y la proposición de una cuestión de confianza

La cuestión de confianza se incluye junto con la moción de censura entre los instrumentos de control político que recoge el reglamento parlamentario¹. Es una institución que se aplica como medio para investir al primer ministro, es decir, el pleno del Congreso confirma o revoca el nombramiento del gabinete, dentro de treinta días de nombrado por el jefe de Estado. En los demás casos, el ejercicio de la cuestión de confianza se ejercita como una institución de iniciativa ministerial², al Congreso le corresponde concederlas, o no, pero sólo son promovidas por los ministros.

2.1. El objeto de la cuestión de confianza

En la forma de gobierno peruana, el mandato fijo del presidente de la República presenta una rigidez que puede resultar desfavorable para mantener la estabilidad política en la mitad de mandato; sobre todo cuando la conformación parlamentaria es multipartidista y cuando el legislativo no se renueva a mitad del periodo presidencial. En ese sentido, su liderazgo podría llegar a ser más débil que el ejercido por algunos primeros ministros parlamentaristas, como el británico, por ejemplo, que es elegido en un sistema de dos partidos, o como el jefe de gobierno español, que debe mantener sus pactos con las fuerzas durante toda la legislatura, especialmente cuando carece de mayoría propia.

La finalidad de la cuestión de confianza en la forma de gobierno de la Constitución peruana está en superar una crisis de gobernabilidad surgida desde el Congreso. Pero se trata de un remedio que adolece de ciertos problemas de aplicación, pues, si el ejecutivo tiene mayoría en el Congreso, ¿porque habría que presentar una cuestión de confianza? Y, si el jefe de estado carece de mayoría parlamentaria, ¿para qué debería presentarla el primer ministro?, ¿para arriesgarse a no obtenerla?

1 Véase el artículo 64 del Reglamento del Congreso.

2 Véase el artículo 86 (d) del Reglamento del Congreso.

La lógica para la libre aplicación de esta institución duró los primeros veinticinco años de vigencia de la Constitución peruana, a partir de 2016 la finalidad de su aplicación revistió otros contenidos, vinculados con un ejecutivo débil pero decidido a conducir al Congreso hacia un escenario distinto, es decir, cumplir las condiciones formales para aplicar la disolución parlamentaria³. Un atípico ejercicio de la cuestión de confianza, que ha terminado siendo validado por sentencia del Tribunal Constitucional, como explicaremos más adelante.

2.2. La proposición de la cuestión de confianza

A continuación, nos ocuparemos de diferenciar en la Constitución peruana la cuestión de confianza obligatoria de la facultativa.

2.2.1. Es obligatoria para la investidura del Primer Ministro

El reglamento parlamentario denomina a este acto como la investidura, palabra que ha calado y forma parte de la discusión política cada vez que se nombra un nuevo primer ministro. ¿Es correcto el concepto de investidura en la Forma de Gobierno peruana? Se trata de una institución que proviene del parlamentarismo. Una vez elegida la asamblea legislativa, la primera fuerza política recibe del jefe de Estado el encargo de formar gobierno, ya sea con mayoría propia o consensuada con los partidos más afines con su posición política. Si logra la votación exigida, el primer ministro habrá sido investido y podrá gobernar. Por tanto, sin investidura el gabinete saliente se mantiene en funciones hasta que pueda nombrarse un nuevo primer ministro que lo suceda en el cargo.

En el Perú denominamos como investidura al acto de confirmación de la decisión presidencial sobre su primer ministro, la cual se produce cuando aprueba la cuestión de confianza que plantea una vez finalizada su exposición y debate en el hemiciclo. Una vez nombrado el presidente del Consejo de Ministros tiene treinta días para presentarse al Congreso con su gabinete, pero mientras corren los días cumple las funciones constitucionales de ser el principal portavoz del presidente, coordina el trabajo de los ministros y refrenda decretos legislativos, de urgencia y resoluciones⁴, tres competencias que no podría ejercer sin la investidura propiamente dicha. La necesidad presidencial de confirmar con el parlamento el nombramiento de su primer ministro tiene la finalidad de producir gobernabilidad, especialmente en un Congreso con bancadas que se fragmentan en el tiempo comprometiendo su predictibilidad al momento de decidir.

La cuestión de confianza sólo se solicita obligatoriamente para investir al primer ministro y su gabinete. En ese sentido, a diferencia de la moción de censura, tiene una aplicación más frecuente, aunque sólo sea producto de una exigencia constitucional (Díaz, p. 266).

3 Véase el artículo 134 de la Constitución peruana de 1993.

4 Véase el artículo 123 de la Constitución.



El artículo 130 de la Constitución peruana establece que “dentro de los treinta días de haber asumido sus funciones, el presidente del Consejo concurre al Congreso, en compañía de los demás ministros, para exponer y debatir la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión. Plantea al efecto cuestión de confianza. Si el Congreso no está reunido, el presidente de la República convoca a legislatura extraordinaria”. Como sabemos, el reglamento denomina este acto como la investidura del presidente del Consejo de Ministros, que culmina con la petición de una cuestión de confianza al Congreso⁵.

El objeto de esta institución es crear una relación fiduciaria entre ejecutivo y legislativo. “Al disponerse que el Presidente del Consejo plantee la cuestión de confianza, la exposición ministerial recupera el detonante parlamentario que encerraba el artículo 167 de la Constitución de 1933; y que había perdido la constitución de 1979. En verdad, sin voto del Congreso la exposición ministerial daba lugar a un debate tedioso que carecía de conclusión” (Chirinos Soto, p. 266).

Finalizada la exposición y debate al Congreso, el reglamento establece que el primer ministro plantea en el acto de investidura una cuestión de confianza⁶. El resultado de la votación será comunicado de inmediato al presidente de la República, mediante oficio firmado por el presidente del Congreso y uno de los vicepresidentes. Pese a que el reglamento no lo dice de manera expresa, la aprobación de una cuestión de confianza deberá ser por mayoría absoluta, pues, el acto de investidura se realiza en el pleno parlamentario. No obstante, el reglamento no fija un claro procedimiento para una cuestión de confianza cualquiera, ya sea planteada por el primer ministro, con posterioridad a su investidura, como tampoco por un ministro individual.

Un aspecto interesante es que la respuesta oficial está dirigida presidente de la República. Es sugerente esta disposición porque nos hace recordar que, a pesar de que el primer ministro es quien plantea la cuestión de confianza, es el jefe de Estado quien nombra su gabinete; un motivo más para sostener que la cuestión de confianza tiene un efecto indirecto, a diferencia de los parlamentarismos donde el jefe de estado es una institución neutral.

Una vez aprobada la cuestión de confianza, el primer ministro se dispone a continuar la política del gobierno. Desde su exigencia en la Constitución peruana de 1993, el Congreso no dejó de otorgar confianza hasta agosto de 2020 tras lo ocurrido con el Gabinete Cateriano. En principio, la actitud de los representantes ha sido conceder la confianza para luego ocupar el lugar de un espectador en el hemiciclo, unos a favor del ejecutivo, y otros desde los escaños de la oposición.

Se trata de una práctica reiterada que, en su momento, con el paso del tiempo, pensamos que puede mutar y reconocer como una cortesía parlamentaria,

⁵ La Constitución peruana de 1979 en su artículo 224 establecía, a diferencia de la Constitución actual, que la exposición del ministro no daba lugar a voto del Parlamento.

⁶ Véase el artículo 82 del Reglamento del Congreso.

es decir, un uso o costumbre asentado en la forma de gobierno; pero todavía se trata de una posibilidad remota, pues, el derecho consuetudinario es de “lenta y reposada cocción”. Es evidente que tras la negación de confianza al Gabinete Cateriano se ha iniciado un periodo de cuestionamiento sobre el futuro de la cuestión de confianza para “invertir” al gabinete.

2.2.2. Es de libre iniciativa ministerial

La cuestión de confianza es promovida libremente por el ejecutivo. En ese sentido, el artículo 133 de la Constitución peruana nos dice que el “[p]residente del Consejo de Ministros puede plantear ante el Congreso una cuestión de confianza a nombre del Consejo. Si la confianza le es rehusada, o si es censurado, o si renuncia o es removido por el presidente de la República, se produce la crisis total del gabinete”⁷.

El reglamento parlamentario establece que “la cuestión de confianza sólo se plantea por iniciativa ministerial y en sesión del pleno del Congreso. Puede presentarla el presidente del Consejo de Ministros a nombre del Consejo en su conjunto o cualquiera de los ministros”⁸. Si un ministro individual decidiera someter su programa político a una cuestión de confianza, tendría que consultarlo con el primer ministro por ser el responsable del gabinete y por participar en su nombramiento junto con el presidente de la República.

A diferencia de los parlamentarismos, como el español o francés, la cuestión de confianza en la Constitución peruana puede ser planteada por cualquier ministro. La Mesa Directiva rechazará de plano cualquier proposición de confianza presentada por representantes al Congreso⁹, pues, nos encontramos ante una institución de iniciativa ministerial. De acuerdo con la redacción del artículo 133 de la Constitución, sólo se puede plantear la cuestión de confianza sobre uno de los dos supuestos aludidos.

En el Parlamentarismo español se excluye la posibilidad de plantearla sobre un proyecto de ley, comprendemos que se debe a los abusos a que pudiera dar lugar, pero, a su vez, trae el inconveniente de impedir la aprobación directa de un texto que el ejecutivo pueda considerar imprescindible para su programa político. Como sostiene Mellado Prado, “(...) la exclusión que se hace en el artículo 112 de la posibilidad (...) de plantear la cuestión de confianza ligada a un proyecto de ley parece, en principio, incongruente con el sistema parlamentario fuertemente racionalizado, adoptado por nuestra primera ley, y cuyo objeto primordial es garantizar de sobremanera la estabilidad gubernamental.

⁷ La cuestión de confianza en la Constitución peruana es similar a la establecida en el artículo 112 de la Constitución española, el mismo que establece que “el Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, puede plantear ante el Congreso de los Diputados la cuestión de confianza sobre su programa o sobre una declaración de política general. La confianza se entenderá otorgada cuando vote a favor de la misma la mayoría simple de los Diputados”.

⁸ Cfr. Artículo 86 (c) del Reglamento del Congreso.

⁹ Véase el artículo 86 (d) del Reglamento del Congreso.



Pero quizás el constituyente trató de suavizar con ello la fuerte racionalización del artículo 113 equilibrando así las relaciones entre el Ejecutivo y el Congreso” (Mellado, p. 238).

En el derecho comparado, concretamente en los parlamentarismos europeos la cuestión de confianza se emplea sobre un programa en concreto o una declaración de política general; sin embargo, en la práctica esta institución ha caído en desuso. El Gobierno español sólo la ha solicitado dos veces, en 1980 y 1990, durante los gobiernos de Adolfo Suárez y Felipe González, respectivamente; en ambos casos con la seguridad de ganarlas, pues, sino no se plantean. Hoy en día, los gobiernos están más pendientes de los resultados de las encuestadoras para conocer directamente el respaldo ciudadano, en vez de conseguirlo a través de la representación política parlamentaria.

En el modelo peruano, la cuestión de confianza ha devenido en un uso malicioso, como un instrumento de presión parlamentaria para forzar su decisión de apoyar, o no, un polémico proyecto de ley presentado por el primer ministro. La oportunidad del gobierno para presentar una cuestión de confianza, con la finalidad de cumplir la condición constitucional de disolver el Congreso y convocar nuevas elecciones parlamentarias, es políticamente viable si los vientos del electorado corren a su favor. Por eso, la solución podría ser peor que la enfermedad y terminar con menos congresistas.

El párrafo final del artículo 132 de la Constitución dispone que la desaprobación de una iniciativa ministerial no obliga renunciar al ministro, salvo que la haya sometido a una cuestión de confianza. Nos preguntamos: ¿la presentación de un proyecto de ley a cargo de un ministro puede interpretarse como una iniciativa ministerial? Pensamos que sí, porque se trata de una propuesta donde la continuidad de una política podría peligrar si es rechazada; sin embargo, como mencionamos, puede dar lugar a una intención subalterna, como es la necesidad de presionar a los representantes de una oposición mayoritaria para, con un eventual rechazo a la iniciativa legislativa presentada, abonar al cómputo para cumplir con las condiciones que facultan al ejecutivo para la disolución parlamentaria.

En el relato periodístico de Rafaella León sobre la performance política del presidente Martín Vizcarra, en medio de las tensiones con el legislativo, nos dice que “(...) parecía preparado para el escenario más traumático. Había trazado un borrador mental de lo que tendría que hacer si la crisis desencadenaba la disolución del Congreso”; añadiendo que gobernarían con la Comisión permanente y durante el interregno parlamentario, “(...) [e]n esos cuatro meses no vamos a aprovechar para tomar ninguna acción irracional, en absoluto. De ahí vienen nuevas elecciones, otra vez el pueblo se manifiesta, reemplaza a los congresistas y se continúa” (León, p. 184).

La Constitución peruana sigue de cerca el primer párrafo del artículo 49 de la Carta francesa de 1958, con la diferencia que el Constituyente francés permite expresamente que la cuestión de confianza sea planteada para la votación de un texto legislativo. La Constitución francesa nos dice que el “Primer Ministro podrá, previa deliberación del Consejo de Ministros, comprometer la responsabilidad del Gobierno ante la Asamblea Nacional sobre la votación de un texto. En tal caso, este texto se considerará aprobado salvo si una moción de censura presentada dentro de las veinticuatro horas siguientes es aprobada en las condiciones establecidas en el párrafo anterior”¹⁰.

El Primer Ministro francés, en el supuesto de un ejecutivo sin mayoría en la Asamblea Nacional, o sin que haya constatado la existencia de un consenso mínimo, no parece razonable que se incline por una cuestión de confianza. En caso contrario, su primer ministro, o cualquier miembro del gabinete, asumirían un alto riesgo de no salir airosos del legislativo. Por eso, en los parlamentarismos europeos la cuestión de confianza voluntaria ha devenido en desuso, porque el ejecutivo prefiere conocer a través de las encuestas y redes sociales la aprobación de su gestión, que a pedirle un voto de confianza al legislativo. En el mismo sentido, Chirinos añade que “...los ministros en el Perú no se han mostrado excesivamente deseosos de plantear la cuestión de confianza porque, de ordinario, no se han animado a arriesgar ante el Parlamento su precaria y tan efímera investidura.

Con frecuencia, por ejemplo, el Ministro de Hacienda de antaño —cualquiera que hubiese sido el titular de la cartera— elevaba quejas porque las Cámaras aumentaban y, en general, modifican el proyecto de presupuesto remitido por el Ejecutivo; pero no se decidía a plantear, como cuestión de confianza, la intangibilidad del proyecto presupuestal, y a colocar así a las Cámaras ante la clara alternativa de mantener el presupuesto, tal como había sido concebido por el Ejecutivo, o despedir al ministro” (Chirinos Soto, p. 270).

En síntesis, la cuestión de confianza obligatoria tiene la finalidad de producir una relación fiduciaria para el posterior ejercicio de las herramientas parlamentarias de control político, como las invitaciones, preguntas e interpelaciones¹¹. La cuestión de confianza facultativa se plantea cuando el primer ministro, o cualquier ministro individual, condiciona su permanencia en el gabinete sino recibe la confianza para el ejercicio de una concreta política del gobierno, siempre sobre las competencias atribuidas por la Constitución. En ese sentido, se trata de una institución que se plantea sobre las atribuciones propias del ejecutivo, lo contrario constituiría la invasión de un poder a otro y vaciamiento del contenido constitucional al principio de separación de poderes (autonomía, cooperación y balance).

10 Cfr. Artículo 49 de la Constitución francesa de 1958.

11 Véanse los artículos 129 y 131 de la Constitución.



3. La tramitación de la cuestión de confianza

El procedimiento para plantear una cuestión de confianza lo encontramos en el artículo 86 del reglamento parlamentario.

3.1. La formalización del planteamiento

La Constitución y el Reglamento del Congreso disponen en caso de la investidura del nuevo gabinete, que el primer ministro planteará de manera obligatoria una cuestión de confianza antes de abandonar el hemiciclo¹². Si el primer ministro, o cualquier miembro del gabinete, toma la decisión de plantear una cuestión de confianza, deberán hacerlo por escrito ante el Consejo Directivo o del pleno¹³.

El reglamento no detalla los requisitos formales que debe contener el escrito que solicita la cuestión de confianza¹⁴, sólo establece que el Consejo Directivo convocará al pleno para debatir y votarla, es decir, no se ha dado especial atención a los requisitos formales sin los cuales no cabría poner en marcha esta institución; a diferencia del derecho parlamentario español, donde es la Mesa de la Cámara Baja la que debe declarar la admisibilidad o inadmisibilidad del escrito¹⁵.

El presidente del Consejo de Ministros expone la política general del gobierno en el Congreso. En el discurso puede solicitar la autorización para la legislación delegada, también una propuesta de aumento del gasto público para ser aprobado en el presupuesto general, exponer nuevas políticas para administrar la hacienda pública, propuestas para regular tarifas arancelarias, negociar empréstitos, entre otras competencias.

3.2. ¿Es posible presentar una cuestión de confianza a la aprobación de una iniciativa de ley de reforma constitucional?

Si bien el Tribunal Constitucional argumenta que “(...) la cuestión de confianza que pueden plantear los ministros ha sido regulada en la Constitución de manera abierta, con la clara finalidad de brindar al Poder Ejecutivo un amplio campo de

posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso”¹⁶; el máximo intérprete resuelve que “(...) la norma impugnada, al establecer que “no procede la interposición de una cuestión de confianza cuando esté destinada a promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo o de control político”, resulta inconstitucional por contrariar el principio de balance entre poderes, pues restringe indebidamente la facultad de los ministros de poder plantear al Congreso de la República cuestiones de confianza en los asuntos que la gestión del Ejecutivo demande, desnaturalizando así la finalidad constitucional de referida institución y alterando la separación de poderes”¹⁷.

Los argumentos del Tribunal que decidieron el sentido de la sentencia, están referidos en su totalidad a las iniciativas de legislación ordinaria presentadas por el gobierno al Congreso; sin embargo, la presentación de una cuestión de confianza a una iniciativa de ley de reforma constitucional constituye un tipo de norma de distinta naturaleza y rango normativo, la cual explicamos a continuación.

El artículo 206 de la Constitución establece el procedimiento para reformar la Carta de 1993, según el cual el presidente tiene iniciativa para presentar una ley de reforma constitucional, sin embargo, el constituyente indicó expresamente que este tipo de ley no puede ser observada por el ejecutivo. En el momento que el Congreso debate y aprueba una iniciativa de reforma constitucional ejerce el llamado poder constituyente constituido.

En palabras del Profesor Pereira Menaut, dicho poder “(...) consiste en el establecimiento, por cada Constitución, de un órgano y un procedimiento para su reforma, de tal manera que la modificación constitucional se planteará como una enmienda formal, que discurrirá según cauces ya previstos por la misma Constitución que va a ser modificada. Por ello, la cuestión del poder constituyente constituido enlaza directamente con la de la reforma constitucional” (Pereira, p. 135).

El procedimiento establecido por el constituyente para enmendar la Carta de 1993. Los parlamentarios, en ese instante y durante el periodo de debate y aprobación, no legislan sobre normas ordinarias u orgánicas, ambas con jerarquía de ley (una de sus competencias como poder constituido), contra las cuales sí cabe la presentación de una cuestión de confianza del gobierno, sino que durante ese periodo se están ocupando de producir normas de rango constitucional destinadas a sustituir, modificar o ampliar las disposiciones que forman parte de la suprema norma del ordenamiento jurídico (La Constitución). De esta manera, el Congreso de la República obra, temporalmente, como un comisionado del poder constituyente cuando aplica el procedimiento de reforma constitucional establecido en el artículo 206 de la Carta de 1993.

¹² Véase el artículo 55 del Reglamento del Congreso.

¹³ Véase el artículo 82 del Reglamento del Congreso. El mismo artículo aclara que, si se trata del acto de investidura, la cuestión de confianza se presentará al Pleno del Congreso.

¹⁴ A diferencia del derecho parlamentario español en que dicha solicitud se presentará mediante un escrito motivado acompañado de la certificación del gabinete. La formalización requiere ser por escrito, motivada y además una certificación del Consejo de Ministros en la que se constate que ha tenido lugar; véanse los artículos 174.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados y el 112 de la Constitución española de 1978.

¹⁵ A tal efecto, la Mesa no puede entrar en el fondo de la cuestión debiendo limitarse a comprobar si el escrito reúne los requisitos formales exigidos por el Reglamento. Admitido a trámite, la presidencia de la Cámara deberá dar cuenta del mismo a la Junta de Portavoces, así como convocar al Pleno, que debe reunirse con carácter específico para debatir y en último término pronunciarse acerca de la concesión o denegación de la confianza que le ha sido solicitada; véase el artículo 31.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

¹⁶ Véase el Exp. N° 006-2017-2018-PI/TC (Fundamento jurídico 75).

¹⁷ Véase el Exp. N° 006-2017-2018-PI/TC (Fundamento jurídico 76).



Un poder constituido como el ejecutivo no puede observar las leyes de reforma a la Constitución, pues se trata de normas de distinto rango que las leyes ordinarias, son disposiciones llamadas a ocupar la máxima jerarquía normativa (la constitucional), así lo dispone el artículo 206 de la Constitución, que establece que el presidente de la República tiene iniciativa para presentar un proyecto de ley de reforma constitucional, pero está impedido de observarla una vez aprobada por el Congreso; por tanto, en base al principio de separación y balance que debe existir entre los poderes del estado, el ejecutivo no puede, vía cuestión de confianza, exigir cómo debe quedar el contenido final de su iniciativa de reforma constitucional, como tampoco impedir la decisión mayoritaria de su eventual archivo, en razón a la autonomía e independencia del Congreso, elegido mediante un proceso democrático y cuyos miembros no están sujetos a mandato imperativo.

3.3. ¿El Presidente del Consejo de Ministros puede presentar cuestión de confianza a una ley que no puede observar?

La respuesta es negativa. Un poder constituido como el ejecutivo no puede vetar las leyes de reforma, pues se trata de normas de distinto y superior rango que las leyes ordinarias, son normas de la más alta jerarquía (constitucional) porque están destinadas a enmendar las disposiciones constitucionales. La solicitud de una cuestión de confianza presentada en favor de una ley de reforma constitucional, por tratarse de una norma del más alto rango normativo en el ordenamiento jurídico del país, no solamente no puede ser presentada sino que, además, no puede ser observada por el Presidente de la República; por tanto, se entiende que, de acuerdo con el principio de separación y balance de poderes, el mismo que el Tribunal invoca en la Resolución N° 006-2018-PI/TC, no puede, vía cuestión de confianza, exigir el contenido de la redacción final de la norma en cuestión, o la decisión congresal mayoritaria de su eventual archivo, en razón a la autonomía constitucional de un parlamento elegido bajo un proceso democrático.

3.4. El debate parlamentario

Las reglas aplicables en el hemiciclo cuando asiste el presidente del Consejo de Ministros y su gabinete, ya sea si se tratara de una interpelación o la exposición y el debate de la política general del gobierno, así como las medidas que requiere tomar su gestión, son las mismas; para el caso de la investidura; “el presidente del Consejo de Ministros puede hacer uso de la palabra hasta por sesenta minutos y cada uno de los ministros por espacio no mayor a quince minutos.

Los congresistas intervendrán por Grupos Parlamentarios o en forma individual, según las reglas especiales que acuerde el Consejo Directivo. Para contestar, el presidente del Consejo de Ministros contará con un período ilimitado de tiempo dentro de lo razonable, en tanto los ministros podrán contestar utilizando el tiempo que les concede la Mesa Directiva. Los ministros pueden conceder interrupciones por no más de dos minutos, previa autorización de la Mesa Directiva. Terminada

su intervención, los miembros del Consejo de Ministros, su presidente planteará una cuestión de confianza antes de abandonar la Sala”¹⁸.

La cuestión de confianza planteada será debatida y votada en la misma sesión o en la siguiente, según lo acuerde en forma previa el Consejo Directivo o en el acto con el pleno del Congreso¹⁹.

3.5. La votación de la cuestión de confianza

Una vez finalizado el debate, la presidencia del Congreso deberá fijar la hora en que la propuesta de confianza deberá ser sometida a votación. El artículo 82 del reglamento establece que el “resultado de la votación será comunicado de inmediato al presidente del República, mediante oficio firmado por el presidente del Congreso y uno de los vicepresidentes. Si el pleno negara la confianza, el presidente de la República aceptará la renuncia del presidente del Consejo de Ministros y de los demás ministros, que debe realizarse de inmediato”.

Los pedidos de proposición de confianza, o su negación, se presentan como mociones de orden del día ante la Oficialía Mayor del Congreso. En ese sentido, el mismo artículo establece que las mociones de orden del día que contengan una proposición de confianza al gabinete, o a uno o más ministros, pueden ser fundamentadas por un tiempo no mayor de cinco minutos, y que los grupos opositores tienen un minuto cada uno con un máximo de cinco entre todos. El presidente del Congreso puede señalar un tiempo menor, precisando que su admisión a debate requiere del voto favorable de la mayoría de parlamentarios que estén libres de impedimento legal, salvo disposición contraria²⁰.

Una vez culminado el debate, luego de participar los representantes de cada grupo parlamentario, el titular del Congreso indica que se procederá a la votación de acuerdo al quórum para poder hacer efectiva y válida la votación. En ese momento, una vez computado, los parlamentarios estarán impedidos de dejar el hemiciclo hasta concluida la votación²¹. Los representantes al Congreso presentes que decidan abstenerse deberán solicitarlo por escrito, debidamente fundamentado con plazo hasta la siguiente sesión del pleno. El reglamento añade que el titular del Congreso cuenta con un voto dirimente y, en caso decidiera participar en el debate, deberá ceder la conducción de la presidencia a un miembro de la mesa directiva, para desde su escaño intervenir en las mismas condiciones que el resto de parlamentarios²².

18 Véase el inciso (e) artículo 55 del Reglamento del Congreso.

19 Véase el artículo 82 del Reglamento del Congreso.

20 Véase el artículo 68 del Reglamento del Congreso.

21 Se han presentado casos de aprobación de la investidura con sólo la mayoría simple de los parlamentarios presentes; por ejemplo, el presidente del Consejo de Ministros, Salvador del Solar, con apenas 46 votos a favor y tras una sesión de más de 16 horas, ha sido el titular de del gabinete con el menor respaldo congresal (con 130 escaños en total) en los últimos cinco períodos democráticos.

22 Véase el artículo 56 del Reglamento del Congreso.



Sobre la votación parlamentaria de una cuestión de confianza, el reglamento contempla distintas clases de votaciones, ya por tablero o a mano alzada, en ambos casos, el resultado de la votación será una manifestación libre y expresa de los representantes al Congreso, en ningún caso se establece otro modo para interpretar el sentido de sus decisiones. La posibilidad de admitir como válida el rechazo fáctico de una moción de cuestión de confianza, ha sido objeto de discusión en el ejercicio de las instituciones de exigencia de responsabilidad política al ejecutivo; al respecto, Castillo Córdova explica que “(...) toda actuación de facto es una actuación no permitida o no regulada por los cauces jurídicos vigentes, consecuentemente, es una actuación inexistente para el Derecho.

Por ejemplo, si de los 130 congresistas, 120 hubiesen salido a los exteriores del recinto parlamentario, cada uno con una pancarta en la que se lee “Señor Premier le niego la confianza solicitada”, no podría ser dicho que el Congreso ha negado la confianza al premier. Ello porque se trata de una situación fáctica, no reconocible como idónea para atribuirle existencia y eficacia jurídica de negación de confianza, según las normas vigentes”²³. Una posición distinta a la tomada por, sin unanimidad, por el Tribunal Constitucional peruano.

3.6. Los efectos al negar una cuestión de confianza

Si la cuestión de confianza es negada, se abre un proceso orientado a buscar una salida a la crisis y cuyas etapas subsiguientes son: la dimisión del gabinete y la designación de un nuevo primer ministro. Una tercera consecuencia es la disolución del Congreso por el presidente de la República, si el parlamento ha censurado, o negado la confianza, a dos gabinetes.

3.6.1. La dimisión solidaria del gabinete

El artículo 132 de la Carta de 1993 dispone que la desaprobación de una iniciativa ministerial no obliga al ministro a dimitir, salvo que haya hecho cuestión de confianza de la aprobación²⁴. Si el Parlamento negase la confianza al primer ministro se produce la crisis total del gabinete, una expresión que no tiene sentido ni lugar en un texto constitucional. Por «crisis total del gabinete» debemos entender la necesidad del presidente de la República de nombrar a un nuevo primer ministro y, junto con él, a conformar un nuevo gabinete. Una vez denegada la cuestión de confianza, el artículo 82 del reglamento establece que “si el Pleno negara su confianza al Consejo de Ministros, el presidente de la República aceptará la renuncia del Presidente del Consejo de Ministros y de los demás ministros, que debe realizarse de inmediato”.

23 Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis: “La inconstitucional disolución del Congreso de la República” en *Práctica Constitucional*. Blog de Luis Castillo Córdova, La Ley. El ángulo legal de la noticia, 4 de octubre de 2019, <https://laley.pe/art/8650/la-inconstitucional-disolucion-del-congreso-de-la-republica>.

24

En el derecho comparado, la Constitución española establece, a su vez, que si el Congreso de los Diputados negara su confianza al gobierno éste presentará su dimisión²⁵. Por otro lado, se determina, a su vez, que el gobierno cesa en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Carta de 1978²⁶. La Constitución española opta por la solución clásica del sistema parlamentarista, que es la obligación de dimisión del gobierno en caso de un voto de desconfianza, descartando la posibilidad de disolución y convocando de esta forma al cuerpo electoral²⁷. El gobierno entero debe dimitir aun cuando haya sido el derrotado sea el jefe de gobierno, pues se aplica el principio de responsabilidad solidaria²⁸, es decir, responsabilidad que alcanza a todo el gabinete.

Como explicaremos más adelante, la cuestión de confianza en la Constitución peruana, podría dar lugar a la disolución del Congreso si ha retirado la confianza a dos gabinetes. En el derecho comparado, observamos que la Constitución alemana permite al Canciller unas reacciones casi autoritarias en caso de negarse una cuestión de confianza. Su artículo 68.1 establece que “si la cuestión de confianza presentada por el Canciller Federal (*Bundeskanzler*) no obtuviere la conformidad de la mayoría de los miembros de la dieta federal, podrá el propio Canciller, disolver la dieta federal dentro de los veintiún días siguientes.

El derecho de disolución caducará, sin embargo, tan pronto como la Dieta Federal (*Bundestag*) elija a otro Canciller por mayoría de sus componentes”²⁹. En otras palabras, a pesar del rechazo de la cuestión de confianza, el gobierno no sólo no queda destituido, sino que puede disolver la cámara. Pese a que sólo una vez se aplicó este artículo en Alemania, en 1982, bajo el gobierno del Canciller federal —socialdemócrata— Helmut Schmidt; quien “al frente de una coalición con los liberal-demócratas estos rompieron súbitamente con el gobierno y se aliaron con el partido cristianodemócrata, entonces en la oposición.

Los cristianodemócratas presentaron entonces una moción de censura contra Schmidt y obtuvieron mayoría absoluta gracias a los votos del grupo liberal, por lo que el Canciller tuvo que dimitir. Su sucesor cristiano demócrata planteó acto seguido la moción de confianza ante la Dieta Federal, pero la perdió netamente por la abstención masiva de su propio grupo, que visiblemente había obedecido a unas consignas de la dirección del partido.

25 Véase el artículo 114.1 de la Constitución española de 1978.

26 Véase el artículo 101.1.

27 El artículo 114.1 se aparta de la fórmula del artículo 68 de la Ley Fundamental de Bonn, pues, en el supuesto de desaprobación de una cuestión de confianza, permite al Canciller Federal la opción entre la dimisión y la continuación del Gobierno con la posibilidad subsiguiente -en este último caso- de proponer al Presidente Federal la disolución del Bundestag o la declaración del estado de emergencia legislativa.

28 Véase el artículo 108 de la Constitución española de 1978.

29 Véase el artículo 68.1 de la Ley Fundamental de Bonn.



Al cabo de varios días, el Presidente Karl Cartstens, (veterano político perteneciente también a los cristiano demócratas) aceptó la dimisión del nuevo Canciller, y disolvió anticipadamente la Dieta federal, convocando a la vez nuevas elecciones (que fueron ganadas ampliamente por los cristianos demócratas)” (Rubio Llorente, p. 17). Se trató de una decisión reprochada por los constitucionalistas alemanes que demandaron haber agotado todas las posibilidades antes de decidir la disolución, por eso, observamos que bajo situaciones límite, aunque discutidas por la doctrina, las constituciones europeas continentales de la postguerra también adolecen de disposiciones de dudoso espíritu constitucional³⁰.

3.6.2. La designación de un nuevo primer ministro

El nombramiento de un nuevo primer ministro pone fin a la crisis de gabinete declarada por la Constitución peruana³¹. Nos preguntamos, si el presidente de la República podría volver a nombrar como primer ministro a la misma persona que le fue denegada la confianza. Si bien no encontramos impedimento, pensamos que esa decisión política podría resultar desafortunada para el jefe de estado por sus efectos en la representación congresal y los ciudadanos.

Nos hacemos la misma pregunta para los parlamentarismos, ¿debe recaer la designación, necesariamente sobre un nuevo jefe de gobierno, o es posible que siga al frente del ejecutivo el primer ministro en funciones? En ese sentido, se argumenta que el jefe de gobierno derrotado podría evitar retirarse del ejecutivo si formulara un nuevo planteamiento, o si constituyese una coalición; de esta manera, se argumenta que sólo así sería viable que el mismo primer ministro se mantuviera en el ejecutivo y se colocara al frente de un gobierno que obedeciera a otros planteamientos políticos³².

Pero esta posibilidad, si bien es posible en teoría, en la práctica no encaja en la realidad política, pues una negación de confianza afecta la imagen, prestigio y credibilidad, de cualquier su jefe de gobierno ante la opinión pública, necesarios para garantizar un gobierno estable y duradero (Mellado, p. 273).

En un parlamentarismo, como el español, la cuestión de confianza resulta en la práctica políticamente ociosa debido a la democracia de partidos en la Cortes Generales. La moción de confianza se propone para reafirmar la política del gobierno ante la opinión pública (Fernández Segado, p. 51). La sola exigencia de una mayoría simple para la aprobación de una cuestión de confianza es un mecanismo corrector al parlamentarismo. El jefe de gobierno tiene la iniciativa y cuenta con esa mayoría, por tanto, no ofrece mayor peligro en la práctica, siempre y cuando se presente en el momento político más oportuno.

30 Otro ejemplo es el estado de necesidad legislativa en la Constitución alemana.

31 Véase el artículo 133 de la Constitución peruana de 1993.

32 Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 81, 6 de junio de 1978, 2977.

Finalmente, al igual que la moción de censura, la presencia de una cuestión de confianza resulta extraña en un modelo presidencialista, dado que se consiste en una forma de gobierno de elecciones separadas y no coincidentes, es decir, ejecutivo y legislativo son elegidos en comicios distintos, con lo cual no se exige una aprobación parlamentaria sobre la política del gobierno. En el modelo peruano, la cuestión de confianza ha sido utilizada como una vía para poner fin un periodo de inestabilidad política, que bien puede cerrarse con el nombramiento de un nuevo primer ministro por el presidente de la república, o disolviendo el Congreso siempre cumplidas las condiciones para su validez³³.

En todo caso, en la práctica se plantean para ganarlas sino no se plantean. Un hecho político reciente brinda claridad sobre la oportunidad para presentar una cuestión de confianza y su desuso en el derecho comparado. Cuando el presidente del Consejo de Ministros, Fernando Zavala Lombardi, consideró necesario presentar una cuestión de confianza en favor de su entonces Ministro de Educación, Jaime Saavedra, “(...) el primer ministro, por su lado, consultó con sus amigos analistas, que votaron por la prudencia. La confianza es una jugada muy arriesgada, sólo pídelas si eso responde a una estrategia, si tienes claridad en qué vendrá después” (Sifuentes, p. 134).

4. Algunas reflexiones finales en torno a la cuestión de confianza

4.1. ¿Es una institución de contrapeso o balance entre poderes?

El problema que generó polémica fue comprender a esta institución como un instrumento de contrapeso al Congreso, considerando que afectaría el balance entre poderes. Nos estamos refiriendo a la posición sostenida por el Tribunal Constitucional en su fundamento jurídico 74 (Exp. 0006-2018-PI/TC). Al respecto, sostenemos que tanto el rechazo a la cuestión de confianza junto con la moción de censura son mecanismos de exigencia de responsabilidad política³⁴, es decir, ambas son mecanismos que ponen fin a la relación fiduciaria entre ejecutivo y legislativo una vez aprobada la cuestión de confianza al primer ministro sobre su política general de gobierno³⁵.

El balance o contrapeso (*checks and balances*) alude a las relaciones ordinarias entre poderes en el marco de una forma de gobierno. El Congreso legisla y el jefe de Estado promulga; el presidente de la República ratifica un tratado, el parlamento lo aprueba, tienen el propósito de evitar que los poderes operen como compartimentos estancos, así como superar una situación de bloqueo; por ejemplo, el jefe de Estado puede observar una ley aprobada en el Congreso, pero el legislativo podría aprobarla por insistencia con mayoría absoluta.

33 Véase el artículo 134 de la Constitución peruana de 1993.

34 Véase el artículo 132 de la Constitución.

35 Véase el artículo 130 de la Constitución.



Nuestra forma de gobierno también acoge el principio cooperativo, cuando el ejecutivo solicita al parlamento la facultad de legislar vía decretos legislativos, por el tiempo y materias que establezca su ley de autorización³⁶. Como mencionamos, en el derecho comparado la cuestión de confianza ha caído en desuso para lograr respaldo político, hoy recurren a las encuestas. El ejecutivo la presenta para ganar, no para perder. Es un despropósito provocar con ella la renuncia del gabinete y cumplir las condiciones para una futura disolución parlamentaria³⁷.

4.2. Una cuestión de confianza delimitada

La aprobación por insistencia de la ley de desarrollo constitucional sobre la cuestión de confianza nos permite afirmar lo siguiente. Primero. No añade ni quita nada a esta institución de origen parlamentaria, sólo delimita sus reales alcances, es decir, el ejecutivo las plantea, pero sobre sus propias competencias constitucionales. Segundo. Su aprobación o rechazo no busca contrapesar poderes sino ser un medio para exigir responsabilidad política de un ministro o todo el gabinete.

Tercero. Las iniciativas de referéndum para reformar total o parcialmente la Carta de 1993 se tramitan de acuerdo con el artículo 206 y lo dispuesto por la Ley de los derechos de participación y control ciudadanos (el inciso (a), artículo 39, Ley N°26300). Cuarto. Si la Constitución impide al jefe de Estado observar una ley de reforma constitucional³⁸, menos podrá presentar una iniciativa de modificación planteando una cuestión de confianza sobre el contenido de su iniciativa legislativa.

La delimitación de la cuestión de confianza traza el marco de actuación constitucional para las sanas relaciones ejecutivo-legislativo. No se creó para invadir, interferir o menoscabar las competencias exclusivas de otro poder estatal, sino para condicionar la permanencia del primer ministro, o un ministro del gabinete, con la necesidad de una aprobación parlamentaria a su política general o sectorial del gobierno.

Hoy en día, las encuestas de opinión pública se han convertido en el medio para medir la aprobación sobre la gestión del ejecutivo. Por tanto, en la práctica, la cuestión de confianza voluntaria se presenta para aprovechar su mayoría parlamentaria cuando cuenta con ella, tras las críticas de la oposición; de ese modo busca salir “airoso” ante los ciudadanos tras una interpelación al premier o a cualquier ministro del gobierno. Nuevamente afirmamos lo siguiente: se presentan para ganar, no para perder.

5. Bibliografía

CASTILLO CÓRDOVA, L. (2019). La inconstitucional disolución del Congreso de la República. Obtenido de <https://laley.pe/art/8650/la-inconstitucional-disolucion-del-congreso-de-la-republica>.

CHIRINOS SOTO, E. (1996). La Constitución de 1993. Lectura y Comentario. Nerman.

DIÁZ, O. (1997). La moción de censura en el Perú. ARA Editores.

FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1987). La cuestión de confianza: marco jurídico-constitucional y praxis política. Revista Española de Derecho Constitucional, Nro. 21.

HAKANSSON, C. (2021). El neopresidencialismo. La forma de gobierno de la Constitución peruana. Lima: Yachay-Legal.

LEÓN, R. (2019). Vizcarra. Retrato de un poder en construcción. Lima: Debate.

MELLADO PRADO, P. (1988). La responsabilidad política del gobierno en el ordenamiento español. Madrid: Congreso de los Diputados.

PEREIRA MENAUT, A. (2011). En defensa de la Constitución. Lima: Palestra Editores.

RUBIO LLORENTE, F. (1997). Constituciones de los Estados de la Unión Europea. Ariel.

SIFUENTES, M. (2019). K.O. PPK. Caída pública y vida secreta de Pedro Pablo Kuczynski. Lima: Planeta.



36 Véase el artículo 104 de la Constitución.

37 Véase el artículo 134 de la Constitución.

38 Véase el artículo 206 de la Constitución.

EL CONTROL PREVIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN EL DERECHO COMPARADO: APUNTES COMPARATIVOS ENTRE FRANCIA Y COLOMBIA Y POSIBLES APORTES PARA EL CASO PERUANO

*THE PRIOR CONTROL OF THE CONSTITUTIONALITY OF LAWS IN
COMPARATIVE LAW: COMPARATIVE NOTES BETWEEN FRANCE AND
COLOMBIA AND POSSIBLE CONTRIBUTIONS TO THE PERUVIAN CASE*

Alexandra Molina Dimitrijevič*

A Pedro Planas, mi maestro e inicial impulsor de mi interés por los estudios
comparativos, en agradecido recuerdo.

Resumen:

A través de una metodología comparada, el artículo persigue realizar un análisis del control previo de la constitucionalidad de las leyes, partiendo de algunos conceptos generales y, luego, examinando los concretos casos de Francia y Colombia, países que cuentan con este mecanismo (aunque regulado de modo diferente en cada país), evaluando finalmente su aplicabilidad en el Perú, la utilidad del mismo, y planteando el posible diseño de control previo que podría ser ideal en nuestro país.

Palabras clave: Derecho comparado, control previo de la constitucionalidad, jurisdicción constitucional, Corte Constitucional, Consejo Constitucional.

Abstract:

Through a comparative methodology, this article pursues to analyze the model of previous constitutional review, starting from some essential, general concepts, and then examining the specific cases of France and Colombia, which currently share this previous constitutional review model (despite being regulated differently in each country's constitutional system). In this regard, the applicability of this previous constitutional review in Peru is analyzed in the article, as well as its usefulness and the possible design of previous review that could be ideal in our country.

Keywords: Comparative law, previous constitutional review, constitutional jurisdiction, Constitutional Court, Constitutional Council.

*Abogada por la Universidad de Lima, Master en Administración Pública por la Universidad Libre de Bruselas. Diploma de Estudios Políticos y Constitucionales por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia español, Master en Estudios Hispánicos por la Universidad de Cádiz. Doctoranda en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesora de Derecho Constitucional y Administrativo en la Universidad Científica del Sur y de Historia Constitucional Peruana, Historia General del Derecho y Ciencia Política en la Universidad de San Martín de Porres. Presidenta de la Comisión de Derecho Administrativo y Gestión Pública de la Sociedad Peruana de Derecho.



1. Introducción

El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes es una herramienta esencial para garantizar la supremacía de la Constitución, desde el aporte kelseniano de entreguerras¹, pasando por las evoluciones de la segunda post-guerra hasta nuestros días. Sin embargo, conviene prestar atención, desde la academia, al específico caso del control previo de la constitucionalidad, es decir, cuando este control concentrado se da respecto de proyectos de ley, como mecanismo preventivo que puede evitar las disfuncionalidades y/o perjuicios de la puesta en vigencia de una norma que termina siendo inconstitucional (cuya sentencia en nuestro país, generalmente, no tiene efecto retroactivo). Y, en el análisis de este específico caso, conviene estudiar los desafíos que se presentan para el legislador y las funciones esenciales del parlamento, desde la perspectiva de la estricta separación de poderes.

Para buscar conseguir este propósito, el presente artículo se desarrolla bajo una metodología comparativa, realizando el análisis de esta figura en dos países (uno europeo continental y otro de nuestro entorno latinoamericano) que la tienen incorporada en su jurisdicción constitucional: es el caso de Francia y Colombia, para luego responder a la crucial pregunta sobre la conveniencia de establecer un control previo concentrado de la constitucionalidad de las leyes en nuestro país.



2. Apuntes preliminares sobre la jurisdicción constitucional: Definición y modelos

2.1. ¿Qué es la jurisdicción constitucional?

En definición que considero amplia y comprensiva de las distintas “jurisdicciones constitucionales”, Gozáini (2006) define a la justicia constitucional como:

“El estudio del órgano judicial encargado de tutelar la vigencia efectiva de los Derechos Humanos (como norma fundamental, la supremacía constitucional y el cumplimiento de las pautas mínimas que regulan los procesos constitucionales” vinculándose además con “la fuerza normativa de la Constitución” (p. 49).

¹ Aunque hay quienes sostienen que este aporte dista de ser una absoluta originalidad de Kelsen. Así, Carpio Marcos (2017), afirma que esta figura es el resultado de una “secuencia histórica” (p. 153), que empieza con Sieyès y pasa por Jellinek. En todo caso, el autor le atribuye, para ser exacto, una “coautoría del modelo austriaco de jurisdicción constitucional (p. 211), pero no niega sus aportes vitales al modelo, como por ejemplo “el mérito de haber sido el primero en explicar, con sistematicidad y rigor, la esencia del Tribunal Constitucional así como los caracteres de la acción abstracta de inconstitucionalidad (p. 209).

Ahora bien, sin perjuicio de la acertada definición de Gozáini, en este punto es necesario detenernos en el concepto específico de **jurisdicción**, y, en tal sentido, referirnos a las palabras de García Belaunde (2001), cuando señala que “(...) la jurisdicción es una sola, pero ella tiene diversas manifestaciones” (incluyendo, claro está, a la jurisdicción constitucional)².

Retomando nuestro repaso por las diversas definiciones, sostiene Rubio Llorente (1988) que, convencionalmente, se afirma que “jurisdicción constitucional es: “(...) aquella que decide sobre la validez constitucional de las leyes”, pero que, en el fondo, más allá de esta operativa mecánica, se trata verdaderamente de un proceso de “creación del Derecho”, es decir, de una operación compleja que comporta “el establecimiento de preceptos dotados de eficacia *Erga Omnes*” (p. 11). Operación creativa que, en palabras de este gran jurista español, implica la “creación del Derecho por anulación” y la “transformación de la estructura ordinamental” (Rubio Llorente, pp. 39-57).

Podríamos decir, de otra parte, que Loewenstein (quien tiene una visión distinta a la anotada por Rubio Llorente, la cual explicaremos más adelante), esboza su concepto de **control judicial** (refiriéndose concretamente al caso norteamericano, y señalando más adelante que, más que judicial, se trata de un control político³) cuando señala que se trataría de un “derecho de los tribunales –derecho asumido, usurpado o implícitamente otorgado– para comprobar la constitucionalidad de las leyes (...) y para anularlas en el caso de que las consideren anticonstitucionales” (p. 308).

Otro crítico del control judicial que también lo define (para afinar su crítica) es Waldron. En su “Contra el Gobierno de los jueces”, título ciertamente franco y frontal que sintetiza su posición, clasifica al control judicial en “fuerte” y “débil” (Waldron, 2018, p. 62). Así, en el “control judicial fuerte, los tribunales tienen la facultad de rehusarse a aplicar una ley en un caso particular (...) o de modificar el efecto de una ley para que su aplicación se ajuste a derechos individuales (en formas que la propia ley no concibe) (Waldron, 2018, p. 62).

En el caso del “control judicial débil”, el autor sostiene que se trata de la posibilidad que tienen los tribunales de “examinar la legislación con respecto de los derechos individuales, pero no pueden rechazar aplicarla”, figura que ubica en el Reino Unido (Waldron, 2018, p. 63).

2 Recuperado de: <http://garciabelaunde.com/Biblioteca/DProcesalConstitucional.pdf> (última fecha de consulta: 12 de noviembre de 2021).

3 Según Loewenstein, “El control de constitucionalidad es, esencialmente, control político, y cuando se impone frente a los otros detentadores del poder es, en realidad, una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten por propio derecho en un detentador del poder semejante, cuando no superior, a los otros detentadores del poder instituidos” (2021, p. 309). Conviene precisar que la obra de Loewenstein se remonta a 1965 (se cita el año de la edición consultada, que es la segunda impresión de la edición de 2018 de su clásico e imprescindible texto “Teoría de la Constitución”).

En ese caso, lo que se realiza es una “autorización para iniciar un proceso legislativo acelerado para remediar la incompatibilidad” entre una norma y, por ejemplo, un derecho de la Convención Europea de Derechos Humanos (Waldron, 2018, p. 63). Vemos cómo aquí, en este último caso, prevalece la soberanía parlamentaria. Sobre este punto, Vírgala, interpretando a Dicey, sostiene que según este autor:

“Significa nada más y nada menos que desde 1688 el Parlamento posee en la Constitución británica el derecho a hacer o derogar cualquier ley y que ningún órgano está reconocido legalmente para anular o ignorar la legislación del Parlamento. Desde un punto de vista positivo supone que toda ley del Parlamento, sea cual sea su contenido, debe ser obedecida por los tribunales; y desde el punto de vista negativo supone que no hay persona u órgano que pueda anular o derogar una ley del Parlamento” (Vírgala, 2018, p. 54).

Ello persiste, ya que, no obstante lo anteriormente dicho, el trabajo del reciente “Tribunal Supremo del Reino Unido, no llega a “expulsar” a una norma del ordenamiento, ni a inaplicarla, persistiendo así la supremacía parlamentaria. Esta alta corte, según señala el mismo autor, realiza un “control de constitucionalidad en materias como la legislación secundaria gubernamental” (un análisis inicial nos permitiría inferir que se trataría de una suerte de híbrido entre lo que nosotros conocemos como Decretos Legislativos –en cuanto a la forma– y el ejercicio del Poder Reglamentario –en cuanto al fondo–), “sobre la compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos vía la Human Rights Act de 1998, (...) y sobre la validez de las leyes regionales de Escocia, Gales e Irlanda del Norte” (Vírgala, 2018, p. 122).

De todas formas, como bien señala Badell (2020) en didáctico texto, “la justicia constitucional, consolidación de una antigua idea, junto a la separación de poderes, el principio de la legalidad y el del respeto de las situaciones jurídicas subjetivas, es hoy uno de los elementos esenciales del Estado Constitucional, Democrático y de Derecho” (p. 31).

2.1.1. Breve apartado básico sobre la historia de la jurisdicción constitucional:

Antecedentes y orígenes no son conceptos equivalentes, aunque sí relacionados y, de la misma forma en la que ocurre con la Constitución (la Carta Magna de 1215,

4 Para el tiempo histórico británico 12 años no son nada (el Tribunal Supremo del Reino Unido fue creado en 2009).

5 Según el parlamento del Reino Unido, esta legislación secundaria sería “Law created by ministers –or other bodies– under powers given to them by an Act of Parliament. It is used to fill in the details of acts – Primary Legislation-. These details provide practical measures that enable the law to be enforced and operate in daily life”. Recuperado de: <https://www.parliament.uk/about/how/laws/secondary-legislation/>



sin ser una constitución en el sentido liberal, moderno –dada su naturaleza otorgada, pese a las garantías que consagra– es un antecedente, pero el origen de las constituciones escritas se ubica en la Constitución norteamericana de 1787), los antecedentes de la jurisdicción constitucional replican el tándem anglosajón con vis pionera, y cruzan el océano en sentido anti-horario para su perfeccionamiento: los antecedentes de estas instituciones son ingleses, pero sus orígenes son norteamericanos.

En efecto, el antecedente de la jurisdicción constitucional puede ubicarse en la sentencia del juez Coke, como bien señala y detalladamente explica García Toma, donde, pronunciándose sobre el caso de Thomas Bonham, quien ejercía la medicina sin licencia del Real Colegio Médico, deja establecido que el *Common Law* es superior a las leyes del Parlamento (p. 11)⁶. El origen, en cambio, podemos encontrarlo, como se sabe, en la clásica sentencia *Marbury vs. Madison*⁷, que, curiosamente, dos críticos de la jurisdicción constitucional (Loewenstein y Gargarella) explican con suma claridad.

En “Teoría de la Constitución”, ciertamente un libro de cabecera en materia constitucional, Loewenstein hace notar, en efecto, una postura crítica al control de constitucionalidad. Ello no le priva de esbozar una explicación clara sobre estos orígenes:

“Sea como sea: la competencia judicial para comprobar la constitucionalidad de la legislación emitida por el Congreso apareció en la joven república durante el primer cuarto del siglo XIX, y fue una consecuencia del *chief justice* John Marshall para extender la jurisdicción federal. Los jueces se convirtieron en un tercer poder; fenómeno este sin precedente histórico” (Loewenstein, 2021, p. 310)⁸.

Por su parte, en su más reciente libro (“El derecho como una conversación entre iguales”), Roberto Gargarella relata de manera sencilla, fácilmente inteligible, el caso *Marbury vs. Madison*, tras relatar los cuestionamientos al control judicial (“la objeción contra mayoritaria”) y el análisis de Alexander Hamilton en el N° 78 de *El Federalista*. A este último respecto, afirma el constitucionalista argentino que, a juicio de Hamilton:

⁶ Recuperado de: <https://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2016/files/materiales-le.pdf> (fecha de consulta: 12 de noviembre de 2021).

⁷ Tampoco hay unanimidad, para este caso, en los hitos (aparentemente) definitivos. Para Ahumada (2005) “la historia del control de constitucionalidad de las leyes comienza en los Estados Unidos, aunque no en 1803. La primera parte de esta historia, que es también la más larga, es ‘local’” (p. 17).

⁸ Algo que, precisa el autor, no estaba en la mente de Montesquieu a la hora de diseñar la separación tripartita de los poderes: “A Montesquieu no se le ocurrió pensar que el ‘poder’ judicial pudiese constituirse en una fuerza de oposición frente al gobierno y al legislador” (Loewenstein, 2021, p. 309).

“Cuando un juez invalida una ley del Congreso, en nombre de la Constitución, no está imponiendo su propia voluntad y doblando la del pueblo sino todo lo contrario: restaura la voluntad del pueblo –expresada en la Constitución misma– la hace prevalecer y la salva del riesgo de verse socavada por obra del Congreso” (Gargarella, 2021, p. 198)⁹.

En el que califica “el caso judicial más famoso de la historia”, Gargarella explica que “el juez no hizo otra cosa que retomar lo que Hamilton había dicho una década atrás” (2021, p. 199), encontrando una “línea argumental Hamilton-Marshall” (2021, p. 199). Así, afirma el autor que este caso:

“Consagró en la práctica, judicialmente, algo que la Constitución de los Estados Unidos no mencionaba (...) el derecho de los jueces a invalidar los actos de la legislatura; fue la oportunidad en que ‘se inventó’ el control de la constitucionalidad” (Gargarella, 2021, p. 199).

Prosigue Gargarella señalando que:

“Más precisamente –afirmó Marshall, cuando los jueces advierten ese conflicto tienen solo dos opciones: La primera era concebible, pero resultaba absurda: sostener que en caso de conflicto, debía consagrarse la primacía de la ley. Esta alternativa resultaba completamente inaceptable porque implicaba señalar que la Constitución no servía para imponer límite alguno: si la ley era superior: ¿para qué molestarse en tener una Constitución?” (Gargarella, 2021, p. 200).

Es así como Gargarella (2021) sostiene que se consolida “el argumento Hamilton-Marshall, verdad incuestionable (...) durante casi un siglo” (p. 201). En la hora actual, sostiene Gargarella aquella “objeción democrática” que, como dice en su libro, fue parte del debate en el *Federalista*, que, sin embargo (muy en la línea de autores como Waldron), “si los jueces quedan a cargo de decidir en última instancia los casos difíciles, es como si estuvieran gobernando (...) tomando el lugar de los políticos y, en definitiva, el de toda la ciudadanía” (p. 206).

Más allá de los cuestionamientos de Gargarella, que podemos debatir y con los que incluso podemos discrepar, tras su clara descripción toca hablar ahora de los vigentes modelos de jurisdicción constitucional.

⁹ Sobre el particular, Loewenstein tiene una interpretación diferente sobre el capítulo 78 del *Federalista*, en torno a la posición de Hamilton sobre el control judicial, indicando que, a Hamilton, le produce “perplejidad” los “derechos de los tribunales a declarar nulos actos legislativos” (...) lo que lleva a Loewenstein a afirmar que: “la cita, leída en su contexto, no significa, ni más ni menos que el derecho a interpretar la constitución es una función inherente al cargo judicial, derecho que, sin embargo, no se basa en la superioridad de los tribunales sobre el legislador” (Loewenstein, 2021, p. 310).



2.2. Modelos de jurisdicción constitucional

Domingo García Belaunde (2001) realiza una clasificación de modelos de jurisdicción constitucional, existiendo, de acuerdo con su análisis, modelos originarios y modelos mixtos (que también podrían llamarse “derivados”). Dentro de los modelos originarios encuentra: a. El modelo europeo clásico, “basado en la creación kelseniana” (...); b. el modelo americano: “nacido en Estados Unidos, en el célebre caso *Marbury vs. Madison*”; y c. “el modelo francés, de corte político”, donde el control de la constitucionalidad se daba en el parlamento y que, actualmente, “presente, en cierto sentido, en el Consejo Constitucional francés” (...).

En el caso de los modelos mixtos, encuentra García Belaunde el “modelo mixto propio”, que se da en los casos venezolano y mexicano, donde “una única instancia o instancia final conoce tanto del control incidental (modelo americano) como del control abstracto” (...). También ubica García Belaunde, como modelo mixto, el denominado “modelo dual o paralelo”, es decir, cuando “coexisten dos modelos en un solo sistema jurídico nacional, sin mezclarse ni desaparecer”. Para ilustrar el modelo mixto, pone como ejemplos Perú desde 1979 y el Ecuador.

Dentro de los modelos derivados, García Toma (...), a su vez, sostiene que en el Perú existe, en la actualidad, un “control orgánico sinérgico” donde “se acredita la existencia de un control político preventivo y un control jurisdiccional en sus dos variables” (p. 24). Ello debido a la “asimilación de la pluralidad de modelos originarios (...) esta variable procura una acción coexistente de varios entes tendentes a lograr un efecto único: la salvaguarda de principios, valores y normas constitucionales, frente a una actividad legislativa incompatible con la Constitución” (p. 24).

García Toma apoya su tesis en una interpretación sistemática tanto de la Constitución como del Reglamento del Congreso y, sobre esta base, **sostiene que en nuestro país existe un control preventivo de la constitucionalidad**: a. Por parte del Congreso, en el decurso del procedimiento legislativo (incluyendo la actividad dictaminadora de las comisiones y el análisis o filtro que se debería dar cuando un dictamen llega al pleno; b. Por parte del Ejecutivo, a través de las denominadas “observaciones” (artículo 108° de la Constitución Política del Perú), teniendo este, en palabras de García Toma, “una competencia residual de control orgánico político” (p. 27).

Cita además la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0019-2005-PI/TC, que a la letra señala que: “existe, sin embargo, la obligación del Congreso de la República y del Poder Ejecutivo de ejercer ese control en un nivel político-preventivo, para cuyos efectos tienen la obligación de observar los criterios vinculantes sentados por la jurisprudencia del TC” (p. 27).

Cabe preguntarnos, en este punto, si existe realmente un genuino control preventivo de la Constitución en el Perú, más allá de que, efectivamente, el Congreso y el Ejecutivo tienen la capacidad de aplicar ciertos filtros, en el procedimiento

y camino de conversión de un proyecto de ley en ley, en base no solamente a los filtros previos que sí existen (y deben existir), correctamente aludidos por García Toma, sino también a su atribución de “velar por el respeto de la Constitución” (artículo 102°, en el caso del Congreso) y “cumplir y hacer cumplir la Constitución (...)” (artículo 118° numeral 1, para el caso del Ejecutivo). Lo cierto es que, al final de cuentas, la última palabra¹⁰ en relación con la constitucionalidad de las leyes, es la de un órgano específicamente creado e instalado en el Perú dicho análisis y decisión jurisdiccional: el Tribunal Constitucional, que, en nuestro caso, realiza un **control posterior y concentrado** respecto de la constitucionalidad de las leyes.

Es así como el presente artículo, a través de la metodología de la comparación jurídica, se interpela sobre si los filtros previos aplicados por el propio Congreso o el Ejecutivo constituyen, de modo genuino, un “control previo”, a la luz de las experiencias francesa y colombiana.

3. El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes

El **control concentrado** (también denominado **abstracto**) es, utilizando la terminología de García Belaunde antes glosada, un tipo de “modelo originario”, surgido en Europa, clásicamente identificado con las realizaciones kelsenianas y plasmado por primera vez, en la práctica, en las constituciones de Austria y Checoslovaquia, que además consagran los primeros Tribunales Constitucionales de la historia. Se trata, como dice Ahumada (2005), de una “racionalización del control de constitucionalidad” (p. 261). Añade la autora que, en la concepción kelseniana, “una ley inconstitucional es una ley como cualquiera otra, aunque susceptible de ser derogada, expulsada del ordenamiento por un procedimiento especial, distinto del habitual de derogación por una ley” (Ahumada, 2005, p. 262).

¹⁰ Tan es así que una observación, más que un control previo, en nuestro régimen semi-presidencial, es una forma de advertir un problema o manifestar un desacuerdo sobre una autógrafa de ley remitida por el parlamento (y ese problema puede ser, justamente, una incompatibilidad de una ley con la Constitución), sin fuerza equivalente a la de un veto presidencial (más propio de presidencialismos puros). Finalmente, el Congreso podría (y de hecho ha procedido en reiteradas ocasiones de esta manera), aprobar la norma por insistencia y realizar él mismo el acto de promulgación, remitiéndola al Diario Oficial para la publicación requerida para su vigencia, quedándole al Ejecutivo la posibilidad de demandar su inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, quien, finalmente, se pronunciará sobre ello sobre la base de las atribuciones constitucionalmente consagradas a los efectos de controlar la constitucionalidad, conforme a lo claramente establecido por el artículo 201° de nuestra Constitución. En esta línea, López Flores (2017) ha afirmado que: “Las constituciones de 1979 y 1993 establecen en el Perú un control jurisdiccional. Y ya se ha visto anteriormente (...) que el control supone el ejercicio de interpretación constitucional por el cual se determina si una norma que se desprende de una disposición legal o infra-legal resulta ser incompatible o compatible con la norma constitucional. En ese sentido, si se determina la incompatibilidad, solo pueden tomar acción al respecto aquellos órganos constitucionales que cuentan con facultades para determinar si aplican el modelo difuso o el concentrado, según el modelo de control que ejerzan. (...) el Tribunal Constitucional es el único competente para ejercer el control concentrado en los procesos de inconstitucionalidad (pp. 87-88).



En similar línea, Cruz Villalón (1987) citado por García Torres (1988) en la recensión a su libro (“La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad”), afirma que: “a diferencia del sistema americano, el europeo hace del control de constitucionalidad de las leyes una función regulada, positivizada, racionalizada y, en definitiva, limitada (García Torres, 1988, p. 281).

Es importante mencionar que Gozaíni (2006) afirma que “esta denominación proviene de la aceptación formal que destina la tarea de controlar la supremacía de la Norma Fundamental en un órgano creado especial y exclusivamente de los conflictos constitucionales (...) (p. 82) y “se denomina concentrado porque asigna a los Tribunales Constitucionales dicha función” (p. 75).

En este orden de ideas, a diferencia del control difuso o modelo americano, que apunta a la inaplicación de una ley incompatible con la Constitución a un caso concreto, inaplicación que realiza un juez¹¹, en el control concentrado, comúnmente (aunque no siempre, con la evolución de la figura, en modelos donde, por ejemplo, la Corte Suprema asume este mecanismo de control –caso mexicano-) ejercido por un órgano específico, el rasgo esencial consiste en “expulsar” la norma del ordenamiento jurídico. Con claridad, Hakansson (2014) afirma que este control abstracto: “significa que tiene plena eficacia con independencia de la aplicación de la norma a un caso concreto (...)” (p. 25).

4. El control previo de la constitucionalidad de las leyes

Dentro de la escasa literatura académica que existe sobre este concreto punto, Moderne (1993) afirma que este: “(...) llamado control a priori, ex ante o preventivo, es una técnica de control de la constitucionalidad de las leyes y de los tratados internacionales, pero también de otros actos eventualmente sometidos al juez constitucional (...)” (p. 409), definiendo claramente los contornos de esta figura al señalar que: “los denominados recursos previos de inconstitucionalidad se producen en el curso del proceso de elaboración de las normas, por ejemplo, antes de la promulgación de las leyes aprobadas, antes de la ratificación de los tratados o antes de la entrada en vigor de los reglamentos parlamentarios adoptados” (Moderne, 1993, p. 409), dejando claro, en líneas posteriores, que el control previo es un “control concentrado o no difuso de tipo americano” (Moderne, 1993, p. 409).

Existe también la cuestión de si podemos aquí hablar o no, genuinamente, de un control jurisdiccional, en la medida en que sí que es verdad que, considerando que las normas son vigentes (en principio¹²) desde el momento de su publicación, este control opera en un momento **pre-jurídico**, en el escenario (por qué no decirlo, político) del procedimiento legislativo.

11 Aunque el principio del *stare decisis* y el sistema de precedente, propio del *Common Law* tiene, en la práctica, una suerte de efecto generalizador de la decisión jurisdiccional.

12 Porque puede darse también el caso de *vacatio legis*, en que la norma, por previsión de la misma, entra en vigencia en momento posterior, fijándose un plazo para ello o supeditándose la vigencia a la emisión de su reglamento.

Sobre esta cuestión, da resumida cuenta Moderne de diversas posiciones que le quitan el adjetivo jurisdiccional a este tipo de control constitucional. En efecto, afirma el autor que: “Se ha dicho a veces que este control no merece la calificación de ‘jurisdiccional’, que se trata de un control político exclusivamente” (Moderne, 1993, p. 410), ya que, “por el objeto de dicho control (...) está previsto para actuar sobre textos que aún no han entrado a formar parte del derecho positivo propiamente dicho) como por los efectos del mismo” (Moderne, 1993, p. 410).

Prosigue Moderne indicando que la sola presentación del recurso suspende el procedimiento legislativo e incide en él (Moderne, 1993, p. 410). Recoge además Moderne las voces que afirman que “este control previo tiene carácter consultivo ya que el objeto de este no ha entrado aun en el mundo del Derecho (...) por tanto, al conocer de la posible contradicción (...) de una ley votada y no promulgada y la Constitución, no realizaría una actividad auténticamente jurisdiccional sino que (...) la actuación del juez sería un dictamen (...) no una decisión (Moderne, 1993, p. 410). Siendo el TC un “cuasi-legislador no solo negativo (...) sino positivo, puesto que, para que una ley o un tratado llegue a ser tal y desarrolle sus efectos jurídicos auténticos, el pronunciamiento del juez constitucional favorable a su constitucionalidad será necesario, junto a la actividad del parlamento y del poder ejecutivo” (Moderne, 1993, p. 410).

Se trata, desde luego, de un vivo y además crucial debate, del que ha dado cuenta Camba (1995). Ella recoge las diversas posiciones, que podrían resumirse en tres tesis: la tesis del carácter político, tesis institucional y tesis jurisdiccional (p. 266). En la orilla de la defensa del carácter político del control previo cita, entre otros, a Hamon (quien se pronuncia a favor de esta tesis por la ausencia de contradicción), Burdeu (quien se alinea con esta posición porque “solo un órgano político ejerce una vigilancia tal sobre el legislador” –p. 266–), Bon (dados los efectos limitadores de la soberanía del parlamento. Juillard, dice la autora, defiende la tesis institucional cuando dice que el Consejo tiene un rol “coadyuvante del parlamento” (p. 266), mientras que, según la autora, sostienen la tesis jurisdiccional “los grandes nombres del iuspublicismo francés contemporáneo: Waline, Rivéro, Favoreu, Hauriou, Prélôt, Duverger y el propio Luchaire (Camba, 1995, p. 267), toda vez que “al ejercer el control lo hace aplicando el Derecho y, por otro lado, sus decisiones gozan del efecto de cosa juzgada, se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales (p. 267).

Me adhiero a esta tesis, sin ningún género de duda, más aún (aunque suene paradójico) si consideramos que, de todos modos, lo político está en todas partes y precisamente por ello es importante la labor racionalizadora de la jurisdicción constitucional. Este hecho tampoco es suficiente para enervar la juridicidad de las decisiones dadas bajo la modalidad del control previo.

A estas voces, favorables a la **naturaleza jurisdiccional del control previo**, se suma claramente Moderne, quien opina que este control previo es “un control jurídico



más próximo al control jurisdiccional que a las funciones consultivas o legislativas de los poderes públicos (1993, p. 410), sin negar el hecho objetivo de que es posible que “se preste a ser utilizado para resolver cuestiones de carácter político” (p. 410), y la clave es (y nos encontramos de acuerdo con ello), que **la decisión es vinculante** (elemento que distingue esta acción de la función consultiva (p. 410), y “de la misma calidad que un control a posteriori, con la sola diferencia de que se puede bloquear así la entrada en vigor de una norma” (Moderne, 1993, p. 410).

Para Moderne (1993), existen en Europa tres sistemas de control preventivo: el sistema de control preventivo exclusivo -Francia-, el sistema mixto -Portugal, Polonia y Rumanía-, y el sistema de control previo excepcional -España¹³, Italia y Austria- (pp. 411-415). En este artículo nos proponemos ahondar, de entre ellos, en el caso francés, cosa de la que nos ocuparemos en el acápite que sigue.

5. El control previo de la constitucionalidad en Francia

5.1. Antecedentes y cuestiones iniciales

Sobre los antecedentes de esta figura, Camba (1995) afirma que ya desde Sieyès se planteaba la necesidad de que algún tipo de control de constitucionalidad existiese en Francia, proponiendo la creación de una corte encargada de ser “guardián del poso constitucional” (p. 262), proponiéndose sin embargo una fórmula de “auto-control” en el texto final de la Constitución de 1791 (p. 262).

Narra la autora que, posteriormente, “el problema del control de la constitucionalidad se trasladará de alguna manera al Senado” (p. 262), órgano que llegó a tener competencias para “vigilar la adecuación de las leyes no solo a la Constitución, sino también a la religión, a la moral, a la libertad de cultos, a la libertad individual, a la igualdad de los ciudadanos ante la ley (...)” (p. 263). No será sino hasta la constitución francesa inmediata a la segunda post-guerra (Constitución de 1946, también conocida como la Constitución de la IV República), en que se consagrará por vez primera un órgano dedicado específicamente al control concentrado de la constitucionalidad. En efecto, cuenta Camba (1995) que se trata del Comité Constitucional, pero matiza que:

“su composición y funciones no eran las de un verdadero órgano garante de la legalidad constitucional en defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos sino que funcionó como un órgano sustentador del equilibrio de los demás órganos constitucionales, especialmente entre las dos asambleas” (p. 263).

Es con la Constitución de 1958, la de la V República, norma que rige hasta nuestros días, en que se empiezan a trazar las funciones de un nuevo órgano específi-

¹³ Afirma Pérez Tremps (2006) que, “(...) el control previo de tratados internacionales es el único mecanismo de control preventivo existente en España tras la desaparición del recurso previo de inconstitucionalidad respecto de Estatutos de Autonomía y Leyes Orgánicas” (p. 90).

co para el control abstracto: el Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*). Siguiendo con Camba (1997), es importante tener en consideración su acertada afirmación:

“el contexto en que ve la luz este texto constitucional es el de la Francia gaulista y el objetivo con el que nace es el de reducir los poderes del Parlamento dentro de la inspiración general de reforzamiento del ejecutivo” (p. 265).

No obstante, esta certera precisión, debemos mencionar que este órgano y la figura misma del control de constitucionalidad en Francia ha tenido evoluciones normativas y jurisprudenciales desde 1958. En efecto, con la reforma constitucional de 1974 (operada a través de la Ley Constitucional -*Loi Constitutionnelle*- N° 74-904)¹⁴, es decir, mientras gobernaba Valéry Giscard d’Estaing, se agrega la posibilidad de que una cantidad determinada de senadores y diputados (60) puedan solicitarle al Consejo Constitucional se pronuncie sobre un proyecto de ley ya votado por el Parlamento. Esta reforma marca un cambio trascendental, ya que antes de ello solamente podía realizar este pedido el Presidente de la República, el Primer Ministro o cualquier presidente de las cámaras legislativas (Senado y Asamblea Nacional).

En el importante portal “*Vie Publique*”¹⁵ se sostiene que: “esta disposición refuerza el rol del Consejo Constitucional, quien, de tal manera, se convierte en un juez de conformidad, controlando que la ley esté de acuerdo a las reglas y principios con valor constitucional. Sobre todo, la modificatoria ofrece un instrumento esencial de control y de sanción a la oposición parlamentaria (...)”¹⁶. Dentro de la misma línea, Camba (1995) afirma que este giro lo convierte en un “instrumento potencial de defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos frente a los abusos del estado-legislador” (p. 265). Considero que además refuerza el rol de este Consejo en el sistema democrático, ya que no puede concebirse democracia sin disenso.

5.2. Normativa actual, evoluciones del control constitucional en Francia y jurisprudencia relevante

Del texto vigente de la Constitución de 1958, en su artículo 60°, se desprenden dos tipos de control (control de naturaleza abstracta y previa¹⁷) de la constitucionalidad: a. Control obligatorio; b. control facultativo, dependiendo del tipo de disposición normativa con rango de ley de que se trate.

¹⁴ <https://www.vie-publique.fr/eclairage/268331-revisions-constitutionnelles-sur-les-institutions-de-1960-1996> (fecha de consulta: 12 de noviembre de 2021)

¹⁵ Portal divulgativo de las políticas públicas y de los grandes debates nacionales en Francia, gestionado por la Dirección de Información Legal y Administrativa, adscrita a la jefatura del Gobierno (que recae en el Primer Ministro)

¹⁶ <https://www.vie-publique.fr/eclairage/268331-revisions-constitutionnelles-sur-les-institutions-de-1960-1996> (fecha de consulta: 12 de noviembre de 2021)

¹⁷ Sin perjuicio de las excepciones que analizaré más adelante.



En forma obligatoria, **deben** ser enviadas para control del Consejo Constitucional (quien deberá pronunciarse respecto de su conformidad con la Constitución), las leyes orgánicas¹⁸, las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11° antes de ser sometidas a referéndum¹⁹, y los reglamentos de las cámaras parlamentarias, antes de su aplicación.

En forma facultativa, **pueden** ser enviadas al Consejo Constitucional para el control especificado en el párrafo anterior las demás leyes. Cabe indicar que, en este caso, nos estamos refiriendo a todas las normas con rango de ley (ley ordinaria²⁰), incluyendo las denominadas “Ordenanzas”, que no tienen que ver con nuestras normas municipales con rango de ley, sino que, más bien, guardan parecido con nuestros Decretos Legislativos²¹, y están reguladas por el artículo 38° de la Constitución francesa²².

Ahora bien, dentro de la evolución de esta institución, es preciso señalar que Camba (1995) sostiene que este control a priori es de carácter general (p. 270), ya que hay doctrina, como la de Favoreu, que sostiene que existe un control posterior, de manera excepcional, al amparo del artículo 37° de la Constitución, cuando la ley “invade” el campo reservado al Poder Reglamentario (es decir, cuando se excede de los ámbitos reservados al Poder Legislativo, establecidos en el artículo 34°).

También comentaba Camba, en 1995, que la *Décision* de 25 de enero de 1985 (DC 85-187), señalando que esta “deja abierta la vía para un posible control de constitucionalidad por vía de excepción” en su considerando 10, en el caso de normas legales modificatorias o complementarias a una ley²³. Con posterioridad a ello, en 2008, se produce una reforma constitucional que introduce el artículo 61-1, estableciendo una “cuestión prioritaria de constitucionalidad”, cuando cualquier

persona, en el marco de un proceso judicial, encuentra que una ley es contraria a la Constitución y solamente cuando este cuestionamiento es materia de reenvío, realizado sea por el Consejo de Estado o por la Corte de Casación.

¿De qué hablamos cuando hablamos de Constitución en Francia? Nada más y nada menos que del **Bloque de Constitucionalidad**, que desde 1971 ha ido desarrollándose, encontrándose conformado, a la hora actual, por el texto integral de la Constitución de 1958, La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y la Carta Medioambiental de 2004. Es este el parámetro constitucional existente en el país galo, del que dispone la Corte Constitucional para verificar la conformidad de la ley. Al respecto, Planas (1997), citando doctrina francesa, aludía, al referirse al referido **bloque**, a la “pauta trazada por el propio Consejo Constitucional para definir su ámbito de competencia” (p. 328).

Como jurisprudencia reciente sobre control de la constitucionalidad, podemos citar la *Décision* N° 2021-824, de 5 de agosto de 2021, que declara conforme a la Constitución la obligación de presentar el denominado “pasaporte sanitario”²⁴, como parte de las disposiciones legales para gestionar la crisis del Coronavirus. Fue así como, el mismo día, la norma (que partió de una iniciativa legislativa del propio gobierno, aprobada en sede parlamentaria²⁵ y luego sometida a revisión facultativa frente al Consejo Constitucional), entró en vigencia²⁶.

6. El control previo de la constitucionalidad en Colombia

En forma parecida al caso francés, los años iniciales del constitucionalismo colombiano (desde la Constitución de Cúcuta de 1821), hicieron reposar en el Congreso el examen de conformidad de la ley con la Constitución. Afirma Zuluaga que, en efecto, “las constituciones de 1830, 1832 y 1843 dejaban en manos del propio legislador la facultad de esclarecer cualquier duda que se suscitara con respecto a la coherencia de la Constitución” (2003, p. 152).

Las dos constituciones posteriores (1853 y 1863) añadieron otros mecanismos, sucesivamente. En 1853 se incorpora la **objeción presidencial de inconstitucionalidad** y la **nulidad** de aquellas ordenanzas municipales contrarias a la Constitución (Zuluaga, 2003, p. 153). La Constitución de 1863 agrega un nuevo supuesto: la suspensión, a cargo de la Corte Suprema, de los actos legislativos de las asambleas de los Estados (Zuluaga, 2003, p. 153).

18 De similar objeto que en el Perú (es decir, se dedican a regular organización y funcionamiento de organismos públicos o ministerios, a diferencia de las leyes orgánicas en España o en Colombia, que atañen más que nada a Derechos Fundamentales y Estatutos de Autonomía, entre otros).

19 Es decir, “los proyectos de ley referidos a la organización de los poderes públicos, las reformas relativas a la política económica, social o ambiental de la nación, y los servicios públicos, o que tengan el propósito de autorizar la ratificación de un tratado que, sin ser contrario a la Constitución tuviera incidencia en el funcionamiento de las instituciones” (traducción personal del artículo 11° de la Constitución, que puede verse en su texto original en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur> -fecha de consulta: 12 de noviembre de 2021).

20 Ya que, como dijimos, la ley orgánica está sometida al control obligatorio.

21 Sobre este tema, se recomienda revisar la primera parte del interesante texto de Pierre Bon: “Derecho Administrativo y Justicia Constitucional” (edición en español). Editorial Palestra, Lima, 2016.

22 “El gobierno puede, para la ejecución de su programa, solicitarle al Parlamento su autorización de tomar, vía Ordenanza, y durante un tiempo limitado, medidas que normalmente corresponden al ámbito de la ley. Las ordenanzas se aprueban en Consejo de Ministros después de recabar la opinión del Consejo de Estado (...)” (traducción personal del artículo 38° de la Constitución). Las materias que corresponden al ámbito legislativo (es decir, aquello que puede regular una ley) están contenidas en el artículo 34° del texto fundamental francés.

23 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1985/85187DC.htm>

24 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021824DC.htm> (fecha de consulta: 12 de noviembre de 2021)

25 Para visualizar el iter legislativo, revisar: http://www.senat.fr/espace_presse/actualites/202107/projet_de_loi_relatif_a_la_gestion_de_la_crise_sanitaire.html (fecha de consulta: 12 de noviembre de 2021).

26 A excepción, claro está, de algunos aspectos muy puntuales, declarados como “no conformes” (como por ejemplo la obligación de aislamiento con potenciales consecuencias penales de las personas que dan positivo a la prueba de Covid-19).



No obstante ello, se le atribuye al Acto Legislativo N° 3 (1910), de Reforma Constitucional (de la Constitución de 1886), la calidad de **hito** en el control de constitucionalidad en Colombia (Moreno, 2010, p. 75). Esta norma pionera (previa, incluso, a los desarrollos kelsenianos), es la que establece por primera vez la **acción pública de inconstitucionalidad**. En efecto, como resalta Mendieta (2010), no debe dejarnos indiferentes el siguiente dato:

“La reforma constitucional de 1910 es de suma importancia no solo en Colombia sino también en el mundo, pues establece la posibilidad de que un tribunal saque del ordenamiento jurídico una ley o un decreto del gobierno por ser contrarios a la Constitución, lo anterior por petición ciudadana. Es decir, ya para 1910, la Corte Suprema de Justicia de Colombia obraba como legislador negativo. 10 años antes de que se creara el Tribunal Constitucional austríaco y 19 años antes de que Kelsen expusiera su teoría sobre el tema” (p. 72).

La Constitución entonces vigente, de 1868, fue ciertamente longeva. Duró hasta que los dolorosos y convulsos finales de los años 80 e inicios de los 90, padecidos por el hermano país, dieron paso a un momento constituyente que dio origen a la Constitución de 1991, que este 2021 cumple 30 años²⁷.

Es así que, mientras Francia cuenta con un modelo de control (preferentemente) previo, Colombia (dentro de la clasificación de modelos derivados antes glosados, esbozada por García Belaunde), cuenta en la actualidad con un “modelo mixto” de control de constitucionalidad, incorporado por el artículo 241° de la vigente Constitución. En Colombia, en efecto, coexisten variadas formas de control abstracto, (donde destaca la **acción pública de constitucionalidad**²⁸), con el control difuso (este último, según Brewer Carías -1995- fluye del artículo 4° de la Constitución de 1991).

Específicamente, en el numeral 8 del artículo 241° del texto fundamental colombiano, se establece que: “es competencia de la Corte Constitucional (...) decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”. Además, tras sancionar una ley la ratificación de un tratado, el Gobierno debe remitirlo a la Corte para su declaración de constitucionalidad (lo cual es considerado por la doctrina como un control previo).

²⁷ Es muy recomendable ver, a este respecto, este vídeo de la Universidad Externado de Colombia: <https://www.youtube.com/watch?v=vaIUAvDLh-w> (fecha de consulta: 12 de noviembre de 2021), también el seminario “30 años de la Constitución de 1991: balance desde el Externado” <https://www.youtube.com/watch?v=vpVIXPvLq48>, que incluye un interesante documental desde el minuto 8:00 (fecha de consulta: 12 de noviembre de 2021), o el del diario El Espectador: <https://www.youtube.com/watch?v=9S0zRUxmRCA> (fecha de consulta: 12 de noviembre de 2021).

²⁸ En la doctrina peruana ha explorado el tema Diego Pomareda, en su libro “El ciudadano frente a la ley: la legitimación popular en el proceso de inconstitucionalidad”. Editorial Palestra, Lima, 2019.

Roa (2019), nos muestra (en un didáctico cuadro que ha confeccionado sobre la base del referido artículo 241°) que existe una multiplicidad de actos y mecanismos sujetos a control siendo, gran parte de ellos, sujetos a control posterior, preferentemente vía la acción pública de constitucionalidad, existiendo, también, los referidos tipos de controles previos, que se producen, además, de forma automática, salvo las objeciones gubernamentales que, según indica Roa en este texto, son semi-automáticas (p. 90). Sobre el control previo de la Ley Estatutaria, afirma Roa (2019), sobre la base del artículo 152° de la Constitución de 1991, que este:

“(...) establece el rango de estatutarias para las leyes que regulan ciertas materias específicas: los derechos y deberes fundamentales y sus garantías, los derechos y deberes fundamentales y sus garantías, la administración de justicia, el régimen de partidos y movimientos políticos, los mecanismos de participación ciudadana y los estados de excepción. Esta categoría corresponde a la de las leyes orgánicas en España” (p. 89)²⁹.

En el caso de la objeción por inconstitucionalidad de proyectos de ley por parte del Presidente – en términos de Roa (2019), **objeciones gubernamentales** (p. 90)-, este se presenta:

“(...) cuando el Presidente observa un Proyecto de Ley por inconstitucionalidad. Si el Congreso insiste luego de surtido el segundo debate, el proyecto pasará a la Corte para que decida sobre su constitucionalidad, en los seis días siguientes. Si el proyecto es exequible, el Presidente debe sancionarlo. Si es inexecutable, se archivará” (Rey, 2008, p. 68).

En forma excepcional, encontramos también una suerte de control previo en el numeral 2 del artículo 241° antes glosado, cuando señala que la Corte Constitucional tiene competencia, también, para: “decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación”.

En su oportunidad, por medio de esta figura se impidió la segunda reelección presidencial inmediata (vía Sentencia C-141-10 que declara inexecutable en su totalidad la Ley 1354) y, más atrás en el tiempo, se dio bajo este mecanismo la Sentencia C-371-00, sobre igualdad real y efectiva y participación política femenina.

²⁹ En el artículo 81° de la Constitución Española de 1978 se consagra que “son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución” (por ejemplo, se requiere una Ley Orgánica para regular la institución de la Defensoría del Pueblo). Vemos pues que, si bien existe una similitud grande entre la Ley Orgánica española y la Ley Estatutaria colombiana, esta última figura parece tener una mayor amplitud de ámbitos a regular.



7. A modo de conclusión: ¿Sería útil implementar el control previo de la constitucionalidad de las leyes en el Perú?

Decía Ramos (2018) que el Perú es un país de “manías legislativas y voracidad constitucional” (p. 45). No le falta razón a nuestro notable y profundamente recordado maestro e historiador del Derecho. Lo decía al referirse a momentos del siglo XIX, pero podría usarse para los tiempos que corren. Y es que, en ocasiones, podemos ver una cierta compulsión legislativa, irreflexividad en algunas decisiones tomadas (más aún con un Congreso unicameral), y respuestas a modo de observaciones por parte del Ejecutivo que, si extrapolásemos la figura del control previo de Colombia, podrían terminar no en una mera advertencia (que luego se transforma en una demanda de inconstitucionalidad, cuya resolución llega tarde a unos efectos ya desplegados) sino en el análisis de un órgano jurisdiccional, a modo de “punto medio” entre el poder de veto –existente en Norteamérica– y nuestras observaciones que pierden fuerza con la figura de la insistencia, acelerando la “parlamentarización” de nuestro régimen político.

Cuando pensamos en todo esto, ciertamente, recordamos las ventajas que Moderne (1993) cita en relación al control previo: “evita los efectos traumáticos de la anulación y los perjuicios contra los derechos fundamentales, de difícil reparación, y se acerca más al principio de igualdad” (p. 416). No obstante ello, conviene recordar algunas de sus desventajas, también glosadas por Moderne (1993), ya que no garantiza de forma total que las normas vigentes no sean contrarias a la Constitución (aunque el caso colombiano, que combina control previo con control posterior –a través de la acción pública de constitucionalidad– ofrece matices interesantes, frente al caso francés que solo recientemente ha incorporado un mecanismo de control posterior, como he mencionado más arriba) y puede plasmar el temido **gobierno de los jueces** (p. 416), con el riesgo potencial de bloquear la función legislativa, inherente a este poder del Estado.

Actualmente, podemos afirmar categóricamente que, en el Perú, **no existe un control previo de la constitucionalidad, con su esencial nota de vinculatoriedad, de juridicidad. Bajo esta premisa, nace la propuesta:** sin que la siguiente lista sea taxativa, un buen modelo de control previo para el Perú: a. Combinaría una diversidad de fórmulas de control abstracto (como en el caso colombiano), combinando el control previo con el control posterior (para que no suceda lo que ha ocurrido en Francia: una Declaración de Conformidad blindó la Ley en lo sucesivo, impidiendo acciones posteriores por si “se le escapó” al Consejo alguna inconstitucionalidad); b. Debería permitir que un grupo de legisladores puedan también (aparte de otros actores como el Ejecutivo) solicitar el control previo (fortaleciendo la democracia, como en el caso francés tras la reforma de 1974); c. Requeriría un control jurisdiccional **especialmente célere** (para evitar bloqueos al órgano legislativo); d. Requeriría, en forma indispensable, modificaciones al procedimiento de elección de Magistrados y Magistradas del Tribunal Constitucional (tanto en Colombia como en Francia, los modelos de elección no recaen exclusivamente en

el Parlamento)³⁰; e. Debe ser, necesariamente, entendido como un **control jurídico, jurisdiccional**, y no político (o, mejor dicho, politizado). ¿El Perú se encuentra preparado para este reto?

8. Bibliografía

8.1 Libros

AHUMADA RUIZ, M. (2005). “La jurisdicción constitucional en Europa: Bases teóricas y políticas”. Navarra: Editorial Aranzadi.

BADELL MADRID, R. (2020). “Derecho Procesal Constitucional”. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

BREWER CARÍAS, A. (1995). “El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y en Venezuela”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Universidad Javeriana.

FERRER MAC-GREGOR, E. (1993). “Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional”. Madrid: Editorial Marcial Pons.

GARCÍA BELAUNDE, D. (2001). “Derecho Procesal Constitucional”. Bogotá: Editorial Temis.

GARGARELLA, R. (2021). “El Derecho como conversación entre iguales”. Buenos Aires: Siglo XXI editores.

GOZAÍNI, O. (2006). “Introducción al Derecho Procesal Constitucional”. Santa Fe: Editorial Rubinzal Culzoni.

HAKANSSON NIETO, C. (2014). “El proceso de inconstitucionalidad: una aproximación teórica y jurisprudencial”. Editorial Palestra: Lima.

LOEWENSTEIN, K. (2021). “Teoría de la Constitución”. Barcelona: Ariel Derecho.

PÉREZ TREMPES, P. (2006). “Los procesos constitucionales. La experiencia española”. Lima: Editorial Palestra.

PLANAS SILVA, P. (1997). “Regímenes Políticos Contemporáneos”. Lima: Fondo de Cultura Económica.

30 Esta modificación del modo de elección de magistrados y magistradas del TC, con prescindencia de si eventualmente se considera o no la aplicación de esta figura, es desde ya indispensable, por cierto.



POMAREDA, D. (2019). “El ciudadano frente a la ley: la legitimación popular en el proceso de inconstitucionalidad”. Lima: Editorial Palestra.

RAMOS NUÑEZ, C. (2018). “La Letra de la Ley”. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

ROA ROA, J. (2019). “Control de Constitucionalidad Deliberativo”. Bogotá: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Universidad Externado de Colombia.

VÍRGALA FOURIA, E. (2018). “La Constitución británica en el siglo XXI”. Madrid: Marcial Pons.

WALDRON, J. (2018). “Contra el gobierno de los jueces”. Buenos Aires: Siglo XXI editores.

8.2 Revistas

CAMBA COSTENLA, M. (1995). “La justicia constitucional en Francia. Una brecha en el muro”. En: Autonomies, num 20, Barcelona. Pp. 259-283.

CARPIO MARCOS, E. (2017). “Sieyès, Jellinek y los Tribunales Constitucionales”. Lima: UIGV.

FERREYRA, R. (2019). “Gobierno de los jueces. La Corte Constitucional de Colombia y la segunda reelección presidencial”. Revista Derechos en Acción. Año 4, N° 10, 2019. La Plata: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP).

LÓPEZ FLORES, L. (2017). “El Control Constitucional en el Perú: ¿un modelo aún para armar?”. Revista Vox Iuris. Lima: Universidad de San Martín de Porres.

MENDIETA GONZÁLEZ, D. (2010). “La Acción Pública de Inconstitucionalidad en Colombia: a propósito de sus 100 años de vigencia”. En: Vniversitas N° 120- Enero-junio de 2010. Bogotá: Vniversitas.

MODERNE, F. (1993). “El control previo de constitucionalidad en la Europa contemporánea”. En: Revista Chilena de Derecho Vol. 20. Pp. 409-416.

REY CLAVIJO, J. (2008). “El control constitucional en Colombia a partir de la Constitución de 1991”. En: Revista Via Iuris. N° 4, enero-julio.

RUBIO LLORENTE, F. (1988). “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derechos”. Revista Española de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales.

ZULUAGA GIL, R. (2003). “El carácter integral, complejo y abierto del sistema colombiano de control de constitucionalidad”. En: “Criterio Jurídico” Pp. 133-152. Santiago: Criterio Jurídico.

8.3 Recursos electrónicos

GARCÍA TOMA, V. (2016). “La jurisdicción constitucional: el modelo peruano”: <https://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2016/files/materiales-le.pdf>

Página de la Corte Constitucional colombiana: <https://www.corteconstitucional.gov.co/>

Página del Consejo Constitucional francés: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/>

Página del Parlamento del Reino Unido: <https://www.parliament.uk/>



REFORMA CONSTITUCIONAL, ASAMBLEA CONSTITUYENTE Y REFERÉNDUM: ¿REALIZARLA SIN EL CONGRESO?

CONSTITUTIONAL REFORM, CONSTITUENT ASSEMBLY AND
REFERENDUM: CARRY IT OUT WITHOUT CONGRESS?

José Naupari Wong*

Resumen:

En el presente artículo, el autor analiza los argumentos -en concreto, la jurisprudencia- que se suelen utilizar como argumento a favor de la viabilidad de convocar directamente a una consulta popular de referéndum para la aprobación de crear una Asamblea Constituyente. Además, desarrolla los alcances del derecho a iniciativa de referéndum como derecho constitucional de configuración legal. También, contribuye al debate académico exponiendo los límites que posee la Asamblea Constituyente.

Palabras clave: Reforma constitucional, Poder Constituyente, Asamblea Constituyente, referéndum, Congreso.

Abstract:

In this article, the author analyzes the arguments -specifically, the jurisprudence- that are usually used as an argument in favor of the feasibility of directly calling a referendum for the approval of creating a Constituent Assembly. In addition, it develops the scope of the right to referendum initiative as a constitutional right of legal configuration. Also, it contributes to the academic debate by exposing the limits of the Constituent Assembly.

Keywords: *Constitutional reform, Constituent Power, Constituent Assembly, referendum, Congress.*

*Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex asesor de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República (2016 – 2018).

NOTA: Este es un artículo cuya publicación en formato digital se dio en: DÍAZ GIUNTA, R. (Director). (2021). Revista de Estudios de Derecho Constitucional, (1). Buenos Aires: IJ Editores.



1. Introducción

Si el periodo de mandato representativo anterior estuvo marcado por el debate de iniciativas de reforma constitucional sobre inmunidad parlamentaria, prohibición de reelección del cargo de congresista y retorno a la Bicameralidad en la estructura del Parlamento; desde antes que culminase el proceso de Elecciones Generales del año 2021 ingresó y se mantiene vigente el debate en torno a la aprobación de una nueva Constitución Política y que ello se encuentre en manos de una Asamblea Constituyente que fuese aprobada no por el Congreso de la República, sino mediante una consulta popular de referéndum.

En las siguientes líneas se procurará analizar brevemente los argumentos -en concreto, la jurisprudencia- que se suelen utilizar como argumento a favor de la viabilidad de convocar directamente a una consulta popular de referéndum para la aprobación de crear una Asamblea Constituyente. Asimismo, se procurará desarrollar nuestra posición con relación a dicha posibilidad.

2. La sentencia recaída en el Expediente N° 0014-2002-PI/TC

Quienes argumentan que es constitucionalmente válido y posible que se someta a consulta popular de referéndum, de manera directa, la creación de una Asamblea Constituyente que se encargue de elaborar y aprobar una nueva Constitución Política; se remiten a la sentencia recaída en el Expediente N° 0014-2002-PI/TC, la cual fue emitida por el Tribunal Constitucional como consecuencia de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N° 27600, “*Ley que suprime firma y establece proceso de reforma constitucional*”, la cual, en su artículo 2 disponía que “*La Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, propondrá un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y en particular el texto de la Constitución de 1979. Tras su aprobación por el Congreso será sometida a referéndum. De ser aprobado quedará abrogada la Constitución de 1993*” (Énfasis agregado).

Con relación a dicha sentencia, que declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad, es preciso indicar que aquella indica literalmente lo siguiente:

“X. EL INFORME DE LA COMISIÓN DE ESTUDIO DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Y LOS ALCANCES DE LA LEY N.º 27600

(...)

133. Efectivamente, según la referida Comisión, el procedimiento para la reforma constitucional, consistente en dar una nueva Constitución, incluyó la posibilidad de usar cualquiera de las tres alternativas siguientes:

(...)

3. TERCERA ALTERNATIVA

a) Aprobar una ley de referéndum, para consultar al pueblo si quiere retornar a la Constitución de 1979 y, si es así, convocar a una Asamblea Constituyente para que reforme, actualice y ponga en práctica dicha Constitución.

b) Aprobar una ley de referéndum para que el pueblo decida si quiere que se apruebe una nueva Constitución que recoja lo mejor de la tradición histórica del Perú.

De ser el caso, sería convocada una Asamblea Constituyente expresamente para ello.”

(Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, Ministerio de Justicia, Lima 2001, pág. 101-103)¹.

Como puede apreciarse, la sentencia del Tribunal Constitucional no consagra como una alternativa constitucionalmente posible una consulta popular de referéndum directa. Es decir, no señala que la Constitución Política de 1993 vigente prevea como un mecanismo para su sustitución o derogación total, ni la creación de una Asamblea Constituyente ni tampoco una consulta popular de referéndum sin que previamente se haya elaborado y aprobado previamente, en sede legislativa, una propuesta de nueva Constitución.

Lo que efectúa el Tribunal Constitucional es una descripción de las alternativas que proponía una Comisión de Estudio, no de mecanismos normativos que se encontraban vigentes a la fecha de emisión de la sentencia y que tampoco lo están en la actualidad.

Es más, cuando el intérprete final de la Constitución se remite a la tercera de las alternativas, que es la que hace referencia a una Asamblea Constituyente y a la consulta popular de referéndum, utiliza expresamente, valga la redundancia, el término “*Ley de referéndum*”.

¿Qué implica lo señalado en el párrafo anterior? Que para que se habilite la convocatoria a una consulta popular de referéndum a efectos que se consulte para que una Asamblea Constituyente sea la que reforme, actualice o restituya los pilares de la Constitución Política de 1979, se hace necesaria la aprobación de una “*Ley*”, siendo que estas, como regla general, son deliberadas y aprobadas en el Congreso de la República, no directamente por una iniciativa de consulta popular de referéndum que provenga de la propia ciudadanía.

¹ De ahí que el Fundamento Jurídico N° 134 de la sentencia del Tribunal Constitucional establece que “*En conclusión, y conforme a los fundamentos precedentes, el Tribunal Constitucional considera que no está prohibido a las Comisiones del Congreso presentar proyectos de ley; que el retiro de la firma de Alberto Fujimori en el documento de promulgación es legítimo, pues no despromulga la Constitución de 1993; que el texto resultante, una vez aprobado por el Congreso y aceptado mediante referéndum, será una Constitución nueva, conforme al sentido estipulado en el fundamento N° 125, la que debe recoger la Constitución histórica de la República y los principios y valores establecidos en la Constitución de 1979; por lo que la pretensión debe desestimarse*” (énfasis agregado).

Si lo que existe como alternativa es una “*Ley de referéndum*”, lo que habría dejado abierta como posibilidad o tema a dilucidar el Tribunal Constitucional es si dicha norma debía ser aprobada siguiendo el procedimiento de aprobación de reformas constitucionales, de una ley orgánica o una ley ordinaria, en el sentido del número de votos que se requiere para aprobar cada tipo de norma; sin embargo, lo que resultaba meridianamente claro es que la necesaria aprobación de dicha “*Ley*”, que entendida en términos formales supondría su aprobación por el Congreso, descartaba la posibilidad de una consulta popular de referéndum directo que tuviese como origen una iniciativa ciudadana.

En ese sentido, no resultaría acertado sostener que la sentencia del Tribunal Constitucional permitiría convocar a una Asamblea Constituyente a través de una iniciativa ciudadana de referéndum, sin que ello conlleve tramitar previamente una iniciativa legislativa ciudadana ni obviar el procedimiento previsto en el artículo 206 de la Constitución Política ni al Parlamento.

3. La Resolución N° 109-2003-JNE de 21 de abril de 2003

Quienes argumentan a favor de que se convoque a una Asamblea Constituyente que elabore un proyecto de Constitución Política a través de una iniciativa ciudadana de referéndum de manera directa, esto es, sin que se transite previamente por el Congreso de la República, se remiten a la Resolución N° 109-2003-JNE de 21 de abril de 2003, publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de abril de 2003.

Al respecto, es preciso resaltar que dicha resolución se circunscribió a la posibilidad de la venta del kit electoral para recabar firmas de adherentes, no emitiendo pronunciamiento sobre el fondo de la posibilidad de que se convoque a una consulta popular de referéndum de convocatoria a una Asamblea Constituyente. Efectivamente, en aquella oportunidad el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones sostuvo lo siguiente:

“Que el señor Chunga Chávez al solicitar la venta de los formatos para reunir firmas de adhesión, expresó su propósito, como consta en el formulario que se le suministró por ONPE, por lo que no se trata de una petición innominada, y ante esta instancia ha presentado el texto de la norma que propone consultar, en concordancia con lo expresado como fundamento de su pedido de adquisición de formatos, ya que ésta se refiere a la modificación del Art. 206° de la Constitución Política del Estado para que su reforma total esté a cargo de una Asamblea Constituyente; (...)

Que lo que está en cuestión ahora es solamente la entrega de formatos a un promotor, quien se propone reunir un número de adhesiones suficientes que permitan sustentar un pedido de referéndum, lo que no puede ser limitado con argumentos de carácter instrumental porque se agravia el derecho que tienen todos los peruanos de participar en la vida política de la Nación,



pues al fin de cuentas el Poder del Estado emana del pueblo, como así lo establecen preceptos constitucionales recogidos en los Arts. 2º Inc. 17), y 45º de la vigente Carta Política;” (énfasis agregado).

Adviértase que, tal como lo señala la propia resolución del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones (o, por lo menos, como delimitó o interpretó la controversia jurídica al momento de emitir la resolución), lo que se pretendería impulsar a través del ejercicio del derecho de participación ciudadana es una modificación del artículo 206 de la Constitución Política de 1993 para que su reforma total esté a cargo de una Asamblea Constituyente, no así que se convoque a una consulta popular de referéndum directo para la creación de una Asamblea Constituyente. Es decir, lo que materialmente se estaría buscando es consultar una reforma parcial de la Constitución Política (del artículo 206), no así una reforma total, lo cual se daría en el futuro a través de la Asamblea Constituyente, luego de constitucionalización.

Asimismo, es preciso reiterar que en la citada resolución, el Supremo Tribunal Electoral señala de manera expresa que su análisis se circunscribe a la posibilidad de que se venda o no el kit electoral para recolección de firmas de adherentes a la iniciativa ciudadana de referéndum; no existiendo un pronunciamiento sobre el fondo respecto a si es constitucionalmente admisible que se someta a consulta popular de referéndum, de manera directa, la creación de Asamblea Constituyente para que se elabore un proyecto de Constitución Política, ya que dicho análisis, siguiendo el razonamiento del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones en dicha resolución, se efectuaría solo en caso se cumpla con el porcentaje legal de firmas de adherentes que exige la Ley N° 26300, Ley de los derechos de participación y control ciudadanos.

De ahí que no resulte correcto sostener, a partir de esta resolución, que el Jurado Nacional de Elecciones ha validado que se pueda convocar a una consulta popular de referéndum, como consecuencia de un derecho de participación ciudadana, para la convocatoria a una Asamblea Constituyente, obviando un procedimiento legislativo previo a cargo de Congreso de la República.

4. La Resolución N° 157-2012-JNE de 29 de marzo de 2012

Quienes argumentan a favor de una convocatoria a una consulta popular de referéndum para la creación de una Asamblea Constituyente que elabore un proyecto de Constitución Política, se remiten también a la Resolución N° 157-2012-JNE de 29 de marzo de 2012.

Al respecto, es preciso mencionar que, en el segundo considerando de dicha resolución, se sostiene lo siguiente:

“2. En atención a lo dispuesto en las normas constitucionales, la Ley N.º 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, reconoce

y contempla los procedimientos para el ejercicio de los derechos de iniciativa de reforma constitucional (artículos 17 al 19) y de referéndum (artículos 37 a 44). Estos mecanismos son los previstos por el ordenamiento jurídico vigente para que la ciudadanía participe de manera directa en la reforma o dación de una nueva Constitución”.

Como puede apreciarse, en el citado considerando el Supremo Tribunal Electoral asocia o condiciona el ejercicio de los derechos de participación ciudadana antes descritos a lo previsto en la Ley N° 26300, “Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos”, habida cuenta que se trata de derechos constitucionales de configuración legal.

Asimismo, debe resaltarse que si bien en dicho considerando se hace alusión a la expresión “que la ciudadanía participe de manera directa en la reforma o dación de una nueva Constitución”, ello en modo alguno implica una validación o reconocimiento de la posibilidad de que se pueda someter de manera directa a una consulta popular de referéndum para aprobar reformas constitucionales, ya que el considerando citado debe ser leído en su integridad, lo que conlleva a asociar el derecho a iniciativa de reforma constitucional con la participación en el proceso de reforma, valga la redundancia; y la dación de una nueva Constitución, con la iniciativa de referéndum, más ello se da en el marco del procedimiento de reforma total de la Constitución, es decir, que la participación se produzca para ratificar la aprobación del Congreso (artículo 206 de la Constitución Política de 1993) o como consecuencia de una denegatoria de una iniciativa de reforma constitucional (entiéndase, total).

En adición a ello, es preciso recordar que la Resolución N° 157-2012-JNE resolvió declarar nulas la Resolución Subgerencial N.º 068-2011-SGCAA-SG/ONPE y Resolución de Secretaría General N.º 044-2011-SG/ONPE, emitidas por la Oficina Nacional de Procesos Electorales, y nulo todo lo actuado hasta la presentación de la solicitud presentada por Luis Miguel Trinidad Abarca. En concordancia con ello, dispuso que la Oficina Nacional de Procesos Electorales requiera al promotor de la iniciativa ciudadana para que precise y especifique su solicitud, es decir, que indique qué derecho de participación ciudadana pretende ejercer, en qué consiste su pedido y cuál es la forma de materializarlo.

En ese sentido, corresponde mencionar que el Jurado Nacional de Elecciones no dispuso que la Oficina Nacional de Procesos Electorales disponga la venta o entrega del kit electoral para recabar firmas de adherentes para una consulta popular de referéndum para que se convoque a una Asamblea Constituyente; tampoco sostuvo en dicha resolución que forma parte del contenido del derecho de iniciativa ciudadana de consulta popular de referéndum, el que se pueda convocar directamente a una Asamblea Constituyente para que se elabore una nueva Constitución Política y pese a que el artículo 206 de la Constitución Política no prevé dicho mecanismo. Y ello no podía ser de otro modo porque el Jurado Nacional



de Elecciones resolvió declarar la nulidad de los actos administrativos emitidos por la Oficina Nacional de Procesos Electorales y disponer que se emita un nuevo pronunciamiento.

En ese sentido, tampoco la citada resolución podría permitir arribar a la conclusión de que el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones considera constitucionalmente posible que se pueda convocar, en virtud del ejercicio del derecho de participación ciudadana, a un referéndum para la creación de una Asamblea Constituyente que elabore un proyecto de nueva Constitución Política, obviando el procedimiento de reforma constitucional previsto en el artículo 206 de la Constitución Política de 1993.

5. La necesaria interpretación unitaria y sistemática de la Constitución Política

Quienes argumentan a favor de la posibilidad de impulsar una iniciativa ciudadana de consulta popular de referéndum para reformar, de manera directa, la Constitución Política, se remiten al numeral 1 del artículo 32 de la Constitución Política de 1993, que dispone lo siguiente:

“Artículo 32.- Pueden ser sometidas a referéndum:

1. La **reforma total o parcial** de la Constitución; (...)” (énfasis agregado).

El razonamiento que se utiliza, en síntesis, es el siguiente: si el numeral 17 del artículo 2 y el primer párrafo del artículo 31 de la Constitución Política de 1993 reconocen el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos del país mediante referéndum, esto es, si existe un derecho constitucional de referéndum, y si el numeral 1 del artículo 32 de la Norma Fundamental permite someter a referéndum la reforma total o parcial de la Constitución; en consecuencia, es posible impulsar, de manera directa, una iniciativa ciudadana de consulta popular de referéndum para reformar la Constitución Política.

No obstante, dicho razonamiento obvia la existencia del artículo 206 de la Constitución Política de 1993 que forma parte, incluso, del Título VI denominado “*De la reforma de la Constitución*”. Es más, dicho título está integrado única y exclusivamente por el citado artículo 206.

Dicho precepto normativo establece literalmente lo siguiente:

“Artículo 206.- Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y **ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum** cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal

de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

La **iniciativa de reforma constitucional corresponde** al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas, y a **un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral**, con firmas comprobadas por la autoridad electoral” (énfasis agregado).

En ese orden de ideas, si existe una norma especial que regula el proceso de reforma de la Constitución, sin siquiera distinguir entre reforma parcial y reforma total; si tanto el artículo 32 como el 206 de la Constitución Política consideran a la consulta popular de referéndum como posibilidad y no como mandato u obligación, ya que más allá de considerarla como la regla general, el artículo 206 admite la posibilidad de eximirse de aquella; si el artículo 206 de la Norma Fundamental menciona expresamente a la ciudadanía, independientemente de que esta se encuentra comprendida en la consulta popular de referéndum, para reconocer su derecho a presentar iniciativas de reforma constitucional; y, si el artículo 206 de la Constitución Política no reconoce, como ocurre con el derecho de iniciativa de reforma constitucional, de manera explícita y literal la posibilidad de que las reformas constitucionales puedan aprobarse directamente por un referéndum impulsado por la ciudadanía, pese a que la misma Constitución reconoce el derecho ciudadano de referéndum en el numeral 17 del artículo 2 y en el primer párrafo del artículo 31; una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución Política no puede conllevar a que se sostenga que es posible impulsar un referéndum a través de una iniciativa ciudadana, para reformarla (entiéndase, la Constitución) obviando al Congreso de la República.

Al respecto, es preciso indicar que ello en modo alguno supone una anulación o desconocimiento del derecho de iniciativa de referéndum para impulsar reformas constitucionales, es decir, no implica la prohibición absoluta desde la propia Constitución Política, de que se pueda ejercer el citado derecho a referéndum en materia de reformas constitucionales; sino solo que tal ejercicio no puede suponer la inobservancia de un proceso deliberativo previo en el Congreso de la República, con lo que el derecho ciudadano, aunque constitucional, pasaría a ser de un ejercicio subsidiario o residual, para lo cual habría que remitirse a la ley a efectos de determinar las condiciones para activar una consulta popular de referéndum que permita reformar la Constitución Política.

6. El derecho a iniciativa de referéndum como derecho constitucional de configuración legal

El numeral 17 del artículo 2 de la Constitución Política de 1993 reconoce que “*Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum*” (énfasis agregado).



Conforme puede advertirse, el propio Poder Constituyente configura a los derechos a la participación política como derechos constitucionales de configuración legal, entre los cuales figura el derecho de referéndum.

Así las cosas, se tiene que el citado derecho puede ser visto en dos dimensiones: como el derecho a promover la convocatoria a una consulta popular de referéndum, y como el derecho a emitir el voto en una consulta popular de dicha naturaleza.

En adición a ello, habría que tener presente que, en tanto derecho constitucional de configuración legal, existe un amplio nivel o margen de discrecionalidad para que el legislador ordinario regule las condiciones e impedimentos para el ejercicio del derecho ciudadano de referéndum, ello en la medida que se salvaguarden los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Ahora bien, siendo que nos encontramos ante un derecho constitucional de configuración legal, lo que corresponde es remitirse, precisamente, a la ley desarrollo constitucional, esto es, la Ley N° 26300, *“Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos”*.

En ese sentido, cabría señalar en primer lugar que el artículo 37 de la referida Ley dispone que *“El referéndum es el derecho de los ciudadanos para pronunciarse conforme a la Constitución en los temas normativos que se le consultan”* (énfasis agregado). Dicho precepto normativo permite evidenciar que no correspondería someter a consulta popular de referéndum consultas genéricas ni amplias sin sustento normativo, habida cuenta que la consulta deberá tener como sustento o respaldo una fórmula normativa.

Es decir, más allá que en la cédula de sufragio no se consigne el contenido de la fórmula normativa sometida a consulta popular de referéndum, la pregunta girará en torno a ella. Atendiendo a ello, no correspondería que se formule una consulta sobre si la ciudadanía está de acuerdo o no con una Asamblea Constituyente si es que no existe una fórmula normativa que regule su mecanismo de convocatoria, elección y composición; no resultaría admisible que se consulte si se está de acuerdo con una reforma total o nueva Constitución si es que no se somete a consulta dicho nuevo texto normativo. Cuestión distinta sería que se pretenda consultar a la ciudadanía si se muestra de acuerdo con una reforma total de la Constitución a través de una Asamblea Constituyente, en cuyo caso se sometería a referéndum una fórmula normativa que modifique el artículo 206 de la Constitución Política.

Ahora bien, continuando con la remisión a la Ley N° 26300, es preciso considerar también que el literal a) del artículo 39, dispone lo siguiente:

“Artículo 39.- Procede el referéndum en los siguientes casos:

a) La reforma total o parcial de la Constitución, **de acuerdo al Artículo 206 de la misma.**
(...)”.

Como puede apreciarse, incluso la propia Ley N° 26300, *“Ley de los derechos de participación y control ciudadanos”*, asocia o vincula el derecho de iniciativa ciudadana de referéndum con el procedimiento de reforma constitucional previsto de manera expresa y específica en el artículo 206 de la Constitución Política, lo cual reafirma nuestra postura de que corresponde efectuar una interpretación unitaria y sistemática de la Norma Fundamental.

Adviértase entonces que el artículo 39 de la Ley N° 26300 no establece que procede el referéndum para la reforma total o parcial de la Constitución conforme o de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 de la Norma Fundamental, que prevé esa posibilidad de manera amplia y sin ninguna regulación procedimental, sino que dispone que la consulta popular de referéndum se aplique conforme al artículo 206 de la Constitución.

La referencia que efectúa dicha Ley al artículo 32 de la Constitución Política se realiza en términos negativos, esto es, para reafirmar en qué supuestos no corresponde someter a una consulta popular de referéndum. Efectivamente, el artículo 40 de la mencionada Ley dispone que *“No pueden someterse a referéndum las materias y normas a que se refiere el segundo párrafo del Artículo 32 de la Constitución”* (énfasis agregado).

El único supuesto que podría sostenerse habilita una consulta popular de referéndum promovida por la ciudadanía, para reformas la Constitución, sería el previsto en el artículo 41 de la Ley N° 26300, que dispone que *“Si la iniciativa legislativa fuera rechazada o modificada sustancialmente por el Congreso, conforme a esta ley se podrá solicitar iniciación del procedimiento de Referéndum, adicionando las firmas necesarias para completar el porcentaje de ley”*.

Si se considera que la iniciativa de reforma constitucional sigue siendo una iniciativa legislativa, puesto que el resultado sería una *“ley”* de reforma constitucional; y que la entidad que, por mandato constitucional, quien aprueba las *“leyes”* es el Congreso; podría interpretarse que sí es factible que se pueda promover desde la ciudadanía una consulta popular de referéndum si es que, al haber ejercido otro derecho constitucional, como es el derecho a presentar iniciativas legislativas (como es la iniciativa de reforma constitucional, reconocida de manera expresa en el artículo 206 de la Constitución Política), el Congreso de la República no aprobó tal iniciativa o la aprobó en términos sustancialmente distintos. Aquel sería el único mecanismo a través del cual podría plantearse la posibilidad de promover, desde la propia ciudadanía, una consulta popular de referéndum para impulsar una reforma constitucional.



No obstante, es preciso reconocer que la interpretación desarrollada en el párrafo anterior podría ser descartada si es que se le otorga mayor peso a una interpretación literal del artículo 206 de la Constitución Política. Nos explicamos. En la medida que el Congreso tiene la competencia para aprobar reformas constitucionales, los parlamentarios no están sujetos a mandato imperativo y la norma que regula de manera específica el procedimiento de reforma constitucional no contempla la posibilidad de promover iniciativas ciudadanas de consulta popular de referéndum, ya que ello queda en decisión del Parlamento; podría afirmarse válidamente que el derecho de referéndum no alcance o comprende la reforma constitucional en la dimensión de promoción, sino solo en la dimensión de participar como electores en una consulta popular que sería convocada en virtud de una decisión del Parlamento, no así de la ciudadanía. Dicha interpretación también encontraría asidero en la redacción de la propia Ley N° 26300, toda vez que, como se ha mencionado anteriormente, el literal a) del artículo 39 establece que procede una consulta popular de referéndum sobre reforma total o parcial de la Constitución, de conformidad con el artículo 206 de la Norma Fundamental, la cual no comprende el derecho de referéndum en clave de la promoción de la consulta, sino solo el derecho a presentar iniciativas ciudadanas de reforma constitucional (entiéndase, el derecho a iniciativa legislativa).

Incluso podría sostenerse que esta última interpretación que niega la posibilidad de promover desde la ciudadanía una consulta popular de referéndum para reformas constitucionales tendría mayor sustento constitucional directo, más aún si se parte de la premisa de que los derechos a la participación política son derechos constitucionales de configuración legal. Por ejemplo, la Constitución Política reconoce el derecho ciudadano a la revocatoria de autoridades, sin embargo, no es factible promover la revocatoria del presidente ni de los congresistas de la República. La Constitución Política reconoce el derecho a la remoción de autoridades, no obstante, no se entiende que dicho derecho faculta a la ciudadanía a promover la remoción de titulares o miembros de organismos constitucionales autónomos y ministros. Bajo esa lógica, atendiendo a los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución y a que el derecho a referéndum es un derecho constitucional de configuración legal, resultaría viable sostener que en tanto no se encuentra habilitado el mecanismo en la norma especial (entiéndase, el artículo 206 de la Constitución Política), no procedería que la ciudadanía, así hubiese impulsado en un primer momento una iniciativa de reforma constitucional, pueda promover una consulta popular de referéndum en caso dicha iniciativa no fuese aprobada por el Pleno del Congreso de la República.

Sin embargo, contra esta última lectura podría sostenerse que en tanto el poder único del Estado reside en el pueblo, la democracia representativa no puede anular, sino coexistir con mecanismos de democracia directa, por lo que no debiera impedírsele a la ciudadanía tomar decisiones sobre iniciativas que provengan de ella misma, de manera que si el primer llamado en virtud de la democracia representativa a analizar, debatir y de ser el caso, aprobarlas (entiéndase, el Parlamen-

to), no lo hace; debiera ser la ciudadanía la que determine, finalmente, si ratifica dicha decisión de sus representantes o delegados del poder público que reside en el pueblo o no.

7. Poder Constituyente y Asamblea Constituyente

Quienes argumentan a favor de la posibilidad de que se someta a consulta popular de referéndum, de manera directa, la convocatoria a una Asamblea Constituyente, señalan que esta última, en tanto poder ilimitado, es la única que pueda aprobar una nueva Constitución. Expresado en otros términos, que no resulta viable que un poder constituido como el Parlamento pueda promover y aprobar iniciativas de reforma total de la Constitución y, menos aún, una nueva Constitución.

Al respecto, habría que distinguir entre Poder Constituyente y Asamblea Constituyente. Desde nuestra perspectiva, en la medida que el poder del Estado es único y reside en el pueblo, que es el titular de aquel, lo único que debiera exigirse es que una reforma total de la Constitución o una nueva Constitución sea sometida a una consulta popular de referéndum.

La Asamblea Constituyente, a nuestro juicio, pese a su naturaleza temporal y a que tenga un encargo específico de elaborar un proyecto de nueva Constitución Política o de reforma total de la Constitución, sigue siendo un órgano constituido, en tanto que, en estricto, no detenta el poder constituyente. La Asamblea Constituyente podrá tener mayor margen de discrecionalidad o maniobra para elaborar un proyecto de nueva Constitución, pero sigue siendo ello: un proyecto.

El que tendrá que ratificar o aprobar dicho proyecto de nueva Constitución Política es el pueblo, quien es el auténtico y único titular del Poder Constituyente. Es decir, aquel poder “ilimitado” o “absoluto” recae no en la Asamblea Constituyente, sino en el pueblo.

Por tanto, así como no hay que temer a una Asamblea Constituyente, puesto que aquel también tiene límites, tanto temporales como competenciales, porque por sí mismo no puede “aprobar” sino elaborar un proyecto de Constitución o de reforma total de la actualmente vigente; tampoco se podría aprobar un proyecto de reforma total de la Constitución Política sin pasar por una ratificación a través de una consulta popular de referéndum. De esa manera, el artículo 206 de la Constitución Política ha de permitir que el Congreso de la República exonere la consulta popular de referéndum para reformas parciales, mas no para una reforma total de la Constitución.

Esto último es así porque el Congreso de la República, en tanto poder constituido, podrá ejercer la función constituyente a través de la reforma constitucional, pero en tanto que no es el titular originario del “poder constituyente”, no podría aprobar, de manera unilateral, exclusiva y excluyente, una nueva reforma total de la Constitución Política.



En esa misma dirección, estimamos que ni siquiera mediante una consulta popular de referéndum se podría otorgar a la Asamblea Constituyente la labor de aprobar, de manera unilateral y sin consulta a la ciudadanía, una nueva Constitución, menos aún una reforma total de la Constitución Política, puesto que el artículo 206 de la Constitución Política no contempla actualmente a la Asamblea Constituyente como un mecanismo de reforma constitucional.

8. Reflexión final

Ciertamente, la Constitución Política de 1993 reconoce el derecho a referéndum, lo que comprende tanto el derecho a promover una consulta popular como el derecho a participar como votantes en ella; sin embargo, en tanto derecho constitucional de configuración legal, no se trata de un derecho absoluto, por lo que sus alcances, condiciones y límites a su ejercicio se encuentran determinados por la propia Constitución Política y la Ley N° 26300, “*Ley de los derechos de participación y control ciudadanos*”.

En ese contexto, una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución Política, así como una interpretación que considere como parte del bloque de constitucionalidad a la Ley N° 26300 antes mencionada, permiten sostener que no resulta constitucionalmente posible que se promueva, desde la ciudadanía y de manera directa, una consulta popular de referéndum para impulsar una reforma constitucional sea total o parcial.

Incluso una interpretación flexible y favorable al derecho a referéndum permitiría aceptar una iniciativa ciudadana de ese tipo, mas de manera residual, luego de que se haya ejercido el derecho a iniciativa de reforma constitucional y que el Congreso de la República, que necesariamente deba ser parte del proceso de reforma, no haya aprobado dicha iniciativa o la hubiese aprobado una reforma en un sentido distinto al de la iniciativa ciudadana.

De pretender que un proyecto de reforma total de la Constitución o de nueva Constitución Política sea elaborado por una Asamblea Constituyente, a nuestro juicio, la ciudadanía o el Parlamento debieran promover primero una reforma del artículo 206 de la propia Constitución Política de 1993, la cual incluso podría ser modificada en el sentido que se consagre expresamente la posibilidad de que la reforma constitucional, total o parcial, sea impulsada de manera directa por la ciudadanía, tanto a nivel de iniciativa como de consulta popular de referéndum.

Con kits electorales adquiridos y en proceso de recolección de firmas de adherentes para impulsar una consulta popular de referéndum para la convocatoria a una Asamblea Constituyente para la elaboración de una nueva Constitución Política en curso; la respuesta sobre si ello es constitucionalmente posible quedará en manos, en primer lugar, del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, y, en todo caso, de la jurisdicción constitucional, como consecuencia de la interposición de

un proceso constitucional de amparo, el cual puede terminar en el Tribunal Constitucional. Mientras tanto, el debate continuará en la esfera académica.

9. Bibliografía

Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. (2001). Informe de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional de Perú. Lima: Ministerio de Justicia.

Jurado Nacional de Elecciones. (2003). Resolución N° 109-2003-JNE.

Jurado Nacional de Elecciones. (2012). Resolución N° 157-2012-JNE.

Tribunal Constitucional. (2002). Sentencia N° 0014-2002-PI/TC.



BLOQUE III: ACTUALIDAD CONSTITUCIONAL

ENTREVISTA: UN HOMENAJE A JAVIER ALVA ORLANDINI; POLÍTICO, DEMÓCRATA Y CONSTITUCIONALISTA

INTERVIEW: A TRIBUTE TO JAVIER ALVA ORLANDINI; POLITICIAN, DEMOCRAT AND CONSTITUTIONALIST

César Landa Arroyo*

Resumen:

En la presente entrevista, el autor relata diversos momentos destacados de la trayectoria de Javier Alva Orlandini, su colega y amigo. Asimismo, analiza sus diversas facetas como político, académico y Presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Además, el autor resalta su labor de ingeniería constitucional como magistrado y el talante democrático que lo caracterizaba. También, desarrolla lo referente al proyecto de Constitución que Alva Orlandini elaboró y su legado como referente de la democracia constitucional peruana.

Palabras clave: Javier Alva Orlandini, Tribunal Constitucional, Constitución, política, democracia.

Abstract:

In this interview, the author recounts various highlights in the career of Javier Alva Orlandini, his colleague and friend. Likewise, he analyzes his various facets as a politician, academic and President of the Constitutional Court of Peru. In addition, the author highlights his constitutional engineering work as a magistrate and the democratic spirit that characterized him. It also develops what is related to the draft Constitution that Alva Orlandini drew up and his legacy as a benchmark for Peruvian constitutional democracy.

Keywords: Javier Alva Orlandini, Constitutional Court, Constitution, politics, democracy.

*Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Alcalá de Henares. Posdoctor por la Universidad de Bayreuth (Alemania). Ha sido Presidente y magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Ex Viceministro de Justicia. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, es Ministro de Relaciones Exteriores. Profesor de Derecho Constitucional en la PUCP y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Vicepresidente de la International Association of Constitutional Law. Comisionado de la International Commission of Jurists.



Franco Vásquez:

Buenos días, Dr. Landa, espero se encuentre bien. Soy Franco Vásquez, miembro del Círculo de Derecho Constitucional, reciba un cordial saludo a nombre de la Revista Athina de la Universidad de Lima. Agradecemos que haya aceptado nuestra invitación para este homenaje a Javier Alva Orlandini, ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú, y ex Presidente del Senado. Por favor, coméntenos ¿Cuándo y en qué circunstancias conoció a Javier Alva y cuál fue su primera impresión?

César Landa:

Muchas gracias a Athina, por la entrevista y por el homenaje a don Javier Alva Orlandini, estimado colega y amigo. Lo conocí cuando en el año 2004, cuando yo ocupaba el cargo de Viceministro de Justicia y él era Presidente del Tribunal Constitucional. El gobierno de entonces había promovido una reforma del sistema de justicia luego de la dictadura de Fujimori. Se creó el CERIAJUS, que era una comisión de reforma integral del sistema de justicia, donde participaban distintos representantes, propiamente, del Poder Judicial, Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, Colegio de Abogados, Tribunal Constitucional, Ministerio de Justicia.

Y, en esas reuniones, tuve la oportunidad de compartir y conocer, en la labor de evaluación del sistema de justicia, a Javier Alva Orlandini. Mi primera impresión fue que era conocido desde ya por sus cargos políticos; en el Congreso, en el Ministerio del Interior durante el primer gobierno de Belaunde, posteriormente como Presidente del Senado y candidato a la Presidencia. Era un personaje con un talante de estadista que combina lo político, la visión de la democracia y su defensa en contra de las dictaduras como la de Fujimori y como las anteriores que sufrió. Lo recuerdo como un hombre con un talante y una fuerza de convicciones democráticas.

Franco Vásquez:

Una gran reflexión sobre Javier Alva Orlandini, estimado Dr. Landa. En mérito a que usted es un altamente destacado constitucionalista, le formulo la siguiente interrogante ¿Cómo podría usted definir el concepto de democracia constitucional?

César Landa:

Yo diría que no puede haber un Estado de Derecho que no sea democrático y constitucional a la vez, porque el poder del Estado emana del pueblo y no de los dictadores. Incluso, desde el poder se arroga el poder del pueblo, como ocurrió con el auto golpe de Estado del 5 de abril. No hay derecho sin democracia ni democracia sin derecho; está en la Constitución, porque ese orden jurídico debe ser constitucional para que sea limitado.

Incluso, por el artículo 45 de la constitución, se señala que el poder del Estado emana del pueblo y se ejerce por sus autoridades electas de conformidad con la Constitución y las leyes. De modo tal que, el concepto de democracia constitucional es un concepto político, democrático y también jurídico; de control y límites, para la protección de los derechos humanos.

Franco Vásquez:

Gracias, doctor ¿Cuál considera que es el mayor aporte de Javier Alva Orlandini a la democracia constitucional peruana?

César Landa:

Creo que su historia de vida demuestra sus tempranas vocaciones democráticas en la lucha contra la dictadura de Odría que le cupo ser desterrado a Bolivia y él incluso reingresa clandestinamente para seguir luchando por la democracia, desde la década de los 50.

Luego, en la vida política, cuando ha ejercido funciones públicas en el primer gobierno de Belaunde, en la lucha también contra el gobierno militar que golpeó a Belaunde. Se pudo ver en el más alto nivel sus valores democráticos de no asilarse, sino más bien mantener siempre en alto las banderas de la democracia militante. Y, en ese sentido, creo que el mayor aporte de Javier Alva a la democracia constitucional peruana es su forma de vida.

No solamente de lucha, sino también cuando fue Presidente del Senado y, ya en la década de los 2000 en democracia, Magistrado del Tribunal Constitucional, supo conducir con experiencia como legislador en un caso y luego como jurisconsulto en otro. Una combinación poco vista en la historia. Ha dejado aportes en la elaboración de códigos durante su paso por el Congreso, también de jurisprudencia constitucional muy importante para la defensa de los derechos humanos y del Estado democrático y constitucional.

Franco Vásquez:

Perfecto y, justamente mencionando el Tribunal Constitucional, usted ha sido magistrado y Presidente del TC. ¿Cuál considera que fue el principal aporte de Javier Alva Orlandini en la organización y funcionamiento de dicho órgano constitucionalmente autónomo?

César Landa:

A la caída de la dictadura de Fujimori, el cupo al Congreso a nominar a nuevos cuatro magistrados en año 2002 al Tribunal, entre ellos Javier Alva. Él ocupó una posición por experiencia y por méritos de liderazgo en la reconstrucción del Tribunal, que había sido sometido a la dictadura de Fujimori por magistrados que dependían de Montesinos, literalmente. Y, en expresión de ello, son las sentencias



que se dictaron en esa época o la expulsión, que hicieron, de magistrados que se opusieron a la reelección presidencial de Fujimori; Delia Revoredo, Rey Terry y Aguirre Roca.

A Javier Alva, entonces en 2002, cuando se incorpora al Tribunal, asume la conducción del Tribunal Constitucional. Se da también como consecuencia la reorganización en base a salas y, en el 2004, el parlamento aprobó el Código Procesal Constitucional. Ese año me incorporo como magistrado del Tribunal y puedo observar el liderazgo, el talante que tenía para potenciar el Tribunal Constitucional.

Asimismo, de su rol en garantizar el acceso a la justicia constitucional para los ciudadanos de a pie. Además de poder cumplir, porque justicia que tarda no es justicia y, en ese sentido, establecer estándares de productividad; no solamente los asesores sino también los magistrados. Con gran talante él pudo llevar a cabo estas tareas, como así se realizó, para afirmar la democracia en las sentencias y garantizar que no haya impunidad de violaciones de derechos humanos, la lucha contra el narcotráfico y, sobre todo, la lucha contra la corrupción, que fue lo que caracteriza a este periodo de la presidencia de Javier Alva Orlandini.

Franco Vásquez:

Interesante, estimado doctor. Es necesario recordar que, Javier Alva, como magistrado fue ponente de diversos casos. De entre estas sentencias ¿Cuál considera la más importante, aquel gran aporte a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional realizado por el ex Presidente del TC, Javier Alva Orlandini?

César Landa:

Yo diría que, de su periodo como magistrado, la sentencia que me parece más importante es la 0010-2002-AI, que es la sentencia en relación a la legislación antiterrorista. Porque, a la salida del gobierno de Fujimori, había dejado todo un camino de violación de derechos, que el Perú comenzaba a ser condenado internacionalmente, a través de la Corte Interamericana y la Comisión.

Entonces, reconstruir el Estado democrático sin dejar de lado la lucha contra el terrorismo requería una labor de ingeniería constitucional. En ese sentido, la sentencia 0010-2002-AI permitió declarar inconstitucional la legislación antiterrorista, pero no dejar libres a los terroristas, sino en todo caso exhortar al Congreso que legislara nuevamente sobre esa materia, para que conforme a los estándares constitucionales e internacionales se volviera a investigar y sancionar de acuerdo al debido proceso y los derechos humanos.

Esa labor de ingeniería constitucional tuvo una serie de coordinaciones; entre el Tribunal, que exhortó al parlamento y el Ejecutivo finalmente legisló. Y, se iniciara nuevamente los procesos de más de cinco mil personas que estaban procesadas o condenadas por terrorismo. Con gran visión de estadista o histórica, era dar un

paso hacia atrás para salir más adelante. Así, cuando se revisaron nuevamente a través de la nueva legislación antiterrorista, los casos fueron ya condenados y sancionados bajo estándares nacionales e internacionales.

Por eso, cuando una terrorista, que había sido condenada con la nueva legislación democrática, acudió a la Corte Interamericana, la Corte IDH desestimó el pedido, porque ya el Perú se había puesto al día con los estándares que esta sentencia había promovido.

Franco Vásquez:

Gracias, estimado doctor. Con respecto a los votos singulares que emitió Javier Alva Orlandini como magistrado del Tribunal Constitucional ¿Cuál considera que es el más importante?

César Landa:

Una sentencia puede ser aprobada de manera consensuada por los siete magistrados, pero alguno puede tener opiniones opuestas, entonces hace un voto contrario, singular. Pero también hay votos concurrentes; significa que yo estoy de acuerdo con la sentencia, con los fundamentos, pero quiero darle otros fundamentos adicionales, que la mayoría considera que no son necesarios.

Yo diría que Javier emitía votos singulares y concurrentes, pero sobre todo, en esta etapa, ha habido votos donde él tenía una perspectiva histórica de la Constitución, de la historia política y este era un aporte muy importante a efectos de poder conocer su punto de vista. A veces eran de una extensión muy significativa, casi igual o mayor que la propia sentencia.

Las sentencias tienen que ser pedagógicas para que puedan ser entendidas. Pero también cada magistrado puede poner un aporte adicional. En un voto concurrente, hizo todo un proyecto de una nueva Constitución. Entonces, en un voto concurrente trabajó a nivel histórico un caso, en otros, todo un proyecto de Constitución que consideraba importante dejar como testimonio. Yo diría que ese es el aspecto más significativo de sus votos.

Franco Vásquez:

Fascinante análisis sobre los votos, doctor. Por cierto, todos sabemos las diversas facetas destacadas en la vida de Javier Alva Orlandini, tanto en lo jurídico como en lo político, en especial cuando fue diputado, senador, ministro. ¿Considera que la experiencia en esos cargos le pudo servir en el momento que ocupó el cargo de magistrado del Tribunal Constitucional?



César Landa:

Yo creo que sí, porque el Tribunal Constitucional está entre el derecho y la política. En mérito a que declara inconstitucionales leyes que aprobó el parlamento, que es un órgano político, no siendo el Tribunal, propiamente, un órgano político, sino jurídico. Él combinaba, de manera armoniosa, esa química entre la experiencia política de toda la vida y la función de magistrado, de modo tal que hacía derecho político-democrático.

Y, eso permitía tener una visión de estadista. Por un lado, para que alguna sentencia que tiene un impacto, como la de la legislación antiterrorista u otras, encajaran dentro de cualquiera de los parámetros democráticos y constitucionales. En particular, Javier me decía que técnicamente suscribía lo que yo propusiera, y él tenía una visión complementaria de la parte política. Entonces, lo técnico y lo político ahí encajábamos. Yo aprendiendo de lo político y él, conocía los temas jurídicos, pero mi especialidad era constitucional, de modo tal que podía haber una buena química y así existió.

Cuando alguna vez estuve en un evento con el Presidente del Tribunal Constitucional de Portugal, me encontraba también que en su Tribunal había esa división. Que había jueces que venían de la judicatura, propiamente dicha, otros que venían de la abogacía, de la política y otros de la academia. Y, una buena química es cuando hay esa armonía basada en valores democráticos y de tutela de los derechos, que era un puente que transitábamos ida y vuelta muy fácilmente; no obstante, su larga experiencia y la mía mucho más corta. Pero, finalmente, en esos valores nos encontramos en el TC.

Franco Vásquez:

Claro, como un balance entre ambas partes.

César Landa:

Así es.

Franco Vásquez:

Ahora, pasemos al ámbito de la política. ¿Cuál es su opinión sobre la participación de Javier Alva Orlandini en la política? ¿Cuál cree usted que es su principal legado?

César Landa:

Yo lo vería más como un académico que soy, que el aporte de Javier en la política fue, a través del Congreso, los proyectos de Código; Procesal Civil, Penal. En los cuales fue un activo legislador y promotor. Creo que eso pocas personas han tenido esa opción de tener un aporte político a través del derecho.

Franco Vásquez:

Claro. Usted mencionó previamente la lucha de Javier Alva Orlandini contra Odría. ¿Qué lo que más recuerda de la lucha de Javier Alva Orlandini en contra de los gobiernos autoritarios?

César Landa:

En general, él tiene profundas convicciones democráticas. En esa época, era fácil de discernir el golpe de Estado, evidente, de un dictador de militar; la época de Odría, Velasco y Morales. Luego, también las nuevas formas de autoritarismo que es un tan blanco y negro como es el caso de Fujimori, electo por el pueblo, pero luego hace un autogolpe. Él también tiene claridad y no se deja confundir en torno al modelo económico y a la lucha de la pacificación o la inflación.

Él tiene claro los valores democráticos como fundamento y que no se justifican en éxitos transitorios por la lucha contra el terrorismo, la hiperinflación. De modo tal que, tenía en su ADN, en la sangre, estos valores democráticos bien aprendidos y no se dejaba engañar. De pronto, se presentaban “sirenas” autoritarias que se presentaban como democracia popular, pero que en el fondo eran contrarias a las libertades y valores humanos, concretamente.

Franco Vásquez:

Remontándonos al pasado, específicamente en el siglo XIX, los proyectos de Constitución eran redactados por políticos, pero en el siglo XX esto es algo inusual. En ese sentido ¿Qué opinión le merece el proyecto de Constitución que redactó Javier Alva Orlandini hace algunos años?

César Landa:

En efecto, comentaba que en uno de los votos que emitió en una sentencia, trasladó lo que él había ido elaborando, precisamente, como una alternativa a la Constitución de Fujimori. Habrá que decir que nosotros nos conocimos no solo en 2004, sino también en 2000 cuando Paniagua asume la presidencia provisora y forma una Comisión de Bases para la Reforma Constitucional, en la cual la estuvimos integrando un grupo de juristas, obviamente, estaba Javier y yo también. Aunque él estaba más en la parte orgánica, política, y yo estaba en la parte de los derechos fundamentales, pero fue ese documento un producto colectivo que generó también reflexione propias como la de Javier, para poder proponer una Constitución.

Esta se trató de implementar, desde ya, en el año 2002 cuando asume Toledo, que remite este documento de bases de la Constitución peruana al Congreso, que aprueba, mediante ley 27600, el inicio de una reforma total de la Constitución retirando la firma de Fujimori y creando una Comisión de Reforma Constitucional que presidió ya, en ese entonces, el ex Presidente Paniagua y donde formé parte de un comité de apoyo para llevar a cabo esta tarea de asesoramiento a la reforma constitucional.



Allí, este proyecto de Constitución, lamentablemente, quedó a los dos años, en el camino, porque el líder del APRA, Alan García, ya previendo ser candidato para las elecciones del 2006 retiró el apoyo de su partido en el Congreso, cayó entonces el proyecto de reforma. Fue una estrategia también válida de Javier dejar sentado mediante esa sentencia, en su voto, que había un proyecto de Constitución que ciertamente es un espíritu que él siempre tuvo de cambiar la Constitución; es un tema todavía pendiente en nuestra democracia actual.

Franco Vásquez:

Claro. Hemos repasado distintas facetas de Javier Alva Orlandini y, ahora, enfocándonos en la parte académica, a su criterio ¿Cuáles son los aportes que realizó Javier Alva Orlandini al derecho constitucional en el ámbito académico y en la enseñanza del derecho?

César Landa:

En la experiencia compartida en el Tribunal, Javier me indicaba que, en su larga vida de político de los años 50, 60, 70, 80,90 y, en esta última etapa en los años 2000 en el Tribunal, era la que más le gustaba, porque podía toda su experiencia acumulada resumirla en el derecho Constitucional. Por eso, se animó a escribir algunos temas, no solamente sus discursos políticos, sino también temas constitucionales.

En sus discursos era muy locuaz y de ideas claras, que podían traducirse entonces en las audiencias públicas que realizábamos, que él promovió de manera descentralizada por distintas zonas del país. Hemos ido a las ciudades alrededor de Puno, al norte del Perú, Cajamarca, hasta la frontera San Ignacio, en la selva requeña, o en el sur; en Tacna, Cerro de Pasco, Huancavelica, Ayacucho, Piura, Tumbes.

Y, en todas esas audiencias constitucionales que realizamos para ver las causas, también se promovió dar conferencias, ir a las universidades y Javier, entonces, era también desde ya uno de los expositores en los ámbitos académicos y de la enseñanza del derecho sobre la justicia constitucional, el Tribunal Constitucional y las sentencias.

Era una labor pedagógica que también realizaba de manera brillante; por eso, también fue declarado Doctor Honoris Causa en muchas de estas universidades y siempre con la enseñanza no solo a los estudiantes sino a los participantes de las audiencias públicas que venían a las localidades.

Por ejemplo, recuerdo en el caso Ilave, que en el año 2004 hubo una justicia popular y los comuneros mataron al alcalde. Nosotros llegamos, me parece, el 2005 a Ilave, un año después. Y, en la audiencia pública, el auditorio se llenó. Estaba vacío, pero cuando entramos nosotros, entonces entraron todos los miembros de la comunidad, y llenaron el auditorio.

Y Javier tuvo el talante de llamar la atención en un sentido fuerte; que la justicia no puede ser tomada de las manos. La justicia no es el ojo por ojo, diente por diente. La justicia es la justicia basada en derecho, y la población indígena-campesina que estaba ahí, pues escuchaba atentamente, porque era una enseñanza hablándole al pueblo que no tuvo una educación suficiente y a veces toman la justicia por sus manos, porque no llega la justicia oficial.

La justicia constitucional, entonces, no solamente es escrita sino también oralizada, puede ser también una forma de enseñanza a los pobladores de distintos lugares; sea de Trujillo, Tacna, o diferentes regiones. Creo que ha sido una época realmente primaveral en el mejor sentido de expansión del Tribunal, de sus valores democráticos y de cercanía al ciudadano.

Javier tenía un talante en Lima o en provincias de cercanía al ciudadano, de servicio. Creo que esa es la mejor experiencia de vida que Javier nos deja; que la labor académica no era una labor encerrada, sino también en audiencias, en aulas, en las calles. Y así hay que recordarlo también como un gran maestro y político, pero sobre todo jurista y magistrado del Tribunal Constitucional.

Franco Vásquez:

Exactamente, muchas gracias Dr. Landa. Por cierto, en mérito del proceso de elección de los nuevos magistrados del Tribunal Constitucional ¿Cuál cree usted que es el perfil idóneo para un candidato?

César Landa:

Creo que el Tribunal Constitucional, como instancia final que declara qué son los derechos fundamentales de cualquier ciudadano y establece los límites al poder Legislativo, Judicial y Ejecutivo cuando se exceden en su función, requiere un perfil, en primer lugar, de personas idóneas. Es decir, conocedoras de la materia.

En segundo lugar, personas con ética; es decir, pueden ser abogados, jueces, políticos, pero con una trayectoria ética, porque finalmente se ventilan casos de interés; no solamente de derechos sino también patrimoniales. En tercer lugar, diría, pluralismo, todo Tribunal tiene magistrados de distintas opciones jurídicas, pero cada elección debe ser plural. Y, en cuarto lugar, debe tener una trayectoria de independencia de criterio en los cargos que haya ocupado; privado o públicamente.

Por último, no haber estado vinculado con dictaduras. Es la tradición de todo Tribunal; trayectoria democrática. Yo creo que esos enfoques deben permitir que un proceso de designación de magistrados sea transparente; cosa que a veces no ha ocurrido lamentablemente. Y, además, que sea materia de observación, porque a veces puede haber leyes, procesos, pero que se cocina por dentro, como se dice, la cocina pequeña; quién sale o quién no sale, quién entra o quién no entra.



Entonces yo creo que, por ejemplo, tiene que haber observadores de este proceso; legítimamente no hay nada que ocultar. Hay un panel internacional independiente que se ha presentado para poder compartir también una visión de las candidaturas; dado que hay estándares internacionales sobre quiénes deben ser jueces nacionales o internacionales. Y, es sin ninguna decisión vinculante; solamente con conocer y opinar se haría mucho bien que este proceso esté también bajo esta observación independiente internacional y que conozcamos los ciudadanos cuál es el perfil de cada uno de los candidatos que queden, para que el Congreso elija de manera razonable y oportuna.

Franco Vásquez:

Interesantes reflexiones, estimado doctor. Para concluir la entrevista, por favor bríndenos alguna breve reflexión para los lectores de la revista.

César Landa:

Como no, creo yo que hay que entender al estado de derecho también en función de personajes que hacen que avance el estado de derecho y Javier Alva ha cumplido ese rol en nuestra historia jurídica y política de las últimas décadas. En ese sentido, el homenaje que se brinda, como en otros en los que he participado, es un mérito que ha ganado a través de su acción y en la posteridad evidentemente. Por eso, creo que los jóvenes deben aprender en estas épocas confusas sobre qué es democracia o no, qué es constitucional o no. Hay valores y principios tan claros en torno a la democracia constitucional como tuvo Javier Alva Orlandini en su obra y vida.

Franco Vásquez:

Muchas gracias Dr. Landa, ha sido un honor poder conversar con usted y a nombre de la revista Athina le agradecemos por aceptar nuestra invitación.

César Landa:

¡Muchas gracias a todos!



EL CONTROL PARLAMENTARIO A LOS PRESIDENTES EN MINORÍA: UN BALANCE

PARLIAMENTARY CONTROL OF PRESIDENTS IN MINORITY:
A BALANCE

Milagros Campos*

A Pedro Planas, demócrata ejemplar

Resumen:

El presente artículo realiza un balance del control parlamentario en el Perú en los últimos años, en mérito del régimen de presidencialismo parlamentarizado y bajo el contexto de constantes enfrentamientos entre el Ejecutivo y Legislativo. Asimismo, la autora explora los mecanismos de control contemplados en la Constitución peruana; la cuestión de confianza obligatoria, los pedidos de información, la invitación a informar, la interpelación, la censura ministerial y las comisiones investigadoras. También, aborda algunos de estos mecanismos de control dando cuenta de su uso en gobiernos sin mayoría y congresos fragmentados.

Palabras clave: Control parlamentario, presidencialismo parlamentarizado, relaciones Ejecutivo-Legislativo, mecanismos de control, gobierno sin mayoría.

Abstract:

This article takes stock of parliamentary control in Peru in recent years, due to the parliamentary presidential regime, and under the context of constant confrontations between the Executive and the Legislature. Likewise, the author explores the control mechanisms contemplated in the Peruvian Constitution; the issue of mandatory trust, requests for information, the invitation to report, interpellation, ministerial censorship, and investigative commissions. It also addresses some of these control mechanisms, accounting for their use in governments without a majority and fragmented congresses.

Keywords: *Parliamentary control, parliamentary presidentialism, Executive-Legislative relations, control mechanisms, government without a majority.*



*Abogada y politóloga con estudios concluidos de Doctorado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Integrante del Consejo Asesor del Observatorio de Reformas Políticas de América Latina. Docente en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente en la maestría de la Universidad San Martín de Porres. Ha sido integrante de la Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política. También, ha sido docente en la Universidad de Lima, Universidad del Pacífico e integrante del Consejo Consultivo de la Comisión de Constitución del Congreso de la República. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Contacto: milagros.campos@pucp.pe

1. Introducción

El informe de Idea Internacional sobre “El estado de la democracia en el mundo 2021: Fomentando la resiliencia en una era pandémica” destaca el rol del control parlamentario como un indicador de la democracia en cada país. El control político es esencial en el Estado Constitucional de derecho, lo es para la vigencia de la democracia. Loewenstein señala que el constitucionalismo es la forma más eficaz para moderar y limitar el poder. Sin controles, la democracia constitucional no existe. La función de control del gobierno es inherente a todo parlamento, sin importar su carácter presidencial, semi presidencial o parlamentario, pues como señala el García Roca se deduce de las ideas de responsabilidad y representación política (García Roca, 2016).

¿Por qué controla el Congreso? El Parlamento es el órgano plural de representación y deliberación. La función de representación es la columna vertebral del órgano legislativo, la que lo obliga a conectarse con la ciudadanía (Planas, 2001). Es la representación el fundamento de las otras funciones que realiza (Krunke & Thorarensen, 2018), pues se controla porque se representa (Planas, 2001) (Sagüés, 2002). La importancia de ese control político es expresada por John Stuart Mill: “La labor correcta de una asamblea representativa no consiste en gobernar, para lo cual está radicalmente incapacitada, sino en vigilar y controlar al gobierno” (Mill).

La naturaleza del control parlamentario también ha sido materia de debate académico, de lo que da cuenta la doctrina. Así, Fernando Santaolalla la define como aquella actividad que se ejerce para la tutela de ciertos valores que se debe proteger, que “puede consistir en la verificación del respeto de los valores o principios protegidos y en la adopción de medidas sancionatorias”. El control parlamentario tiene como “parámetro de referencia principios o criterios políticos, como la interpretación de los valores de la Constitución, el programa ofrecido por el gobierno” (Santaolalla, 2019). Se ejerce a través de todas las actividades que desarrolla el Poder Legislativo (Mora-Donatto, 2002) y muestra su importancia para consolidar el Estado constitucional democrático (Landa Arroyo, 2004).

De manera que no está circunscrito a actos de fiscalización o de presión política sobre el gobierno. Como explica Valadés, solo controla quien tiene poder. “Controlar al poder es pues un acto de poder” (Valadés, 2000). Aun cuando el control parlamentario puede relajarse en momentos de crisis¹ (Loewenstein, 1976) es tarea del congreso orientarlo a fin de “comprobar que los actos y disposiciones adoptados por la autoridad no transgreden, limitan o suspenden ninguno de los derechos reconocidos por el texto constitucional de manera desproporcionada o abusiva” (Fernandez Segado, 1981).

¹ El citado informe de Idea Internacional refiere al papel que jugó el control parlamentario durante la pandemia, período en el que los países recurrieron al estado de excepción para atender la emergencia. También puede revisarse Fuchs, Marie-Christine; Querido, Leandro; “Covid-19, Estado de derecho y procesos electorales en Latinoamérica”; 2021 Konrad - Adenauer - Stiftung e. V.; Transparencia Electoral.

Manuel Aragón distingue entre el control jurídico, el político y el social (Aragón, 1986). El control parlamentario sin dejar de ser político, ha de ser concebido y garantizado como control jurídico. El control parlamentario es un control marcadamente político, de carácter subjetivo, es decir, no existe un canon fijo y predeterminado de valoración sobre la acción del gobierno; es voluntario, a diferencia del control jurídico que es obligatorio; la apreciación que realice el parlamento es completamente autónoma e incluso, dicha evaluación puede estar condicionada por circunstancias concretas, por las razones y eventualidades políticas que la generen (Mora-Donatto, 2018).

El carácter político del control deriva de la naturaleza del órgano que la realiza, de quienes lo hacen y de sus objetivos. En el control parlamentario influyen factores exógenos como la correlación de fuerzas entre oficialismo y oposición, el grado de fragmentación del Congreso. También depende de los partidos políticos que la integran, su distancia ideológica y el estilo cooperativo o confrontacional que tenga frente al gobierno. En las democracias con sistemas de partidos institucionalizados, son estos los que organizan y canalizan los procesos de control político. Cuando los partidos políticos son débiles, sin estructura ni afiliados será difícil que puedan canalizar actos de control parlamentario de manera eficaz y leal con el sistema democrático. También influye la experiencia de los parlamentarios. Los parlamentarios reelectos son un contrapeso para el ejecutivo.

2. Los mecanismos de control en el sistema de gobierno peruano

Si bien los sistemas de gobierno definen los mecanismos de control parlamentario, el proceso de parlamentarización de los presidencialismos y las reciprocas influencias entre reglamentos parlamentarios, han traído como consecuencia que, en los presidencialismos latinoamericanos, muchos controles se asemejen en la forma en que se llevan a cabo, independientemente del sistema de gobierno. (García Roca, 2016). El principio fundamental de los regímenes parlamentarios es que el gobierno es responsable a través de sus ministros ante este órgano. En el presidencialismo latinoamericano en mayor o menor medida se ha convertido en una forma de rendición de cuentas ante los ciudadanos en formas de control interorgánicos.

Los controles en el diseño constitucional deben responder a determinados objetivos gobernabilidad, estabilidad, equilibrio institucional. Más controles no necesariamente mejora la gobernabilidad ni la calidad de la democracia, más aún si estos afectan equilibrio entre poderes, no están articulados o pueden generar bloqueos institucionales. No existe más control por simplemente acumular herramientas, que es la solución más sencilla, pero no la más eficiente (García Roca, 2016). El control parlamentario puede ser preventivo, funcional y represivo (Landa Arroyo, 2004).

La Constitución histórica peruana se enmarca en un presidencialismo parlamentarizado (Campos, 2014) (García Marín, 2019) (Eguiguren, 2021) o presidencialismo



atenuado (García Belaunde D. , 2009). Los mecanismos de control previstos no excluyen ninguno de los que se conocen a nivel comparado. El reto es racionalizarlos a fin de que puedan favorecer la gobernabilidad democrática, pues desde 2016 hemos sido testigos que, a través de las instituciones previstas en la Constitución, el conflicto entre congreso y gobierno escaló, aunque se canalizó a través de la Constitución, no se pudo contener (Campos Ramos, 2021).

El diseño constitucional ha previsto mecanismos de control y colaboración entre ejecutivo y legislativo. Como mecanismos de control parlamentario se prevén el voto de confianza obligatorio (artículo 130°); los pedidos de información (artículo 96°), la invitación a los ministros para informar y la estación de preguntas (artículo 129°); las comisiones investigadoras (artículo 97°); la interpelación (artículo 131°), la censura (artículo 132°).

También el control sobre los actos normativos del Presidente de la República el control parlamentario de los decretos de urgencia y decretos legislativos (118°, inciso 19 y 104), el control sobre los tratados, así como el que recae en la declaración del estado de sitio o del estado de emergencia (137°) sobre los que debe dar cuenta al Congreso. El Ejecutivo por su parte, puede hacer cuestión de confianza facultativa (133°), ejercer el derecho de observar las autógrafas que remita el Congreso (108°) y disolver el Congreso (134° y 135°).

El artículo aborda algunos de estos mecanismos de control dando cuenta de su uso en gobiernos sin mayoría y congresos fragmentados, pues desde 2001 la elección presidencial se produjo en la segunda vuelta, quedando conformado el parlamento unicameral en la primera vuelta electoral. En algunos casos el partido de gobierno obtuvo la primera minoría, los períodos 2001-2006; 2011-2016, así como en el que se inició en 2021. En el 2016, se configuró por primera vez un escenario político conocido como de un gobierno dividido, pues en el Congreso hubo un partido con mayoría distinta a la del gobierno.

3. Cuestión de Confianza Obligatoria²

El artículo 130 de la Constitución de 1993 incorpora de manera expresa el voto de confianza que obligatoriamente debe presentar cada gabinete ante el Congreso, dentro de los treinta días de haber asumido sus funciones. El Presidente del Consejo de Ministros concurre al Congreso, en compañía de los demás ministros, para exponer y debatir la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión. Plantea la cuestión de confianza. La norma constitucional establece que, si el Congreso no está reunido, el Presidente de la República convoca a legislatura extraordinaria.

² El Tribunal Constitucional distinguió la cuestión de confianza obligatoria, prevista en el artículo 130 de la Constitución de la facultativa, prevista en los artículos 132 y 133. Expediente 0006-2018-P1/TC, Caso cuestión de confianza y crisis total de gabinete, fundamentos jurídicos 66 y 67.

El artículo 167 de la Constitución de 1933 estableció la obligación del “Presidente del Consejo al asumir sus funciones” de concurrir “a la Cámara de Diputados y al Senado, separadamente, en compañía de los demás Ministros” a exponer la política general del Poder Ejecutivo. Sin embargo, suspendió su vigencia hasta que se constituyera el Senado. Villarán señala que, si se votara la aprobación del programa del gabinete, importaría “una alteración sustancial” del sistema político. “El jefe de Estado habría perdido la libertad de que goza en la selección de sus consejeros; los gabinetes serían obra del Congreso no el Presidente”. “Se había entrado de lleno en la ruta del régimen parlamentario” (Villarán M. , 1994).

La imprecisión del texto constitucional llevó a que se exija el voto en los gobiernos de Prado y Odría, y se prescindía de él en los gobiernos de Bustamante y Rivero así como de Belaunde (Paniagua Corazao, 1995). La Constitución de 1979 mantuvo la obligación del Presidente del Consejo de acudir ante las Cámaras reunidas en Congreso, pero señaló explícitamente que la exposición no daría lugar a voto del Congreso.

¿Cuál es el objetivo del voto? En los regímenes parlamentarios, formar gobierno. El gobierno no se constituye si no tiene detrás una mayoría parlamentaria (Pérez Royo, 2012). En algunos casos, como el parlamentarismo británico, este voto es implícito. En Alemania e Italia la confianza debe ser expresada a fin de que el Canciller y el gobierno asuman el cargo (Pasquino, 2004). Planas detalla que en Alemania la elección del Canciller la realiza el Bundestag en sesión sin debate, se vota por la persona y su línea política, no por un programa de gobierno específico (Planas, 1997).

En España, la Constitución establece en el artículo 99 que, conocidos los resultados electorales, el Rey, previa consulta con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno. El candidato propuesto expone ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara. Si el Congreso de los Diputados, con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, le otorga su confianza a dicho candidato, el Rey lo nombra Presidente. De no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior, y la confianza se entenderá otorgada si obtuviere la mayoría simple.

En el caso de Uruguay, se prevé la posibilidad que el Presidente de la República requiera a la Asamblea General un voto de confianza expreso para el Consejo de Ministros. La Asamblea General, se pronuncia sin debate, por el voto de la mayoría absoluta del total de sus componentes y dentro de un plazo no mayor de setenta y dos horas que correrá a partir de la recepción de la comunicación del Presidente de la República por la Asamblea General.



Si ésta no se reuniese dentro del plazo estipulado o, reuniéndose, no adoptase decisión, se entenderá que el voto de confianza ha sido otorgado. Se trata de un acto político sin consecuencias jurídicas. Este dispositivo de voto de confianza hasta el momento no ha sido empleado. (Chasquetti & Cardarello, 2013). Sin embargo, no es la única disposición que limita la autonomía del Presidente para designar ministros; la Constitución establece que el Presidente de la República adjudicará los Ministerios entre ciudadanos que, por contar con apoyo parlamentario, aseguren su permanencia en el cargo.

Cabe recordar que el Presidente de Consejo de Ministros en el sistema de gobierno peruano no es un Primer Ministro. En el diseño del presidencialismo parlamentarizado la condición de jefe de estado y de gobierno recae en el Presidente de la República, a diferencia de lo que ocurre en los regímenes parlamentarios y semi presidenciales, en los que el ejecutivo no es unipersonal (Planas, 1997). El Presidente del Consejo de Ministros es después del Presidente de la República, el portavoz autorizado del gobierno, coordina las funciones de los demás ministros y refrenda los decretos legislativos, los decretos de urgencia, así como otros que señalan la Constitución y la ley (artículo 123).

El voto de confianza obligatorio recibió críticas desde la doctrina constitucional. Se trata de un error de concepción que consiste en no reparar que la cuestión de confianza solo funciona en regímenes políticos parlamentaristas, en los que el origen del mandato del gabinete proviene del parlamento (Bernalles Ballesteros, 1996). Se ha añadido un grave factor “de perturbación no sólo las relaciones ejecutivo legislativo si no en el funcionamiento legitimidad del sistema democrático mismo”.

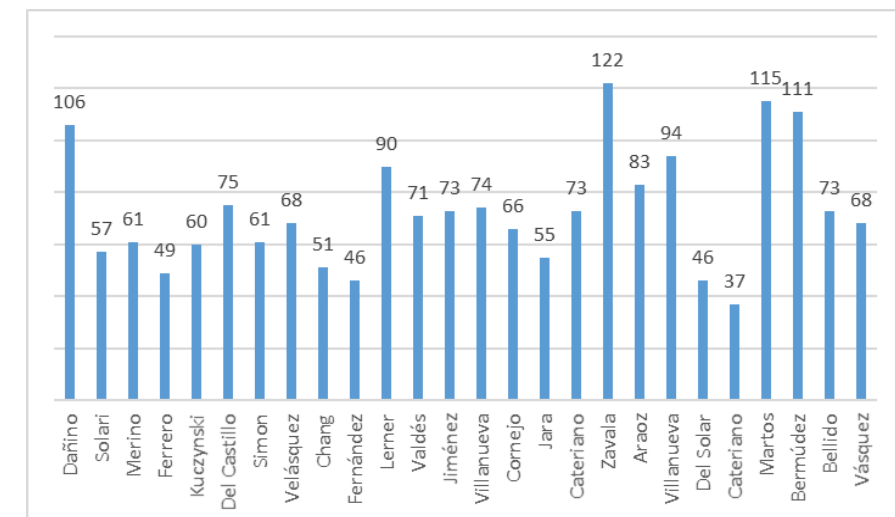
El Congreso se verá obligado a dar el voto pues bastaría que un “nuevo Consejo de Ministros insista en la política rechazada por el Congreso para obligarlo a optar entre la aprobación (es decir su sometimiento al gobierno) o su disolución. Si pasa por las horcas caudinas de aprobarlo, ha sido sometido y humillado. Si no lo hace, es disuelto. En uno y otro supuesto el presidente habrá impuesto su arbitrio personal”. Negar la confianza abriría el camino a la disolución del Congreso y “la subsecuente y obligada dictadura constitucional”, “lejos de ser un mecanismo de equilibrio y control, se convierte en un medio de coacción en imposición” (Paniagua Corazao, 1995). En la misma línea, Eguiguren señala que “este mecanismo que está pensado como una forma de control del Congreso hacia el Consejo de Ministros y al Ejecutivo, puede convertirse en un bumerang”. “Puede colocar al Congreso en una situación bastante difícil, porque se ve inevitablemente forzado a pronunciarse sobre un voto de confianza (...) teniendo sobre su cabeza una especie de espada de Damocles, ya que de acumularse dos caídas de equipos ministeriales procede la disolución. De ahí que la aprobación del voto de confianza no implique necesariamente un voto sincero de respaldo, sino más bien de temor, o sólo por razones tácticas” (Ezcurra Rivera, 1993).

En efecto, a diferencia de lo que ocurre en los regímenes parlamentarios, el voto de confianza en el Perú, no importa un compromiso de apoyar las iniciativas legislativas ni programas o políticas gubernamentales, según los que se ha podido constatar a partir de la experiencia de estos años. Hasta el año 2014, los gabinetes habían recibido el voto en debates más o menos largos. En las votaciones de los gabinetes de René Cornejo y de Ana Jara, las abstenciones fueron mayores a los votos a favor o en contra. Se aplicó un acuerdo de la Comisión de Constitución, por el que el mayor número de abstenciones se considera que el asunto materia de la votación, queda sin resolver.

Así, se repitió la votación hasta que se produjo una mayoría de votos a favor. Esta situación no está prevista en la Constitución ni en el reglamento del Congreso. Además de constituir un desencuentro con el Ejecutivo, genera inestabilidad política si se prorroga de manera indefinida (Campos Ramos, 2020). En el debate sobre la gobernabilidad democrática debe ponderarse las consecuencias de la incertidumbre que no sólo posterga la toma de decisiones del gobierno, sino en las diversas actividades de los ciudadanos.

Como se observa en el gráfico 1, el voto más alto del periodo de gobierno lo recibe el primer gabinete, hecho que está relacionado con el periodo denominado como “luna de miel”. No obstante ello, todos los gabinetes recibieron un apoyo mayor al de la bancada del gobierno. La indisciplina de los grupos parlamentarios permitió, en ocasiones, con sus disidencias o ausencias que el gabinete logre la investidura.

Gráfico 1: El voto de confianza obligatoria de los gabinetes 2001-2021



Fuente: (Campos, 2014). Elaboración propia a partir de los datos del portal del Congreso de la República³.

³ A partir de 2011, el número de congresistas se eleva de 120 a 130. En el caso de los gabinetes de Cornejo y Jara se consigna la última votación. El único caso en el que se denegó la confianza ocurrió en agosto de 2020 al gabinete presidido por Pedro Cateriano Bellido. La denegatoria ocurre en el



La presencia del gabinete para pedir el voto de confianza es un mandato constitucional que se desarrolla cuando ya hay un ejecutivo constituido y un gabinete en funciones; por lo que no es propiamente un voto de investidura, pero de acuerdo al mandato constitucional, es condición para mantenerse en el cargo.

Hemos señalado que el voto de confianza obligatorio no contribuye a la gobernabilidad democrática en el escenario de presidencialismos sin mayoría como los que se produjeron desde el 2001.

El primer gabinete se ve sometido a un voto al mes de iniciado el gobierno, por ello, muchos parlamentarios alegan dar un voto de esperanza más que de confianza. Durante el gobierno, la designación de un nuevo gabinete ha sido en muchos casos consecuencia de una crisis política o de la presentación de mociones de interpelación y de censura que el gobierno ha preferido no afrontar. Es decir que, el cambio de gabinete en estos casos tuvo como objetivo apaciguar el conflicto y dar un nuevo aire al gobierno. En este contexto, el voto de confianza obligatorio genera una situación en que se replantean las consecuencias de su denegatoria: la crisis total del gabinete y la consecuente amenaza de disolución del Congreso.

Por las razones expuestas, en reiteradas ocasiones se ha planteado su eliminación, manteniendo la presentación del gabinete, exposición ante el pleno del Congreso y debate⁴. La eliminación del voto de confianza obligatorio no afectaría la capacidad del Congreso de manifestar su desconfianza y de controlar la designación de ministros idóneos pues podría optar por censurar a algún ministro o al gabinete.

4. Pedidos de Información

La Constitución establece en el artículo 96° que “cualquier representante al Congreso puede pedir a los Ministros de Estado, al Jurado Nacional de Elecciones, al Contralor General, al Banco Central de Reserva, a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, a los Gobiernos Regionales y Locales y a las instituciones que señala la ley, los informes que estime necesarios.” El pedido se hace por escrito y de acuerdo con el reglamento del Congreso. La falta de respuesta da lugar a las responsabilidades de ley. La remisión al reglamento del Congreso en la Constitución no es un tema menor pues el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que tiene naturaleza de ley orgánica.

último año del gobierno por lo que de acuerdo con el artículo 134, el Presidente no puede disolver el Congreso. En noviembre de ese año, el Congreso vacó por permanente incapacidad moral al presidente Martín Vizcarra Cornejo.

⁴ En el año 2001, el informe de la Comisión de Estudio de Bases para la Reforma de la Constitución. En el 2003, el dictamen para la reforma de la Constitución de la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales. En 2019, el informe de la Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política en el año 2019.

El reglamento precisa que a través de los pedidos los congresistas buscan “lograr el esclarecimiento de hechos o tener elementos de juicio para tomar decisiones adecuadas en el ejercicio de sus funciones”. De manera que a través de este mecanismo pueden solicitar ejercer la función de control político. Asimismo, pueden pedir información para la elaboración de una iniciativa legislativa como datos estadísticos u otra que contribuya a diagnosticar un problema y plantear un proyecto de ley si la solución fuera normativa.

De acuerdo con el reglamento, el pedido se hace por escrito fundamentado y preciso. Debe referir a asuntos de interés público y de utilidad para el ejercicio de la función parlamentaria. En ningún caso autoriza a solicitar información sobre procesos judiciales en trámite, salvo que sea pública o, que la autoridad del sistema de justicia acceda a entregar la información, bajo su responsabilidad y siempre que se haga dentro del marco legal. Los pedidos deben ser dirigidos a los ministros de Estado o a los titulares de otros organismos autónomos y no a quienes dependen jerárquicamente de ellos.

No debe confundirse el derecho de acceso a la información de los ciudadanos con el que tienen los parlamentarios de solicitar información. Aquella se orienta a la satisfacción de intereses particulares; mientras los parlamentarios parten del interés general que es el motivo principal del ejercicio de sus funciones (Mora-Donatto, 2002).

Los pedidos de información están regulados en otras constituciones y son parte del control parlamentario tanto en los regímenes presidencialistas como parlamentarios. Tal es el caso de España, la Constitución establece en el artículo 109 que las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar, a través de los Presidentes, la información y ayuda que precisen del Gobierno y de cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas.

En el caso de Uruguay, el artículo 118° precisa el derecho de todo legislador a pedir a los Ministros de Estado y otras autoridades los datos e informes que estime necesarios para llenar su cometido. No podrá ser objeto de dicho pedido lo relacionado con la materia y competencia jurisdiccionales del Poder Judicial y del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo. El artículo 93° de la Constitución mexicana establece que las Cámaras podrán requerir información o documentación a los titulares de las dependencias y entidades del gobierno federal, mediante pregunta por escrito, la cual deberá ser respondida en un término no mayor a quince días naturales a partir de su recepción.

5. Invitación a Informar

La Constitución establece en el artículo 129° que el Consejo de Ministros en pleno o los ministros por separado pueden concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates con las mismas prerrogativas que los parlamentarios, salvo



la de votar si no son congresistas. Concurren también cuando son invitados para informar. De acuerdo al reglamento del Congreso la invitación a los ministros para informar en forma individual ante el Pleno del Congreso se acuerda mediante moción de orden del día.

La presencia de los ministros en el Congreso ha sido parte de la constitución histórica. La Constitución de 1828 ya establecía la obligación de los ministros de dar “razón a cada Cámara en la apertura de las sesiones, del estado de su respectivo ramo, e igualmente los informes que se les pidan”. La relación de los ministros con el Congreso ha sido frecuente aunque no siempre amistosa, pero son ellos los que tienen a su cargo la relación con el Congreso (Villarán M., 1994). Para Víctor Andrés Belaunde se trata de una relación de cooperación: El parlamento para eficacia en su labor necesita conocer los problemas planteados exhaustivamente con antelación y sin prejuicios por los organismos técnicos del ejecutivo (Belaunde, 1987). Si bien ya no existe la costumbre de ir a sustentar memorias, sí son frecuentes las invitaciones a comisiones para informar respecto de los problemas que afronta el sector, para sustentar proyectos de ley o su presupuesto, así como para cumplir con informar sobre temas específicos por mandato legal⁵.

La participación de los ministros puede darse en las sesiones de pleno o en las comisiones, de manera voluntaria o invitados por estas. Planas describe esta participación como un mecanismo de mera información que puede derivar en control (Planas Silva, 1997). Se enmarcan en las relaciones de control y colaboración entre ejecutivo y legislativo. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, al expresar que “... existe una colaboración de poderes cuando el artículo 129° de la Constitución dispone que el Consejo de Ministros en pleno, o los ministros por separado, pueden concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates con las mismas prerrogativas que los parlamentarios, salvo la de votar si no son congresistas” (Exp. 00004-2004-CC FJ 24). La presencia de los ministros de Estado contribuye a fortalecer el rol del Congreso como centro de la deliberación política.

La frecuencia con la que los ministros participan de las sesiones de las comisiones ordinarias ha convertido a este mecanismo como el más característico de la relación entre ejecutivo y legislativo. Tal vez esa sea la razón por la que la estación de preguntas, incorporada en la Constitución de 1993 como mecanismos de control, haya sido poco usada. Esta figura trató de emular la experiencia del *question time* del parlamentarismo británico, pero la práctica realizada le quitó agilidad al mecanismo desnaturalizándolo sin que se comprenda su utilidad (Planas Silva, 1997). No se convoca a una desde 2012. Previamente, su frecuencia se fue espaciando, hasta caer en desuso. En efecto como, lo señala García Belaunde, “no es una práctica regular, no ha tenido ninguna relevancia” (García Belaunde, 2008).

Otros países latinoamericanos contemplan mecanismos similares. Tal es el caso

⁵ Existen a la fecha más de cien normas que contienen obligaciones legales para que los ministros o algunos de los organismos a su cargo informen al pleno del Congreso o específicamente a alguna comisión sobre diversos temas.

de Argentina, cuyo texto constitucional establece en el artículo 101° que el jefe de gabinete de ministros debe concurrir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar de la marcha del gobierno. Uruguay prevé en el artículo 199° de la Constitución Política que cada una de las Cámaras tiene facultad, por resolución de un tercio de votos del total de sus componentes, de hacer venir a Sala a los Ministros de Estado para pedirles y recibir los informes que estime convenientes, ya sea con fines legislativos, de inspección o de fiscalización.

De manera más restringida, Colombia establece en el artículo 208° que los ministros y los directores de departamentos administrativos presentan al Congreso, dentro de los primeros quince días de cada legislatura, informe sobre el estado de los negocios adscritos a su ministerio o departamento administrativo, y sobre las reformas que consideren convenientes. La Constitución de Costa Rica precisa en el artículo 144° una obligación similar para los Ministros de Gobierno, que presentarán a la Asamblea Legislativa cada año, dentro de los primeros quince días del primer período de sesiones ordinarias, una memoria sobre los asuntos de su dependencia.

6. La Interpelación

La interpelación fue una práctica parlamentaria que antecedió a los textos legales y constitucionales (Planas Silva, 1997) (Eguiguren, 2021). En efecto, se da cuenta de esta práctica especialmente en la Convención de 1855-56. Se incorpora en la Constitución de 1860, luego de que un ministro en 1858, afirme que asistía a responder por “pura atención, pues no estaba obligado a hacerlo” (Planas Silva, 1997). La ley del 3 de setiembre de 1879, establece que asisten los ministros de Estado para ser interpelados por acuerdo del Congreso de cualquiera de las Cámaras.

Planas también da cuenta que la práctica de remitir el pliego interpelatorio con anticipación al ministro se suscita ocurre antes de su regulación legal. En la Constitución de 1920 se omite referencia a este mecanismo de control y se restituye en la Constitución de 1933. La Constitución de 1979 establece que la atribución de interpelar a los ministros de Estado corresponde a la Cámara de Diputados quedando establecido que se trata de un derecho de las minorías.

La interpelación es un mecanismo de control cuyo origen se encuentra en los regímenes parlamentarios; sin embargo, está regulado en muchos de los presidencialismos latinoamericanos. A través de la interpelación ministerial, los congresistas solicitan explicaciones, información o el esclarecimiento de hechos de interés público, a efecto de dilucidar responsabilidades en la toma de decisiones políticas de su sector. Puede involucrar la conducta o intenciones de un ministro o de todo el gabinete (Planas, 2001). El autor destaca que una de las particularidades de este mecanismo de control es poner en agenda, en un amplio debate parlamentario, los temas materia de la interpelación.

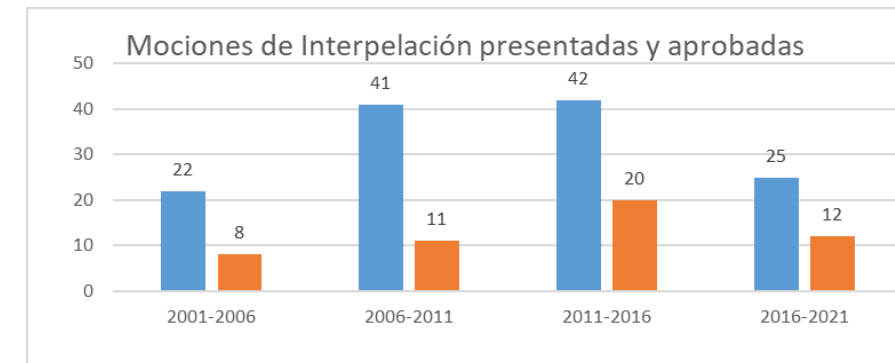


La Constitución de 1993 establece en el artículo que es obligatoria la concurrencia del Consejo de Ministros, o de cualquiera de los ministros, cuando el Congreso los llama para interpellarlos. La interpelación se formula por escrito. Debe ser presentada por no menos de quince por ciento del número legal de congresistas. Para su admisión a debate, se requiere el voto del tercio del número de representantes hábiles. La votación se efectúa indefectiblemente en la siguiente sesión. El Congreso señala día y hora para que los ministros contesten la interpelación. No puede realizarse ni votarse antes del tercer día de su admisión ni después del décimo.

A partir del marco normativo, se puede concluir que: a) El ministro que no asiste estaría infringiendo el mandato constitucional. b) La interpelación presentada por escrito a través de una moción de orden del día requiere de la firma de veinte congresistas. No es una decisión individual. En congresos muy fragmentados, la decisión de impulsar una interpelación no dependerá de un solo grupo parlamentario. c) La votación que acuerda la presencia del ministro es la admisión a debate, requiere el voto del tercio del número de representantes hábiles. La interpelación es un derecho de las minorías, sólo para obtener información, pues en el Perú, su absolución no da lugar a votación alguna. d) Finalmente, la norma constitucional refiere que la interpelación se realiza entre tercero y décimo día. Se trata de un plazo de enfriamiento, cuyo objetivo es disociar los hechos de la emoción política, dando un espacio de evaluación o de moderación, ralentizando la confrontación entre el Congreso y el Gobierno (Delgado Guembes, 2020).

En el gráfico 2 puede observarse el número de interpelaciones presentadas y las aprobadas. Tratándose de un acto de control político, el apoyo o rechazo de la moción debería ser colectivo, del partido y grupo en bloque, pero ello dependerá del grado de institucionalización del mismo. En las votaciones de la admisión a debate de las mociones de interpelación se ha observado cierto nivel de indisciplina partidaria, sobre todo entre 2001 y 2016. Si hubieran votado disciplinadamente los miembros de los grupos parlamentarios firmantes de las mociones de interpelación presentadas, el número de interpelaciones hubiera sido mayor (Campos, 2014). El Poder Ejecutivo tuvo capacidad para evitar más de la mitad de las mociones de interpelación presentadas.

Gráfico 2: Mociones de Interpelación 201-2021



Elaboración propia a partir de los datos del portal del Congreso de la República.

Aunque la Constitución le da un cierto nivel de inmediatez a este mecanismo de control parlamentario, en muchos casos se retrasa su debate. Esta circunstancia ha facilitado que en ocasiones se retiren firmas, con lo que la moción pasó al archivo. En otros casos, los ministros cuestionados renunciaron por lo que las mociones no continuaron su trámite. De otro lado, la práctica de estos años muestra que la interpelación no ha estado condicionada al voto de confianza del gabinete. En el año 2012, la ministra de educación, Patricia Salas y en 2019, el ministro de justicia, Vicente Zaballos fueron interpellados antes de que se lleve a cabo la exposición y debate de sus respectivos gabinetes.

Una mirada a los presidencialismos latinoamericanos muestra que la interpelación está regulada en Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica y Uruguay. En Argentina, la interpelación es solo para el jefe del gabinete, a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras. En el caso de Colombia, el numeral 9 del artículo 135° precisa que son facultades de cada Cámara citar y requerir a los Ministros y otros funcionarios para que concurran a las sesiones. En caso de que los funcionarios no concurran, sin excusa aceptada por la respectiva cámara, esta podrá proponer moción de censura. Los funcionarios deberán ser oídos en la sesión para la cual fueron citados. El debate no podrá extenderse a asuntos ajenos al objeto de la sesión y deberá encabezar el orden del día de la misma.

7. La Censura Ministerial

El artículo 132° de la Constitución Política regula la moción de censura, estableciendo que el Congreso hace efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros, o de los ministros por separado, mediante el voto de censura. Toda moción de censura contra el Consejo de Ministros, o contra cualquiera de los ministros, debe ser presentada por no menos del veinticinco por ciento del número legal de congresistas. Se debate y vota entre el cuarto y el décimo día natural des-



pués de su presentación. Su aprobación requiere del voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso. El Consejo de Ministros, o el ministro censurado, debe renunciar. El Presidente de la República acepta la dimisión dentro de las setenta y dos horas siguientes.

La moción de censura corresponde también a los mecanismos de control propios de los regímenes parlamentarios; sin embargo, se encuentra muy arraigado en el Perú. Su incorporación al sistema de gobierno se anticipó a través de prácticas parlamentarias anteriores a la interpelación. La Cámara de Diputados así lo consideró desde 1847 (Planas Silva, 1997). La Convención Nacional la practicó e impulsó la ley de 4 de diciembre de 1856, cuyo artículo 37 establecía que “no merece la confianza pública el Ministro contra quien emitan las Cámaras un voto de censura”. A pesar de ello, la Constitución de 1860 no contempló el voto de censura, por considerarlo contrario al “sistema presidencial, a la separación de poderes y a la autonomía del Presidente de la República” (Eguiguren, 2021).

Rubio define la censura ministerial como el modo por el que se hace efectiva la responsabilidad política ejecutando una sanción, también política, debido a algún desacuerdo, a alguna decisión tomada o por algún evento ocurrido en su sector, sobre el cual se le atribuye responsabilidad (Rubio Correa, 1999). Desde sus orígenes se da un espacio temporal entre la presentación de la moción y su debate y votación. Loewenstein lo explica calificándolo como período de enfriamiento, aquel que se da entre la presentación de una moción de censura o el planteamiento de una cuestión de confianza y la votación, como mecanismos de racionalización del poder, procurando una reflexión madura de la mayoría parlamentaria (Loewenstein K., 1976).

El reglamento del Congreso introduce un requisito adicional al establecer que su presentación procede solo después de la interpelación, de la concurrencia de los ministros para informar, o debido a su resistencia para acudir en este último supuesto o luego del debate en que intervenga el Ministro por su propia voluntad. Algunos han interpretado que se trata de un– inexistente–derecho de defensa del ministro cuya censura se plantea.

Como hemos señalado, el valor de las normas del reglamento del Congreso para interpretar la Constitución es el de una ley orgánica. Sin embargo, en este punto excede lo dispuesto en el marco constitucional y desconoce la historia de dos figuras que surgen de manera independiente (Díaz Muñoz, 1997) (Lindembert, 2012). Ahora bien, a fin de favorecer la gobernabilidad democrática, el requisito impuesto por el reglamento introduce un elemento que puede ser aprovechado por el gobierno para disipar las diferencias con el sector que promueve la censura ministerial. En esa línea va la opinión de Mario Polar quien en 1958, señaló que solo deben votarse mociones de confianza o de censura, cuando los ministros respondan a interpelaciones (Lecaros, 2007).

Una mirada comparada nos muestra que el Perú fue el primer país con régimen presidencial en regularla en la región (Valadés, 2008); aunque se incorporó en las constituciones de otros países, no todos contemplan como consecuencia, la renuncia del ministro de Estado. Entre los años 1864 y 1930, se censuraron a seis gabinetes, además de ministros individualmente (Villarán M., 1994). El autor da cuenta que la sola presentación de la moción de censura originó renuncias de los ministros cuestionados durante ese período, similar a lo ocurrido entre 2001 y 2014 (Campos, 2014). Entre 2001 y 2016 se presentaron 28 mociones de censura. En ese mismo periodo se aprobaron tres: al ministro del interior, Fernando Rospigliosi (2004), a la presidenta del consejo de ministros, Ana Jara (2015) y al ministro de educación, Jaime Saavedra (2016).

En el debate sobre la necesidad de racionalizar algunos mecanismos de control a fin de optimizar la gobernabilidad democrática, destacamos cuatro problemas de la aplicación de la censura ministerial.

El primero es planteado por Francisco Eguiguren: La censura ministerial sólo garantiza el cambio de la persona del ministro, pero no necesariamente un cambio de política gubernamental ni la solución de la controversia suscitada (Eguiguren Praeli F., 2007). En esa línea, se ha señalado que el problema que generó la crisis puede subsistir si el presidente no se halla obligado a nombrar nuevos ministros que tengan suficiente apoyo parlamentario (Shugart & Carey, 1992). Un segundo problema es que, siendo un mecanismo de control parlamentario, no hay un arreglo institucional para racionalizarla en un contexto de gobierno dividido y polarización en el que pueden ser herramientas para exacerbar el conflicto. Al no contabilizarse las censuras que tengan como destinatarios a los ministros individualmente considerados, la disolución de Congreso en manos del Presidente no sería un arma potencialmente eficaz (Fernández Segado, 1998).

La posible disolución del Congreso como contrapeso sólo funciona si la censura es contra el gabinete y no puede ocurrir el último año de gobierno. En ese sentido Ramírez del Villar sugirió que si el último año el presidente de la República no puede disolver la cámara, debe exigirse para el voto de censura una mayoría calificada más alta (Ramírez del Villar, 1996), tal como señalaba el artículo 229 de la Constitución de 1979. Finalmente hay problemas que se derivan del diseño del presidencialismo parlamentarizado, pues siendo la censura ministerial un mecanismo de los regímenes parlamentarios, sus efectos son muy diferentes en los sistemas presidenciales.

Tanto la censura como la interpelación son mecanismos de control del congreso al gobierno. Sin embargo, solo pueden ser interpelados o censurados los ministros de Estado y no el Presidente de la República. Desde 2016, se han presentado cinco mociones de vacancia al presidente por permanente incapacidad moral en contextos de gobiernos dividido (2016-2019), de presidentes sin bancada de gobierno (2019-2020) o en congresos fragmentados y polarizados (2021). De las consideraciones de las mociones y fundamentalmente de los debates se puede advertir que



se instrumentaliza la causal de vacancia como un cuestionamiento a la gestión del presidente o a la pérdida de confianza en su persona para ejercer el cargo para el que fue electo. La vacancia no constituye un mecanismo de control, de censura ni de interpelación al presidente para rendir cuentas pues este no es políticamente responsable durante su mandato.

La permanente incapacidad moral como causal de vacancia presidencial es “incompatible con el modelo de sistema de gobierno presidencial peruano”. El artículo 117 de la Constitución contempla un régimen excepcional de su responsabilidad, configurando la única fórmula de acortar el mandato presidencial (García Chávarri, 2013). El procedimiento de vacancia presidencial por la causal de permanente incapacidad moral no puede ser utilizado válidamente para hacer efectiva la responsabilidad política ni la responsabilidad jurídica del presidente de la República (Cairo, 2017). La Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política propuso eliminarla.

El uso motivado por la “desaprobación de la gestión o falta de idoneidad al cargo, cuando se cuenta con los votos para ello, genera gran inestabilidad y quiebra el modelo presidencial” (Tuesta, 2019). Sin embargo, su eliminación debe ir acompañada de la modificación de artículo 117, ampliando los causales por las que puede ser acusado u presidente durante su mandato, por ejemplo delitos graves. En el sentido de la propuesta formulada por Eguiguren (Eguiguren Praeli, 2007).

8. Las Comisiones Investigadoras

La facultad de designar comisiones investigadoras está regulada constitucionalmente en el Perú desde 1920. De acuerdo con lo señalado por Villavicencio y Gamarra, se trata de una institución cuyas prácticas son anteriores a la regulación legal. Ya desde el siglo XIX se investigarían temas vinculados actos del gobierno anterior de Balta y el manejo de rentas públicas. El Reglamento Interior del Congreso de 1947, precisó que el Senado podría nombrar comisiones de investigación para examinar la organización, el funcionamiento, el rendimiento de trabajo y la administración de cualquier institución pública. El informe resultante de la investigación debía ser sustentado, para conocimiento del Pleno. Copia del informe se remitiría a los ministros interesados.

La Constitución de 1979 refuerza las facultades de las comisiones investigadoras, al disponer la obligación de los ciudadanos que sean citados, a comparecer bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial. El Reglamento Interior del Senado del año 1981 señaló si hubiera indicios de delitos, el informe se remite al Ministerio Público.

El Reglamento de la Cámara de Diputados de 1988, introdujo una votación calificada– la mitad más uno de los diputados hábiles– para aprobar la conformación de una comisión investigadora⁶. La norma precisó que El Pleno aprueba o desaprueba el informe.

El artículo 97° de la Constitución Política de 1993 regula la facultad de formar comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público. Establece la obligatoriedad de comparecer, por requerimiento, ante las comisiones encargadas de tales investigaciones, bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial, es decir, ser conducido por la fuerza pública. Para el cumplimiento de sus fines, el texto constitucional le brinda poderosas herramientas: el levantamiento del secreto bancario y el de la reserva tributaria, con excepción de la información que afecte la intimidad personal. Precisa que las conclusiones no obligan a los órganos jurisdiccionales.

En cuanto a su finalidad, el reglamento del Congreso puntualiza en el artículo 88°, que el procedimiento de investigación garantiza el esclarecimiento de los hechos y la formulación de conclusiones y recomendaciones orientadas a corregir normas y políticas y/o sancionar la conducta de quienes resulten responsables. Sin embargo, en este extremo debería corregirse pues las comisiones investigadoras no tienen una finalidad sancionatoria. Así se distingue de los fines de la investigación fiscal o judicial; se orienta a la recopilación de información (Villavicencio Rivera, 2018). Sin embargo, en la medida que pueden canalizar una denuncia, en el desarrollo de la investigación, se deben de respetar los parámetros impuestos por el respeto al principio del debido proceso, así como aplicar una rigurosidad metodológica.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que “a) las investigaciones efectuadas por el Congreso de la República sólo tienen carácter referencial mas no inculpativo, pues dicho órgano representativo, de conformidad con los artículos 64.°, inciso b) y 88.°, incisos f) y g), del Reglamento del Congreso de la República, carece de facultades de juzgamiento penal y, como tal, sus conclusiones y recomendaciones no tienen carácter obligatorio o vinculante respecto de lo que en su momento puedan decidir las autoridades judiciales; b) el carácter indicial o probatorio que puedan tener los vídeos, transcripciones, cintas magnetofónicas u otros medios similares, dependerá, en principio, de que los jueces ordinarios decidan, sin que ello suponga, en ningún caso, la no meritación objetiva de diversas circunstancias, como las relativas a su origen o procedencia, los derechos constitucionales comprometidos, el contexto de los diálogos producidos y, sobre todo, la necesidad de que las conductas o situaciones que ellos reflejan, tengan que necesariamente pasar por un proceso de prueba adicional o acreditación

⁶ Explica Delgado Guembes (2012, 459) que la norma intentó racionalizar la creación de comisiones de investigación. “... (de 1980 a 1985 se crearon 33, y de 1985 a 1990 se nombraron 34 de las cuales 15 lo fueron dentro de la vigencia del Reglamento de 1987: la vigencia de estas normas a mitad del régimen disminuyó la aceleración en el proceso de su creación) ... Para crearlas era preciso que la proposición sea presentada por uno o más grupos parlamentarios. Delgado Guembes, C. Manual del Parlamento; Lima: Congreso de la República, Oficialía Mayor, 2012.



complementaria mediante medios idóneos que ofrezcan las partes o que se actúen de oficio en los respectivos procesos” (Exp. N. 979-2001-HC/TC FJ).

Las comisiones investigadoras están destinadas a comprobar directamente ciertos sucesos de interés público e incluso situaciones particulares, apoyándose en el requerimiento de testimonios y documentos, en el uso de audiencias públicas, en la recopilación y el examen conjunto y minucioso de documentos, así como a través de inspecciones oculares, o mediante la visita o acceso conjunto a determinados lugares a fin de cumplir con el encargo encomendado por el Pleno del Congreso (Planas, 2001).

Las comisiones investigadoras cumplen la función de control político al gobierno y constituyen una forma alternativa de información para el Congreso en los asuntos materia de investigación. Su finalidad sin embargo es más amplia que la del control político pues constituye un medio para que la representación parlamentaria y la población a través de ella, accedan a información de un asunto de interés público. De manera que las comisiones investigadoras constituyen órganos de carácter temporal, integrados de forma multipartidaria, con facultades excepcionales, conformado para conocer asuntos de interés público, por medio del acopio y debate de la información obtenida (Villavicencio Rivera, 2018).

Se solicitan mediante moción de orden del día, cuya iniciativa corresponde a cualquier parlamentario. Para su admisión a debate y aprobación, solo se requiere el voto aprobatorio del treinta y cinco por ciento de los miembros de los Congresos—46 votos. La integran entre tres y siete congresistas, respetando hasta donde sea posible el pluralismo y proporcionalidad⁷ de los grupos parlamentarios. A fin de garantizar el debido proceso, se evita que la integren quienes hayan solicitado su constitución. Esta disposición se fundamenta en procurar una mayor objetividad, suponiendo que quien propone la moción tiene una idea pre concebida que motiva la presentación de la moción.

Las sesiones de las comisiones investigadoras son reservadas⁸. El levantamiento de la reserva sólo procede: i) Cuando la materia de su indagación o sus deliberaciones no incluyan aspectos que afectan a la intimidad, honra o dignidad personal de los sujetos pasivos de la investigación o de sus familias. ii) Cuando la materia de la investigación o sus deliberaciones no afecte el derecho a la reserva tributaria ni al secreto bancario de los investigados. iii) Cuando la materia de la investigación o de sus deliberaciones no comprometa asuntos vinculados a la seguridad nacional.

⁷ Este requisito puede ser difícil de cumplir en congresos fragmentados. Actualmente, el Congreso peruano de 130 miembros, está integrado por nueve grupos parlamentarios.

⁸ Explica Delgado Guembes (2012, p. 463) que “si se entendiera que la actividad de las Comisiones Investigadoras es toda pública es mucha la información que dejaría de obtenerse por insuficiente colaboración de los citados, o porque a la luz de los primeros testimonios quienes los suceden pueden acomodar las que les corresponda presentar ulteriormente. La reserva es una garantía en la eficiencia del proceso de acopio de información. Solo si la Comisión acopia toda la información posible luego cabra que el Pleno se pronuncie a partir de una base sólida”.

Las autoridades, los funcionarios y servidores públicos y cualquier persona, están en la obligación de comparecer ante las comisiones de investigación y proporcionar a éstas las informaciones testimoniales y documentarias que requieran. En el año 2012, el Tribunal Constitucional fijó criterios⁹ que deberían ser respetados en los procedimientos parlamentarios, entre ellos, quienes comparezcan ante las comisiones de investigación, tienen el derecho de ser informados con anticipación sobre el asunto que motiva su concurrencia y pueden acudir a ellas en compañía de un abogado.

La calificación de los asuntos de interés público le corresponde al Congreso. El acuerdo “...deberá cuidar de expresar la trascendencia e interés del asunto a investigar, los objetivos que se persiguen con dicha investigación” (Eguiguren Praeli, 1990).

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre las condiciones que debe ostentar el asunto a fin de que pueda ser calificado de “interés público”. El asunto debe encontrarse vinculado con el resguardo de la denominada ética pública, esto es, con la eventual afectación de la ética reconocida en las normas establecidas por el ordenamiento jurídico, cuyo respeto es imprescindible para la convivencia pacífica y el respeto por los derechos fundamentales como condición necesaria para la efectiva vigencia del principio-derecho de dignidad humana. No puede tratarse de asuntos relacionados con la ética privada, es decir, con asuntos relativos a los variados modelos de virtud con los que los ciudadanos despliegan válidamente su libertad y construyen su proyecto de vida.

Así, bajo una interpretación sistemática, los asuntos relacionados con el resguardo de la debida gestión estatal son de interés público, y por tanto, pueden ser objeto de investigación por el Congreso de la República. Mientras el asunto revista interés público en los términos antes señalados, la investigación puede recaer sobre hechos entre particulares, si se aprecia una estrecha vinculación con la actuación de los órganos del Estado Exp. 4968- 2014- PHC/ TC Fund. 20, 21 y 22 (Campos, 2017).

Al término de plazo asignado para la investigación, la comisión presenta un informe dando cuenta de las acciones realizadas conclusiones y recomendaciones. En el gráfico 3, se muestra el número de comisiones investigadoras que se constituyeron en cada periodo parlamentario. En el gráfico no se consideran las comisiones ordinarias a las que se les hubieran otorgado facultades de comisiones investigadoras.

Un tema que ha suscitado mucho debate es la comparecencia del Presidente de la República ante una comisión investigadora y las posibles consecuencias en la responsabilidad del presidente. Es el caso de Alejandro Toledo que atestigüe ante la Comisión investigadora de las presuntas firmas falsas del Partido Político “Perú Posible”.

⁹ Sentencia recaída en el Expediente N° 00156-2012- PHC/TC del 8 de agosto de 2012, en el caso Tineo Cabrera.



En situación similar estuvo el Pedro Pablo Kuczynski frente al requerimiento de la comisión investigadora de los presuntos sobornos, coimas en relación a las concesiones, obras y proyectos que hayan sido adjudicados a las empresas brasileñas Odebrecht, Camargo Correa, OAS, Andrade Gutiérrez, Queiroz Galvao y otras por cualquier forma de contratación con el Estado peruano, y Martin Vizcarra. En estos dos últimos casos la información obtenida por las respectivas comisiones fue utilizada para sustentar mociones de vacancia.

Gráfico 3 Comisiones investigadoras 2001-2021



Elaboración propia a partir del portal del Congreso de la Republica.

9. Balance (parcial) del control parlamentario

Aun cuando el presente artículo no aborda todos los mecanismos de control parlamentario previstos en la Constitución de 1993, ni aquellos que de acuerdo al equilibrio entre estos dos poderes ejerce el ejecutivo respecto del Congreso, permite una reflexión sobre la relación entre ejecutivo y legislativo. El ejercicio del este control parlamentario ha sido frecuente.

A las tensiones entre ejecutivo y legislativo producto de interpelaciones y mociones de censura, a partir de 2016, se agregaron otros elementos que mostraron otra faceta de la conflictividad entre poderes del Estado. Entre 2016 y 2017 el Congreso inauguró un riguroso control de la legislación delegada que, en el marco de sus atribuciones constitucionales, derogó o modificó el 39% de los decretos legislativos que emitiera el gobierno de Pedro Pablo Kuczynski. La delegación de facultades legislativas se incorporó en la Constitución de 1979.

En los años de ejercicio de esta facultad, ejercida por todos los gobiernos entre 2001 y 2019, no hubo un precedente igual. Asimismo, durante el periodo 2020-2021 del Congreso complementario se incrementó el número de autógrafas observadas y aprobadas por insistencia, leyes sin consenso. El Tribunal Constitucional ha teni-

do en este periodo importantes pronunciamientos sobre la relación entre estos dos poderes del Estado y el ejercicio del control parlamentario. La estabilidad política, sin embargo, depende en gran medida del rol de la bancada de gobierno y de las coaliciones que logren los presidentes sin mayoría. La importancia del Congreso y su rol proactivo es creciente a pesar de la fragmentación.

10. Bibliografía

ALIVZATOS, N., BILCOVÁ, V., CAMERON, I., KASK, O., & TUORI, K. (26 de mayo de 2020). Comisión de Venecia. Obtenido de European Commission for Democracy Through Law: <https://rm.coe.int/09000016809e82c0>

ARAGÓN, M. (1986). El control parlamentario como control político. *Revista de Derecho Político*, núm. 23, 9-39.

BELAUNDE, V. A. (1987). *Peruanidad*. Lima: Lumen.

BERNALES BALLESTEROS, E. (1996). *La Constitución de 1993 análisis comparado*. Lima: Konrad Adenauer CIEDLA.

BLUME, E. (2020). La Constitución peruana frente al COVID. En GONZÁLEZ, N., & VALADÉS, D. *Emergencia sanitaria por COVID 19* (pág. 198). UNAM; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

CAIRO, O. (2017). La responsabilidad jurídica del presidente de la República en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, 9-20.

CAMPOS, M. (2020). El debate sobre la cuestión de confianza. *Gaceta Constitucional*, 203-207.

CAMPOS, M. (2020). Los decretos de urgencia del interregno parlamentario: Análisis de la disolución del Parlamento y el control posterior de los decretos de urgencia. *Gaceta Constitucional*, 92-108.

CAMPOS, M. (2021). Gobernabilidad democrática en congresos fragmentados. *Gaceta Constitucional*, 53-61.

CAMPOS, M. (2014). *Relaciones ejecutivo-parlamento: Grupos parlamentarios y mecanismo control político al Poder Ejecutivo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú Escuela de Gobierno y Políticas Públicas.

CAMPOS, M. (2017). Comisiones de Investigación en Perú. En N. (. Freire, *Las comisiones de investigación en los ordenamientos latinoamericanos* (págs. 169-194). Santiago de Chile: RiL editores.



CHASQUETTI, D., & CARDARELLO, D. B. (2013). La Designación de Gabinetes en Uruguay: estrategia legislativa, jerarquía de los ministerios y afiliación partidaria de los ministros. *América Latina Hoy* 64, 15-40.

Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, C. d. (2019). Perú: Opinión sobre la vinculación de Reformas Constitucionales a la Cuestión de Confianza Aprobada por la Comisión de Venecia en su 120ª Sesión Plenaria. Venecia.

DELGADO-GÜEMBES, C. (2020). Introducción al Derecho Parlamentario. Lima: Fondo Editorial Universidad San Ignacio de Loyola.

DÍAZ MUÑOZ, O. (1997). La Moción de Censura en el Perú. Lima: Ara Editores.

EGUIGUREN, F. (1990). Los retos de una democracia insuficiente. Lima: Comisión Andina de Juristas y Fundación Friedrich Naumann.

EGUIGUREN, F. (2007). La responsabilidad del Presidente. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

EGUIGUREN, F. (2017). La tendencia hacia el uso frecuente y distorsionado del juicio político y la declaración de vacancia en contra del presidente: ¿otro paso hacia la «parlamentarización» de los regímenes presidenciales en Latinoamérica o algo más? *Pensamiento Constitucional* N° 22, 61-82.

EGUIGUREN, F. (2021). Las relaciones entre el Gobierno y el Congreso en el régimen político peruano. Lima: Palestra .

EZCURRA RIVERA, H. (1993). Relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en el Proyecto de Constitución de 1993. *IUS ET VERITAS*, 4(7), 110-120.

FIX-FIERRO, H., & SALAZAR-UGARTE, P. (2012). Presidentialism. En M. Rosenfeld, & A. Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (pág. 1396). Oxford: Oxford University Press.

GARCÍA BELAUNDE, D. (2008). Evolución y características del presidencialismo peruano. *Pensamiento Constitucional*, 95-110.

GARCÍA BELAUNDE, D. (2009). El presidencialismo atenuado y su funcionamiento. En A. O. Ellis, *Como hacer que funcione el sistema presidencial*. México D. F.: UNAM.

GARCÍA CHÁVARRI, A. (2013). La incapacidad moral como causal de vacancia presidencial en el sistema constitucional peruano. *Pensamiento Constitucional*, 18, 383-402.

GARCÍA MARÍN, I. (2019). La parlamentarización peruana (2001-2016). *Presidencialismo y sistema de partidos*. Espiral, 127-163.

GARCÍA ROJA, J. (2016). Control Parlamentario y convergencia entre Presidencialismo y Parlamentarismo. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 61- 99.

KRUNKE, H., & THORARENSEN, B. (2018). *The Nordic Constitutions: A Comparative and Contextual Study*. Oxford: Hart Studies in Comparative Public Law. Bloomsbury.

LANDA, C. (2004). El control parlamentario en la Constitución Política de 1993: balance y perspectiva. *Pensamiento Constitucional* N° 10, 91-144.

LANZARO, J. (2014). Claroscuros del Presidencialismo en América Latina. *Nueva revista de política, cultura y arte*, 15-27.

LECAROS, F. (2007). Mario Polar: Ideología y Política social cristiana. Lima: Fondo Editorial del Congreso.

LINDEMBERT, S. (2012). La censura ministerial en el Perú. . *Gaceta Constitucional*.

LOEWENSTEIN, K. (1976). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.

MILL, J. (s.f.). *Consideraciones sobre el gobierno representativo*.

MORA-DONATTO, C. (2002). El Derecho de los Legisladores para Solicitar Documentación y Acceder a los Archivos de la Administración Pública. En C. Mora-Donatto, *RELACIONES ENTRE GOBIERNO Y CONGRESO* (págs. 399-421). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

MORA-DONATTO, C. (2018). Los nuevos desafíos del control parlamentario en México ,análisis y reflexiones. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año L,núm. 153, 627-671.

MORÓN, E., & SANBORN, C. (2007). Los desafíos del Policymaking en el Perú: actores, instituciones y reglas de juego. Lima : CIUP Documento de Trabajo 77.

NOHLEN, D. (2009). El Poder Ejecutivo en el presidencialismo. Alternativas en debate. En A. Ellis, & J. O. Zovatto, *Cómo hacer que funcione el sistema presidencial* (págs. 33-43). México DF: Nohlen, Dieter (2009): “El Poder Ejecutivo en el presidencialismo. Alternativas en debate”, en AAVV: *Cómo hacer que funcione el sistema pr*Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad.

PANIAGUA CORAZAO, V. (1995). La constitución peruana de 1993. *Revista jurídica da Universida de de Santiago de Compostela* Vol. 4, N° 2, 9-52.



PASQUINO, G. (2004). *Sistemas políticos comparados*. Buenos Aires : Bononiae Libris.

PÉREZ ROYO, J. (2012). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

PLANAS SILVA, P. (1997). *Derecho Parlamentario*. Lima: Ediciones Forenses.

PLANAS SILVA, P. (1997). *Regímenes Políticos Contemporáneos*. Lima: Fundación Freidrich Ebert.

PLANAS SILVA, P. (2001). *Parlamento y Gobernabilidad Democrática*. Lima: Fondo Editorial del Congreso.

RUBIO CORREA, M. (1999). *Estudios de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

SAGÜÉS, N. P. (2002). El Control del Congreso sobre el Presidente en Argentina. *Normas y Realidades*. *Ius et Praxis*, 8(1), 429-445.

SANTAOLALLA, F. (2019). *Derecho parlamentario español*. Madrid: Editorial Dykinson.

SERRANO, M. (2017). Gobierno en funciones y control Parlamentario. *Revista Española De Derecho Constitucional*, (109) www.jstor.org/stable/26375281, 115-184.

Tribunal Constitucional , Expediente 00016-2020-PI/TC (Tribunal Constitucional 8 de febrero de 2021).

Tribunal Constitucional, Expediente 006-2019-CC/TC (Tribunal Constitucional 14 de 1 de 2020).

TUESTA, F. (2019). *Hacia democracia del bicentenario: Comisión de alto nivel para la reforma política*. Lima: Konrad Adenauer Stiftung.

VALADÉS, D. (2000). *El control del poder*. México: Editoria Porrúa.

VALADÉS, D. (2008). *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*. . México: Serie Estudios Jurídicos.

VILLARÁN, M. (1994). *Posición constitucional de los Ministros en el Perú*. Lima: Cultural Cuzco.

VILLAVICENCIO RIVERA, M. (2018). *Las Comisiones Investigadoras: Procedimiento y Fines*. Lima: Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria del Congreso de la República.



EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL: UNA MIRADA DESDE SU PROCESO DE ELABORACIÓN, APROBACIÓN Y SUS PRINCIPALES APORTES

*THE NEW CONSTITUTIONAL PROCEDURAL CODE: AN OVERVIEW OF ITS
DRAFTING PROCESS, APPROVAL AND MAIN CONTRIBUTIONS*

Luis Andrés Roel Alva*

Resumen:

La presente ponencia tiene como objetivo explicar las motivaciones de las reformas al otrora Código Procesal Constitucional, las cuales fueron hacer más accesible la justicia constitucional a los particulares y esclarecer las reglas procesales para los jueces y magistrados constitucionales, siendo esta una importante oportunidad para desmitificar el argumento que algunos profesionales del derecho e incluso representantes del Estado esgrimieron en su momento, respecto que el Nuevo Código Procesal Constitucional fue realizado de forma apresurada y sin el debido análisis de las reformas planteadas y aprobadas en el Congreso de la República.

Palabras clave: Nuevo Código Procesal Constitucional, Código Procesal Constitucional, Congreso de la República, procesos constitucionales, reglas procesales, justicia constitucional.



—
251
—

*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). Director Fundador de la Revista Estado Constitucional. Docente universitario. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Autor y coautor de diversos artículos de corte constitucional y derechos humanos. Congresista de la República para el periodo 2020–2021. Presidente de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales durante el periodo 2020. Segundo vicepresidente del Congreso de la República del Perú. Uno de los autores del Proyecto de Ley N.º 7271/2020-CR, que propone la reforma al Código Procesal Constitucional, presentado el 04 de marzo de 2021, que origino el Nuevo Código Procesal Constitucional.

Abstract:

The present article aims to explain the motivations for the reforms to the former Constitutional Procedural Code, which were to make constitutional justice more accessible to individuals and clarify the procedural rules for constitutional judges and magistrates, this being an important opportunity to demystify the argument that some legal professionals and even representatives of the State wielded at the time, regarding that the New Code of Constitutional Procedure was carried out hastily and without due analysis of the reforms proposed and approved in the Congress of the Republic.

Keywords: *New Constitutional Procedural Code, Constitutional Procedural Code, Congress of the Republic, constitutional processes, procedural rules, constitutional justice.*

**1. Introducción**

La presente ponencia tiene como objetivo explicar las motivaciones de las reformas al otrora Código Procesal Constitucional, las cuales fueron hacer más accesible la justicia constitucional a los particulares y esclarecer las reglas procesales para los jueces y magistrados constitucionales.

También, consideramos importante esta oportunidad para desmitificar el argumento que algunos profesionales del derecho e incluso representantes del Estado esgrimieron en su momento, respecto que el Nuevo Código Procesal Constitucional fue realizado de forma apresurada y sin el debido análisis de las reformas planteadas y aprobadas, lo cual será abordado en la primera parte de esta presentación.

Asimismo, explicaremos las reformas más relevantes que buscaban realizar una actualización de las normas procesales constitucionales, sincronizándolas con el resto de normativa afín (como la Ley de Protección de Datos Personales), la jurisprudencia del TC y la jurisprudencia de la Corte IDH.

Y es que, como se demostrará, la reforma al otrora Código Procesal Constitucional se planteó desde un inicio como una revisión integral al entonces Código Procesal Constitucional, para no continuar con las enmiendas parciales a las que nos tenían acostumbrados en contextos legislativos anteriores.

2. Proceso de elaboración y aprobación del congreso

En este apartado queremos desmitificar el argumento con que algunos profesionales del derecho e incluso representantes del Estado emplearon en su momento respecto que el Nuevo Código Procesal Constitucional (NCPConst.) fue realizado de forma apresurada y sin el debido análisis de las reformas planteadas y aprobadas.

Para empezar, cuando se instaló la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República para el periodo complementario 2020-2021, el día 20 de abril de 2020, se propuso el Grupo de Trabajo que tendría como finalidad analizar y proponer las posibles reformas al entonces Código Procesal Constitucional. Para conformar dicho Grupo de Trabajo, el presidente en ese momento de la Comisión de Constitución y Reglamento, Omar Chehade, solicitó voluntarios para el mismo y quienes pidieron ser parte de este colectivo de trabajo fueron los entonces congresistas Carlos Mesía Ramírez, Carlos Almerí Veramendi y quien suscribe; y en su primera reunión semanas después se eligió al primero de estos voluntarios como Presidente del Grupo de Trabajo.

En la segunda sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, de fecha 5 de mayo de 2020, se aprobó que dicho grupo estuviera integrado por los congresistas Carlos Mesía Ramírez, Carlos Almerí Veramendi y el suscrito, quienes, con el apoyo de su equipo técnico, se avocaron al estudio de



las propuestas sobre el tema, entre ellas las elaboradas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Este Grupo de Trabajo durante aproximadamente seis meses se reunió con diversos profesionales del derecho constitucional y derecho procesal constitucional, como también con especialistas en otras ramas del derecho afines. Tras este lapso se planteó la presentación del informe que analizaba las necesidades de reforma a diversos articulados del otrora Código Procesal Constitucional (CPConst.), así como las propuestas de sustitución de estos.

Ciertamente, este Grupo de Trabajo contó con el apoyo de reconocidos especialistas en la materia, quienes participaron en las sesiones, como se indica en el informe final del grupo, aprobado con fecha 09 de febrero de 2021, en la Vigésima Quinta Sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento, realizada dicho día. Cabe precisar que este informe no solo tenía un análisis de las principales propuestas de reforma al anterior CPConst., sino que, además, tenía como propósito principal contar con las bases para un anteproyecto de reforma del mencionado cuerpo procesal.

Este informe se sustentó ante el Pleno de la Comisión de Constitución y Reglamento, cuyos miembros hicieron preguntas que fueron absueltas, así como nuevos planteamientos para que fueran evaluados por parte del Grupo de Trabajo. El anteproyecto, mejorado con las propuestas presentadas en dicha sesión de la comisión, fue presentado formalmente como el Proyecto de Ley N.º 7271/2020-CR.

Efectivamente, tras unas semanas, el 04 de marzo de 2021 los miembros del Grupo de Trabajo presentamos el Proyecto de Ley N.º 7271/2020-CR, que propone la reforma al CPConst., el cual se sustentaba en el informe presentado ante la Comisión de Constitución y Reglamento y en el debate llevado a cabo en la misma. Esta propuesta legislativa fue sustentada ante el Pleno de la Comisión de Constitución y Reglamento y obtuvo su predictamen que determinaba que estábamos frente a la posibilidad de la aprobación de un “Nuevo Código Procesal Constitucional”, lo cual no fue la intención inicial del Proyecto de Ley, pero por la cantidad de cambios y siguiendo la práctica parlamentaria se le denominó como tal. Luego, el Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento, Luis Valdez Farias, quien reemplazó a Omar Chegade, sustentó el mencionado predictamen, el cual tras varios debates se aprobó por mayoría en la precitada Comisión.

En esta misma línea de tiempo, el dictamen aprobado por la Comisión de Constitución y Reglamento fue presentado el 21 de mayo de 2021 ante el Pleno del Congreso de la República y tras un arduo debate se aprobó, en una primera votación y en el mismo día se votó la exoneración de una segunda votación. Cabe precisar que el 10 de junio del mismo año tuvo que hacerse una tercera votación para aclarar el texto sustitutorio aprobado previamente, la misma que fue votada favorablemente por el Pleno del Congreso de la República.

Por otro lado, el 2 de julio del 2021 a través del Oficio N.º 404-2021-PR, la autógrafa fue observada por el Presidente de la República y la Presidente del Consejo de Ministros, y frente a esta situación, el 14 de julio de 2021, el Congreso de la República aprobó por insistencia la autógrafa observada por el Poder Ejecutivo, publicándose de esta forma la Ley N.º 31307, que aprueba el Nuevo Código Procesal Constitucional, en el diario oficial El Peruano, el 23 de julio de 2021¹.

A modo de conclusión, podemos afirmar que el proceso de elaboración y aprobación del NCPCConst. paso por diversas etapas, debates y votaciones durante el periodo parlamentario complementario 2020-2021, suprimiendo de este modo la falacia que este cuerpo procesal se realizó tras una elaboración y aprobación expedida, sino todo lo contrario, conforme hemos demostrado con hechos, documentos y fechas.

3. Objetivos de las reformas al código procesal constitucional

En este apartado consideramos importante establecer que las motivaciones de las reformas al otrora CPConst. fueron hacer más accesible la justicia constitucional a los particulares, como por ejemplo el haber establecido la figura de la defensa pública especializada en derecho constitucional, para que se asista a aquellas personas que carecen de recursos y deben presentar estas acciones o defenderse de las mismas.

De igual forma, estas innovaciones procesales tenían como aspiración una actualización de las normas procesales constitucionales con el resto de normativa afín (como la Ley de Protección de Datos Personales, Ley N.º 29733), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), teniendo en cuenta que estas dos son vinculantes para los operadores jurídicos del Estado.

Cabe señalar que se planteó desde un inicio como una reforma integral al entonces CPConst. para no seguir con las enmiendas parciales que son “parches” que buscan resolver problemas del momento. Si deseamos una justicia constitucional que garantice las dos finalidades de los procesos constitucionales²: 1) la defensa de

¹ Esta línea de tiempo se encuentra disponible en Internet: https://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt_2011.nsf/visbusqptmndoc1621/07271?opendocument

² El concepto de proceso constitucional, según el profesor Ernesto Blume Fortini, es: “(...) el proceso constitucional, que es aquel conjunto dialéctico de actos, ejecutados con sujeción a determinadas reglas, que instrumentaliza a través de órganos que ejercen la jurisdicción constitucional, la solución de un conflicto de naturaleza constitucional, surgidos sea por la amenaza o violación de los derechos humanos o fundamentales, sea por el ejercicio indebido de la facultad normativa del Estado, sea por la afectación en forma activa o pasiva de las competencias o atribuciones asignadas a los órganos de rango constitucional, sea, en general, por la violación de la normativa constitucional en sentido estricto”. En: BLUME FORTINI, Ernesto. “Paradigmas del Derecho Procesal Constitucional peruano”. En: Revista Estado Constitucional, N.º 4, Arequipa: Editorial ADRUS, 2011, página 228.



la supremacía constitucional y 2) la tutela de los derechos fundamentales³; necesitábamos una transformación completa.

Esto último es importante porque, como hemos expuesto al inicio de la presente ponencia, el Grupo de Trabajo que se creó al interior de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República tenía ese objetivo y consideramos que se cumplió con el mismo.

Y como podrán apreciar más adelante, la mayoría de las reformas que se encuentran en el NCPCConst. generan más obligaciones y responsabilidades al Estado peruano en relación con la efectividad de los procesos constitucionales, específicamente, de los encargados de la tutela de derechos fundamentales⁴.

Efectivamente, este novísimo cuerpo procesal establece deberes a los órganos y entes que conforman la Administración de Justicia en nuestro país⁵, pero es lo que corresponde dentro de un Estado Constitucional de Derecho y es así como el Estado peruano debe hacerse cargo y responsabilizarse frente a la protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

4. Reformas más relevantes que tiene el nuevo código procesal constitucional

4.1. Principales reformas establecidas en el Título Preliminar

Podemos empezar afirmando que una de las reformas que establece el NCPCConst., aprobado mediante la Ley N.º 31307, respecto a su antecesor es que se regula expresamente la figura jurídica del *amicus curiae* (amigo de la corte) en el artículo V de su Título Preliminar, a efectos de poder determinar quiénes pueden cumplir ese rol y las limitaciones en su actuación procesal, dejando en claro que no son partes del proceso y por tanto no pueden impugnar decisiones. Además, se determina en esta disposición que los sujetos que deseen ser *amicus curiae* solo pueden ser invitados por los jueces y magistrados constitucionales que conocen los procesos constitucionales

³ Nuevo Código Procesal Constitucional

“Artículo II. Fines de los procesos constitucionales

Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos; así como los principios de supremacía de la Constitución y fuerza normativa”.

⁴ La mayoría de las innovaciones que tiene el Nuevo Código Procesal Constitucional son para los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento.

⁵ Como podremos ver en la normativa del Nuevo Código Procesal Constitucional se establecen obligaciones al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (artículo 4º), al Poder Judicial (artículos 5º, 6º, 11º, entre otros) y a la Junta Nacional de Justicia (debe elegir los jueces del Poder Judicial que puedan cumplir las nuevas exigencias que impone el Nuevo Código Procesal Constitucional a la magistratura).

nales, por lo que ya no se les permite que se presenten de forma espontánea a estos como sucedía previamente a esta normativa⁶.

Luego, otra de las innovaciones que tiene el NCPCConst. es establecer las reglas para establecer precedente vinculante tanto del TC como de las salas de la Corte Suprema de Justicia en los procesos de acción popular, los cuales requieren cinco (5) votos conformes y cuatro (4) votos conformes, respectivamente, según lo determina el artículo VI del Título Preliminar del mismo cuerpo procesal⁷. Esto último posibilitará a los operadores jurídicos y a los justiciables tener seguridad jurídica y predictibilidad respecto de las reglas vinculantes que contienen los precedentes mencionados.

Asimismo, se positivizó el principio “pro homine” en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPCConst.⁸, el cual ya tenía reconocimiento constitucional a tra-

⁶ Nuevo Código Procesal Constitucional

“Artículo V. Amicus curiae

El juez, la sala o el Tribunal Constitucional, si lo consideran conveniente, podrán invitar a personas naturales o jurídicas en calidad de amicus curiae, para que expresen por escrito u oralmente su opinión jurídica sobre una materia compleja. También puede invitarse al amicus curiae para que ilustre al juzgador sobre conocimientos no jurídicos, técnicos o especializados de relevancia necesaria para resolver la causa.

Son requisitos que debe cumplir la participación del amicus curiae:

1. No es parte ni tiene interés en el proceso.
2. Tiene reconocida competencia e idoneidad sobre la materia que se le consulta.
3. Su opinión no es vinculante.
4. Su admisión al proceso le corresponde al órgano jurisdiccional.

El amicus curiae carece de competencia para presentar recursos o interponer medios impugnatorios”.

⁷ Nuevo Código Procesal Constitucional

“Artículo VI. Precedente vinculante

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Para crear, modificar, apartarse o dejar sin efecto un precedente vinculante se requiere la reunión del Pleno del Tribunal Constitucional y el voto conforme de cinco magistrados.

En los procesos de acción popular, la sala competente de la Corte Suprema de la República también puede crear, modificar o derogar precedentes vinculantes con el voto conforme de cuatro jueces supremos. La sentencia que lo establece formula la regla jurídica en la que consiste el precedente, expresa el extremo de su efecto normativo y, en el caso de su apartamiento, los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta” (subrayado nuestro).

⁸ Nuevo Código Procesal Constitucional

“Artículo VIII. Interpretación de los derechos humanos y tratados internacionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos” (subrayado nuestro).



vés de la jurisprudencia del TC⁹ y supranacional a partir de los pronunciamientos de la Corte IDH¹⁰ y de la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)¹¹, los cuales permitirán y obligarán a los jueces y magistrados constitucionales aplicar el derecho que mejor asista a los recurrentes en los procesos constitucionales de protección de los derechos fundamentales.

Por último, se estableció que se aplicara de forma supletoria, cuando existan vacíos normativos o zonas grises en las reglas procesales establecidas en el NCPCConst., la doctrina procesal reconocida en la jurisprudencia tanto del TC como de la Corte IDH del Título Preliminar del precitado cuerpo procesal. Igualmente, se aplicará solo de forma subsidiaria el resto de los códigos procesales de los procesos ordinarios como una última ratio¹², fortaleciéndose la teoría del derecho constitucional concretizado aplicable a los procesos constitucionales, y establecida por la jurisprudencia del TC peruano¹³.

⁹ En relación con este principio, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado lo siguiente: “(...) el principio *pro homine* impone que, en lugar de asumirse la interpretación restrictiva e impedir el derecho a la efectiva tutela jurisdiccional, se opte por aquella que posibilite a los recurrentes el ejercicio de dicho derecho”. STC. Exp. N.º 02061-2013-PA/TC, fundamento jurídico 5.11.

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-1/82, “Otros trata-dos”. Objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 1982, párrafo 48; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrafo 33; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vi-tro) vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 142, entre otros; CASTAÑEDA, Mireya. El principio *pro persona*. Experiencias y expectativas. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2014, entre otros.

¹¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) “Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...)

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; (...)”.

¹² Nuevo Código Procesal Constitucional

“Artículo IX. Aplicación supletoria e integración

Solo en caso de vacío o defecto del presente código son de aplicación supletoria la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los códigos procesales afines a la materia discutida son de aplicación subsidiaria siempre y cuando no perjudiquen a las partes ni a los fines del proceso constitucional y solo ante la ausencia de otros criterios”.

¹³ Sobre esta materia, el Tribunal Constitucional ha determinado lo siguiente: “Que el derecho procesal constitucional constituye un ordenamiento complejo de naturaleza adjetiva, pero que debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirve - la Constitución-, debe ser interpretado e integrado atendiendo a la singularidad que este presenta respecto al resto del ordenamiento jurídico. Es desde esta comprensión que el Tribunal Constitucional alemán ha destacado la “particularidad del proceso constitucional”. Significa ello que el derecho procesal constitucional “(...) implica necesariamente un cierto distanciamiento del resto de regulaciones procesales”. En este contexto, en consecuencia, el C.P.Const. tiene que ser entendido como un “derecho constitucional concretizado”. Esto es, al servicio de la “concretización” de la Constitución. Por ende, opera en beneficio de la interpretación de la Constitución en cada uno de los procesos constitucionales que el juez y el Tribunal Constitucional conocen con motivo de responder a una concreta controversia constitucional planteada”. En: RTC. Exps. N.º 00025-2005-PI/TC y N.º 00026-2005-PI/TC, fundamento jurídico 15.

4.2. Principales reformas a las reglas generales de los procesos de tutela de derechos fundamentales

En las reglas generales aplicables a los procesos de tutela de derechos fundamentales, en el artículo 2º del NCPCConst se dispone la obligación que en aquellas zonas del país en donde otra lengua distinta al castellano sea predominante, los accionantes puedan usar su propia lengua para presentar las acciones de garantía constitucional. Este mismo articulado establece que el hábeas corpus se pueda presentar de forma oral¹⁴, cumpliéndose con el informalismo procesal que exige este proceso y que lo caracteriza¹⁵.

Este nuevo cuerpo procesal estableció en su artículo 4º la defensa pública en materia constitucional¹⁶, es decir, la defensa gratuita para personas que no puedan pagar un abogado, materializando de esta manera el principio de gratuidad de-

¹⁴ Nuevo Código Procesal Constitucional

“Artículo 2. La demanda

En los procesos de habeas corpus, la demanda puede presentarse por escrito o verbalmente, en forma directa o por correo, a través de medios electrónicos de comunicación u otro idóneo. Cuando se trata de una demanda verbal, se levanta acta ante el juez o secretario, sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos.

En los procesos de amparo, habeas data y de cumplimiento, la demanda se presenta por escrito y deberá contener cuando menos, los siguientes datos y anexos:

1) La designación del juez ante quien se interpone;
2) el nombre, identidad y domicilio procesal del demandante;
3) el nombre y domicilio del demandado;

4) la relación numerada de los hechos que hayan producido, o estén en vías de producir la agresión del derecho constitucional;

5) los derechos que se consideran violados o amenazados;

6) el petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide;

7) la firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del abogado.

En ningún caso, la demanda podrá ser rechazada por el personal administrativo del juzgado o sala correspondiente.

En los lugares donde predominan el quechua, el aimara y demás lenguas aborígenes, la demanda escrita o verbal podrá ser interpuesta en estos idiomas” (subrayado nuestro).

¹⁵ Nuevo Código Procesal Constitucional

“Artículo 32. Características procesales especiales del habeas corpus

El proceso de habeas corpus se rige también por los siguientes principios:

1) Informalidad: No se requiere de ningún requisito para presentar la demanda, sin más obligación que detallar una relación sucinta de los hechos.

2) No simultaneidad: No existe otro proceso para salvaguardar los derechos constitucionales que protege. No existen vías paralelas.

3) Actividad vicaria: La demanda puede ser presentada por el agraviado o cualquier otra persona en su favor, sin necesidad de contar con representación procesal.

4) Unilateralidad: No es necesario escuchar a la otra parte para resolver la situación del agraviado.

5) Imprescriptibilidad: El plazo para interponer la demanda no prescribe” (subrayado nuestro).

¹⁶ Nuevo Código Procesal Constitucional

“Artículo 4. Defensa pública

En los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento, el demandante que no cuenta con los recursos económicos suficientes o se encuentra en estado de vulnerabilidad, puede recurrir a la defensa pública, y, si la hubiere, a la especializada en defensa constitucional y derecho procesal constitucional”.



terminado tanto en el artículo III del Título Preliminar del NCPCConst¹⁷, como del inciso 16) del artículo 139° de la Constitución Política¹⁸, siendo el coste del abogado un obstáculo menos para el acceso a la justicia constitucional y la defensa de los derechos fundamentales.

Igualmente, el NCPCConst. elimina en su artículo 6° la figura de la improcedencia liminar en los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales¹⁹, lo cual generaba una barrera de acceso a la justicia; se mantienen las causales de improcedencia, como señalaremos más adelante, pero el juez está obligado a conocer el caso y, en audiencia única decidir en ese instante incluso si declara la improcedencia de la demanda²⁰.

En esta misma línea de argumentación, podemos advertir que la única forma en que los jueces o magistrados constitucionales puedan determinar la improcedencia de las demandas constitucionales de tutela de derechos fundamentales es que

se encuadren en los supuestos de improcedencia objetivos determinados en el artículo 7° del novedoso cuerpo procesal²¹.

También, consideramos una novedad importante lo planteado en el artículo 11° de este cuerpo procesal respecto de las notificaciones, lo cual es una muestra del contexto (Emergencia Sanitaria por la pandemia de la COVID-19) en que se elaboró la propuesta normativa, puesto que se prioriza la utilización de la casilla electrónica en relación con la notificación en la dirección domiciliaria²².

Igualmente, podemos indicar que se han mejorado los mecanismos de impugnación introduciendo la apelación por salto en los artículos 22° y 23° del NCPCConst., ya desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²³, por este me-



¹⁷ Nuevo Código Procesal Constitucional

“Artículo III. Principios procesales

Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, economía, inmediación, socialización y el principio de gratuidad en la actuación del demandante salvo que se trate de procesos constitucionales iniciados por personas jurídicas contra resoluciones judiciales (...)” (subrayado nuestro).

¹⁸ Constitución Política

“Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

16) El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala. (...)”

¹⁹ Nuevo Código Procesal Constitucional

“Artículo 6. Prohibición de rechazo liminar

De conformidad con los fines de los procesos constitucionales de defensa de derechos fundamentales, en los procesos constitucionales de habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento no procede el rechazo liminar de la demanda”.

²⁰ Nuevo Código Procesal Constitucional

“Artículo 12. Tramitación de los procesos constitucionales de amparo, habeas data y de cumplimiento
En los procesos de amparo, habeas data y de cumplimiento, interpuesta la demanda por el agraviado el juez señala fecha y hora para la audiencia única que tendrá lugar en un plazo máximo de treinta días hábiles. Al mismo tiempo emplaza al demandado para que conteste la demanda en el plazo de diez días hábiles.

En el escrito de contestación de la demanda, el emplazado acompaña sus medios probatorios y contradice los presentados por el demandante. Asimismo, deduce las excepciones que considere oportunas.

El juez pone en conocimiento del demandante el escrito de contestación a su demanda para que en la audiencia única alegue lo que crea oportuno. Entre esta notificación y el día de los alegatos debe mediar por lo menos diez días calendario.

En la audiencia única, el juez oye a las partes y si se ha formado juicio pronuncia sentencia en el acto o, en caso contrario, lo hace en el plazo indefectible de diez días hábiles.

Las partes pueden solicitar copia de los audios y videos de la audiencia pública.

Si con el escrito que contesta la demanda, el juez concluye que esta es improcedente o que el acto lesivo es manifestamente ilegítimo, podrá emitir sentencia prescindiendo de la audiencia única” (subrayado nuestro).



²¹ Nuevo Código Procesal Constitucional

“Artículo 7. Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de habeas corpus.

3. El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional.

4. No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este código y en el proceso de habeas corpus.

5. Cuando haya litispendencia por la interposición de otro proceso constitucional.

6. Si se trata de conflictos constitucionales surgidos entre los poderes del Estado o de entidades de la administración pública entre sí. Tampoco procede entre los gobiernos regionales, locales o de ellos entre sí ni contra el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial interpuesto por un gobierno local, regional o entidad pública alguna. En estos casos, la controversia se tramita por la vía de los procesos de inconstitucionalidad o de competencia, según corresponda.

7. Ha vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de habeas corpus”.

²² Nuevo Código Procesal Constitucional

“Artículo 11. Notificaciones

Todas las resoluciones se notifican a la casilla electrónica. Si por alguna circunstancia razonable, al demandante no le es posible fijar la casilla electrónica, podrá optar por otros medios telemáticos o si prefiere se le notificará a su dirección domiciliaria.

El plazo se inicia a partir de los dos días posteriores a la notificación en la casilla electrónica o medio telemático por el que se optó; o desde el día siguiente de su notificación en la dirección domiciliaria” (subrayado nuestro).

²³ RTC. Exp. N.° 00168-2007-Q/TC; STC. Exp. N.° 00004-2009-PA/TC.

canismo se podrá elevar un caso directamente al pleno del Tribunal cuando se cumplan las causales desarrolladas por éste²⁴.

De la misma forma, se positiviza la figura jurídica de la actuación inmediata de sentencia en primer grado²⁵, la había sido reconocida previamente a través de la jurisprudencia del TC²⁶ y que permite una protección de los derechos fundamentales que han tenido una decisión jurisdiccional favorable en una primera instancia, procurando de esta forma evitar su irreparabilidad con el paso del tiempo propio de un proceso judicial dentro de una Administración de Justicia saturada con sobrecarga procesal.

A modo de cierre de este apartado, se han reforzado los mecanismos para asegurar la ejecución de las sentencias de la justicia constitucional, incluyendo la actuación

24 Nuevo Código Procesal Constitucional

"Artículo 22. Recurso de apelación

El recurso de apelación en los procesos constitucionales de habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento procede contra las resoluciones que las partes consideran que los agravia. Los plazos para impugnarlas son:

a) En el proceso de habeas corpus es de dos días hábiles.

b) En los procesos de amparo, habeas data y de cumplimiento es de tres días hábiles.

c) De forma excepcional, se permitirá la apelación por salto en casos de resoluciones judiciales en proceso de ejecución de sentencia, cuando se verifique una inacción en su ejecución o cuando se decida en contra de la protección otorgada al derecho fundamental agredido y se desproteja los derechos fundamentales cuya protección ya se otorgó.

No procede la apelación por salto cuando:

1) El cumplimiento de la sentencia comporte un debate sobre la cuantificación del monto de la pensión de cesantía o jubilación, de los devengados o de los reintegros de los intereses de las costas o de los costos.

2) El mandato de la sentencia constitucional cuya ejecución se pretende se establece en forma clara y expresa que es de cumplimiento progresivo.

Artículo 23. Trámite del recurso de apelación

El recurso de apelación se tramita:

a) En el proceso de habeas corpus concedido el recurso de apelación el juez eleva los autos al superior en el plazo de un día hábil. El superior jerárquico resuelve en el plazo de cinco días hábiles. No hay vista de la causa, salvo que el demandante o el favorecido la solicite.

b) En los procesos de amparo, habeas data y de cumplimiento, concedido el recurso de apelación el juez eleva los autos al superior en el plazo de dos días hábiles. El superior jerárquico fija día y hora para la vista de la causa en el plazo de cinco días hábiles, sin necesidad de emitir auto de avocamiento. Notificado con la resolución que fija día y hora para la vista de la causa, los abogados pueden solicitar informe oral dentro de los tres días hábiles posteriores a la notificación. Realizada la vista de la causa, el juez resuelve en el plazo de diez días hábiles.

c) En los supuestos de apelación por salto, en el caso de resoluciones en ejecución, el juez eleva los autos al Tribunal Constitucional en el plazo improrrogable de dos días hábiles. No se requiere audiencia para su resolución, por lo que el Tribunal Constitucional resuelve en un plazo máximo de diez días hábiles contados desde su programación respectiva" (subrayado nuestro).

25 Nuevo Código Procesal Constitucional

"Artículo 26. Actuación de sentencia

La sentencia estimatoria de primer grado es de actuación inmediata si el juez estima que no se generará una situación de irreversibilidad, ni se ocasionará daños desproporcionados al demandado. Es independiente de la apelación que se interponga contra ella y se solicita ante el juez que emitió la resolución. La resolución que ordena la actuación inmediata de sentencia es inimpugnable y mantiene su vigencia hasta que se emita resolución última y definitiva que pone fin al proceso".

26 STC. Exp. N.º 00607-2009-PA/TC, fundamentos jurídicos 17-63.

del Ministerio Público ante personas particulares o funcionarios públicos renuentes de acatar el mandato de una decisión constitucional, conforme manda el artículo 27º del cuerpo procesal materia de la presente ponencia²⁷.

4.3. Otras innovaciones relevantes

Entre otras reformas importantes en las reglas procesales constitucionales tenemos que se amplió el ámbito de derechos protegidos para los procesos constitucionales de hábeas corpus y amparo, a la luz del desarrollo constitucional de los mismos; como son, por ejemplo, los derechos a la verdad, al agua potable, a la libertad de conciencia, entre otros.

Asimismo, se ha concordado el proceso constitucional de hábeas data con las disposiciones de la normativa que regula la protección de bases de datos personales (Ley de Protección de Datos Personales, Ley N.º 29733, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N.º 003-2013-JUS) y de la jurisprudencia vinculante del TC respecto de este proceso²⁸.

27 Nuevo Código Procesal Constitucional

"Artículo 27. Ejecución de sentencia

Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de otros órganos jurisdiccionales. Para el cumplimiento de las sentencias y de acuerdo con el contenido específico del mandato y la magnitud del agravio constitucional, el juez debe:

1) Velar porque la sentencia se cumpla según sus propios términos, actuando con la prudencia e imperatividad que las circunstancias del caso impongan. Si el demandado no cumple con el mandato, el juez constitucional remite los actuados al Ministerio Público para que actúe de acuerdo con sus atribuciones. También puede disponer el inicio del procedimiento disciplinario de funcionarios y servidores públicos ante la entidad que corresponda para su destitución.

2) Si el cumplimiento de la sentencia depende de varias voluntades, y si no se acata en el plazo de cinco días hábiles, el juez remite los actuados al Ministerio Público para que actúe de acuerdo con sus atribuciones. El Ministerio Público formula denuncia penal contra el titular de la entidad y los que resulten responsables, pudiendo exigir su prisión preventiva.

3) Si el cumplimiento de la sentencia depende de previsiones contenidas en el presupuesto general de la República o presupuestos de entidades estatales, la parte vencedora puede pedir al juez que modifique la ejecución material de la sentencia, proponiendo una fórmula sustitutoria que cause igual satisfacción a su derecho conculcado. El juez corre traslado del pedido y escucha a la parte vencida, decidiendo lo que corresponda. Si el juez acepta la fórmula sustitutoria, debe emitirse un auto que así lo establezca, el cual es impugnabile con efecto suspensivo. La ejecución por sustitución implica que el juez aduce los apremios a su logro y que deje sin efecto los emitidos.

Para el cumplimiento de las sentencias, el juez puede optar, de oficio o a pedido de parte, por otras medidas de ejecución como son la remoción, destrucción de cosas, objetos o edificaciones, paralización de obras, entre otras técnicas de ejecución que el juez considere necesarias, así como también cualquier otra decisión o medida que sea proporcional y razonable para la preservación, restitución y protección de los derechos constitucionales objeto del proceso.

En los procesos de habeas corpus las sentencias estimatorias las ejecuta el juez o la sala que la expidió, sin necesidad de remitir los actuados al juzgado de origen".

28 RTC. Exp. N.º 06164-2007-HD/TC, fundamento jurídico 2.



También, el NCPCConst. determina la figura del control constitucional de las normas derogadas del artículo 106° del novedoso cuerpo procesal²⁹, siendo esto relevante para evitar futuras afectaciones al principio de supremacía constitucional³⁰, elemento básico de un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro³¹.

Además, se establece como regla jurídica tanto para declarar inconstitucionales normas de jerarquía legal en los procesos de inconstitucionalidad como para determinar competencias y atribuciones a los poderes y entes constitucionales en los procesos competenciales, la existencia de cinco (5) votos conformes del Pleno del TC, conforme se determinan en los artículos 107^{o32} y 112^{o33} del NCPCConst., respectivamente.

29 Nuevo Código Procesal Constitucional

“Artículo 106. Control constitucional de normas derogadas

Si, durante la tramitación del proceso de inconstitucionalidad, las normas impugnadas fueran derogadas, el Tribunal Constitucional continuará con la tramitación del proceso en la medida en que estas continúen siendo aplicables a los hechos, situaciones o relaciones producidas durante su vigencia.

El pronunciamiento que emita el Tribunal no puede extenderse a las normas que sustituyeron a las cuestionadas en la demanda salvo que sean sustancialmente idénticas a aquellas”.

30 Nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que: “(…), la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51°), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45°) o de la colectividad en general (artículo 38°) puede vulnerarla válidamente”. En: STC. Exp. N.° 05854-2005-PA/TC, fundamento jurídico 6.

31 En relación con este modelo estatal, nuestro Tribunal Constitucional ha expuesto lo siguiente: “El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto. Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo”. En: STC. Exp. N.° 05854-2005-PA/TC, fundamento jurídico 3.

32 Nuevo Código Procesal Constitucional

“Artículo 107. Plazo para dictar sentencia

El Tribunal dicta sentencia dentro de los treinta días posteriores de producida la vista de la causa.

La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma requiere de cinco votos conformes. De no alcanzarse esta mayoría calificada en favor de la inconstitucionalidad de la norma demandada, el Tribunal Constitucional dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad” (subrayado nuestro).

33 Nuevo Código Procesal Constitucional

“Artículo 112. La sentencia en los procesos competenciales y sus efectos

En los procesos competenciales, la sentencia se obtiene con el voto conforme de cinco (5) magistrados. La sentencia del Tribunal vincula a los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos. Determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo, resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos. Cuando se hubiera promovido conflicto negativo de competencias o atribuciones, la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o el ente estatal de que se trate debe ejercerlas” (subrayado nuestro).

Por último, podemos señalar que en la Única Disposición Complementaria Transitoria del NCPCConst. se determina que progresivamente serán jueces constitucionales los que conocerán los procesos de garantías y de inconstitucionalidad, generando especialidad y mayor eficiencia en la resolución de los casos, así como no generar en los jueces ordinarios una sobrecarga en donde conocen tanto sus procesos ordinarios como los constitucionales³⁴; aunque mientras se llega a esa meta, se establece en la Segunda Disposición Complementaria Final del mismo cuerpo procesal que sean los jueces y salas actuales quienes resuelvan estos procesos constitucionales³⁵.

De esta forma, como ya habías adelantado en la presente ponencia, se establecen obligaciones al Poder Judicial y a la Junta Nacional de Justicia de convocar, designar y establecer jueces especializados en materia constitucional, así como determinar juzgados y salas superiores constitucionales, para que con ello podamos tener una justicia constitucional especializada como tal.

5. Conclusiones

Como cierre de la presente ponencia podemos afirmar que hemos logrado los objetivos que nos planteamos en la introducción a la misma, en relación con detallar cuál fue el proceso de elaboración del Nuevo Código Procesal Constitucional dentro del Congreso de la República, el mismo que pasó por diversas etapas, debates y votaciones durante el periodo parlamentario complementario 2020-2021, erradicando de esta manera la falacia que fue una elaboración y aprobación expedita, sino todo lo contrario.

Luego, consideramos importante haber dejado establecido que desde un inicio se planteó una reforma integral al entonces Código Procesal Constitucional y no seguir con las enmiendas parciales y que el Grupo de Trabajo que se creó en la interna de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República tenía ese objetivo y consideramos que se cumplió con la finalidad de su creación.

De igual forma, y como hemos podido exponer, la mayoría de las innovaciones que se encuentran en el NCPCConst. generan más obligaciones y responsabilidades al Estado peruano en relación con la efectividad de los procesos constitucionales,

34 Nuevo Código Procesal Constitucional

“ÚNICA. Determinación de jueces y salas constitucionales

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial determina de modo paulatino y conforme a las posibilidades presupuestales y de infraestructura, los jueces y salas constitucionales para su nombramiento por la Junta Nacional de Justicia”.

35 Nuevo Código Procesal Constitucional

“SEGUNDA. Jueces especializados

En los distritos jurisdiccionales del Poder Judicial donde no existan jueces ni salas constitucionales, los procesos de amparo, habeas data y de cumplimiento son competencia de los juzgados especializados en lo civil o mixto, según corresponda y, en segunda instancia, las salas civiles correspondientes.

En los procesos de habeas corpus la competencia recae en los jueces de investigación preparatoria y, en segunda instancia, en las salas de apelaciones respectivas”.



específicamente, de los encargados de la tutela de derechos fundamentales, pero esto es lo que corresponde dentro de un Estado Constitucional de Derecho, con relación a los deberes de un Estado frente a sus ciudadanos.

6. Bibliografía

BLUME FORTINI, E. (2011). “Paradigmas del Derecho Procesal Constitucional peruano”. En: Revista Estado Constitucional, N.º 4, Arequipa: Editorial ADRUS.

CASTAÑEDA, M. (2014). El principio pro persona. Experiencias y expectativas. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Congreso de la República (2021). Línea de tiempo del Predictamen del Nuevo Código Procesal Constitucional. Disponible en Internet: https://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt_2011.nsf/visbusqptramdoc1621/07271?opendocument

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1982). Opinión Consultiva OC-1/82, “Otros tratados”. Objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

Tribunal Constitucional del Perú. RTC. Exp. N.º 00168-2007-Q/TC

Tribunal Constitucional del Perú. RTC. Exp. N.º 06164-2007-HD/TC

Tribunal Constitucional del Perú. RTC. Exps. N.º 00025-2005-PI/TC y N.º 00026-2005-PI/TC

Tribunal Constitucional del Perú. STC. Exp. N.º 00004-2009-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú. STC. Exp. N.º 00607-2009-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú. STC. Exp. N.º 02061-2013-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú. STC. Exp. N.º 05854-2005-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú. STC. Exp. N.º 05854-2005-PA/TC



BICENTENARIO DE LA REPÚBLICA: CULTURA Y REFORMA CONSTITUCIONAL

BICENTENNIAL OF THE REPUBLIC:
CULTURE AND CONSTITUTIONAL REFORM

Raúl Gutiérrez Canales*

Resumen:

A partir del bicentenario de la república del Perú y la discusión sobre la posibilidad de iniciar un proceso constituyente, se analiza si efectivamente existen las condiciones para garantizar un cambio de Constitución que responda a los fines del Estado constitucional de derecho. Para tal efecto, se desarrolla los alcances y relevancia de la cultura constitucional, identificando que en el ámbito nacional aun la misma configura un reto. En tal escenario, se precisan algunos elementos que aportan al impulso de acciones que aseguren su presencia en el Estado y en la sociedad, resaltando su consolidación como una política pública transversal que puede ayudar decididamente al fortalecimiento de la institucionalidad y la lealtad constitucional.

Palabras clave: Constitución, cultura constitucional, reforma constitucional, poder constituyente, proceso constituyente.

Abstract:

Starting with the bicentennial of the Republic of Peru and the discussion on the possibility of starting a constituent process, it is analyzed whether the conditions actually exist to guarantee a change to the Constitution that responds to the purposes of the constitutional rule of law. For this purpose, the scope and relevance of the constitutional culture is developed, identifying that at the national level even it constitutes a challenge. In such a scenario, some elements are needed that contribute to the promotion of actions that ensure its presence in the State and in society, highlighting its consolidation as a transversal public policy that can decisively help to strengthen institutionalism and constitutional loyalty.

Keywords: Constitution, constitutional culture, constitutional reform, constituent power, constituent process.



*Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho y Ciencia Política, y magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Máster en Derecho Parlamentario por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y asesor principal del Congreso de la República del Perú.

1. Introducción

Llegamos al año del bicentenario de la república del Perú y seguimos discutiendo sobre la necesidad de aprobar una nueva Constitución. Pese a haber tenido doce constituciones previas, no hemos podido consolidar un consenso deseable sobre la legitimidad de la carta política vigente a doscientos años de la independencia. Parece que nuestra historia constitucional no ha logrado adquirir una apreciable madurez que le permita hacer frente a propuestas de reformas en muchos casos inútiles, redundantes, improvisadas o con claros fines distintos al interés público o al compromiso de fortalecer un verdadero pacto social con plena integración y pluralidad.

No está mal discutir un cambio de Constitución, pero un asunto de tamaño relevancia debe contar con las condiciones adecuadas para formular y aprobar una propuesta viable en términos de eficacia. La Constitución es una norma política, cuyo valor jurídico supremo exige contar con una legitimidad reforzada, con un reconocimiento categórico del valor de su contenido e importancia para la vida y aspiraciones de una sociedad. En este sentido, la identificación de un momento constituyente no puede dejar de observar el nivel de cultura constitucional que existe en la población. Más aun, cuando se busca que la nueva carta política represente un cambio significativo que responda efectivamente a los intereses de todos los sectores del país con criterio de equidad.

Bajo tales ideas, en el presente trabajo se desarrolla la importancia de considerar la cultura constitucional en la oportunidad de la discusión sobre la reforma constitucional, visibilizando algunos aspectos indispensables que guardan relación con la teoría y el impostergable vínculo entre las políticas públicas y la realidad en que aquellas se desenvolverán para cumplir sus fines.

2. La cultura constitucional y la integración social

Qué duda cabe que la Constitución es parte de la cultura de una sociedad. En su propio fundamento se halla la idea imprescindible de que es consecuencia de la voluntad directa de aquella y que su continuidad descansa en la soberanía popular. No obstante, el régimen político que fija una Constitución no es una fórmula universal, es consecuencia de la atención de las características, necesidades y anhelos de la sociedad en la que tendrá vigencia. Como bien nos recuerda el profesor Peter Häberle:

“La Constitución no es solamente un orden jurídico para juristas que ellos interpretan según viejas y nuevas reglas; ella tiene una eficacia esencial también como guía para los no juristas: para los ciudadanos. La Constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultu-

ral, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas”¹.

Ciertamente, si lo que se persigue es que la Constitución sea eficaz, es impostergable que los ciudadanos internalicen una pertenencia cotidiana a ella, lo que traspasa al puro formalismo de mirarla como una norma ajena en el desenvolvimiento regular y permanente de los miembros de la sociedad donde tiene vigor. Si la Constitución reconoce derechos o mecanismos de participación ciudadana para lograr transparencia en las decisiones públicas, pero los ciudadanos no conocen los mismos o no tienen mayor interés en su ejercicio, entonces, no habrá cultura constitucional.

Es verdad, como afirmó el profesor Konrad Hesse, que el contenido de una norma constitucional no se agota en las pretensiones del texto, menos cuando este es incompleto e indeterminado². La norma requiere realizarse, lo que se logra con la consideración de las relaciones vitales de la sociedad donde rige, caso contrario, camina al fracaso. Ahora bien, aun cuando la mutación constitucional, que es necesaria para dichos fines, es dinámica y la interpretación cumple un papel decisivo en su reconocimiento, también es cierto que la atención de la cultura en el desempeño de la Constitución, debe involucrar un mínimo de incentivo para los ciudadanos respecto no solo de su cumplimiento, sino también de su defensa.

La cultura constitucional no se debe agotar en que su contenido refleje las prácticas y aspiraciones de una comunidad determinada, también es preciso que promueva en la sociedad la motivación de hacerla cumplir en su dimensión objetiva. Es decir, que no solo se recurra a ella como fundamento o de modo directo para reclamar intereses personales.

La cultura constitucional debe comprender la internalización de la población de ser parte activa en la defensa del contenido constitucional cuando medie el interés público, lo que tiene correlato en el mandato expreso del artículo 38 de la Constitución de 1993: “*Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución (...)*”, dispositivo que, además, con algunos matices, sigue un objetivo que se encuentra desde nuestra primera constitución republicana de 1823, cuyo artículo 15 definió que “*La fidelidad a la Constitución (...) compromete de tal manera la responsabilidad de todo peruano, que cualquiera violación en estos respectos lo hacen delincuente*”.

Tal identificación con la Constitución, que aspira a convertirse en lealtad, debe ser un elemento habilitante para discutir asuntos como un cambio de Constitución.

1 HÄBERLE, Peter, La Constitución como cultura, en: Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, N° 6, 2002, p. 194.

2 HESSE, Konrad, Escritos de Derecho Constitucional, traducción de Pedro Cruz Villalón, 2da. edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 27.



Se debe atender a que toda reforma requiere del apoyo indispensable de elementos complementarios para lograr su eficacia. La cultura constitucional requiere condiciones para tener practicidad, y si bien tendrá plenitud luego de un proceso secuencial, es necesario empezar a allanar el terreno.

La cultura constitucional es un asunto de preponderancia que no surge del azar, sino que exige un compromiso objetivo de forjarla mediante el impulso de gestos y acciones tangibles que construyan un cambio cierto, paulatino y sostenible. El impulso de políticas de cultura constitucional en la sociedad tendrá efecto directo en el trabajo y compromiso de los funcionarios, servidores o autoridades y, consecuentemente, en el fortalecimiento de la institucionalidad en la administración pública.

A ello, debemos sumar que en el bicentenario es menester entender que la historia constitucional peruana, como propósito de racionalizar el poder y garantizar las libertades ciudadanas, tiene sus fundamentos en el reclamo emancipador del sector de peruanos trasgredidos, que produjo una serie de levantamientos previos a la llegada de los denominados libertadores. Este entendimiento no solo es un asunto de objetividad y justicia, sino también de revaloración de la identidad nacional, no como un patriotismo vacío o de revancha, sino como la tarea de integración de las culturas originarias del país a las políticas públicas de desarrollo humano.

Bajo dicho reto, la cultura constitucional comprende la premisa de que la inclusión debe respetar la pluriculturalidad del Perú y su complejidad. Las lenguas originarias, las costumbres comunales de tomas de decisiones, la protección del medio ambiente y la biodiversidad, la representación inclusiva mediante acciones afirmativas legislativas, entre otros, son aspectos sustanciales que requieren ser robustecidos. Los objetivos de las constituciones que dieron origen a nuestra república tenían el decisivo deber de integrar a la sociedad, respetando su diversidad y procurando alcanzar la igualdad material; pero estos cometidos solo se podían alcanzar con la interiorización de sus contenidos por parte de los actores sociales y del Estado.

Sin conocimiento de la trascendencia de la Constitución para la vida de todos, seguiremos cuestionando su legitimidad y, lo más preocupante, asumiendo la idea de que la carta política no ha tenido mayor utilidad para dar un salto cualitativo en la forja de un Estado democrático y objetivamente representativo.

Nunca tan oportuna la reflexión Pablo Macera y Jorge Basadre sobre el cumplimiento de los propósitos de la independencia:

“Basadre: La independencia terminó siendo una revolución no cumplida.
Macera: Secuestrada, pienso yo (...) ¿Qué es lo que ocurre con hombres como Mariátegui, Sánchez Carrión; y otros más que verdaderamente hubieran podido radicalizar el proceso de independencia, o sea hacer que la

República cumpliera, no solamente los objetivos reformistas de algunos criollos, sino los objetivos revolucionarios que compartían las masas indígenas? ¿Qué ocurrió para que se vieran obligados a ceder su lugar a quienes exclusivamente querían un cambio político, terminar con el dominio español pero no cumplir ninguna de esas promesas (...), dejando así intacta la vieja estructura social interna?”³

3. La reforma constitucional y el nuevo contexto del poder constituyente

La controversia respecto de la legitimidad de origen se relaciona con la autoridad que representan las constituciones por su condición de convenio fundante de una colectividad política. En esta lógica, si la norma que define la organización del poder, las garantías de los derechos y las aspiraciones e identidad colectiva de los peruanos tuvo su nacimiento en el marco de un golpe de Estado y tiene el sello de un régimen político contrario a los valores democráticos, es más que razonable entender la discusión sobre su cambio, lo que, por supuesto, no es motivo determinante para iniciar el respectivo procedimiento de reforma.

La identificación de un nuevo momento constituyente no puede estar exento del más amplio y plural debate social, pero tal discusión requiere un mínimo de conocimiento sobre los alcances, valores y trascendencia de la carta política. Un debate que convoque a todos no es suficiente para garantizar un pacto que integre. Si el nivel de entendimiento (tanto de derechos como de límites) no es equivalente, no habrá un resultado que procure proporcionalidad o igualdad material y, por tanto, el resultado repetirá los problemas de legitimidad que, precisamente, se buscan corregir.

Y ello es así, porque el poder constituyente no es un concepto pétreo que esté al margen de su entorno. El poder constituyente, como lo entendió Sieyès a fines del siglo XVIII en ¿Qué es el Tercer Estado?, indudablemente, mantiene su esencia, pero, su ocurrencia no puede desconocer las características propias del tiempo y la realidad vigentes. Pensar en un poder ilimitado u originario en un modelo democrático con historia constitucional y siendo parte de una comunidad de Derecho Internacional es discutible.

La promoción de una eventual asamblea constituyente en el siglo XXI, que tendrá la tarea de elaborar y proponer una nueva Constitución, entenderá a esta última como una fuente de transformación antes que de creación. No nos encontramos en el supuesto de dotar de una Constitución a una sociedad cuyo Estado nace por primera vez, sino en la oportunidad de brindarle a una sociedad, que ya posee previamente una Constitución (una organización política), un cambio de la misma.

3 MACERA, Pablo, Conversaciones con Basadre, Mosca Azul editores, Lima, 1979.



Y no nos referimos a una reforma parcial formal, sino a la mirada objetiva de una nueva carta política, la que podrá ser formalmente nueva, pero, en los hechos, posee un contenido que toma en cuenta un porcentaje significativo de su antecesora o antecesoras.

La primera Constitución peruana (1823) estableció la forma republicana de gobierno y eso se ha mantenido hasta la Constitución vigente (y luego de doce constituciones). Pero, además, esa primera Constitución reconoció el fundamento de la importancia de la soberanía y la nación; el principio de separación de poderes; la inviolabilidad de opinión de los parlamentarios; la competencia del presidente de promulgar las leyes y suscribir tratados; el principio de exclusividad de la función jurisdiccional; la organización territorial en departamentos y provincias; una autoridad electoral y el régimen representativo; los gobiernos locales (alcaldes y regidores); la competencia del Poder Ejecutivo en la formulación de la ley de presupuesto público anual; el reconocimiento y garantía de los derechos; la educación pública como derecho y servicio público esencial; entre otros asuntos que también permanecen hasta hoy.

Por supuesto, que desde la primera Constitución hasta la fecha ha habido cambios, pero, en general, estos han sido para fortalecer lo ya reconocido y corregir las inconsistencias con un régimen político republicano. Se ha avanzado en superar cuestiones como el impedimento del derecho de sufragio de la mujer, la exclusión del ejercicio de cualquier otra religión que no sea la católica o el requisito de tener una propiedad para ser ciudadano. Incluso, recientemente, se eliminó la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria, que es una institución que ha estado presente desde el inicio de nuestra Constitución histórica.

Entonces, pretender afirmar que se va a escribir un texto original sin tomar en cuenta lo que se ha ido puliendo a lo largo de doscientos años de república es faltar a la verdad. Y esto es así, no solo porque las constituciones que se han producido desde 1823 hasta 1993 así lo evidencian, sino también porque la competencia para elaborar una nueva carta política no implica que hayan dejado de tener vigor otras fuentes de derecho de obligatoria observancia, como son, efectivamente, la legislación internacional o la jurisprudencia constitucional y supranacional.

En tal supuesto, por ejemplo, no se puede descuidar que el principio de progresividad, reconocido en acuerdos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, impone que los Estados adopten medidas legislativas para lograr paulatinamente la plena vigencia de los derechos. En contrapartida, cualquier retroceso en este sentido configurará la respectiva responsabilidad internacional.

Por su lado, la jurisprudencia constitucional y supranacional no solo ha ido definiendo el contenido y los alcances de los derechos fundamentales, sino, sobre todo, ha identificado y precisado las obligaciones de la administración pública para su defensa. En este trabajo se han formulado precedentes y doctrina jurispuden-

cial que han precisado la relación ineludible del deber estatal de protección de derechos humanos con la garantía del respeto a la institucionalidad de conceptos como democracia, soberanía popular, Estado constitucional de derecho, legalidad, razonabilidad, transparencia.

Entonces, la jurisprudencia constitucional y supranacional, inevitablemente, replantean la idea de un poder constituyente objetivamente prejurídico. El contexto de transformación antes que de creación, que mencionamos antes, nos permite ver que el punto de partida en el impulso de una nueva Constitución no se desenvuelve en una realidad exenta de la eficacia de otras fuentes de derecho válidas que también han logrado su desarrollo y fortalecimiento en el modelo democrático. En este supuesto, la jurisprudencia constitucional y supranacional, así como los tratados internacionales actuarán como una guía orientadora ineludible que completamente y consolide los cambios que se buscan implementar.

Además de lo reseñado, ¿el poder constituyente debería estar al margen del procedimiento fijado por la Constitución para aprobar su reforma total? la crítica mayor a la aprobación de la Constitución de 1993 es que buscó legitimar un golpe de Estado. De hecho, para su impulso no se cumplió el procedimiento de reforma preexistente que estableció la Constitución de 1979; es más, esta Constitución imponía en su artículo 307 que no perdía su vigencia si no se cumplía el procedimiento regular de reforma.

Entonces, preguntamos: ¿eso que se criticó y que comprende uno de los fundamentos para considerar a la Constitución vigente como espuria debería ser un precedente a seguir en un nuevo escenario de cambio de Constitución? De ninguna manera. El planteamiento de una nueva Constitución desde la conformación de un poder constituyente implica que se producirá necesariamente un proceso constituyente, que tendrá etapas hasta la puesta para la aprobación final de una nueva carta política por parte de la población electoral. Y en este objetivo, el inicio del proceso debe estar dotado de la más alta legitimidad, sin cuestionamientos de arbitrariedad o de abuso de poder. Si el procedimiento seguido no responde a una fuente cierta y válida, no será posible lograr la legitimidad reforzada de origen que exige el nacimiento de una nueva Constitución. Y con ello, se repetirá, precisamente, lo que se pretendió enmendar.

Así las cosas, el poder constituyente, creemos, tampoco puede estar exceptuado de observar el procedimiento de reforma constitucional vigente al momento del inicio del proceso constituyente, y esto es consecuencia de lo que venimos afirmando: el punto de partida tiene antecedentes y un contexto actual (nacional e internacional) que la nueva propuesta no debería desatender. La asamblea, la convención o el congreso constituyente cumplirán una función de representación temporal y, por tanto, persiste la necesidad de respetar las valoraciones sociales que predominan en el respectivo momento constituyente, porque no debe permitirse, en ningún supuesto que se violente la voluntad de la población respecto de contenidos mínimos o no negociables, como son la vigencia de los derechos.



Finalmente, en el planteamiento de que un poder constituyente en el siglo XXI debe adaptar sus características de poder originario, ilimitado o prejurídico, se vislumbra un asunto objetivo: las dificultades o la complejidad de la representación efectiva de toda la población en la respectiva asamblea constituyente. Sin duda, el concepto de población que comprende el poder constituyente es una ficción, porque en la práctica es imposible identificar el sentido de su voluntad unívoca y más en sociedades tan heterogéneas, como es el caso del Perú. Ciertamente, el reto de la integración de todos los sectores del país en el debate constituyente es un ideal y hacia ello se deben dirigir los esfuerzos, pero no se debe descuidar que una discusión amplia y plural requiere condiciones que garanticen un avance y, más aún, un nivel de representación garantista de los intereses colectivos de la población; lo que, por supuesto, se logra de mejor manera con las consideraciones antes anotadas, pues el poder constituyente se realiza mediante seres humanos falibles.

4. La propuesta de nueva Constitución y su legitimidad

Luego de presentar las ideas previas, pasemos al tema recurrente de la propuesta de una nueva Constitución en el actual escenario nacional. Lo primero es identificar si nos encontramos en un contexto de solvencia para afirmar que el nuevo pacto social tendrá la deseable legitimidad social que justifique su dación ¿podemos afirmar que hoy existe una deseable cultura constitucional en el Perú, que garantice que todos los sectores sociales sean conscientes de la importancia, alcances y efectos de un nuevo proceso constituyente?

No es suficiente que los candidatos a una asamblea constituyente y una posterior propuesta de Constitución se voten (obligatoriamente) para que haya conciencia sobre su contenido y relevancia. La Constitución vigente fue la única votada en referéndum y hasta la fecha es muy cuestionada, desde expresidentes de la República que juraron al cargo por una Constitución dejada sin efecto hasta la existencia de partidos políticos que propugnan su derogatoria. Pero, estos cuestionamientos no bastan para plantear nuestra Constitución número trece, pues mientras no haya cultura constitucional repetiremos los mismos problemas y sentiremos que la Constitución no refleja las aspiraciones de todos con equidad.

Actualmente, varias organizaciones políticas anuncian el cambio de Constitución con ligereza manifiesta, como si su aprobación solucionará inmediatamente las brechas sociales, los problemas de la economía, la falta de acceso a derechos con plenitud e igualdad, o las prácticas de corrupción. Y eso no es así. Si la Constitución sigue siendo contradictoria con la realidad, solo terminará debilitándose o, incluso, retrocediendo en el camino hacia el Estado constitucional. Es válido exigir una legitimidad reforzada de la Constitución, que todos, la sociedad y el Estado, reconozcan su autoridad en el curso regular y en el rumbo de las políticas públicas, pero primero es necesario involucrar objetivamente a la comunidad en su discusión. Mientras la sociedad no tenga interés ni conocimiento sobre la importancia del contenido y cumplimiento de los postulados esenciales de la Constitución, la legitimidad de esta seguirá siendo un asunto de pocos y no se

habrá cumplido el objetivo de haber aprobado un real acuerdo social de carácter nacional y con pluralidad.

Es imperioso comprender que, antes de plantear una nueva Constitución, es necesario generar la suficiente cultura constitucional en la población y en la administración pública para tener certeza de si realmente la necesitamos o solo se requiere una reforma parcial. No debe olvidarse, como hemos referido antes que, desde la primera Constitución hasta la actual, tenemos contenidos orgánicos centrales que no han cambiado. Dificilmente, estos aspectos van a variar en una nueva Constitución y se terminarán repitiendo o parafraseando.

Asuntos como la bicameralidad o modificaciones a la regulación de la vacancia presidencial, el voto de confianza, la censura, el veto del presidente a las autógrafas del Congreso, entre otros, que son los temas que se encuentran en debate, pueden materializarse con una reforma parcial⁴. Asimismo, ya existe una reforma política en marcha que ha logrado en el ámbito parlamentario la no reelección inmediata, la paridad en las listas presidenciales y congresales, la eliminación de la inmunidad parlamentaria, así como avances en la regulación electoral y en el fortalecimiento de la administración de justicia con el establecimiento de la Junta Nacional de Justicia.

Por otro lado, las reformas en materia tributaria, laboral, pensionaria, agraria, de justicia, del régimen policial, de seguridad ciudadana, de impulso a las pequeñas empresas, entre otros, son asuntos que corresponden hacerse desde la fuente legislativa y no constitucional. Incluso, asuntos de permanente controversia moral, como el matrimonio entre personas del mismo sexo, la despenalización de la eutanasia y el aborto, y la flexibilización de las condiciones para adoptar, son aspectos que corresponden a la normativa de rango legal.

Ahora bien, el fortalecimiento de los derechos sociales y su vinculación con el régimen económico constitucional son desafíos aún, pero volvemos a lo mismo: si no hay condiciones para la garantía de derechos, el cambio de Constitución no hará la diferencia. En el período parlamentario 2016-2021 se ha incluido expresamente en la Constitución el derecho de acceso al agua potable y, en primera votación, los derechos a la vivienda y acceso internet y, francamente, de una norma declarativa no hay certeza de una repercusión práctica ni siquiera en el mediano plazo.

Solo en la exposición de la Ley de Presupuesto Público de 2022, el ministro de Salud indicó que la brecha en el sector es de doce mil millones de soles, lo que implica que el año siguiente a nuestro bicentenario las personas seguirán sin suficientes centros de salud para atenderse y no habrá suficiente personal, equipos e infraestructura para los pacientes ¿esta situación se puede revertir con un cambio de Constitución formal? Indudablemente, no. Si no se pueden asegurar los me-

4 En el período parlamentario 2016-2021 se aprobó el dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento (proyecto de ley 1869 y otros) que prevé estas modificaciones de modo parcial.



canismos prácticos para que la Constitución, al menos en su parte dogmática, se cumpla, podemos tener, incluso, una Constitución aún más deslegitimada, considerando la apreciable expectativa que puede generar el establecimiento de una asamblea constituyente.

Ahora bien, si hay un asunto visible que se apela de forma recurrente para proponer un cambio de Constitución, ese es la reforma del régimen económico. Sin embargo, dicha modificación, desde una mira jurídica, solo requiere una reforma parcial. Esto, por cuanto, la Constitución no se agota en su sentido literal, pues comprende también la interpretación que ha hecho el Tribunal Constitucional. Entonces, tanto su aplicación como su posible reforma deben tomar en consideración los alcances delineados por la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

En este punto, es oportuno recordar que la economía social de mercado prevista en la Constitución ha sido definida por el Tribunal Constitucional⁵ con criterios que hacen ver que eventuales cambios literales no serán contradictorios con la interpretación constitucional aplicable a la fecha.

Así, el supremo colegiado ha esbozado premisas que comprenden el régimen de la economía social de mercado como las siguientes: “la recomposición de las desigualdades sociales y económicas no debe quedar librada a la supuesta eficiencia de un mercado”, “toda economía colectiva debe cumplir mínimos supuestos de justicia”, “la economía social de mercado se trata del Estado de la integración social”, “la iniciativa privada es libre en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad”, “el bien común permite reconocer la función social de la propiedad” y “el modelo económico social de mercado impone límites a la libertad de empresa”.

Al respecto, es importante traer a colación que la esencia de la Constitución se encuentra, como recordó Karl Loewenstein, en su deber principal: limitar el poder político, porque sin Constitución no hay límites y sin límites no hay derechos. Entonces, esta idea elemental tiene correlato, cómo no, en la realidad actual, donde hay un poder económico que se desenvuelve en el marco constitucional y, consecuentemente, no puede ser ilimitado. Entonces, en el campo en el que se desarrollan las libertades económicas individuales el límite que otorga nuestra Constitución es el fin social, el interés público; el carácter social de nuestro régimen es, precisamente, el límite a la economía de mercado.

Bajo tal entendimiento, es impostergable un rol más proactivo del Estado en la desaparición de las brechas sociales que afectan la dignidad de las personas. Se puede discutir el cambio de reglas del régimen económico constitucional, pero de ningún modo se puede validar que el Estado se encuentre cruzado de brazos frente a la desigualdad o frente a la carencia de garantías en la protección de los derechos ciudadanos, porque eso es un deber que se desprende del primer artículo

de la Constitución y de la propia naturaleza que justifica la existencia de la administración pública. Las reglas y los alcances del régimen económico constitucional comprenden también los alcances fijados en la jurisprudencia constitucional y, al mismo tiempo, su aplicación no puede desconocer su complementariedad con los derechos y los fines constitucionales que posee la Constitución en su contenido integral.

La Constitución no se resume en su contenido expreso o formal, tiene también un contenido implícito basado en principios constitucionales, muchos de los cuales han sido identificados y definidos en la jurisprudencia constitucional. Cualquier reforma sería debe observar la integridad de las fuentes de derecho de la Constitución, sobre todo, el trabajo de interpretación y uniformización temática del Tribunal Constitucional que, valgan verdades, es el órgano que tiene el mérito de haber empezado y promovido la senda por el posicionamiento de la Constitución en el ejercicio del poder público y en el cumplimiento de los derechos y deberes de las personas.

5. La cultura constitucional como política pública transversal

A tenor de lo descrito, podemos decir que no es correcto oponerse *per se* a una reforma constitucional. Es legítimo impulsar un proceso constituyente, pero el inicio del mismo debe involucrar la certeza de que la cultura constitucional en la sociedad sea lo suficientemente real para afirmar que existen las condiciones efectivas para llevar a cabo un verdadero pacto social que sea consecuencia de una discusión con plena libertad, pero también con el suficiente interés social sobre su importancia y resguardo. No puede concebirse un momento constituyente con una población ajena al debate constitucional, con desidia sobre la influencia de la Constitución en la vida de todos.

Para tales efectos, no ayuda una posición pasiva del Estado, es indispensable priorizar desde las políticas públicas el fomento de cultura constitucional, lo que trasciende al objetivo mismo de un proceso constituyente, pues la cultura constitucional debería ser una política prioritaria, pero, además, sostenible y coherente en el tiempo. Ya, en su oportunidad, la Constitución de 1979 estableció expresamente: “La enseñanza sistemática de la Constitución y de los derechos humanos es obligatoria en los centros de educación civiles y militares y en todos sus niveles”, lo que es una muestra de que la cultura constitucional puede configurar un fin constitucional explícito. Sin embargo, lejos de avanzar en ese rumbo, la Constitución de 1993 excluyó tal artículo de su texto, lo que refleja un retroceso injustificado.

En todo caso, la cultura constitucional es necesaria, no solo para iniciar un proceso constituyente sino para consolidar un efectivo Estado constitucional de derecho. Es imprescindible generar las respectivas condiciones, como la implementación en la currícula escolar de materias sobre Constitución y Derechos Humanos con un enfoque accesible, antes que jurídico. Esto debe involucrar medidas integrales,



5 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 008-2003-AI/TC.

como la capacitación docente y la formación superior en el mismo sentido. Igualmente, acciones de difusión masivas e inclusivas. Ya el Tribunal Constitucional tiene interesantes experiencias que bien pueden ser tomadas en cuenta, como programas para niños sobre el contenido de la Constitución o iniciativas de socialización de su trabajo en idiomas nativos.

Además, los servidores públicos en su conjunto, sobre todo los que tienen contacto con la ciudadanía, deben contar con los conocimientos básicos del contenido constitucional, con énfasis en su parte dogmática. Las facultades de Derecho deben tener un rol activo en la difusión interna como en la respectiva proyección social; para cumplir esta finalidad se pueden crear alianzas estratégicas con el sector privado y el Estado.

Cuando hablamos de Estado y sus políticas públicas, debemos apelar a su concepción en sentido amplio. Es necesario que todos los sectores se encuentren comprometidos con este fin. Hoy, por ejemplo, el acuerdo nacional y las políticas públicas que lo conforman no prevén el fomento de cultura constitucional.

Es necesario que en un foro como este, que integra a las principales autoridades públicas y actores políticos, se incluya la agenda sobre las acciones coordinadas y transversales en materia de implementación y sostenibilidad de la cultura constitucional a nivel nacional, con los respectivos monitoreo y medición de metas.

Una mención especial a los medios de comunicación. La Constitución, cuando regula el servicio y derecho a la educación, establece que “los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural” (artículo 14). La Ley de Radio y Televisión reconoce como principio de la prestación del servicio, el fomento de la educación y la formación integral de los niños y adolescentes (artículo II). Lamentablemente, todos estos años el incumplimiento de la regulación en esta materia ha sido tolerado por el Estado y los ministerios responsables no han trabajado por efectivizar el mandato constitucional. Es tiempo de iniciar el cambio en la gestión pública escolar y su incidencia en los medios de comunicación, donde la cultura constitucional debería tener un espacio significativo.

Podríamos plantear y discutir muchas más iniciativas, sin embargo, las descritas nos bastan para esclarecer que sí es posible el fomento de la cultura constitucional y en este objetivo es forzoso contar con el rol promotor del Estado. Mientras ello no se concrete formal y materialmente, estaremos lejos de cumplir los fines de un proceso constituyente y del fortalecimiento de un Estado de derecho verdaderamente constitucional. La Constitución y su defensa son aspectos que deben estar presentes en el ideario común de las personas de modo continuo. Si esto se expresa en la implementación progresiva de una política estatal firme, todo lo demás caerá por su propio peso, desde el fortalecimiento de los partidos políticos (entidades centrales en la democracia) hasta la lucha contra la corrupción.

6. A modo de conclusión

En la Constitución están las aspiraciones de la República y el camino para su efectiva socialización está en el emprendimiento de la cultura constitucional, como política central. Difícilmente podemos reflexionar sobre el bicentenario sin observar los valores y los fines constitucionales presentes en la construcción de la nación. Solo así comprenderemos las exigencias que enfrentamos si ansiamos definir un Estado constitucional o una reforma legítima de la Constitución que integre ciudadanos conscientes de la importancia del ejercicio de sus derechos y del resguardo del interés público y el régimen democrático. El afianzamiento de la cultura constitucional es un proceso, pero debe empezar ya, y el primer responsable en este campo es el Estado.

Una democracia sin cultura constitucional consolidada no tiene bases sólidas para la vigencia plena de la institucionalidad y el Estado de derecho. La Constitución no es un plan de gobierno, es una norma suprema que contiene principios y valores cívicos, políticos y éticos reconocidos por la sociedad, la que aspira a que los mismos tengan eficacia. En este sentido, el trabajo estatal sectorial debe considerar el establecimiento de una política pública transversal, que es el fomento y consolidación de la cultura constitucional. Es bajo esta mirada con la que se debe entender el ámbito de operación de un proceso constituyente y del Estado de derecho constitucional en sí mismo. Sin cultura constitucional no habrá lealtad constitucional.

7. Bibliografía

- Häberle, P. (2002). La Constitución como cultura. En: Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional, N° 6, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hesse, K. (1992). Escritos de Derecho Constitucional, traducción de Pedro Cruz Villalón, 2da. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Macera, P. (1979). Conversaciones con Basadre. Lima: Mosca Azul editores.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2003). STC Exp. N° 008-2003-AI/TC (Caso inconstitucionalidad del artículo 4 del Decreto de Urgencia 140-2001).



LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR A TRAVÉS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*CONSUMER PROTECTION THROUGH THE PERUVIAN CONSTITUTION
AND THE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT*

Alejandro Quinteros Cortez*

Resumen:

La vida en sociedad y las relaciones sociales que dan pie al intercambio económico hacen de vital necesidad garantizar la defensa y protección de los derechos de los consumidores. Los consumidores juegan un papel tan determinante en nuestra economía al punto que el mismísimo Tribunal Constitucional ha optado por definirlos como “el fin de toda actividad económica” (EXP N° 07339-2006-PA/TC F.J. 20).

No obstante, pese a que el artículo 65 de la Constitución Política del Perú regula de forma clara y precisa la Protección al Consumidor, en nuestro país la mayoría de los estudios sobre este tema han sido principalmente analizados desde el derecho administrativo. Por ello, el presente artículo tiene por finalidad sumarse al esfuerzo por innovar en la investigación constitucional del Derecho de Protección del Consumidor.

Palabras clave: Constitución, derecho del consumidor, derecho constitucional, protección al consumidor, consumidor, comercio.



*Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Miembro de la Revista Athina y practicante legal en Zuzunaga, Assereto & Zegarra Abogados.

Abstract:

Life in society and the social relations that allow economic exchange to make it vitally necessary to guarantee the defense and protection of consumer rights. Consumers play such an important role in our economy that the Constitutional Court itself has prefer to define them as “the target of every economic activity” (07339-2006-PA/TC Argument 20).

Nevertheless, in spite of the Peruvian Political Constitution in its Article 65 clearly and precisely regulates Consumer Protection, in our country most studies on this topic have been primarily analyzed by the administrative law. Therefore, the present essay pretends to join the effort to innovate in the constitutional investigation of the Consumer Protection Law.

Keywords: *Constitution, consumer’s law, constitutional law, consumer’s protection, consumer, commerce.*



1. Introducción

En la medida que los seres humanos somos distintos en cuanto a nuestras pretensiones, opiniones o intereses, la vida en sociedad requiere de la existencia de un sistema superior organizado que la regule. Ante tal necesidad surge el derecho como un conjunto de principios, leyes y reglas que sirven para solucionar los conflictos interpersonales.

Sin embargo, lo cierto es que el desarrollo social es tan rápido y cambiante que se hace imposible que el derecho vaya a la misma velocidad. Es por ello que en un principio el derecho solo se dividía en las ramas de civil y penal. El posterior crecimiento de los mercados y aumento de transacciones amplió el desarrollo de las normas comerciales y –en consecuencia– durante el Siglo X surgió del Derecho Comercial como rama autónoma. (García Muñoz, 2009. p.12)

No obstante, el Derecho Comercial también era insuficiente en sí mismo para poder regular todas las relaciones de comercio, cuyo ritmo de crecimiento era mucho más acelerado incluso en la medida que surgían diversos tipos de contratos y negocios, así como nuevos productos y rutas de comercio internacional. En consecuencia, nace el Derecho de la Competencia con la finalidad de regular la actuación de los diversos agentes del mercado para que este sea más justo, seguro y transparente; y que, en consecuencia, la economía siga creciendo mediante personas que confíen en las transacciones que realizan¹.

Naturalmente, los agentes principales del mercado son los consumidores y proveedores que forman una relación jurídica en la cual –a consecuencia de los desequilibrios naturales del mercado– los consumidores se encuentran en desventaja en cuanto no tienen el mismo conocimiento sobre el producto o servicio que el proveedor, quien tendrá la responsabilidad de ser transparente y cumplir con lo ofrecido. Es por ello que, frente a tal disparidad, el Estado asume el deber de proteger al consumidor mediante el artículo 65 de la Constitución Política del Perú que establece que:

“El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”.

¹ Monti señala que: “...una tendencia muy visible de este mandato ha sido garantizar que la política de la competencia sea plenamente compatible con los conocimientos económicos. Además, la política de la competencia es un instrumento para estimular el crecimiento económico, promover una buena asignación de recursos y fortalecer la competitividad de la industria europea en beneficio de los ciudadanos.” (Padilla, J.)

2. El consumidor

A grandes rasgos, todos tenemos el concepto de consumidores en cuanto es un rol que asumimos todos los días y en todo momento. Somos consumidores de un determinado producto o servicio desde que despertamos y utilizamos artículos de limpieza para asearnos, tomamos un celular que tiene un servicio de internet, subimos a un bus por un servicio de transporte, compramos alimentos, entre otras. Todo esto genera una serie de necesidades y requerimientos que trasladar a los proveedores, desde quejas, reclamos, sugerencias, pretensiones, expectativas, entre otras. Es por ello que resulta necesario comprender cuál es el concepto jurídico que se le da al consumidor para entender mejor cuáles son sus derechos.

La palabra consumidor nace a partir del latín *consumĕre* que a su vez significa “gastar”. Es así como se puede establecer que su significado etimológico sería: “la persona que gasta”. En tanto, la Real Academia de la Lengua Española señala que consumidor es el “que consume” o, en una segunda definición, “la persona que adquiere productos de consumo o utiliza ciertos servicios”.

Mientras que la tercera de las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor establece que: “el término ‘consumidor’ hace referencia, por lo general, a una persona física, con independencia de su nacionalidad, que actúa principalmente con fines personales, familiares o domésticos, si bien se reconoce que los Estados Miembros podrán adoptar diferentes definiciones para abordar necesidades internas específicas.”

Analizando esta definición podemos observar que –en principio– es demasiado amplia en la medida que no establece el ámbito de actuación al que refiere. Es decir, no hace mención al mercado o las transacciones de intercambio. Además, también notamos que –por, sobre todo– este apartado tiene por intención de ser abierta a las diversas legislaciones internas en la medida que existen dos corrientes de conceptualización del consumidor.

En principio, la doctrina mayoritaria asume que los productos de consumo son aquellos de uso personal y doméstico. Al respecto, un estudio elaborado por Consumers International (2013) estableció que: “la gran mayoría de legislaciones fijan claramente como límite el uso doméstico de bienes y servicios”. Mientras que, por otro lado, otros países optan por no hacer distinción algún entre el ámbito personal y los demás, siendo que todos pertenecen de igual forma a un mismo uso de consumo.

En ese sentido, nuestra legislación ha optado por brindarle al consumidor tres definiciones que regula través de su Código de Protección y Defensa cuyo Artículo IV refiere que:



“...se entiende por:

1. Consumidores o usuarios:

1.1. Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.

1.2. Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio.

1.3. En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta.”

A su vez, mediante el Recurso de Agravio Constitucional, interpuesto por la Empresa de Transportes Megabus S.A.C., el Tribunal Constitucional ha definido al consumidor o usuario como: “el fin de toda actividad económica; es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios. En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado.” (STC. N° 7339-2006-PA/TC. F.J. 20-21)

Para secundar esta postura, la STC. N° 01865-2010-PA/TC también consigna la misma definición señalando en su Fundamento 9 que: “El consumidor o usuario deviene en el fin de toda actividad económica; es decir, es quien concluye el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de los productos y servicios ofertados en el mercado. En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que en virtud de un acto jurídico oneroso adquiere, utiliza o disfruta de determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado.”

Tras todo lo expuesto, podemos ver que – pese a las distintas corrientes conceptuales – existe un consenso según el cual podríamos definir al consumidor como aquel sujeto (persona natural o jurídica) de la relación de consumo² que es receptor del producto o servicio.

² Según el artículo IV inciso 5 del Código de Protección y Defensa del Consumidor la “Relación de consumo.- Es la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica. Esto sin perjuicio de los supuestos contemplados en el artículo III.”

2.1. El consumidor como sujeto de derechos

Como se ha mencionado anteriormente, el derecho de protección del consumidor surge como la consecuencia de una relación excepcionalmente vista como desigual en la que el proveedor tiene ventaja frente al consumidor. En ese sentido, resulta novedosa esta idea en la medida que, como refiere Pinochet (2013, 372): “la contratación civil está pensada entre iguales, en el ámbito profano no profesional; la reglas que gobiernan la contratación mercantil, están pensadas para iguales, profesionales o comerciantes; y, por último, las que gobiernan el Derecho del Consumo, tal como hemos dicho con anterioridad, se encuentran concebidas para partes desiguales, en las cuales una es un experto: empresario o profesional, y la otra, un ciudadano corriente: el consumidor.”

Jiménez y García (2012) y Lorenzini (2013) arguyen que dicha excepción a la igualdad de las partes se da con la finalidad de contrarrestar los ya existentes abusos de los proveedores hacia los empresarios, y que es frente a tal injusticia que debe protegerse de forma especial al consumidor.

En contraparte, existe una corriente teórica según la cual en esta relación jurídica entre proveedor y consumidor no existe ninguna parte débil o parte fuerte. De hecho, ni si quiera tiene sentido tratar de diferenciar a las partes en cuanto estas a una jerarquía de posiciones, sino que lo que se debe analizar es el contrato como centro de tutela para el derecho. Es decir, que en realidad lo único que corresponde hacer frente a una transacción es hacer respetar el contrato porque es ese el que genera las obligaciones particulares del acto.

Al respecto, Carvajal (2002) considera que: “la tensión dialéctica” entre empresario y consumidor carece de base dogmática, pues ambos se relacionan no como abstractas clases sociales en pugna sino como personas que concurren a intercambiar bienes y servicios a través de actos jurídicos concretos. De ahí que la valoración jurídica de los abusos no pueda hacerse fuera del marco concreto del equilibrio contractual. En rigor, el derecho no tutelaría propiamente al consumidor, sino al contrato, en el entendido de que el buen funcionamiento de este beneficia de suyo tanto al empresario como al consumidor. Son, en consecuencia, derechos concurrentes.”

En línea con lo establecido por Pinochet, consideramos que resulta necesario reconocer la existencia de una situación de desigualdad entre las partes. Si bien es cierto, tal como menciona, Carvajal, es la particularidad del contrato la que se debe cumplir, su premisa presume que el consumidor tiene conocimiento exacto del producto y no es el caso. En realidad, por el contrario, cuando el consumidor compra algo –por ejemplo– lo que obtiene realmente es un producto y una expectativa de que el mismo funcione. Esto en cuanto el consumidor no tiene conocimiento exacto del proceso operativo de producción, del estado de los productos a entregar o servicios a brindar, entre otros.



Así pues, cuando una persona compra una tele, lo que recibe no es solo el producto, sino que también la presunción de que el mismo funciona y se encuentra en perfecto estado. Es ahí cuando ingresa el Estado para equiparar la relación, exigiendo –por ejemplo- que la publicidad no sea engañosa ni en cuanto a los atributos del producto ni en cuanto a sus términos y condiciones de entrega.

2.2. El debate entre el consumidor razonable y el consumidor promedio

La asimetría de información en la relación entre proveedores y consumidores tiene su fundamento en la diligencia del proveedor. Sucede que este –al tener interés de rentabilizar su ganancia- pretende conocer el producto a la perfección: intenta conocer su uso, su origen, su diseño, sus virtudes y defectos, conoce el proceso de fabricación, los costos de producción, entre otros. Dicho esto, se puede presumir que cuenta con un alto nivel de diligencia.

Por otro lado, al consumidor no se le puede exigir el mismo nivel de diligencia. Pues resulta ilógico y perjudicial para el mercado hacerlo en cuanto los costos de información antes de comprar un producto o contratar un servicio serían exageradamente demandantes si tenemos en cuenta que en estos tiempos el consumidor se encuentra sujeto a una tremenda cantidad de productos y todo tipo de publicidad, por lo que le sería imposible conocer absolutamente todos los aspectos de cada cosa que desea consumir.

A nivel académico surge una diferenciación entre el concepto del “consumidor razonable” y el “consumidor promedio”. Siendo que el primero de ellos es aquel que “participa en el mercado de forma informada, responsable y diligente” impulsando la competitividad entre los proveedores³. Mientras que el segundo “participa del mercado con poca información” y requiere de mayor protección. (Donayre Montesinos, 2013, 68).

En un principio, nuestra legislación adoptó el modelo del consumidor diligente en la medida que el anterior concepto del consumidor establecido en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, era el de *“Las personas naturales que, en la adquisición, uso o disfrute de un bien o contratación de un servicio, actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional y, excepcionalmente, a los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios no relacionados con el giro propio del negocio. La presente Ley protege al consumidor que actúa en el mercado con diligencia ordinaria, de acuerdo a las circunstancias.”*

³ En un plano ideal, el único tipo de consumidor sería el razonable. Aquel sujeto que consciente de todo lo que está a su alrededor, no requiere de mayor protección jurídica, pues no puede ser engañado ya que es lo suficientemente diligente para conocer el producto a cabalidad. The Reasonable Man, de donde descende el consumidor razonable, es una construcción mítica del Derecho Común Ingles. (Durand Carrión, J., 2008)

Sin embargo, la definición fue modificada a **“las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor”**. En ese aspecto, optó por erradicar dicho aspecto. En consecuencia, se ha eliminado la restricción limitativa así que podemos asumir que se ha extendido el deber de protección a todo tipo de consumidores, entre ellos el consumidor promedio.

Este cambio resulta lógico en la medida que para alcanzar un alto nivel de diligencia se requiere de un alto grado de educación en nuestra población, y lamentablemente ni nuestro país ni los demás de nuestra región se encuentran lo suficientemente preparados para ello. Por ello, tomar la posición del “consumidor razonable” sería algo incoherente con nuestra realidad y dejaría en un estado de desprotección a la mayoría de la población.

Sobre el particular, Bardales considera que: **“es inaplicable el concepto de consumidor razonable en nuestro contexto o realidad, pues determina trasladar responsabilidades al consumidor en sus procesos de consumo, que no puede entender y menos cumplir.”**

3. La protección constitucional de los derechos del consumidor

La Constitución Política del Perú establece como fin supremo de la sociedad y del Estado, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad (artículo 1). Es por ello que en el artículo 2 enumera un listado taxativo de derechos fundamentales. Sin embargo, también establece en el artículo 3 que dicho listado no excluye a todos los demás derechos reconocidos en el texto constitucional, “ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

La protección del consumidor se desarrolla especialmente a través del artículo 65 de la Constitución que desarrollaremos posteriormente. Sin embargo, sus derechos se protegen también en el listado taxativo de derechos. Así podemos encontrar injerencia directa de la protección al consumidor en los derechos:

Inc. 2. A la igualdad ante la ley, en cuanto los consumidores deben ser tratados por iguales incluso antes de adquirir tal condición. Así, por ejemplo, el Estado supervisa que el consumidor reciba una adecuada, respetuosa y transparente.

Inc. 14. A la contratación, en cuanto la relación de consumo surge de un contrato que establece la transacción o el cumplimiento del servicio. Por



ende, el proveedor tiene la obligación de cumplir con su parte. Cabe recordar, además que –como hemos comentado anteriormente– los derechos de protección al consumidor se desprenden del Derecho de la Competencia, que a su vez tiene su origen en el Derecho Comercial o Mercantil.

Inc. 23. A la legítima defensa, en cuanto ante el incumplimiento de las obligaciones del proveedor, el consumidor tiene la capacidad de recurrir a una instancia administrativa o judicial que le permita hacer respetar sus derechos.

Finalmente, la protección del consumidor también puede relacionarse con otros derechos que tampoco se encuentran en el listado taxativo del artículo 2. Entre ellos, destaca el derecho a la salud establecido en el artículo 7 de la Constitución, que constituye una *“obligación por parte del Estado de realizar todas aquellas acciones tendientes a prevenir los daños a la salud de las personas, conservar las condiciones necesarias que aseguren el efectivo ejercicio de este derecho, y atender, con la urgencia y eficacia que el caso exija, las situaciones de afectación a la salud de toda persona, prioritariamente aquellas vinculadas con la salud de los niños, adolescentes, madres y ancianos, entre otras”*. (STC. 2002-2006-PC/TC F.J. 17).

Asimismo, se puede resaltar que el derecho a la salud también ha sido incluido en la última oración del mismo artículo 65 de la Constitución cuando señala que el Estado *“...vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.”*

3.1. Antecedentes: la protección del consumidor a través de la Constitución de 1979

La defensa del consumidor en nuestro país no fue tratada de manera específica hasta la Constitución de 1979 en la cual se estableció, mediante el artículo 110, que: *“El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana. El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores.”*

Ello no implica que los consumidores se encontraban desprotegidos antes, sino que su defensa se enmarcaba netamente en el ámbito del derecho privado, surgido de una obligación contractual directa y voluntaria, más no de una regulación específica del Estado.

Empero, la incorporación de los derechos del consumidor en la Constitución de 1979 tampoco tenía mayores efectos prácticos porque no contenía una norma que le ayude a desarrollar la defensa del aludido interés de los mismos. Al respecto,

Diez Canseco Nuñez (2018), considera que: *“De normas atomizadas y de protección indirecta y de falta de instituciones para velar por el cumplimiento de las mismas, hacia una protección directa mediante disposiciones coherentes y con instituciones con responsabilidades específicas.”*

Sucede que la protección directa no se dio hasta el Decreto Supremo 036-1983-JUS referente a las “Normas de protección a los consumidores”. Aunque, a pesar de ello, se considera que la norma aún era bastante limitada y su mayor aporte era la conceptualización del consumidor establecida en su artículo 4 según el cual: *“Para los efectos de este Decreto Supremo se denominan: 1. Consumidor, a quien mediante contrato verbal o escrito adquiere bienes, fungibles o no, o a la prestación de algún servicio.”*

En 1991, se promulgó el Decreto Legislativo N° 716 que significó un gran avance para la defensa de los consumidores en nuestro país porque se escribió una nueva definición del consumidor, designándolo como: *“Artículo 3 del Decreto Legislativo 716: Literal a) Consumidores o usuarios: Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios”*.

Sobre lo expuesto, Rodríguez (2013) considera que esta nueva definición fue positiva en la medida que se delimita más la figura del consumidor, atribuyéndole más capacidades sobre la cosa. Es decir, ya no se refiere únicamente –como lo hacía el Decreto Supremo 036-1983-JUS– al destinatario final, sino que incluye a todo aquel que obtenga, utilice o disfrute.

Finalmente, corresponde señalar que, dentro del marco de nuestra vigente Constitución Política de 1993, se mantuvo hasta el 2010 –que entró en vigencia el actual Código de Protección y Defensa del Consumidor– el Decreto Legislativo 716. Pero la definición de consumidor se amplió aún más mediante la Resolución 101-96-TDC emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi, según la cual: *“Se considera como consumidor o usuario, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 3 del Decreto Legislativo 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto o un servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato”*.

3.2. Sobre el artículo 65 de la Constitución y su desarrollo jurisprudencial

El artículo 65 de la Constitución Política del Perú establece que *“El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.”*



A partir de este texto, corresponde señalar que la primera oración es la que resulta de principal relevancia en la medida que define el mandato imperativo del Estado, mientras que las dos siguientes oraciones surgen a consecuencia de tal mandato. Entonces corresponde cuestionarnos, ¿Cómo se defiende el interés de los consumidores y usuarios? Al respecto la STC N° 3315-2004-AA/TC establece un precedente importante en cuanto, a través del Fundamento jurídico 9: *“a) Establece un principio rector para la actuación del Estado y b) Consigna un derecho personal y subjetivo.”*

El mismo expediente postula que: *“en el primer ámbito, el artículo 65° de la Constitución expone una pauta basilar o postulado destinado a orientar y fundamentar la activación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia tiene como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.”*

Así como dicha jurisprudencia también establece que: *“En el segundo ámbito, el artículo 65 de la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, reconoce y apoya el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos del consumidor o del usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.”*

Por otro lado, su obligación secundaria de *garantizar el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado* responde a la asimetría informativa entre los consumidores o usuarios y los proveedores que postulamos anteriormente como una causal de desventaja en la relación de consumo. Por ello, la misma STC N° 3315-2004-AA/TC propone que *“ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.”*

Finalmente, la obligación de *“velar, en particular, por la salud y la seguridad de la población”* implica que *“se asegure que los productos y servicios ofertados en el mercado deben ser tales que, utilizados en condiciones normales o previsibles, no pongan en peligro la salud y seguridad de los consumidores o usuarios.”*

3.3. La ubicación de los derechos del consumidor en el régimen económico de la Constitución

La Constitución Política del Perú establece un modelo de Economía Social de Mercado que *“reconoce explícitamente que ni siquiera un mercado altamente eficiente satisface todas las necesidades de una sociedad. Es por ello que no solo le atribuye al Estado el derecho, sino incluso la obligación de intervenir activamente dondequiera que se produzca un menoscabo de intereses sociales legítimos. Esta obligación de intervenir abarca tres aspectos: restricción de la libertad del mercado, compensación de fallas del mercado, corrección de resultados generados por el mercado”*. (Pfaller, A, 1998).

Por su parte, la STC N° 0048-2004-PI/TC en su Fundamento 12 establece que: *“La Economía Social de Mercado parte de la premisa que el mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos, es aquel que propicia la concertación libre entre oferta y demanda, puesto que de este modo se promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, se incentiva la competencia creadora y se impulsan las innovaciones tecnológicas. Al Estado en este esquema le corresponde crear las condiciones para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva, procurándoles un marco para su desarrollo eficiente, que redunde en mejores productos y a precios competitivos para los consumidores y usuarios. De otro lado, el mandato constitucional cuyo enunciado es que el Estado debe velar por el bien común, implica que debe intervenir para corregir las inequidades sociales, a fin de que todos, y no unos pocos, sean partícipes de los beneficios del progreso y del desarrollo económico.”*

De lo expuesto podemos ver que la Constitución establece la economía nacional mediante la libertad del mercado, pero pretende ser un supervisor que vele por el bienestar social y el mercado justo dentro de él, llegando a actuar como agente solo en casos excepcionales. Los consumidores tienen correlación directa con este presupuesto al ser los principales agentes económicos del mercado. Pues para garantizar un mercado eficiente y competitivo se requiere de transacciones económicas y dichas transacciones solo son posibles mientras más personas puedan participar de él haciendo fluir la economía de la mejor manera.

En un modelo social de mercado como la nuestra, la eficiencia económica es indispensable. Los estudios económicos nos muestran como un principio fundamental que el punto ideal es aquel en el que existe un perfecto equilibrio entre la oferta y la demanda. En consecuencia, se requiere que los proveedores tengan un comportamiento adecuado en el que respeten la competencia honesta entre ellos y garanticen el cumplimiento de lo ofrecido a sus consumidores, sin crearles falsas expectativas sobre los productos o servicios que reciben. Además, los proveedores también deben velar por el bienestar social, asegurando el intercambio de productos o servicios que tengan cierto estándar de calidad y no dañen la seguridad ni la salud de los consumidores.

Sucede que una economía no puede funcionar si es que algunos actores del mercado cometen abusos. Esto porque acrecentaría la desconfianza de las partes y constituiría un freno a las transacciones económicas. En consecuencia, el Estado mediante la Constitución pretende garantizar el comportamiento responsable de todos los agentes del mercado, estableciendo normas de actuación y acceso a vías de recurso para cuando estas sean transgredidas. Solo de esta manera aumentara la demanda y el mercado funcionara eficazmente.

Como hemos desarrollado a lo largo del texto, la Constitución parte de la premisa de que el consumidor se encuentra en desventaja en la relación de consumo y es por ello que le da una protección especial. No obstante, vale decir que esta



atención no implica que los proveedores se encuentren desprotegidos por el Estado, sino que obedece al natural ejercicio constitucional de ponderación. De esta forma, los demás artículos del Régimen Económico van orientados a protegerlos.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha considerado que: *“La norma prescribe un derrotero jurídico binario que se constituye como un principio rector para la actuación del Estado frente a cualquier actividad económica, y como un derecho personal y subjetivo de los consumidores y usuarios que requieren del Estado una determinada actuación defensiva (STC 0008-2003-PI/TC; STC 1865-2010-PA/TC). Este mandato, proveniente de la naturaleza del Estado social y democrático de derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución), tiene como fin la búsqueda del bienestar general y el equilibrio ponderado de los agentes económicos (STC 3315-2004-AA/TC). El Estado mantiene con los consumidores o usuarios no sólo la obligación genérica de garantizar sus derechos a la información, salud y seguridad, sino también otros de naturaleza análoga, tales como la expedición de directivas, el establecimiento de procedimientos administrativos, la aplicación de las leyes y reglamentos de conformidad con los derechos fundamentales (STC 0858-2003-AA/TC), criterio recogido en el Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor. Así como la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria, con igual énfasis protege al individuo generador de demanda, es decir, al consumidor o usuario (STC 0008-2003-PI/TC).”*

Finalmente, haciendo un hilo de ideas, el régimen económico de la Constitución establece una Economía Social de Mercado (art. 58), que garantiza la iniciativa privada y limita el Estado a un rol subsidiario, mediante el reconocimiento de las libertades de trabajo, empresa, comercio e industria (art. 59), que reconoce el pluralismo económico, la coexistencia de las diversas formas de propiedad y empresa y la actividad empresarial subsidiaria del Estado (art. 60), que protege la libre competencia (art. 61), la libertad de contratar (art. 62), tratando la inversión nacional y extranjera de igual manera (art. 63), garantizando la tenencia y libre disposición de moneda extranjera (art. 64), **siempre velando por la protección y defensa de los consumidores y usuarios** (art. 65).

4. El rol del Estado frente al consumidor

Históricamente, la protección del consumidor ha sido abarcada desde el ámbito privado en la medida que surge del derecho comercial (y posteriormente de la competencia). Así como también porque -en sentido estricto- las relaciones de consumo surgen de los contratos entre privados, entendiendo que una de ellas *“adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios”*. Es decir, el producto llega al consumidor.

Sin embargo, desde mediados del siglo XX, el Estado también ha asumido el deber de proteger al consumidor. Esto en cuanto -de forma amplia- el consumidor no

solo se protege desde el momento que adquiere la condición de tal, sino que antecede a la misma con su derecho a la información veraz y certera. A consecuencia de ello, desde el momento que un proveedor ofrece un producto o servicio tiene la obligación de que esta oferta sea cierta para que el potencial consumidor o usuario pueda conocer perfectamente el producto. En ese sentido, la protección del consumidor ya no solo se limita al derecho privado, sino que también se amplía al derecho público.

4.1. El desarrollo histórico universal de los derechos del consumidor

Se considera ampliamente que el derecho a la protección del consumidor como lo conocemos hoy en día nace a partir del discurso del ex presidente estadounidense John F. Kennedy, quien en 1962 frente al Congreso de los Estados Unidos de América se manifestó a favor de los consumidores señalando que:

“Todos somos, por definición, consumidores. Los consumidores conforman el mayor grupo de la economía y afectan y son afectados por prácticamente todas las decisiones económicas públicas y privadas. Son responsables de dos tercios del gasto total de la economía. Y, sin embargo, son el único grupo importante de la economía que no está organizado de manera efectiva, cuya opinión no se escucha en ocasiones... No podemos permitirnos el despilfarro e el consumo, del mismo modo que no nos podemos permitir ineficiencias en las empresas o en la administración. Si se ofrecen a los consumidores productos inferiores, si los precios son exorbitantes, si los medicamentos son inseguros o ineficaces, si los consumidores son incapaces de escoger con conocimiento de causa, se despilfarra su dinero, su salud y su seguridad pueden correr peligro y los intereses nacionales se resienten”.

Tras el discurso, el Presidente Kennedy promovió acciones legislativas y administrativas con la finalidad de que el gobierno estadounidense pudiese satisfacer las necesidades de los consumidores y brindarles una capa de protección a nivel del derecho público.

Posteriormente, en abril de 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó de manera unánime las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor. Dichas directrices establecieron un mínimo necesario que deben cumplir los países para hacer valer los derechos de los consumidores. Al respecto, la UNCTAD (2016) ha establecido que: *“Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor son un conjunto valioso de principios que establecen las principales características que deben tener las leyes de protección del consumidor, las instituciones encargadas de aplicarlas y los sistemas de compensación para que sean eficaces. Además, las Directrices ayudan a los Estados Miembros interesados a formular y aplicar leyes, normas y reglamentos nacionales y regionales adaptados a sus circunstancias económicas, sociales y ambientales; también contribuyen a promover la cooperación internacional entre los Estados Miembros en el ámbito de la aplicación y alientan a que se compartan las experiencias en materia de protección de los consumidores.”*



4.2. La justicia distributiva como principio fundamental del deber de protección al consumidor

Absolutamente todos los estados pretenden redistribuir la riqueza de alguna manera. Algunos países apuestan por un estado más intervencionista en el mercado, mientras que otros apuestan por un mercado más libre. Sin embargo, incluso frente a esta contraposición de espectros económicos, todas las ideologías y corrientes buscan el progreso social, la disminución de la pobreza y el acceso a los bienes y servicios básicos.

Tras lo expuesto, resulta imposible imaginar un mercado prospero en el que los consumidores no existan o sean pocos, en cuanto ellos representan al principal agente del mercado. El consumidor genera las transacciones y estas generan el intercambio económico que es el mejor método de redistribución. Es por ello que el Estado debe proteger al consumidor para contribuir la justicia distributiva. Es por ello que Incluso las Naciones Unidas mediante la primera de sus Directrices para la Protección del Consumidor reconoce su aporte en *“la importancia de promover un desarrollo económico y social justo”*.

De lo señalado se puede entender que la justicia distributiva es entendida como aquel valor que ayuda a disminuir las brechas sociales y también los niveles de desigualdad económica y social. En ese aspecto, la Protección del Consumidor tiene injerencia directa sobre la justicia distributiva porque:

- a) Genera **competencia**, en cuanto los proveedores deben entregar productos y servicios que cumplan con ciertos estándares de calidad y ello los obliga a seguir mejorando.
- b) Genera un **crecimiento económico**, en cuanto la tendencia moderna demuestra que los mejores mercados cuentan con mejores niveles de industrialización. Además, las transacciones aumentan porque sus agentes se sienten protegidos por un marco legal y tienen plena seguridad de que el proveedor se encuentra constantemente supervisado, por lo que actúa de manera ética.
- c) Genera un **crecimiento de empleo**, en cuanto el crecimiento económico genera a su vez mayor capacidad de los proveedores y el desarrollo de nuevas empresas que requieren de nuevos trabajadores. Además, los proveedores para cumplir con los estándares exigidos, requieren ser minuciosos en todos sus procesos de producción, comercialización o distribución, así que hay más trabajadores involucrados en ellos.
- d) Genera una **mejor calidad de vida** en cuanto tienen adquieren mejores productos o contratan mejores servicios que forman parte de su día a día. Así, por ejemplo, la calidad del internet, la luz, el agua, los sistemas finan-

cieros e incluso los servicios públicos que también se encuentran obligados a satisfacer los derechos de protección del consumidor.

5. Los niveles estatales de protección de los derechos de los consumidores

Como hemos visto a lo largo del presente trabajo, a través del artículo 65 de la Constitución Política del Perú, el Estado asume la defensa del interés de los consumidores. Pero para hacer efectiva tal obligación se requiere de la intervención de diversas entidades que velen por su tutela.

De esta manera, corresponde decir que en el Perú dicha función ha sido asumida en sus tres ámbitos: legislativo, jurisdiccional y administrativo; siendo probablemente el último de ellos su principal garante.

5.1. En el ámbito legislativo

La protección del consumidor no puede enmarcarse simplemente en el texto constitucional, como sucedió durante gran parte de la Constitución de 1979, puesto que se requiere de un conjunto de reglas claras y específicas que regulen la actuación de las partes que constituyen la relación de consumo: consumidores y proveedores.

Durante el año 1991 se sumaron los primeros esfuerzos para regular lo expresado mediante la implementación del Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor. Este texto constituyó un gran avance en la medida que incluyó derechos reconocidos por otros Estados y organismos internacionales, además amplió la figura de los consumidores o usuarios a *“las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios”* (Artículo 3 del Decreto Legislativo 716).

Más adelante, en 2008 se estableció el Decreto Legislativo 1045, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor para complementar la Ley anteriormente citada.

Posteriormente, durante el discurso anual de fiestas patrias del 2009, el presidente Alan García Pérez le resaltó al Congreso de la República la necesidad de contar con un Código de Consumo. De esta manera, en sede legislativa se impulsó la Ley 29571, que devino en la creación el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Finalmente, resulta necesario señalar que la protección del consumidor no se agota en la norma constitucional ni en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, sino que además contiene normas complementarias como la Ley N° 29694 que protege a los consumidores de las prácticas abusivas en la selección o adquisición de textos escolares; el Decreto Legislativo N° 1033 que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y



de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, el Decreto Supremo N° 011-2011-PCM que aprueba el Reglamento del Libro de Reclamaciones, entre otras.

5.2. En el ámbito jurisdiccional

En la medida que no existe una norma perfecta que regule absolutamente todos los supuestos de actuación frente a determinadas situaciones, el desarrollo legislativo –aunque necesario– resulta insuficiente. Es por ello que se requiere de entidades diversas que logren establecer jurisprudencia relevante para complementar las normas.

A lo largo del presente artículo hemos podido divisar diversas sentencias y resoluciones que ha emitido el Tribunal Constitucional para fortalecer los derechos de los consumidores, llegando a explicar el rol de actuación que debe asumir el Estado para garantizar el cumplimiento del artículo 65 de la Constitución Política del Perú.

Además, el Tribunal Constitucional también ha dilucidado sobre el rol privilegiado que nuestro ordenamiento le otorga al consumidor mediante el desarrollo de la Sentencia 3315-2004-AA/TC en la cual se establece –mediante el Fundamento Jurídico 9– el principio pro consumidor que “*plantea la acción tuitiva del Estado a favor de los consumidores en razón de las objetivables desventajas y asimetrías fácticas que surgen en sus relaciones jurídicas con los proveedores de productos y servicios*”.

Para complementar dicho desarrollo también se cuenta con la jurisprudencia establecida por el Poder Judicial que tiene la capacidad de revisar todo aquello que haya decidido en sala Indecopi.

5.3. En el ámbito administrativo

La actuación del Estado no sería posible sin ser abarcada desde el punto de vista ejecutivo, o en este caso administrativo. Es por ello que –en primera instancia– al hablar de la protección del consumidor es imposible no hacer mención al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) que tiene la función de: “*Proteger los derechos de los consumidores, vigilando que la información en los mercados sea correcta, asegurando la idoneidad de los bienes y servicios en función de la información brindada y evitando la discriminación en las relaciones de consumo*” (artículo 2 inciso d) del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual).

Vale decir que esta entidad contiene no solo una labor de solución de conflictos o atención de reclamos sino que además cuenta con un **rol preventivo**, mediante su potestad fiscalizadora y un **rol orientador** mediante el cual debe asistir al consumidor y educarlo en sus derechos.

Sin embargo, lo cierto es que Indecopi no es la única entidad encargada de velar por la protección del consumidor. Al respecto vale recordar, por ejemplo, que el artículo 65 de la Constitución Política del Perú señala que el Estado “... *vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.*” Este rol se cumple principalmente mediante la actuación del Ministerio de Salud y sus instituciones. En tal aspecto, contamos con instituciones como:

- la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa) que contiene una serie de Procedimientos Administrativos tales como la Autorización sanitaria para la importación de residuos sólidos o la Autorización Sanitaria para la Importación de Juguetes y/o Útiles de Escritorio, entre otros.
- La Dirección General de Medicamentos (Digemid), que brinda la Autorización excepcional para la importación y uso de productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios para la prevención y tratamiento individual o Certificados de Libre Comercialización.

A su vez, dichos órganos ven su labor de fiscalización apoyada en otras entidades como la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria que es en primera instancia la institución encargada de supervisar que todos los productos importados contengan su debida documentación reglamentaria. En ese aspecto, tiene la potestad de decomisar todo aquello que no contenga permisos para comercializarse dentro de nuestro país, así es común ver por ejemplo el decomiso de diversos productos que requieren de autorizaciones sanitarias.

En otro plano, los gobiernos locales también cuentan con el deber de velar por los intereses del consumidor y con ello la facultad de fiscalizar a los proveedores. En ese sentido, por ejemplo, la apertura de tiendas requiere de permisos de funcionamiento y sanidad que son otorgados por las municipalidades con la finalidad de proteger la salud y seguridad de los consumidores.

Finalmente, podemos notar de esta forma que el deber de protección de los consumidores es un compromiso que compete a todo el Estado como un sistema único. Si bien es cierto, algunas entidades cuentan con mayores facultades que otras, todas trabajan de manera conjunta para cumplir con los deberes surgidos a partir del artículo 65 de la Constitución Política del Perú.

6. Conclusiones

El consumidor representa al principal agente del mercado y es –en consecuencia– el motor de nuestra economía. Sin embargo, en la medida que no goza del mismo conocimiento con el que cuenta su contraparte, el proveedor, requiere de una protección jurídica especial para garantizar el cumplimiento de sus derechos y con ello contribuir al intercambio y al desarrollo económico.



En ese sentido, la protección del consumidor constituye un pilar indispensable en nuestro régimen económico en cuanto se enmarca principalmente en el artículo 65 de nuestra Constitución Política, que establece un principio rector para la actuación del Estado generando un horizonte tuitivo que orienta y fundamenta la actuación del mismo respecto a cualquier actividad económica, garantizando la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios. En consecuencia, se consigna un derecho personal y subjetivo que deviene en el reconocimiento de la facultad de los consumidores y usuarios de exigir al Estado una actuación determinada en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses.

Por otro lado, la protección del consumidor no solo se agota en dicha norma, sino que además se extiende a diversos derechos fundamentales incluidos en el listado taxativo del artículo 2, tales como la igualdad ante la ley, la contratación o la legítima defensa. Además, incluso logra incluirse en los derechos fundamentales inherentes a la persona reconocidos mediante el artículo 3, tales como son el derecho a la salud (artículo 7), entre otros.

Frente al reconocimiento de estos derechos, el Estado cumple con brindar diversos niveles de protección enmarcados en el ámbito administrativo, legislativo y jurisdiccional para hacer efectivo su deber de protección.

Finalmente, debemos reconocer que fortalecimiento de la protección del consumidor en nuestro país aún contiene una serie de retos y desafíos para garantizar su protección y, en consecuencia, contribuir con una mejor justicia distributiva que impulse el crecimiento económico. Estos abarcan desde el desarrollo de otros derechos, como la mejora educativa para aumentar la cantidad de “consumidores razonables” hasta la eficiencia de las instituciones y la disminución de la burocracia.

7. Bibliografía

Bardales Mendoza, E. (2009). El concepto de consumidor razonable en el Perú. Noviembre 22, 2021, de PUCP Sitio web: <http://blog.pucp.edu.pe/item/54292/el-concepto-de-consumidor-razonable-en-el-peru>

Carvajal, P. (2002). Sugerencias para un derecho de consumo unitario. Santiago, Chile: Revista Chilena de Derecho, vol. 29, N° 1, 127-137

Costumers International. (2013). The State of Consumer Protection Around the World. Noviembre 2, 2013, de Costumers International Sitio web: <http://www.consumersinternational.org/media/154677/the-state-of-consumer-protection-around-the-world-full-report-en-revised-april-2013.pdf>

Diez Canseco Nuñez, L. (2008). Prólogo. En Código de Protección y Defensa del Consumidor (5-12). Lima, Perú: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Donayre Montesinos, C. (2015, julio). La protección del consumidor desde una perspectiva constitucional: Fundamentos, garantías y mecanismos de protección. *Praeceptum: Experiencias de políticas públicas*, 3, 47-113.

Durand Carrión, J. (2008). El Consumidor Razonable o Diligente, El mito que puede crear un cisma entre Los Peruanos. *Derecho & Sociedad*, (31), 327-335. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17415>

García Muñoz, J. A. (1994). El capital y su fin. Una aproximación al concepto del derecho del consumidor. *Dikaion. Revista de fundamentación jurídica*, Vol. 3, 171.

Jiménez, S. y García, J. (2013). *Protección de Derechos de Consumidores: Por qué, Cuánto y Como*. Santiago, Chile: Libertad y Desarrollo.

Lorenzini, J. (2013). Protección efectiva del consumidor. Noviembre 14, 2021, de Espacio Público Sitio web: <https://espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2021/05/12.pdf>

Padilla, J. (2015). Fundamentos económicos del Derecho de la Competencia en la UE: de la reforma Monti al paquete de modernización de las ayudas de Estado. *Papeles De Economía Española*, (145), 68, 213. http://fresno.ulima.edu.pe/ss_bd00102.nsf/RecursoReferido?OpenForm&id=PROQUEST-41716&url=https://www.proquest.com/scholarly-journals/fundamentos-economicos-del-derecho-de-la/docview/1774557263/se-2?accountid=45277

Pfaller, A. (1998). El concepto de la economía social del mercado y la nueva “de-civilización del capitalismo en Europa. Noviembre 30, 2021, de Friedrich-Ebert-Stiftung Sitio web: <http://library.fes.de/fulltext/stabsabteilung/00071.htm>

Pinochet, R. (2013): Modificación unilateral del contrato y pacto de auto-contratación: dos especies de cláusulas abusivas a la luz del derecho de consumo chileno. *Revista Ius et Praxis*, Vol. 19, N° 1: 365-378.

Rodríguez García, G. (2013). El consumidor en su isla: una visión alternativa del sistema de protección al consumidor. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico.

UNCTAD. (2016). Directrices para la Protección del Consumidor. Noviembre 25, 2021, de UNCTAD Sitio web: https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1_es.pdf



BLOQUE IV: DEBATE CONSTITUCIONAL

MESA REDONDA: PROCESO DE SELECCIÓN DE MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, MEDIDA CAUTELAR Y ACTOS PARLAMENTARIOS

*ROUND TABLE: SELECTION PROCESS OF JUDGES OF THE
CONSTITUTIONAL COURT, PRECAUTIONARY MEASURES AND
PARLIAMENTARY ACTS*

César Delgado-Guembes*
Úrsula Indacochea**

Resumen:

En la presente mesa redonda, los autores realizan un análisis jurídico y constitucional a lo acontecido durante el proceso de selección de magistrados del Tribunal Constitucional del Perú, así como el conflicto entre poderes generado por una medida cautelar emitida en el marco de un proceso de amparo ante el Poder Judicial y por los actos parlamentarios que le siguieron.

Esta nueva crisis en el Estado peruano; polarizadora y controversial, es analizada por dos destacados constitucionalistas cuyas posiciones contrapuestas y solidez argumentativa, revisten a esta mesa redonda de una alta reflexividad y de un gran valor jurídico y doctrinario.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, Congreso, proceso de selección, independencia judicial magistrados, medida cautelar

*Abogado y Magíster en Derecho, con mención en Investigación Jurídica, por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios de Maestría en Sociología y en Ciencia Política por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Catedrático de derecho constitucional, régimen de organización constitucional del Estado, derecho parlamentario, procesos parlamentarios, gestión y organización parlamentaria. Ha sido funcionario del Congreso de la República del Perú (1980-2019). Ex Oficial Mayor del Congreso. Ex Director General Parlamentario. Ex asesor parlamentario. Ex asesor legislativo en el Ministerio de Defensa.

**Abogada con estudios de Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, y de Maestría en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Directora del Programa de Independencia Judicial de la Fundación para el Debido Proceso. Ex Legal Fellow de la Relatoría de Defensoras y Defensores de Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Vicepresidenta de Constitucionalismo Crítico. Miembro de la International Association of Constitutional Law.



Abstract:

In this round table, the authors carry out a legal and constitutional analysis of what happened during the selection process of judges of the Constitutional Court of Peru, as well as the conflict between powers generated by a precautionary measure of the Judicial Power and by the parliamentary acts that followed it.

This new crisis in the Peruvian State; polarizing and controversial, is analyzed by two prominent constitutionalists whose opposing positions and argumentative solidity make this round table highly reflective and of great legal and doctrinal value.

Keywords: *Constitutional Court, Congress, selection process, judges, judicial independence, precautionary measure*

**Renzo Díaz:**

Estimados doctores, bienvenidos, muchas gracias por aceptar nuestra invitación y acompañarnos en esta mesa redonda. Como ustedes bien saben, el anterior mes hubo un conflicto entre el Poder Judicial y el Congreso de la República con respecto al proceso de selección de las magistraturas del Tribunal Constitucional, que era justamente una de las razones por las que eligieron a ese Congreso extraordinario, que completa el mandato constitucional.

Entonces, estimados doctores, en mérito de su experiencia como constitucionalistas y al haber estado haciendo seguimiento al proceso, por favor, coméntenos su opinión respecto de este proceso de selección de magistradas y magistrados que empezó en el 2020 y que, de una forma u otra, culminó en el 2021.

César Delgado-Guembes:

En principio, el problema central que tiene el Congreso es la dificultad de arribar a un acuerdo en el que se puedan conseguir los ochenta y siete votos o los dos tercios del número legal de congresistas para designar a los magistrados. El proceso, en general, ha considerado dos alternativas para lograr este objetivo, que eran la posibilidad de designar a los magistrados mediante un concurso público. Y la otra opción, que era la de invitar a determinados profesionales que puedan postular para ocupar uno de estos puestos, sea la modalidad de concurso y la modalidad de la invitación.

Sin embargo, como es de público conocimiento, se consideró que la alternativa de la invitación era insuficientemente transparente. Esta afirmación fue la que generó el proceso de disolución del Congreso del 29 de septiembre del año 2019. Y es importante recordar que este proceso estuvo afectado notablemente por el choque que existió entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República. El 28 de julio de 2019, el entonces presidente Martín Vizcarra propuso la modificación de la Constitución de forma que se produjera un adelanto de las elecciones generales, de manera que concluyeran su mandato tanto el presidente de la República como el Congreso.

El día 25 de septiembre, la Comisión de Constitución aprobó un dictamen en el que se recomendaba el archivamiento del proyecto presentado por el Poder Ejecutivo. Al día siguiente, el ministro Salvador del Solar y entonces presidente del Consejo de ministros, presenta un oficio más o menos a las cinco y veinticinco de la tarde del día viernes, solicitando ser recibido en el Congreso para presentar una cuestión de confianza. El argumento principal era que debía modificarse la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de manera que se eliminara la opción de la invitación por insuficiente transparencia.

Lo extraño del argumento del que se valió el Poder Ejecutivo es que aparentemente el argumento de la insuficiente transparencia recién aparece un día antes de la fecha en la que había sido convocado el Congreso para proceder a la elección de los



magistrados del Tribunal Constitucional. Sin embargo, el procedimiento de invitación ha venido existiendo en el Perú por más de diez años y surgió como consecuencia de la dificultad en la que se encontraba el Congreso de utilizar el procedimiento de concurso público con tachas incluidas para designar a los magistrados. La invitación suponía un mecanismo en el que las diversas fuerzas políticas tenían la alternativa o la opción de invitar a los profesionales que cada una de las fuerzas políticas consideraba que reunían los perfiles indispensables para ocupar el puesto de magistrado del Tribunal Constitucional.

No obstante regir durante diez años, no obstante que este procedimiento de invitación existió al momento en el que el señor Vizcarra asume la Presidencia de la República, no obstante que el procedimiento de invitación existía al momento en el que el señor Salvador del Solar inicia su mandato como presidente del Consejo de Ministros, cargo en el cual tenía aproximadamente un año, resulta que solo un día antes de la fecha para la que se convocó a la elección del Congreso, aparece el argumento que recién entonces ese procedimiento era calificado como insuficientemente transparente. Obviamente, de lo que se trataba era de una herramienta de presión política para confrontar al Congreso en una lucha que en realidad fue de índole fanática, destructiva, entre ambos poderes del Estado. Lo cierto del caso es que el argumento de la insuficiente transparencia carecía del debido sustento.

El procedimiento que existe actualmente, que ha resultado de la modificación que se realiza en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cumplió con modificar los extremos que solicitaba el gabinete del señor Salvador del Solar. Y a partir del período que empieza el Congreso, que inicia sus funciones el día 17 de marzo del año 2020, se modifica esa ley orgánica y además de modificarse la Ley Orgánica, el propio Congreso se da a sí mismo un reglamento para proceder a la designación de los magistrados mediante un concurso público con reglas que se establecían también en dicho reglamento.

El proceso en el que se incluyó el mecanismo del concurso público ha pasado por dos etapas. Una primera en la que la Comisión Especial avanza con la integración de las alternativas que voluntariamente se presentaban de quienes querían postular al cargo de magistrado. Y la segunda etapa, en la que luego de las críticas que recibió el Congreso por la descalificación en la que se incurrió respecto de algunos de los candidatos, el Congreso decide retomar el proceso de designación de los magistrados, decisión que se toma algunos días después de haberse conocido que el Poder Ejecutivo podía quedar en manos del partido, Perú Libre.

Entonces surge la amenaza o el riesgo de que a partir del programa general de Gobierno que había anunciado Perú Libre se realizará un procedimiento similar al que utilizó el expresidente Vizcarra, y que fue amparado y avalado por la mayoría del Tribunal Constitucional en la sentencia 06-2019 de conflicto de competencias, conforme al cual se establecía que cabía un tipo de denegación fáctica de la cuestión de confianza.

El temor a que el gobierno del señor Pedro Castillo, Perú libre, pueda utilizar nuevamente esta estrategia utilizada previamente por el señor Vizcarra y avalada por el Tribunal Constitucional, ante ese temor, el Congreso se ve compelido a modificar los términos en los que venía procediendo. Los términos suponían dejadez, porque el Congreso se había paralizado y no había tenido capacidad de capacidad de reacción en relación con la designación de los magistrados. Se retoma entonces este proceso y se continúa en la etapa en la que se había.

Úrsula Indacochea:

Primero, gracias, Renzo. Saludar al maestro Delgado-Guembes, mucho gusto de compartir con ustedes esta reunión. Mire, el profesor Delgado-Guembes ha hecho una síntesis muy buena de lo que fue este proceso, por lo que yo quisiera dar una aproximación diferente para no repetirnos; digamos, iluminar otros ángulos. El pedido es comentar sobre el proceso de elección de magistrados desde la perspectiva del Derecho Constitucional y lo que quisiera decir, en primer lugar, es que la Constitución reconoce la independencia del Tribunal como órgano y también la independencia judicial como un valor y un principio de la función de juzgar; sin embargo, esa atribución debe ser interpretada, y esa independencia tiene que ser interpretada a la luz de los estándares que se derivan de los compromisos internacionales que ha suscrito el Perú, y eso implica que los procesos de selección de altas autoridades del sistema de Justicia, o sea las altas autoridades, los altos tribunales -no solamente el Poder Judicial, sino, en general, todos los altos tribunales, incluyendo, también, por ejemplo, el Tribunal Electoral y otros tribunales que cumplen funciones jurisdiccionales- deben garantizar esa independencia, a través de lo que se denomina “un adecuado proceso de nombramiento”, y para que un proceso de selección sea adecuado, el Derecho Internacional establece unos estándares mínimos que se agrupan en cuatro grandes tipos.

El primero es el *estándar del mérito*. El principio del mérito prescribe que el mecanismo debe apuntar a que se elija por razones del mérito y las capacidades; y, sin importar qué tipo de mecanismo se tenga, ese mecanismo debe contar con herramientas para *identificar* el mérito y para *valorarlo*. El segundo tipo de estándares están vinculados a los *principios de transparencia y publicidad*, que parten de la premisa de que la elección debe ser considerada un asunto de interés público, y no solamente eso, sino de alto interés público, y como consecuencia de ello, que la transparencia debe ser activa. No es que deben venir los ciudadanos a pedirle información al órgano elector, sino que éste debe poner a su disposición la máxima cantidad de información que sea posible sin afectar otros derechos, como la vida privada, el honor, la honorabilidad, todos estos derechos de carácter personal.

Y este principio de transparencia se maximiza cuando el mecanismo de selección es uno de carácter, entendiendo por tal, no aquel mecanismo en el que las altas magistraturas se elijan por razones políticas (porque, como vimos, el principio del mérito proscribió ese tipo de razones), sino un mecanismo que está siendo administrado o gestionado por órganos políticos, vale decir, el Ejecutivo o el legislativo.



El tercer grupo de estándares tiene que ver con la participación ciudadana, que debe ser *efectiva*, y esto implica la capacidad de la ciudadanía de influir efectivamente en el resultado. Un requisito para que los ciudadanos puedan participar es que haya información disponible, por lo que este tercer tipo de estándares está íntimamente ligado al principio de transparencia.

La participación puede adoptar diversas formas, el Derecho Internacional no impone ninguna en específico, pero puede abarcar, por ejemplo, desde el cuestionamiento del reglamento del proceso, la posibilidad de opinar sobre las reglas de juego, apoyar u objetar candidaturas específicas, impugnar candidaturas, hasta, incluso, la impugnación del resultado o la selección misma, aunque hablaremos de eso en un momento posterior. Y el cuarto tipo de estándares tiene que ver con el respeto del principio de igualdad y no discriminación, que implica que las reglas, aun cuando sean aparentemente neutrales, pueden generar efectos diferenciados respecto a ciertos tipos o grupos de candidatos, especialmente sobre colectivos históricamente desaventajados, como las mujeres, como los pueblos indígenas, y otros; en general, no deben existir provisiones que generen ventajas injustificadas de un grupo respecto a otro. Por ejemplo, no se debe privilegiar quienes tenían cargos en provisionalidad respecto de, por ejemplo, candidatos externos al sistema de justicia. Entonces, estos cuatro grandes tipos de estándares modelan lo que es un adecuado proceso de selección y eso aplica para los tribunales constitucionales también.

Ahora, en el Perú, tenemos un modelo político, un mecanismo político de instancia única, porque solamente el Poder Legislativo tiene en sus manos la elección de los magistrados, sin intervención de ningún otro órgano o poder del Estado. Nuestro modelo, como dijo el profesor Delgado, ha cambiado de un proceso más cerrado, por invitación, a un concurso público de méritos. Yo discreparía con el profesor, con mucho respeto, en tanto a que esto forme parte de una *atribución de direccionamiento de la política* que le corresponde al Congreso, porque, a mi parecer, este tipo de atribuciones no deriva de la naturaleza del órgano político; porque de hecho, en muchos países, esta atribución no está en manos de órganos políticos, creo que eso depende del diseño constitucional de cada país y cada vez la tendencia es a tratar de apartar a los órganos políticos de la elección de los altos tribunales, precisamente, porque implican riesgos mayores, y eso lo ha señalado, claramente, de manera expresa, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe de fines del 2019 sobre corrupción y derechos humanos.

Entonces: órganos políticos generan mayores riesgos de que las elecciones se realicen en base a criterios políticos. Eso significa que, por sí mismo, el proceso de selección en abstracto, desde un análisis en gabinete, ¿es convencional o no? Me parece que no. Hay varios factores externos que condicionan este resultado. El primero de ellos es la existencia de mandatos vencidos, revisando los estándares internacionales sobre duración de los mandatos de jueces y operadores de justicia, se señala que se debe tratar de que las altas magistraturas no coincidan con los momentos de

elección parlamentaria o presidencial, precisamente porque estas elecciones terminan politizando los procesos de selección. Entonces, el hecho de tener seis de siete mandatos vencidos, que, además, no han sido así, de manera originaria, sino que se han ido acumulando estos vencimientos, ya es un aspecto de distorsión, que generaría, a mi parecer, una defraudación del espíritu de los estándares sobre independencia judicial, que justamente tratan de separar y de distanciar la política de esta función, que requiere un primer filtro técnico, antes del momento político.

Y la otra razón por la que discrepo del profesor es porque, cada vez más, se cuestiona que esta atribución -de designar- sea una atribución de “soberanía” parlamentaria. Esta discusión se ha tenido, por ejemplo, en México, donde los tribunales rechazan los amparos contra designaciones, bajo el argumento de que al designar, el Senado estaba en el ejercicio de una potestad soberana, que no es controlable judicialmente. Eso ya empezó a cuestionarse fuertemente, al punto que hay un caso pendiente ante la Suprema Corte de Justicia sobre este tema. Y, por otro lado, a mayor carácter político, mayor control. Esa es un poco la máxima que se derivaría de estos estándares. En el caso concreto, creo que hemos visto un deterioro progresivo de la manera en cómo se ha ido tramitando este proceso de selección, yo lo seguí desde el principio, desde la convocatoria anterior, en que quedó frustrado y que dio lugar a la disolución del Congreso.

Concentrándonos en este proceso que empezó con el nuevo Congreso interino, el Reglamento que se aprobó no era malo, tenía algunos problemas de diseño, de carácter estructural, pero, en general, recogía muchos de estos principios. Los principales problemas, creo yo, estaban un poco camuflados, por ejemplo, el tema de la idoneidad ética, que se incorporó en el reglamento como un aspecto que debía valorarse con puntaje, cuando esta característica, por su naturaleza, no puede ser valorada de esa forma. Se tiene idoneidad ética o no se tiene y, por lo tanto, al valorarla con puntajes se corre el riesgo de sostener que hay candidatos que tienen menor grado de honorabilidad o integridad que otros, y que por lo tanto, una persona que no llega a obtener ni un solo punto en honorabilidad o en idoneidad ética pueda llegar a ser nombrado si alcanza suficientes puntos en los otros aspectos, y no se entiende que es un aspecto mínimo, un requisito de quien sea nombrado.

Entonces eso, a mi parecer, era un gran error del Reglamento y que justamente se ha visto muy evidenciado en la última etapa de las entrevistas, en las que el Reglamento exigía hacer una calificación de 3 aspectos; proyección personal, la idoneidad ética y la trayectoria profesional. Y los mismos parlamentarios se han visto en aprietos al momento de tener que valorar y justificar, y expresar su motivación, que al final vimos que no aparecía o que aparecía como una argumentación falaz o aparente en los votos de los miembros de la Comisión Especial.

Eso es una consecuencia de la dificultad natural de tratar de meter un aspecto, como la idoneidad de ética, en un sistema de puntajes, que no es aplicable. Entonces, eso es uno de los de los grandes errores de este Reglamento. El segundo, para



mí, es un excesivo formalismo del mecanismo de calificación, el darle demasiado puntaje a, por ejemplo, la acreditación de títulos por sobre la acreditación de conocimientos o de experiencia. En esto, yo también he ido cambiando un poco de opinión, al darme cuenta cómo muchas de las candidaturas buenas que quedaron excluidas de, sobre todo, mujeres constitucionalistas, lo fueron por el problema del puntaje de los títulos académicos.

En general, el acreditar el conocimiento, a través de títulos, es problemático para las candidaturas de mujeres constitucionalistas, porque ellas tienen, normalmente, menor cantidad de títulos, y muchas más dificultades para completar este tipo de entrenamientos, en comparación a sus pares varones, sin que ello signifique que tienen menos capacidad de resolver adecuadamente y de razonar, y menos conocimientos de fondo para ejercer el cargo.

Luego de esto, las etapas que siguen han sido ya los problemas más operativos, más que de reglas: una excesiva formalidad y errores en la primera calificación de expedientes, que luego, al ser evidenciados, tampoco fueron subsanados; la falta de imparcialidad de varios de los miembros de la Comisión Especial. La composición multipartidaria de la Comisión Especial me parece un aspecto muy bueno, porque eso genera un equilibrio y no una preeminencia de una fuerza política sobre otra, en un cuerpo que debería hacer una evaluación técnica, pero sí, esas personas tienen que estar libres de intereses, para que la recomendación que hagan y la evaluación que lleven a cabo sea lo más imparcial posible. Lo más objetiva posible, y eso no fue así con dos de los miembros de esta Comisión y, además, eso tiene otro efecto mayor, que es el de la falta de confianza de la ciudadanía en el proceso de elección.

Ya esa falta de confianza terminó por caer por su propio peso en la etapa final, en la parte de las entrevistas, que también es un problema más de implementación de las reglas, no de las reglas mismas, pero la entrevista no fue planificada, fue más bien improvisada y este instrumento de medición del mérito -porque eso es una entrevista, un mecanismo de identificación del mérito- requiere planificación, requiere tener claro cuáles son los objetivos de la entrevista, cómo se van a conseguir tales objetivos, cómo se van a medir qué aspectos, y cómo se van a calificar, y nada de eso sucedió, un poco, quizá, por la premura del tiempo, como dijo el doctor Delgado, aquí hubo una clara aceleración hasta el final, cuando hubo una mayor probabilidad de que de que Perú Libre ganara la Presidencia de la República, este proceso de selección del Tribunal Constitucional empezó a acelerarse y esa des-aceleración vino acompañada de desprolijidad en el proceso, y fue muy evidente.

Eso, desde un punto de vista técnico, es lo que te podría decir, en mi opinión. El nuevo Congreso tiene la oportunidad de hacer este proceso bien, creo que una cosa saludable sería que el mismo Congreso en un gesto democrático decida escalonar los nombramientos vencidos para evitar que, no solamente este, si no es ningún Congreso en el futuro pueda tener un control casi total del órgano que los

va a controlar, eso es fundamental, creo que eso en una reforma en la Constitución o en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional bastaría para escalonar de manera permanente esto.

Renzo Díaz:

Muchas gracias doctor Delgado-Guembes y doctora Indacochea, por sus argumentos y valiosos aportes. Ahora, el siguiente bloque gira en torno a la medida cautelar. ¿Qué opinión les merece esta medida cautelar? Sin duda, generó un conflicto entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo.

Inclusive, ameritó que ambas entidades emitan comunicados; el Congreso emitió un comunicado manifestando la defensa del fuero parlamentario y la institucionalidad del Parlamento, por otro lado, el Poder Judicial defendía la exigibilidad del cumplimiento de las resoluciones judiciales y la obligatoriedad de que todos los ciudadanos las acaten, ante lo que había acontecido, que era una respuesta inicial de algunos congresistas de no querer acatar la medida cautelar.

Asimismo, qué opinión poseen sobre, por ejemplo, sobre lo que se denominan actos políticos, que son revisables y si es que existen aquellos que son no revisables, y qué opinión tienen de esta medida cautelar, si es que es posible suspender, a su criterio, un proceso de selección de magistrados del TC y, también, que les dicen sus experiencias como constitucionalistas y parlamentarista, con respecto a otras circunstancias similares donde una medida cautelar generó alguna acción por parte del Congreso. Muchas gracias.

César Delgado-Guembes:

Antes de pronunciarme sobre la dimensión garantista a la que hace referencia, me parece importante poner las cosas en perspectiva. Por lo que ha mencionado la profesora Úrsula Indacochea, advierto que aparece la contradicción inherente a nuestra Constitución, porque, en el texto de nuestro documento constitucional, reconocemos que el poder emana del pueblo como característica de un régimen democrático y representativo, pero, a la vez, también existe en nuestro texto constitucional, esta regla de que el poder debe ejercitarse de acuerdo a derecho.

Cuando describimos nuestro régimen representativo y democrático como un régimen sujeto a derecho, empieza la contradicción entre la autoridad que el pueblo elige para que, en su representación, utilice el poder, y la autoridad que se constituye en un órgano, como el Poder Judicial, supuestamente exánime, supuestamente impoluto, supuestamente imparcial, supuestamente privado de subjetividad, y, más bien, dotado de una capacidad abstracta de administrar el poder y la justicia, a partir de la discreción de la que dispone, para interpretar el derecho, independientemente de las creencias, de las facultades, de los principios o de los valores de los operadores del régimen jurídico.



Lo que hay detrás de ambas premisas, que contradicen en nuestro régimen constitucional, está obviamente dos maneras de comprender el poder y el derecho; una en la que se reconoce que quien tiene el poder es el pueblo, y otra en la que se reconoce que el poder quien lo tiene es el juez, y el juez es un sujeto más dentro de nuestro sistema político, que no deja de ser un operador cargado de pretensiones, de valores, de intereses, de principios y de una subjetividad desde la cual se interpreta el derecho.

Estas dos premisas que concurren en nuestro régimen constitucional llevan a que, frente a un régimen democrático, lo que pueda constituirse sea un régimen jurídico-crático, que sea dominado por una profesión que es la del abogado. Se supone que el abogado está entrenado y capacitado técnicamente para interpretar el derecho como si su actividad fuera eminentemente racional, como si no contara con intereses, preferencias, valores, etcétera, que supuestamente los pone entre paréntesis y no los utiliza cuando su trabajo consiste en dilucidar qué es lo que dice el derecho. No hay nada que digamos que quede exento de emoción, de afecto, de intereses o de valores, en cada una de las personas.

Entonces, nuestro texto constitucional está preñado de esta contradicción, que, a la vez, forma parte de una visión del mundo que se ha venido integrando dentro de nuestra tradición constitucional, y la tradición constitucional peruana, el estado parlamentario se ha basado en el reconocimiento del régimen democrático, pero a partir, en particular, de la modificación que se produjo en nuestro ordenamiento civil, cuando se reconoció el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley, lo cual aparece, como digo, en el Código Civil del año 1936, en primer lugar, luego se reconoce con la Constitución del año 1979, en la que, además, se integra por primera vez en nuestra historia un régimen que se basó en la tradición europea que funda Kelsen con el control concentrado de la Constitución, y que determinó que se integrara dentro de nuestro sistema político una comprensión del Estado Constitucional de Derecho, en la que se asume que este Estado Constitucional puede ser definido de acuerdo a la calificación que haga de los actos políticos el Tribunal Constitucional.

El mandato que nosotros incorporamos en la Constitución del año 1979, sin embargo, pierde de vista que nuestra tradición política, el Congreso es una instancia que puede sancionar a los magistrados del Tribunal Constitucional, por lo tanto, no le correspondería, como no lo señala nuestra Constitución, el atributo de intérprete supremo o máximo de la Constitución, que sí puede ocurrir en contextos como el europeo, en el que el Congreso no tiene la facultad de realizar un juicio político respecto de los magistrados del Tribunal Constitucional. Perder de vista la capacidad que tiene el Congreso, adicionalmente de ser intérprete de la Constitución, permite afirmar que nos encontramos nuevamente en una manifestación de la contradicción que se va acumulando en nuestro texto constitucional y que lleva a creer que en nuestro régimen político puede ocurrir que cualquier juez interprete la ley y la Constitución independientemente de las prerrogativas que un Estado Democrático Representativo le corresponde al Congreso.

Esto me parece que es crítico y que es lo que permite afirmar, como lo mencioné en mi apreciación original, que el Congreso utiliza la facultad de *indirizzo* político, de direccionamiento político, cuando designa a los magistrados del Tribunal Constitucional, de la misma manera que lo hace con el Defensor del Pueblo, el contralor, cuando ratifica al presidente del BCR, cuando designa a los miembros del gabinete, o cuando los censura, los remueve y la retira su confianza.

Esa atribución de *indirizzo* político, direccionamiento político como lo conocen los italianos, es parte de la facultad que la Constitución le reconoce al Congreso de la República, mientras que optemos por afirmar que preferimos un régimen democrático. Si no queremos un régimen democrático, el camino natural es modificar la Constitución y decir que el Congreso de la República no es el representante de la voluntad popular y que el mejor representante de la voluntad popular es el Tribunal Constitucional, como lo viene haciendo cuando se concibe a sí mismo como el Senado del que carecemos.

El Tribunal Constitucional con el sistema de legislador positivo con el que viene operando se convierte en una instancia política y no solamente una instancia que va a impartir justicia utilizando sus facultades como legislador negativo para decir qué cosa es lo que no corresponde con la Constitución, sino además para decir qué cosa es lo que debe decir la ley. Esa es una atribución en la que se excede el Tribunal Constitucional independientemente del régimen democrático que queremos que exista en el Perú.

Este tipo de enfoque es el que lleva precisamente a comprender por qué cuando se afirma que una medida cautelar, como la que aprobó la jueza en su resolución del día 6 de julio de este año, se limite o se pretenda limitar la capacidad del Congreso de la República para cumplir con una función que la Constitución le asigna para que cumpla con su función como órgano representativo de la voluntad política del pueblo.

Sobre este tema, entonces, lo que habría que mencionar es que la acción de amparo, de acuerdo a nuestro código procesal constitucional, tiene una naturaleza supletoria, subsidiaria o residual, y que esta acción debe y puede utilizarse cuando no existe una medida ordinaria idónea para el cumplimiento de esta función de protección de los derechos fundamentales. El derecho supuestamente violado ha sido el de la no aplicación de la ley, la nueva aplicación de la ley, en este caso, supondría que se cumpliera con la publicación de las motivaciones y de los puntajes que se habían adjudicado por los 9 integrantes de la comisión especial respecto de los postulantes al cargo de magistrado.

La acción de amparo pretende la protección y la cautela del derecho a que se cumpla la ley en el procedimiento de elección de magistrados, y el supuesto es que el derecho constitucional a ejecutarse y asegurarse que se cumpla es que la ley que define qué debe o cómo debe realizarse el proceso de elección de los magistrados



es el que se ha incumplido. La ley cuyo cumplimiento se invoca es el reglamento que, en ejercicio de su potestad auto normativa, se dicta el propio Congreso, como parte del sistema de fuentes de su ordenamiento interno, en el cual una de las fuentes con igual jerarquía que el reglamento, en el sistema de fuentes del derecho parlamentario peruano, tiene la práctica parlamentaria, los precedentes, las costumbres y la jurisprudencia interna del Congreso.

Entonces, cuando se inicia este proceso de amparo se pierde de vista una característica central de las acciones de garantía, cada una de las acciones de garantía tiene su propia finalidad y el amparo se puede utilizar, en efecto, residualmente, cuando no hay otra medida ordinaria que permita conseguir los mismos resultados, sin ningún tipo de peligro de demora y esa acción es la acción de cumplimiento, que no se utilizó, y que pudo haberse utilizado, bastando que el juez dispusiera que, si le parecía que no se había cumplido con la norma del reglamento que mandaba la publicación de los puntajes de la calificación y de la motivación de los congresistas, debió haber mandado que eso se haga con lo cual se subsanaba la supuesta vulneración del derecho conculcado según lo afirmaba el demandante en su acción de amparo.

Por ende, lo que hay que tener presente es que la medida cautelar que dicta la jueza del tercer juzgado constitucional provisional o transitorio es una medida impropia y en razón de la cual ella ha sido denunciada por prevaricato, porque además de haber accedido a declarar procedente la acción de amparo, cuando su naturaleza es residual, supletoria y subsidiaria, además ha desconocido atribuciones que le corresponden al Congreso en razón de las cuales el Congreso ha actuado de manera firme, tratando de reconocer la función que debe cumplir en nuestro ordenamiento constitucional.

Para amparar la cautela, la jueza ha señalado los criterios que le permiten reconocer que existe un peligro de demora, que consistiría en que si no amparaba con la acción cautelar el pedido que presentó Walter Ayala, el actual Ministro de Defensa, se correría el riesgo de que se vulneraría de manera definitiva el derecho que se suponía que se estaba conculcando.

Entonces, el peligro de demora, en realidad, no era tal cuando se tiene en consideración que la medida pudo haberse subsanado mediante el mandato de que se cumpliera con una publicación, desconociendo la Jueza que, en efecto, la publicación se había realizado, el problema era la valoración de las motivaciones.

De acuerdo al reglamento de la designación de los magistrados, lo que se exigía era la publicación de los resultados finales, eso es lo que mandaba el artículo 37 del reglamento, los resultados finales sí fueron publicados, lo que no ocurrió fue la entrega de la motivación escrita de los 9 integrantes de la comisión especial, de los 9 integrantes, 8 presentaron una motivación escrita, uno de ellos, el congresista Vega Antonio, no presentó su motivación escrita, pero expresó su motivación al

presidente de la comisión, como el reglamento no señala explícitamente cuales son los parámetros ni los estándares a los que debe ajustarse la motivación y considerando que el Congreso no es una instancia jurisdiccional porque a los congresistas no se los elige a partir de competencias en materia jurídica, cada uno de los congresistas podía utilizar el criterio que le da el haber sido elegido por mandato popular para interpretar de acuerdo a su leal saber y entender, y su criterio de conciencia, qué cosa es lo que los motiva a ponerle la calificación de cada uno de ellos le parecía que merecía cada uno de los candidatos.

Entonces, estos son los criterios, para mí, más importantes que debe tenerse presente cuando se valora la idoneidad, la pertinencia, la corrección de la medida cautelar, que, a mi juicio, era impropia, era inadecuada, era excesiva y que justificó la calificación de que la acción de la Jueza ha incurrido en un abuso de autoridad y en prevaricato. Eso sería lo que podría comentar respecto a esa materia.

Úrsula Indacocha:

Yo aquí discrepo radicalmente con el profesor Delgado. Primero, porque hay algunas cosas que son hechos que se pueden comprobar. El Reglamento no obliga a publicar resultados finales, obliga a publicar resultados desagregados; es decir, cada uno de los tres componentes que estaban integrados en la nota de la entrevista final tienen su propio puntaje y ese puntaje desagregado tenía que publicarse. Y la motivación no se publicó, se publicó después del mandato cautelar. En un primer momento, no estaba publicado, y cuando se publicó, no se publicó de manera completa, y lo que se publicó, en muchos casos, no eran motivaciones, porque simplemente estaban los recuadros vacíos, entonces eso, en cuanto a los hechos que podemos fácilmente verificar.

Respecto de la posibilidad de que un Juez controle un proceso de selección de este tipo, como saben, la organización para la que trabajo -Due Process of Law Foundation (DPLF)- presentó un *amicus curiae* en ese caso, sin conocer ni al demandante ni tener ningún nexo con ninguna fuerza política, y lo hicimos porque desde hace mucho tiempo y en varios países, estamos trabajando en el tema de la impugnación y el control judicial de designaciones públicas, y hemos hecho muchos estudios académicos-técnicos sobre estos temas.

Uno de esos estudios que recopila las bases, los fundamentos que sustentan esa posibilidad se basa en la obligación de los Estados de garantizar un recurso efectivo, obligación que está recogida en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y básicamente lo que establece este *derecho a un recurso efectivo* es que toda persona que considere vulnerado sus derechos debe tener un recurso en el que poder plantear estas alegaciones, independientemente de que sean ciertas o no, o que sean acogidos o no, deben tener un proceso sencillo y rápido donde estas alegaciones puedan ser planteadas y valoradas, y ese proceso debe ser efectivo, siempre que estas alegaciones se refieran a la vulneración de derechos reconocidos por la Convención, la Constitución o la ley. En palabras sencillas, si



existe una ley, tiene que existir un recurso para denunciar el incumplimiento de esa ley, para plantearlo, y para que se pueda revisar y solucionar.

Por ende, en base a este derecho humano, los Estados están obligados a proporcionar recursos donde quienes se sienten afectados por la tramitación de un proceso de selección o por sus resultados puedan plantearlo, y eso no solamente se limita a los candidatos o candidatas que compiten en ese concurso, eso es algo muy importante, esto también incluye a los ciudadanos que tienen derechos, no porque se los da el Reglamento del Congreso: el derecho a saber, a conocer las motivaciones de los puntajes y a conocer las calificaciones no se deriva del Reglamento del Congreso, se deriva de un derecho humano de acceso a la información de interés público, que está reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y también, por lo tanto, integrada dentro del ordenamiento jurídico peruano, eso por un lado.

Entonces, el *amicus* que presentamos, en este caso, sustentaba que, independientemente de que el señor Ayala (el demandante) tuviera o no tuviera razón y sin pronunciarnos sobre si sus alegaciones eran ciertas o no, que le asistía el derecho a que una alegada vulneración de los derechos protegidos, también, por la Constitución y, también, por el Reglamento, en su aspecto práctico, se pudiera conocer y resolver, y que ese proceso idóneo era el proceso de amparo.

Aquí, yo creo que hay también discrepancia, habiendo leído los antecedentes del caso, no me parece que el derecho invocado en el amparo sea el cumplimiento del Reglamento de la ley, sino, más bien, los derechos que están directamente protegidos por esa ley, por ese Reglamento, como son el derecho de acceso a la información, el derecho a que quien elija magistrados sea una autoridad imparcial, el derecho a la independencia judicial, el derecho a contar con jueces competentes, independientes e imparciales, que son derechos que no derivan del Reglamento ciertamente. Igual que a muchos, la medida cautelar me sorprendió, porque no la esperaba, o sea ya me parecía una batalla suficientemente dura poder lograr que el control judicial de una designación pudiese ser asumido por un Juez, porque no es tampoco algo que sea muy usual.

En otros países existen recursos específicos para eso sin que eso signifique afectar ninguna facultad de soberanía ni de *indirizzo* de los órganos políticos. En Colombia, existe el proceso de impugnación de designaciones ante el Consejo de Estado. En El Salvador, se utiliza el proceso de inconstitucionalidad. En México, se utiliza el proceso de amparo. En Guatemala, se utiliza el proceso amparo. En Argentina se utiliza el proceso de amparo. En Ecuador, se utiliza el proceso de amparo. Perón, en Colombia, se utiliza un procedimiento especial y la tutela para otras designaciones de un rango menor. Entonces, no es un conejo sacado de un sombrero ni tampoco es una cosa extraña, ni una interpretación antojadiza, es algo que tiene un fundamento técnico en el Derecho Internacional, en el Derecho Constitucional y en el Derecho Comparado.

Dicho eso, también quisiera señalar que, por supuesto, en nuestra Constitución de 1993, tal como está diseñado nuestro sistema, el Congreso tiene la facultad de nombrar a los magistrados y eso nadie lo niega, pero esa facultad está sujeta a reglas, y reglas que derivan de la Constitución, de los tratados internacionales, pero que han sido plasmadas en un Reglamento que ha sido aprobado por el propio Congreso.

Entonces, si esas propias reglas se incumplen, tiene que existir un recurso para hacerla cumplir, porque no podemos decir que da lo mismo tener reglas que no tenerlas, porque si no, elegiríamos a los magistrados por sorteo o si consideramos que la razón por la que no se puede impugnar es porque el poder deriva del pueblo y el pueblo se ha manifestado delegando en los parlamentarios la representación para tomar estas funciones, también podríamos decir que perfectamente podríamos estar eligiendo magistrados por voto popular directo como se hace en Bolivia y como ya se demostró en dos ocasiones en ese país que ese sistema es un absoluto fracaso.

Y es un fracaso, porque el voto directo tiene un componente político que desvía y defrauda el estándar del mérito, porque las personas que resultan elegidas por razones políticas no necesariamente y no siempre son elegidas por sus méritos y capacidades, sino por sus redes de contactos, por grupos de intereses a los que pertenecen, por los grupos sociales o políticos o de interés económico de los que forman parte, o incluso por el apoyo de grupos ilícitos, pero que no deberían determinar quién ejerce la máxima judicatura o no.

De otro lado, también discrepo del Dr. Delgado, con mucho respeto, respecto de la posibilidad de que el Congreso pueda hacer un juicio político contra los magistrados del Tribunal Constitucional. Ya en la sentencia *Tribunal Constitucional contra Perú*, la sentencia *Canba Campos contra Ecuador*, y en la sentencia *Quintana Coello y otros contra Ecuador*, la Corte Interamericana ha dicho en tres oportunidades que la manera de remover a los magistrados no puede ser mediante juicios políticos y que lo que hacen los congresos o los parlamentos cuando remueven debe ser juicios basados en criterios *jurídicos*, aunque estén en manos de cuerpos políticos.

No pueden removerse a magistrados o magistradas por razones políticas, porque ellos tienen una estabilidad reforzada, que se llama *inamovilidad*, y esa inamovilidad implica que no pueden ser removidos ni por el contenido de sus decisiones ni sin un debido proceso, porque hacerlo sería una práctica contraria a los principios básicos de la democracia, lo cual no quiere decir que los procesos de control disciplinario no pueden estar en manos de órganos políticos, por supuesto que lo pueden estarlo, solamente que tienen que seguir los parámetros que se han establecido para los procesos de determinación de derechos que están en el 8.1 de la Convención Americana y los procesos que son materialmente sancionatorios que, en el caso de una remoción de magistrados, serían aplicables, que están en el 8.2 de la Convención Americana.



Volviendo al proceso de amparo y especialmente a la medida cautelar, por supuesto que no es lo ideal que un Juez tenga que detener un proceso de elección de magistrados, por eso es que en otros países están teniendo procesos específicos para impugnar designaciones, pero por supuesto que es mucho menos dañino suspender una elección, que anular una elección irregular o ilegal cuando ya existen nombramientos consumados, y yo creo que esa es la ponderación que la jueza hace en la medida cautelar.

Creo también que el cuestionamiento a la jueza, por el hecho de ser una jueza supernumeraria, por el hecho de ser una jueza mujer y los calificativos que se dieron en su contra son también reñidos con principios y estándares que protegen a la función judicial y que establecen que los jueces provisionales, transitorios, supernumerarios o sujetos a cualquier régimen de temporalidad de sus mandatos, gozan de las mismas garantías, mientras se encuentran en las funciones, que cualquier juez titular y eso está en varias sentencias de la Corte Interamericana: el caso *Chocrón Chocrón contra Venezuela*, caso *Apitz Barbera contra Venezuela* y el caso *López Lone y otros contra Honduras*.

Entonces, no es adecuado cuestionar la decisión de la Jueza solamente por el régimen en el cual ella está cumpliendo sus labores, creo que no hay prevaricato, hay más bien un acto que, de no haberse emitido, hubiese generado la responsabilidad internacional del Estado peruano, porque si la misma Comisión Especial negó a los candidatos la posibilidad de plantear impugnaciones, cuando al inicio del proceso de selección pidieron reconsiderar sus exclusiones, la misma Comisión Especial dijo “aquí no hay recursos, aquí en esta comisión, ante nosotros, no hay recursos”, si no hay recurso ante el propio órgano, ¿ante quien entonces?, ¿estamos ante un Reglamento que no tiene fuerza normativa porque no puede obligar a los propios órganos que deberían adecuar su conducta a estas reglas? Entonces, el Reglamento no existe jurídicamente, y si no existe, entonces estamos ante una simulación, esa es mi opinión.

Renzo Díaz:

Muchas gracias, estimados doctores. Entonces, pasaríamos al tercer y último bloque, antes de preguntas puntuales. Este bloque gira en torno a la decisión de los parlamentarios; primero la Junta de Portavoces cuya mayoría voto a favor de ignorar la medida cautelar. Eventualmente, esta fue ratificada en el pleno por mayoría calificada. Por lo que, se prosiguió con el proceso de selección de magistrados. Los escuchamos, muchas gracias Dr. Delgado-Guembes y Dra. Indacochea.

César Delgado-Guembes:

Existen algunos aspectos en los que efectivamente tenemos una divergencia con la profesora Úrsula Indacochea, quiero mencionar a propósito de algunos comentarios que haya realizado, no me voy a detener en cada uno de los aspectos en los que discrepamos, porque no es el objeto de esta reunión, pero si quisiera citar el artículo 37 del reglamento, que dispone que la publicación a la que se refiere el re-

glamento es a la publicación de los resultados finales de las entrevistas personales y que estos resultados no son los que correspondía a las evaluaciones que realiza cada uno de los miembros de la comisión especial.

El artículo 37 dice “los resultados finales de las entrevistas personales son publicados de manera detallada en la página web del Congreso”, ese es un aspecto que creo que es importante tenerlo presente, porque la obligación no era que se publicara cada una de las evaluaciones, las cuales, no obstante, sí llegaron a ser publicadas, tardíamente, pero se publicaron, incluyendo las motivaciones. Como lo reitero, no debe entenderse que las motivaciones a las que se refiere el reglamento son motivaciones como las que se comprende de la actividad jurisdiccional, los congresistas no son parte de la actividad jurisdiccional del Estado.

La competencia que le corresponde al Congreso, no obstante las declaraciones, las sentencias que emanen de organismos supranacionales, en nuestra Constitución se reconoce explícitamente, en el artículo 139, que los magistrados del Tribunal Constitucional sí pueden ser acusados constitucionalmente, tanto por delitos como infracciones a la Constitución que ellos pudieran cometer, por eso que, en el Perú, a diferencia de lo que ocurre en particular en países europeos, no cabe aplicar la disposición que figura en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de que el Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución. Esa es una calificación que sería muy propia de España, de Italia, de Francia, pero en el Perú, la regla, esos países, en Europa, no es de acusar constitucionalmente a los magistrados.

En cambio, en el procedimiento constitucional peruano, se reconoce la facultad de acusar constitucionalmente a los magistrados, como ha ocurrido, recientemente, obviamente con el caso de ayer de Aguirre Roca, de Rey Terry y de la señora Delia Revoredo de Marsano, que no fue una experiencia correcta, porque el Congreso no utilizó apropiadamente el procedimiento de acusación constitucional, en razón de lo cual se salió esta resolución de la Corte Interamericana ordenando que se repusiera a los magistrados en sus puestos, y eso fue lo que cumplió el Congreso con hacer.

Pero más allá de eso, me parece que es importante tener presente que, en el procedimiento de amparo que se ha iniciado, nuevamente, a mi juicio, indebidamente, porque la acción de garantía que correspondía no era la acción de amparo, sino era la acción de cumplimiento, de forma que se cumpliera con la norma, si mandaba la aplicación de las reglas del reglamento, la Jueza no se ha pronunciado sobre el fondo del asunto, se mandó solamente la resolución de la cautelar.

En el caso del cumplimiento de la de la acción cautelar, de la medida cautelar, lo que hay que tener presente es, en primer término, no obstante el carácter formal o procesal o adjetivo que tiene este asunto, lo que no puede dejar de reconocerse es que, de acuerdo a la Ley Orgánica del Poder Judicial, se ha hecho una modificación, que me parece que es del año 2014, en la que se dispone que las notificaciones



surten efecto desde el segundo día siguiente en que se ingresa la notificación a la casilla electrónica. Entonces, ¿qué es lo que ha ocurrido? Que la notificación de la medida cautelar llega al Congreso el día jueves 8 de julio, la dicta la jueza el día 6 de julio, el día jueves 8 de julio, cuando el Congreso ya se encontraba en el segundo día en el proceso de designación de los magistrados, El Congreso recibe la notificación. De acuerdo al artículo 155 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esa notificación es ejecutable sólo a partir del segundo día posterior a la notificación, es decir la exigibilidad del cumplimiento de esa notificación era a partir del día lunes 12 de julio, tal como entiendo yo la norma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por lo tanto, el Congreso no se encontraría en una situación de objeción o de obstrucción del mandato jurisdiccional, pero más allá de eso, en lo concreto es que se ha tratado de un exceso en las atribuciones que le corresponden al Juez al haber tramitado como procedente una acción de amparo que, a mi juicio, no correspondía y, adicionalmente, se ha desconocido los alcances que tienen disposiciones constitucionales expresas, como que los congresistas no están sujetos a mandato imperativo, que no son responsables ante autoridad jurisdiccional por los votos ni opiniones que emiten en el ejercicio de sus funciones y, por lo tanto, que no han incurrido en ningún tipo de falta, respecto a los extremos sobre los que versa la medida cautelar.

Adicionalmente, hay otro aspecto importante en cuanto al supuesto incumplimiento de la medida cautelar, relacionada con la inejecutabilidad de los apremios indicados en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, que dispone que se debe multar a quien no cumpla con las medidas cautelares o que el Juez puede destituir a quienes incumplan con el mandato de una medida cautelar, así como que la propia norma, el artículo 59 del Código Procesal Constitucional señala que, para hacer efectiva la medida cautelar, el juez puede disponer que el superior coacciones o mande al inferior que cumpla con la medida cautelar, además de la posible sanción por desobediencia y la acción penal contra quienes incumplan con el mandato que emana de la acción, de la medida cautelar.

Estas son medidas inejecutables, tan inejecutables que, en ningún momento, el apremio ha sido exigido por la autoridad judicial, y no solamente no ha sido exigido, sino que, como señalo, a la jueza se le ha iniciado una denuncia penal por prevaricato, y en el caso del Congreso, no hay ninguna investigación, salvo una preliminar, que tengo entendido que se ha iniciado en la Fiscalía de la Nación, por el supuesto incumplimiento de la medida cautelar y la comisión del delito de desacato. Eso existe, pero no se ha iniciado el proceso penal correspondiente, ese es el estado en el que se encuentra la situación y yo estimo que, de acuerdo al derecho que rige en el Perú, probablemente no se inicie ninguna acción penal en contra, ni de los congresistas, ni del Congreso, por haber ejercido la función que la Constitución le reconoce. Eso sería lo que yo estaría en capacidad de manifestar sobre ese tema.

Renzo Díaz:

Muchas gracias, estimado doctor Delgado-Guembes. Estimada doctora Indacocha, esta sería su intervención de final y, luego, pasamos a unas cuantas preguntas puntuales, en mérito de sus intervenciones, y ya con eso culminaríamos. Doctora, la escuchamos.

Úrsula Indacocha:

En cuanto al cumplimiento del mandato cautelar, creo que es muy claro, en primer lugar, que los desacuerdos con el contenido de las decisiones deben tramitarse a través del sistema de recursos y que, por lo tanto, mientras no sea revocada, la medida cautelar seguía siendo obligatoria para el Congreso. Existen también antecedentes en los que un juez le ha ordenado al Congreso abstenerse de realizar algunas actuaciones, como fue en el caso Diez Canseco, pero también, el que más conozco, el caso Alan García y la Megacomisión.

Entonces, en esos dos casos, ya existe un antecedente en el que un mandato judicial fue acatado por el Congreso. En segundo lugar, también creo que la norma que establece los efectos de la notificación es una norma que, como muchas normas procesales que regulan estos temas, establece un momento cierto, porque del momento de la notificación se derivan, en general, consecuencias procesales importantes, como el inicio del cómputo de plazo para impugnar.

Entonces, la norma tiene que establecer un momento de referencia para empezar a computar estos plazos, pero también es cierto que, en materia de notificaciones y sus efectos, el Congreso ciertamente tomó conocimiento de esta decisión y realizó actos materiales que corroboraban ese conocimiento, pues la Junta de Portavoces se reunió, se hizo un análisis jurídico de la decisión, se adoptó una posición sobre ella, entonces es difícil alegar que no se tenía conocimiento y que la decisión debe tenerse por notificada en una fecha posterior.

En todo caso, igual no se observó el mandato cautelar y el Congreso siguió adelante con el proceso de selección, y creo que los únicos que salvaron allí su responsabilidad, o la discusión sobre su responsabilidad, porque, como señala el profesor Delgado, esto es aún una investigación preliminar en el Ministerio Público por presunto desacato, no hay una decisión ni siquiera de acusar, pero quienes se abstuvieron de participar en esos actos serían los únicos que estarían fuera de cualquier tipo de imputación, mientras que aquellos que, aun participando, votaron en contra, también habrían incurrido en una desobediencia del mandato cautelar. Esa es mi opinión general.

Renzo Díaz:

Muchas gracias, estimada doctora. Entonces, pasamos a un pequeño bloque de preguntas. Hay una pregunta que sí les comenté a ambos, que es la pregunta que sí estaba predeterminada, y abordaremos primero esta, y luego unos pequeños



detalles de sus intervenciones. Entonces, estimados doctores la pregunta es la siguiente: ante dos intentos fallidos de elección de magistrados del Tribunal Constitucional, tanto en el año 2019; con el Congreso disuelto, como en el 2020; con este Congreso complementario-extraordinario, ¿Consideran ustedes que debería cambiarse la forma en que se elige a los magistrados del Tribunal Constitucional? ¿Qué debería de repente reformarse? ¿Acaso es la entidad que los elige?

Doctor Delgado-Guembes, ¿Cuál es su opinión al respecto como parlamentarista, como constitucionalista, y el mérito también de que usted ha estado mucho tiempo laborando dentro de la institución del Congreso?

Doctora Indacochea, ¿Cuál es su opinión al respecto como constitucionalista y en mérito de que usted es especialista en independencia judicial y ha estado haciendo seguimiento a procesos de selección de magistrados de altas cortes en la región?

Ustedes han visto muchas elecciones de magistrados del Tribunal pasar a lo largo de los años. En mérito de la actual coyuntura de dos intentos fallidos, ¿Qué opinión tienen? Muchas gracias de antemano.

César Delgado-Guembes:

Mira, en principio, yo creo que un mecanismo adecuado era el que teníamos con la Constitución del año 1979, en la que se establecía que el entonces Tribunal de Garantías Constitucionales estaba integrado por nueve magistrados, 3 de los cuales eran designados por el Poder Ejecutivo, tres, por el Poder Judicial y tres, por el Congreso. El mecanismo de exigencia sobre el número de votos para designarlos me parece que es excesivo. Cuando el número de votos que se exige para una designación o para tomar una decisión es tan alto, lejos de constituir una garantía de decisión, convierte a las minorías en los agentes más poderosos en el proceso de toma de decisión, porque lo más difícil es conseguir que las minorías no bloqueen o no veten una designación mediante su participación en el proceso de votación y de elección.

Entonces, me parece que probablemente si se mantuviera la regla que existió antes de que la designación se realice mediante la mayoría absoluta del número legal, vale decir, en el caso concreto del Congreso actual, con 66 votos, si se tomara la decisión de que, en lugar de votar con 2/3, se vote con la mayoría absoluta, probablemente se consiga una mayor facilidad en el proceso de designación de los magistrados, fuera de que creo que efectivamente podría evaluarse mejor la posibilidad de que sean nueve los integrantes del Tribunal Constitucional, tres designados por el Poder Ejecutivo, tres, por el Poder Judicial y tres, por el Congreso.

Si esta no fuera una opción conveniente para los congresistas en función a que actualmente tendría que reformarse la Constitución, la otra opción podría ser que el proceso de selección incluya la posibilidad de que haya una comisión no parlamentaria que haga la evaluación de carácter profesional o técnico, a partir de cri-

terios como el del mérito y de las competencias, habilidades, idoneidad, etcétera, con el objeto de que esta comisión proponga el conjunto de postulantes sobre los cuales el Congreso tendría que tomar la decisión.

Obviamente, si se presentan 30 candidatos, el objetivo tendría que ser que los 30 sean presentados en el orden de méritos y el Congreso tendría la posibilidad de elegirlos, de acuerdo al criterio político del Congreso. El Congreso no es una entidad técnica, el Congreso tampoco es una entidad caracterizada por su ausencia de parcialidad. El Congreso, al contrario, es la instancia de la parcialidad, el Congreso es difícilmente imparcial, porque está compuesto precisamente por partidos políticos, y los partidos políticos tienen por función el asumir una visión concreta y particular de la realidad, su visión es una visión parcial de la realidad, no es una visión desapasionada, imparcial, desideologizada, al contrario, es una es una visión hasta interesada de la realidad, es imposible que le pidas a un partido político que tome una decisión imparcial, puede sí, argumentar la imparcialidad desde el punto de vista objetivo, puede argumentarlo, pero, subjetivamente, es imposible que remonte la parcialidad de origen con la que se llega al Congreso de la República.

Sin embargo, como digo, esta comisión podría designar el orden de los postulantes a partir del mérito y de los puntajes que se encuentre, y a partir de ese esa relación, el Congreso tendría plena libertad para elegir a quienes quisiera, podría elegir al primero de la lista, pero también podría elegir al último de la lista, esa es una atribución inajenable, no se la puedes quitar, como digo, siempre y cuando se mantenga la lógica de que el Tribunal Constitucional sea elegido por el Congreso. Si lo que se quiere es que no sea elegido por el Congreso, pero tampoco que sea elegido por el pueblo, como ocurre en Bolivia, entonces tendría que pensarse en un mecanismo de elección de los magistrados a través de un organismo como la Junta Nacional de Justicia, por ejemplo, que tampoco quiere decir que sea un órgano más imparcial que el propio Congreso, es más, la Junta Nacional de Justicia también es designada por el Congreso, o es ratificada por el Congreso.

Entonces, es imposible pretender que haya un cuerpo neutral que te garantice con criterio absoluto, porque esa abstracción solamente está en los textos, pero en la realidad, eso no existe. Entonces, estamos condenados a mantener la subjetividad de nuestras ausencias de imparcialidad, esa es una realidad que no se puede negar, por eso es que mencionaba, en intervenciones pasadas, el tema de los paradigmas o de las premisas que preñan la contradicción en nuestro régimen constitucional.

La visión de que vivimos en un régimen políticamente democrático o la visión de que vivimos en un régimen jurídico-crático, donde quien tiene el poder son los abogados supuestamente desapasionados, supuestamente objetivos, supuestamente racionales, que carecen de subjetividad, de apetito, de intereses, de afectos o de preferencias, ese reino idílico y bucólico de la imparcialidad jurídica es bastante difícil de, no diré de comprar, sino en el cual creer, porque, en realidad, es como asumir que el ser humano puede actuar sin afectos en el momento en el que toma decisiones.



Renzo Díaz:

De acuerdo, estimado doctor, muchas gracias. Estimada doctora, entonces, la misma pregunta para usted.

Úrsula Indacochea:

Estoy totalmente de acuerdo con el doctor Delgado-Guembes, en eso sí estamos de acuerdo, doctor. Habiendo observado procesos de selección de altos tribunales en toda América Latina, no existe ni un solo caso en los que los congresos no actúen como animales políticos, porque eso es lo que son, y justamente hay que partir de diseñar un mecanismo tomando eso como premisa, partiendo de ahí.

Estoy de acuerdo en que el mecanismo como lo tenemos no está funcionando, y creo que no está funcionando precisamente porque, al estar en manos de un solo cuerpo político, en la parte técnica, la valoración de la calidad de las calificaciones, hecha también por propios parlamentarios, que, como dijo el doctor, tienen intereses y no son neutrales, muchas veces se terminan filtrando buenas candidaturas, pero que no tienen la simpatía de los grupos políticos por diversas razones, a veces por no pertenecer a ciertos círculos de confianza, por ser desconocidos, por implicar demasiados riesgos o por ser demasiado progresistas, o por ser demasiado conservadores, es decir, dependiendo del momento en el que estemos, por distintas razones, buenos candidatos pueden no tener la simpatía de grupos políticos y eso podría reducirse sacando la parte de la evaluación técnica, que es una etapa de preselección, dividida en un órgano diferente, eso sería un gran avance.

Hay países, por ejemplo, como El Salvador, en que la preselección de la mitad de la lista de candidaturas la hace el Consejo Nacional de la Judicatura, y la otra mitad de la lista se elige por votación directa del gremio de abogados, y luego ese listado se envía al Parlamento. A mí no me gusta ese mecanismo, pero sirve solamente para mostrar que en la parte de preselección la hacen órganos externos, y ya la lista que le llega al Parlamento ya está previamente depurada, aunque no ordenada.

Allí sí hay una diferencia con la posición del profesor Delgado, porque yo creo que un órgano de evaluación técnica sí tiene que tener la capacidad de depurar, de sacar algunas personas de la lista que no cumplan con criterios mínimos, que tienen gruesos cuestionamientos, por ejemplo, personas que están siendo investigadas por corrupción, y no hablo de personas con una indagación preliminar, estoy hablando de personas que ya tienen una acusación fiscal y que, por cierto, tienen presunción de inocencia, pero no gozan de la intachabilidad que se requiere para dar confianza en la ciudadanía en máximo tribunal.

Entonces, si no hacemos que esta instancia previa, sea cual fuera, sea capaz de filtrar a los o las peores, creo que corremos el riesgo de que se presentan 30, llegan 30 ordenados por orden de mérito al Pleno, digamos el que es el abogado de un sicario estará en el puesto 30, pero que igual lo pueden nombrar, porque cuando llegas a

la arena política del Pleno, ya todo es posible. Entonces, sí creo que este cuerpo, sea cual fuera, debe ser capaz de filtrar.

Ahora, ¿quién podría tener esa atribución? Yo no soy muy partidaria de dárselo a la Junta Nacional de Justicia, la verdad, porque creo que la Junta, no solamente ya tiene mucho trabajo, sino que darle demasiado poder es también peligroso, recordemos que el CNM fue desactivado precisamente por eso, porque, por tratar de darle a un ente con mayor representación de la sociedad civil una labor tan importante, pues se terminó politizando el sector de la academia, el Colegio de Abogados, se terminaron politizando otras instancias que, al final, terminaron actuando por intereses subalternos. Si no es esa instancia, creo que podría ser, quizá, una comisión especial de carácter temporal, no un órgano establecido.

Hay una fórmula de comisiones temporales, existen las juntas de postulación en Honduras, las comisiones de postulación en Guatemala, que se integran por decanos, por miembros de la Corte Suprema, ahí hay para diseñar, y con pros y contras, pero que se desactiven al cumplir su mandato de mandar una lista depurada, que normalmente es de dos o tres veces más que la cantidad de vacantes existentes.

También soy partidaria, como ya lo dije, de la renovación escalonada, porque un mecanismo que renueva un tribunal en su totalidad es peligroso, porque da giros de jurisprudencia bruscos, y porque podría terminar siendo un Tribunal al servicio de una determinada correlación de fuerzas políticas en un momento histórico, y, lo que se busca, es que estos tribunales sean equilibrados. Incluso en los sistemas donde los cuerpos políticos pueden designar, por ejemplo, en los Estados Unidos, hay una Corte Suprema con algunos jueces conservadores y algunos jueces progresistas, nombrados por los demócratas y los republicanos, pero aun así se busca que exista un equilibrio, dando mandatos más largos y renovando los cargos solamente, cada vez que se abre una vacante.

Sobre la fórmula de la Constitución del 79, me parece que podría funcionar ahora, pero quizás no funciona en todos los contextos, porque, primero, tener tres instancias selectoras genera que haya tres mecanismos diversos que monitorear y todos con niveles de transparencia muy dispares, normalmente los que se eligen en la Corte Suprema, las mismas cortes tienden a ser más herméticas comparándolas con los parlamentos, por ejemplo, y el Ejecutivo ni qué decir, como no tiene que deliberar con nadie, prácticamente esas designaciones son a dedo, y eso es muy preocupante.

Y en países donde el Ejecutivo, el partido de Gobierno, tiene el control de la mayoría o una súper mayoría en el Congreso, como es, por ejemplo, México con López Obrador o, por ejemplo, El Salvador con Nayib Bukele, ese esquema sería el acabo del principio de separación de poderes, porque el controlador ya estaría absolutamente cooptado por el controlado. Entonces, un mecanismo de selección no puede ser trasplantado, tiene que ser como un sastre diseñado *ad hoc* para la realidad política concreta. Y por último, mencionar algo que escuché en una ponencia



hace poco del profesor Aníbal Pérez Liñán, que es un politólogo argentino que ha estudiado estos temas en la Universidad de Notre Dame, aquí en Estados Unidos.

En una ponencia, el citaba la idea de que los partidos políticos, lejos de lo que se cree, son los mejores guardianes de la independencia judicial, y lo explicaba señalando que, en sistemas políticos en que hay diversidad de partidos, no dos grandes fuerzas políticas, sino una mayor diversidad, opera lo que se conoce como la teoría del seguro, que consiste en que los partidos políticos buscarán elegir a personas imparciales, porque no tienen la seguridad de que, cuando pierdan el poder, no necesitarán de un Tribunal imparcial, un Tribunal independiente, que cuide sus intereses y garantice un debido proceso.

Esto que suena muy razonable, decía el profesor Pérez Liñán, funciona cuando esta diversidad de partidos, de fuerzas políticas, es real, y no sólo aparente, porque existe evidencia, quienes habían estudiado esto, de resultados contrarios en democracia débiles, en lo que llamaba regímenes iliberales, que no son regímenes totalitarios ni tampoco autoritarios, son regímenes que están en camino a ser autoritarios, porque la debilidad de la democracia y del régimen de partidos hacía que, ante una diversidad de partidos formalmente, exista una unidad, una comunidad de intereses. Entonces, la fragmentación partidaria es aparente y, entonces, no se produce ese efecto que forzaría a los partidos a buscar una designación aceptable e imparcial para el supuesto en el que pierdan el poder. Entonces, hay que tener presente también que hay un enorme desafío de fortalecer la democracia partidaria y que, en la medida que tengamos un buen sistema de partidos, también podríamos tener mecanismo político más confiable que en democracias debilitadas o débiles, como las que tenemos en América Latina, que no creo que ninguna, salvo, quizás, Uruguay o Chile, podríamos hablar de que somos democracias fortalecidas, eso incluso está en entredicho.

Renzo Díaz:

Muchas gracias, estimada doctora, por su comentario, por su participación. Esta la última pregunta para los dos. ¿Cuál es su opinión, en mérito de todo lo conversado y de lo acontecido, ese mensaje que le deja las acciones de los parlamentarios? ¿Ustedes consideran que ha sido realmente una infracción constitucional, un delito, o si estuvieron en la defensa del fuero parlamentario? Asimismo, en mérito de lo acontecido; desde el proceso de selección de magistrados, la medida cautelar interpuesta, el hecho de no obedecer la medida cautelar y continuar con la elección, para que finalmente este proceso de selección no logre elegir a nadie ¿Qué antecedente creen ustedes que genera para los futuros Congresos? ¿Qué marca deja dentro de la práctica parlamentaria? De antemano, muchas gracias.

César Delgado-Guembes:

En principio, el caso que ha generado la reacción del Congreso frente a la medida cautelar se parece a los casos mencionados previamente por la profesora Inda-

cochea, vinculados con el caso de Diez Canseco y con el caso Alan García, con una diferencia. En el caso de Diez Canseco, efectivamente, el Poder Judicial se pronunció respecto de la decisión sancionatoria contra él por una suspensión motivada por un proceso ético, sin embargo, a pesar de que el Poder Judicial dispuso que se le reintegrará al congresista Diez Canseco el monto indebidamente dejado de percibir, ese monto, luego de muerto él, aún no lo recibe su esposa, nadie lo ha recibido, o sea el Congreso no le ha pagado al congresista Diez Canseco el monto que mandó el Poder Judicial que se le pagará. Hay una sentencia, pero la sentencia no ha sido cumplida, porque el Congreso ha admitido que esa sentencia violaba principio del poder disciplinario del Congreso respecto de los congresistas.

Entonces, ese es un caso. Distinto ha sido, en efecto, el caso de la mega comisión presidida por el congresista Sergio Tejada, en el que se inició una acción de amparo para evitar que las invitaciones que se realizaba una persona cuyo rol, cuyo desempeño dentro de la comisión investigadora fuera el de una persona investigada, el Poder Judicial lo que dispuso fue que, para que fuera válido el pedido de concurrencia del expresidente Alan García, debiera la notificación haber cumplido con ciertos requisitos que suponían la aplicación del debido proceso y del derecho de defensa. En ese caso, existía motivación suficiente, porque la comisión había omitido mencionar qué es lo que pretendía que le transmitiera el señor Alan García a la comisión, no es correcto, de acuerdo a esta sentencia, que se le pida a una persona particular cualquiera que concorra con el apremio de concurrencia de grado o fuerza, si no sabe respecto de qué va a tener que emitir su opinión ni si es que va a tener que defenderse o no defenderse.

Por ende, obviamente, eso era una violación flagrante de un principio constitucional como es el derecho de defensa de una persona, eso fue reconocido por la comisión Tejada y se tuvo que volver a notificar, cumpliendo con los parámetros fijados en la sentencia que emitió el Poder Judicial. En este caso, nos encontramos con una situación bastante más difícil de dilucidar, porque tiene un antecedente, además, que es el antecedente del caso de la acción competencial, que pretendió anular la designación del magistrado Gonzalo Ortiz de Zavallos, donde la decisión pudiera aparentemente ser correcta, pero existe de por medio también una dimensión que ha sido insuficientemente explorada, consistente en que los propios afectados con el reemplazo eran los magistrados del Tribunal Constitucional.

Úrsula Indacochea:

Yo creo que la principal lección para este Congreso es que la elección de los magistrados que se ha llevado en esta oportunidad y en las anteriores ha sido un fracaso, un fracaso rotundo. Y eso se puede corroborar con los resultados, la ausencia de designaciones, pero a la vez, siendo un fracaso, creo que también es una oportunidad, creo que el siguiente Congreso y los siguientes congresos tienen que plantearse que es posible hacer una elección de magistrados y magistradas, si es que hay una verdadera vocación de transparencia, de hacer las cosas bien, de generar confianza, yo creo que, cuando un cuerpo político asume esta responsabilidad



sabiendo que tiene que reforzar las garantías, que tiene que hacer un esfuerzo aún mayor para que la ciudadanía tenga confianza en la elección, creo que se pueden llegar a resultados mejores. Sí creo que hay que reforzar algunos candados, por ejemplo, hacer un proceso más largo en el tiempo, donde haya la posibilidad y el tiempo suficiente para presentar objeciones, tachas.

Creo que el Congreso tiene que convocar a la academia y a una academia plural, que no es la academia que a ellos les gusta, sino a la academia en la que coexisten todos los sectores, porque hay una Academia, sobre todo la Academia de Derecho Constitucional más conservadora, la más progresista, la intermedia, la de centro, la crítica, convocando a todas esas fuerzas y también invitándolas, no solamente a observar, sino también a participar de una manera activa y abriendo los canales institucionales para que eso realmente ocurra. Al parecer, cuando la Comisión Especial abrió la posibilidad de alcanzar comentarios al texto del Reglamento, yo pensé que esa era un gesto de mucha apertura, muy positivo, pero en la práctica fue aparente, porque no se tomaron en cuenta ni una sola de las observaciones de la ciudadanía ni de otras instituciones especializadas.

Entonces, hay que tomar esto con la seriedad que merece y convocar lo más ampliamente a los diversos sectores interesados, tomando esto no como una facultad exclusiva (“a mí me corresponde, a mí no me tienen que nada que decir”), sabiendo que tienen en sus manos una competencia de altísimo interés público, y que legítimamente los ciudadanos tienen derecho a saber y tienen derecho a participar de él. Doctor Delgado, ha sido un gusto conversar con usted, no lo había conocido personalmente y creo que sus posiciones difieren mucho de las mías, pero son muy respetables. Y ha sido un placer escucharlo, me ha hecho pensar, le agradezco y gracias, Renzo.

Renzo Díaz:

Estimada Dra. Indacochea, muchas gracias por participar en nuestra mesa redonda, por sus valiosos aportes y solidez argumentativa. Le agradecemos mucho su presencia.

Entonces, estimado doctor, culminamos donde usted se había quedado; retomamos su última parte de su opinión de cierre de la mesa redonda.

César Delgado-Guembes:

Decía que, en el caso del señor Diez Canseco, se dictó una sentencia y nunca se cumplió, y en el caso del señor Alan García se dictó la sentencia y sí se cumplió. En este caso, efectivamente, nos encontramos con una situación en la que Congreso ha tratado de avanzar con el proceso y, en gran parte, motivado políticamente por la amenaza, por el riesgo, por el peligro, que se entendía que existía manteniendo el Tribunal Constitucional con la composición que actualmente tiene.

Esa es una motivación evidentemente política, tan política como lo fue cuando el señor Vizcarra inició la acción competencial, presentó la cuestión de confianza, argumentó la treta de que se trataba de una medida contraria al principio de transparencia. Estas también son medidas políticas, el propio Tribunal Constitucional, a mi juicio, incurrió en una distorsión de nuestro régimen político al desconocer que la atribución de la capacidad de determinar si se concede o no se concede la confianza le corresponde al Poder Ejecutivo, que es la instancia que solicita la confianza.

Esa distorsión fue una distorsión generada políticamente al interior del Tribunal Constitucional. La decisión del Tribunal Constitucional fue una decisión política, no puedo calificar con precisión si es que la medida cautelar y la acción de amparo tuvieron una motivación política, pero no puedo dejar de reconocer y, más ahora que nunca, que sí había motivación política en quien operó el amparo, como lo demuestra que ha sido designado Ministro de Defensa.

Entonces, si el que ahora es Ministro de Defensa inició la acción de amparo contra el Congreso debido a que lo que pretendía el Congreso era modificar la composición del Tribunal Constitucional de manera que éste estuviera integrado por quienes ese Congreso juzgara más afines a sus propias posiciones políticas, por lo tanto, la acción de amparo tendría como finalidad o como motivo el conseguir que la composición del nuevo Tribunal Constitucional fuera más afín a las tendencias y afinidades ideológicas del señor Ayala, que resulta ser de la confianza plena del señor Castillo y del partido Perú Libre.

Por ende, no se puede desconocer ese tipo de sesgo o de aspecto que permite echar una luz adicional a los procesos de evaluación del cumplimiento de las normas en el Estado de Derecho. ¿Existe la posibilidad, en efecto, de que tengamos un Estado de Derecho o un Estado Constitucional prescindiendo del sujeto que es el operador de las normas y es quien le pone voz, sentimiento e intereses al derecho, cuando tiene que interpretarlo? ¿Existe un derecho abstracto, entendido como la racionalidad pura, ajena a la mancha de los afectos humanos? ¿Existe eso o es un imposible, o, más bien, una ilusión? A partir de esa ilusión es que se crean las posiciones bucólicas del Estado Constitucional de Derecho y de la comprensión de que existe la posibilidad de que haya un derecho puro como lo quería creer Hans Kelsen, a partir de una posición propia de la escuela filosófica a la que él perteneció, que es la del racionalismo alemán. En el racionalismo alemán, tú puedes ignorar que hay un sujeto que es el que conoce y que es un sujeto el que emite juicios.

Los juicios no se emiten puros, los juicios se emiten a partir de la carne, de los huesos, del semen y de los óvulos de un ser humano, que es el que les pone voz a los textos de los documentos constitucionales o legales.

Entonces, eso yo creo que es lo que está detrás de todo este proceso en el que se supone que, en lo político, debe quedar subordinado al derecho, pero el riesgo que nos corremos es que instauremos un tipo de régimen político ajeno al régimen de-



mocrático y republicano, que es una de las maneras en las que podemos comprender la vida política desnuda, tal como ella es, a diferencia del enmascaramiento o el disfraz con el que se quiere edulcorar la vida política, cuando se dice que tiene que adecuarse o no al derecho y que quien dice qué cosa es el derecho es simple y sencillamente un abogado, que es el que está usurpando la posición del demos, del pueblo.

Eso sería en principio la elección que yo creo que hay que tener presente, más allá de que, obviamente, la democracia tiene como consecuencia que nos revela nuestra propia naturaleza, nos da cuenta de quiénes somos, nos dice nos dice qué cosa es lo que no podemos aún llegar a ser, porque en el sistema representativo lo que tenemos es el retrato de la miseria de la que estamos hechos como clase popular, como clase política, esa es la realidad que no queremos reconocer, que tenemos delante, por eso es que creemos que la democracia debe tener tutores y que los tutores son los abogados, como si los abogados tuvieran un rol superior o jerárquico respecto del pueblo.



El pueblo tiene una capacidad que hay que reconocer y que hay que esperar a que madure y a que crezca. Si tú no dejas que el niño se desarrolle mediante los tropiezos, nunca va a llegar a ser un adulto responsable, el asunto es que los pueblos tienen que tener la oportunidad de aprender y los congresos, lo mismo, a través de la experiencia es cómo se va adquiriendo los aprendizajes y las mejores maneras de tener mejores prácticas en los congresos. Eso es lo que te podría decir.

Renzo Díaz:

Excelente, muchas gracias, estimado Dr. Delgado-Guembes, por sus destacadas contribuciones intelectuales durante esta mesa redonda y sus aportes como máximo exponente del Derecho Parlamentario peruano, le agradecemos mucho su presencia. Muchas gracias, a ambos; Dra. Úrsula Indacochea y al Dr. César Delgado-Guembes. Ha sido una muy académicamente enriquecedora mesa redonda, muy ilustrativa, a la luz de los conocimientos y experiencia que ambos poseen. Ha sido un gran honor el poder aprender de ustedes durante esta mesa redonda y que el aprendizaje, la reflexión y el debate continúen a través de nuestros lectores.

MESA REDONDA: ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO Y EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN PERUANA

*ROUND TABLE: SOCIAL MARKET ECONOMY AND THE ECONOMIC
REGIME OF THE PERUVIAN CONSTITUTION*

Enrique Gherzi*
María Teresa Quiñones**

Resumen:

En la presente mesa redonda, los autores realizan un análisis jurídico y constitucional respecto al régimen económico establecido por la Constitución de 1993, actualmente vigente. Los autores analizan el impacto positivo de este régimen en la economía peruana y elevan algunas propuestas de reforma.

Asimismo, el concepto “social” dentro de la economía social de mercado detona un debate entre los autores, que tiene opiniones contrapuestas al respecto. Ello permite que se desarrollaren sus orígenes, naturaleza, implicancias e importancia.

Palabras clave: Economía Social de Mercado, régimen económico, Constitución, derecho constitucional económico, liberalismo.



—
331
—

*Socio principal del estudio Gherzi. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho Civil por la PUCP. Doctor Honoris Causa en Ciencias Sociales por la Universidad Francisco Marroquín (Guatemala). Ha sido 30 años catedrático de Economía y Derecho en la Universidad de Lima. Es miembro de la Royal Economic Society y Mont Pelerin Society. Coautor del best seller “El Otro Sendero”.

**Socia fundadora del estudio QA Legal. Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Harvard. Miembro asociada en Women in the Profession. Cuenta con experiencia en Derecho Administrativo económico, asociaciones público-privadas, regulación de servicios e infraestructura pública, con especial énfasis en los ámbitos de energía, saneamiento, transporte, telecomunicaciones e infraestructura de uso público.

NOTA: Se ha transcrito la mesa redonda de clausura de la actividad académica sobre derecho constitucional económico organizado el 20 de octubre del 2021 por el Círculo de Derecho Constitucional de la Universidad de Lima y el Taller de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. También, participa en el debate el Dr. Carlos Hakansson Nieto

Abstract:

In this round table, the authors carry out a legal and constitutional analysis regarding the economic regime established by the 1993 Constitution, currently in force. The authors analyze the positive impact of this regime on the Peruvian economy and put forward some reform proposals.

Likewise, the concept “social” within the social market economy triggers a debate among the authors, who have opposing opinions on the matter. This allows its origins, nature, implications and importance to develop.

Keywords: Social Market Economy, economic regime, Constitution, economic constitutional law, liberalism.

**Renzo Díaz:**

Estimados doctores, bienvenidos, muchas gracias por aceptar nuestra invitación y acompañarnos en esta mesa redonda. El régimen económico de la Constitución es de especial relevancia para todo país y, en mérito del debate actual, nos encontramos en un contexto propicio para conversar al respecto. Por ello, nos complace contar con la presencia de distinguidos especialistas en la materia, quienes desarrollarán lo referente a la economía social de mercado y su impacto en la realidad nacional peruana.

Enrique Ghersi:

Como dicen los periodistas deportivos, el tema de esta mesa es de palpitante actualidad, porque estamos viviendo un momento en el cual se produce una discusión no solo constitucional, sino también política respecto de la conveniencia o no del régimen económico que tiene el país. Este es un debate de enriquecedora naturaleza, porque en una democracia lo fundamental es tener un debate. Por supuesto, hay que evitar imponer una posición y mantener en todo momento el respeto por las instituciones; no obstante, el debate debe llevarse a cabo y no hay que rehuir.

Soy de los que creen, contrariamente a un grupo significativo de personas en nuestro país, que el régimen económico de la Constitución ha sido un éxito y esto se puede acreditar fehacientemente. Lamentablemente, tendríamos que dedicar probablemente más de una hora o dos horas de conferencia para detallar punto por punto porque hago esta afirmación.

Sin embargo, me voy a remitir a un estudio sumamente interesante publicado por el profesor Iván Alonso, el distinguido economista peruano y Doctor en Economía en UCLA, lo pueden ver todos ustedes con gran facilidad en la página web ElCato.org, una institución internacional con sede en Washington. En 38 gráficos, se muestra que en absolutamente todos los indicadores el Perú está mejor hoy que en 1993; cuando se adoptó la Constitución Política vigente. No existe ni un solo terreno en el cual el Perú haya retrocedido.

Lo impresionante del trabajo del profesor Alonso; el más destacado que se ha publicado sobre esta materia, es que el progreso del Perú ha crecido más en el campo que en la ciudad, contrariamente a la percepción política. En segundo lugar, ha sido mayor entre los jóvenes que entre los viejos, contrariamente a lo que creen los de la generación bicentenario. En tercer lugar, la pobreza se ha llegado a reducir en este período de tiempo; casi toda la extrema pobreza, me refiero a la cifra significativa de un 80%. Siendo uno de los pocos países del mundo que han podido exhibir una tasa de reducción de la pobreza tan espectacular, sin programas de subsidios directo a la pobreza. Debido a que la superación de la pobreza que ha existido en este periodo de tiempo ha sido consecuencia del incremento de la formación de capital y no de consecuencia de políticas asistencialistas.



Con lo cual, además del hecho de que se ha reducido la pobreza, se demuestra que el crecimiento del país es realmente lo único que disminuye a largo plazo los niveles de pobreza en una sociedad y no los subsidios directos. Yo le aconsejo a todos que revisen el trabajo del profesor Alonso como un antecedente a la discusión constitucional, porque los abogados estamos muy acostumbrados a discutir sobre leyes. Finalmente, la Constitución es la ley de leyes; es decir, a discutir sobre palabras, conceptos, cuando en realidad la discusión política que antecede a cualquier decisión constitucional debe versar sobre hechos y los hechos son esenciales.

Un profesor mío hace ya algunos años decía siempre en clase: “dato mata relato”; es algo que yo he repetido durante muchos años. Lo importante no es la poesía, lo importante no son los argumentos, lo importante son los hechos en cualquier discusión respecto del reino constitucional. Es evidente que la “prosperidad peruana” es consecuencia de la Constitución de 1993, antes de la Constitución del 93 jamás tuvimos eso. No existe ninguna otra Constitución en la que se pueda hacer una correlación semejante, ni la del 79 y por supuesto ninguna de las anteriores; la 33 o la del 20, para solo hablar sobre las constituciones del siglo pasado.

Esta introducción básicamente fue sobre hechos y no sobre argumentos jurídicos, porque creo que resulta muy importante discutir el fundamento de la polémica que hay actualmente, esta es la existencia de un grupo de personas que piensan que el Perú ha fracasado. Piensan que hemos retrocedido, que en el Perú la pobreza aumentó. No es cierto, es exactamente al revés.

Lo que ocurrió en el Perú es el progreso material y social más importante de su historia constitucional. En base a esos hechos, ya debemos pasar a la discusión jurídica, esta es sobre si debe cambiarse el régimen económico de la Constitución. Acá podemos plantear esa reflexión desde dos puntos de vista: como una discusión de principio o utilitaria. De principio, en base a los valores filosóficos que profesan las personas y utilitaria, en función de la eficiencia de un régimen económico determinado.

Planteo que, para argumentar tanto por razones de principio como por razones utilitarias, no hay razón alguna ni es conveniente ni aconsejable modificar el régimen económico de la Constitución. Por supuesto, toda Constitución es perfectible y creo que esta también; es una obra humana y debe darse por el procedimiento establecido en ella, que es bien conocido por todos los que estudiamos derecho. Ninguna Asamblea Constituyente será un procedimiento no solo legítimo sino aceptable, tanto legal como políticamente, para pretender hacer una modificación constitucional.

Además, el régimen económico tal como está diseñado en la Constitución del 93 tiene algunas cosas discutibles, vamos a revisarlas brevemente. En primer lugar, las razones de principio de la Constitución del 93 establecen que en el Perú hay un régimen de economía social de mercado.

Durante muchas décadas, he tenido un largo debate respecto de la conveniencia de adoptar directamente la economía de mercado. Me parece que el concepto de economía social de mercado es un concepto especioso y yo lo he dicho inclusive en homenaje al 103 aniversario del nacimiento del Dr. Luis Bedoya Reyes. Yo tengo discrepancias con la economía social de mercado, fundamentalmente, porque la economía social de mercado en realidad fue solamente una estrategia política de un grupo de democristianos alemanes después de la guerra para vender la economía de mercado al pueblo alemán después de la dictadura nazi y la derrota militar.

No creo que en realidad sea un concepto propiamente hablando. Alfred Müllen-Armack, liberal bastante distinguido, inventó el término conocido como economía social de mercado, simplemente para tratar como mecanismo de mercadotecnia política de que los alemanes que venían de una larga dictadura socialista que fue la dictadura nazi, no se asustaran con la idea de que iban a pasar además con la derrota a un régimen de una competencia ruda y sin protección por parte del Estado.

Muchas veces, he querido decir que la economía social de mercado no es otra cosa más que el ordoliberalismo. Müllen-Armack creía, básicamente por razones políticas, que era indispensable que el Estado tuviera una acción política permanente, porque el mercado nunca iba a producir el marco institucional suficiente para que hubiera situaciones éticamente aceptables en una sociedad.

El debate alemán nos es ajeno. Acá se adoptó la economía social de mercado en el 79 porque fue un pacto político entre el PPC y el APRA por la presidencia de la Asamblea para Haya de La Torre, se le concedió la posibilidad al PPC de introducir la economía social de mercado, para no decir que era una economía de mercado.

Yo soy partidario de la economía de mercado y si yo cambiase algo, por razones de principio, sería precisamente el término “social” que perfectamente es innecesario. Y, creo en una economía de mercado, que lo que ha habido en el Perú es una economía de mercado y por eso el Perú ha progresado, muchos más de lo que se quiere admitir. Entonces, por razones de principio, yo no veo ninguna razón, salvo esta inquietud, para sostener que haya una crítica al capítulo económico de la Constitución.

Hay otros artículos en el capítulo económico de la Constitución; el blindaje a los contratos, el problema de los contratos-ley que resultó mucho más polémico. Yo creo que los contratos son ley entre las partes, tal como lo dice el viejo aforismo romano. Y, creo que hizo bien el constituyente del 93 en blindar la contratación. Sin embargo, en la práctica, este blindaje que se le pone a los contratos privados es muy relativo, está perforado por todos lados.

En la práctica, no es verdad que el contrato es sacrosanto, ni está protegido constitucionalmente al grado que la Constitución del 93 hubiera querido. La SUNAT y la SUNAFIL lo han perforado, al igual que todos los organismos reguladores del



Estado y doctrinas desde la *rebus sic stantibus* hasta doctrinas mucho más contemporáneas como el levantamiento del velo. Han ido en realidad relativizando al contrato no solo de prestaciones recíprocas sino también de prestaciones autónomas, que me atrevería a decir que el artículo del blindaje constitucional que se le da a la contratación privada es muy relativo en el Perú.

Los críticos, quienes dicen que es una cosa terrible como se ha puesto ahí, me parece que hacen una crítica exagerada, porque en la práctica todas las modificaciones que se han hecho y que se pretenden hacer; viene un conjunto de modificaciones que pretende hacer el Gobierno, bajo el pretexto de que el Perú se va a incorporar a la OCDE y debe estandarizar su normatividad a la normatividad internacional, que en mi opinión podrían ser, inclusive, inconstitucionales.

De manera que, no veo razones tampoco en esta materia para, en principio, hacer modificaciones constitucionales. Ya no por razones de principios sino por razones de eficiencia, utilitarias, como dije cuando empecé, no hay ninguna razón para estar descontentos con el régimen económico de la Constitución. Cité al profesor Alonso, porque creo que es el que presenta de manera muy sencilla y abrumadora una evidencia inmensa sobre esta materia.

Pero en cada uno de los temas la Constitución del 93 ha sido exitosa por supuesto si en el debate constitucional-político en el Congreso si hubiera algún tema puede mejorar, puede volver más eficiente. Yo creo que para eso existe el sistema de reforma constitucional recogido en la propia Constitución del 93, esa es la función del Congreso. Y, por supuesto, es bienvenida la discusión y tiene que llevarse a cabo, pero mirando hacia adelante no dinamitando nuestras propias acciones ni pretendiendo retroceder. La evidencia que se menciona para pretender justificar la eliminación o supresión del sistema de economía de mercado en el Perú; sea economía social o como queramos llamarla, no tiene ningún correlato con la realidad.

Como se ha indicado, es una discusión vacía, básicamente política, y que lo único que pretende es sustituir el texto constitucional por otro que le garantice a un grupo su permanencia en el poder, cosa que es antidemocrática, ilegítima e inaceptable. Muchas gracias nuevamente a todos ustedes por su presencia y por su amabilidad.

Renzo Díaz:

Muchas gracias, Dr. Ghersi un placer escucharlo y a su tan magistral exposición, proseguimos conforme lo anunciado con la Dra. María Teresa Quiñones, quien también nos está concediendo el honor de acompañarnos en esta mesa redonda.

María Teresa Quiñones:

Muchas gracias, buenas noches a todos en primer lugar quiero agradecer al Círculo de Derecho Constitucional de la Universidad de Lima y al Taller de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Y, además, por

la oportunidad de escuchar a Enrique Ghersi, siempre es un deleite escuchar a alguien con esa capacidad de exposición, con esa erudición al plantear argumentos con muchísima transparencia.

Yo estoy de acuerdo en gran parte de lo que dices, probablemente, en lo que discrepo es que a mí sí me encanta el concepto “social” del término “economía social de mercado” y se los voy a explicar justamente hoy día. Partiendo del principio de Constitución económica que yo quisiera traer a colación, porque cuando hablamos de régimen económico de la Constitución en buena medida ese régimen económico está constituido o desarrollado en lo que se conoce como la Constitución económica que en principio debe desarrollar 3 materias: Las garantías al derecho de propiedad y sus límites, la relación entre los actores económicos y el rol que cabe al Estado a los sectores económicos privados y por supuesto a los actores económicos en materia económica, esto es lo que indica García Pelayo.

Entonces por qué es relevante este marco, debido a que justamente lo que va a establecer son los poderes y los deberes de las instituciones públicas y, sobre todo, yo creo que es un asunto que es bien interesante e importante; la razón fundamental de la existencia de esta Constitución económica. Desde mi punto de vista, una de las razones fundamentales es para garantizar los derechos y libertades de los agentes económicos. En el fondo, el Estado muchas veces tiene un poder que puede llegar a ser desmedido y el objetivo de la Constitución es justamente limitar ese poder.

Entonces, en esa línea, en principio la actividad económica corresponde a los privados, la pregunta es ¿Cuándo se justifica la intervención del Estado en la economía? Quiero por supuesto precisar que no todo el mundo está de acuerdo, pero las razones que se dan también son unas económicas; fallas del mercado, el famoso caso de los bienes entonces justamente para evitar el que haya una depredación de estos recursos. Entonces entra el Estado, interviene para garantizar esos recursos en caso de fallas del mercado, los monopolios naturales es otro caso de una razón económica para que intervenga el Estado, porque justamente el mercado no está cuando no puede actuar como un regulador de conductas.

Cuando hay un solo proveedor y solo es posible económicamente que haya un proveedor de servicio y el caso típico podría ser los servicios de agua y los servicios de saneamiento. No solo hace sentido que haya una empresa que presta el servicio humano que encontramos frente a lo que se conoce como un monopolio natural. Existen también razones sociales y ahí va parte de mi posición favorable al concepto de economía social de mercado que recoge nuestra Constitución.

Estas razones sociales cuando existen servicios o bienes sociales a los que le damos el valor como sociedad que consideramos que deben estar a disposición de todas las personas con independencia de que puedan pagar por ellos o no. Son bienes que no dependen de la capacidad económica del mercado, sino que es un tema de



dignidad humana el poder acceder a ella y ese es el caso de bienes como educación, la salud y lo que se conoce como los servicios públicos económicos, la seguridad social.

Esto es respecto de esos bienes que nosotros como sociedad consideramos que todos debemos tener acceso a ellos y en condiciones de calidad, continuidad y asequibilidad. Entonces, en ese momento el mercado no es el órgano rector si no es el Estado llamado a satisfacer.

Cuando se desarrolla este concepto en toda Constitución económica vamos a tener dos principios que son claros a todas las personas: la libertad, que justamente tiene una serie de expresiones. Hay libertad económica, libertad creativa, libertad educativa y esta política de libertad económica que justamente es la base de la creación de valor y de la creatividad. El otro principio que está en tensión con esta libertad es la igualdad. Es una expresión de la solidaridad; lo que le sucede al otro me afecta. Los Reyes en Francia cayeron el día que fue más alto el precio del pan en Francia.

Entonces, definitivamente si no hay una sostenibilidad social donde todos tienen acceso, donde la población tiene acceso a bienes mínimos, la convivencia no es posible. Además, ese es un fundamento y una razón de ser de nuestra organización política y social. Entonces es algo bajo el cual nos sentimos movidos nosotros cuando vemos situaciones como el éxodo venezolano, sin duda, es una situación que nos afecta como población.

Hay un principio de solidaridad que también está circunscrito en nuestra Constitución política y en los valores que nosotros tenemos y en la propia sostenibilidad del Estado. Porque es reflejo de ese principio de igualdad que señalaban los revolucionarios franceses. En el Perú, en nuestra Constitución, lo que vemos nosotros es cómo se materializan estos principios que están en tensión: la libertad y la solidaridad.

Tenemos una Constitución que contempla un régimen garantista de libertades económicas, derecho de propiedad, libre iniciativa privada, pluralismo económico y estado subsidiario, límites duros a la actividad empresarial del Estado, libertad de trabajo y empresa, libertad de contratar y seguridad jurídica; ahí está el régimen de los contratos. También, las garantías como el poder recurrir a la jurisdicción arbitral a nivel nacional e internacional, la libre tenencia y disposición de moneda extranjera, igualdad de condiciones para inversionistas nacionales y extranjeros, así como el libre comercio exterior.

Pero, también tenemos una Constitución que está preocupada en lo social, porque la Constitución económica peruana atribuye al estado el rol de garante del bien común y árbitro de la libre competencia en el mercado. Si revisamos nosotros los artículos constitucionales vemos que las libertades económicas están matizadas por este concepto de economía social de mercado que ha tenido además un amplio

desarrollo jurisprudencial en el Perú. Además, en mérito del desarrollo doctrinario tenemos, por ejemplo, una iniciativa privada que es libre, pero es en una economía social de mercado donde las propiedades son inviolables, pero se ejerce en armonía con el bien común. El estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo como en salud, educación, seguridad servicios públicos e infraestructura.

Se está diciendo ahí que, en este caso, donde el estado no es subsidiario si no es un rol como protagonista en todo lo que tiene que ver con servicios públicos sociales, asistenciales y de infraestructura pública. El estado defiende intereses de los consumidores y usuarios, en el fondo la razón de la defensa del mercado es interés de los consumidores y usuarios porque justamente los precios y calidades, así como la oferta no la fija el gobierno de turno, ningún iluminado, sino que la exhiben los consumidores con sus opciones de qué compran y qué no compran, eligen y que no eligen. En el mercado, el estado garantiza el derecho a la información sobre los bienes.

El Estado facilita y vigila la libre competencia, combate conductas monopólicas, se restringe, además, o se prohíbe, el monopolio o acaparamiento de parte del Estado o particulares de los medios de comunicación y; además, se atribuyó brindar oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad. Aquí, se presenta el principio de igualdad que mencionaba, en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

Hay que ver cómo se van matizando principios de libertad y solidaridad. Entonces, si bien han existido muchas críticas a la Constitución del 93, yo sí quisiera precisar que la economía social de mercado es distinta al modelo neoliberal, llama la atención que incluso el concepto de economía social de mercado ya estaba recogido en la Constitución del 79, a pesar de que la mencionada Constitución tenía una visión mucho más intervencionista del mercado.

El concepto de economía social de mercado ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial en el Perú, el Tribunal Constitucional ha establecido criterios dentro de estos criterios, el que me gustaría mencionar, ese que está recogido en esta sentencia en el expediente 00008-2003-PI, son los elementos de la economía social de mercado. La economía social de mercado supone el Bienestar Social que debe traducirse en empleo productivo, trabajo digno y reparto justo del ingreso al mercado libre.

Supone por un lado el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia rígida *prima facie*; es decir, en primer lugar por la oferta y la demanda en el mercado y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios. El tercer elemento es un estado subsidiario y solidario de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales. Es decir, una economía que busca garantizar que la productividad individual sea, como contrapartida, sinónimo de progreso social.



Hay riqueza, reflejan en la riqueza el progreso a nivel social y nacional. Ahí viene la pregunta que también la planteaba Enrique: ¿Por qué modificar la Constitución económica y si sería conveniente volver a la Constitución Política del 79? Sin embargo, ¿Que planteaba la Constitución Política del 79 en materia económica? Lo que requiere una visión de una economía de planificación concertada que resulte incompatible con un mercado competitivo. El estado poniéndose de acuerdo con los empresarios en una serie de elementos que terminan conectando y distorsionando la libre competencia.

Además, esa Constitución permitía al Estado limitar por razones de interés social. Las razones de interés social son las que define el Gobierno de turno, porque es un concepto gaseoso que permite al Estado decidir qué es o no interés social para que lo sea. La Constitución del 79 permitió limitar por esta razón de interés social las libertades económicas. Incluso, reservando qué recursos económicos serían exclusivamente para el sector público y para los inversionistas nacionales; a partir de ahora se reserva por razón de interés social, la actividad pesquera para el estado o la actividad de producción de cerveza para lo que estaba, que el Estado la declare.

En esa línea, yo quisiera enfatizar en que toda reforma constitucional debe tener el propósito de avanzar en la tutela de los derechos ciudadanos y no retroceder en esa tutela, más bien, lo que hemos tenido es una evolución en los derechos ciudadanos en los derechos de primera generación, segunda generación y tercera generación.

La pregunta es si debemos retroceder de nuestros derechos y permitirle al Estado que pase por encima de ellos cómo podría pasar por encima de ellos, de nuestros derechos económicos, de acuerdo a la Constitución del 79. Yo acá simplemente quisiera comparar lo que dicen los artículos 60 y 63 de la Constitución vigente con los artículos 113 y 114 de la Constitución del 79 y verán ustedes que la Constitución actual muestra que el Estado reconoce el pluralismo económico y pone 3 candados para la actividad empresarial del Estado. Otro tema que también se discute es si el estado debiera ser empresario: ley expresa, subsidiariedad y alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

Lo que decía la Constitución del 79 era que, no había límite al estado de ejercer su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y así alcanzar objetivos de desarrollo. Podría ser cualquier cosa, pero además podía crear monopolios estatales sin problema por causa de interés social o seguridad nacional, podía reservar para el Estado actividades productivas o de servicios y, por iguales causas, establecer reserva de dichas actividades a favor de los peruanos.

Eso es lo que decía la Constitución del 79 y mi pregunta es si a eso queremos regresar, porque eso es lo que plantea la actividad empresarial del Estado sin límites y la reserva de ciertas actividades económicas. Lo que nos dice la historia es que no. El resultado económico de las empresas públicas durante la vigencia de la Constitución del 79 cuando la actividad empresarial del Estado estaba desatada y lo que

eso suponía para los recursos públicos; es decir, el Estado tenía que utilizar los recursos del tesoro para cubrir el déficit de todas estas empresas públicas; salía del dinero de todos los peruanos.

Eso nos permite entender por qué cuando se exige al Estado actuar solamente de manera subsidiaria en la actividad empresarial, lo que se está haciendo es encausar la participación estatal al cumplimiento de sus objetivos constitucionales. Es decir, no se está limitando al Estado, sino más bien se le está pidiendo al Estado que se enfoque en aquello que solo el Estado nos puede proporcionar y que es la razón de ser del Estado; seguridad interna y externa, Sistema de Justicia, infraestructura, medio ambiente saludable, y servicios asistenciales y públicos, donde justamente hemos visto el bajo nivel y su precariedad durante esta pandemia. Allí, es donde necesitamos al Estado y no que esté realizando exploraciones petroleras. Siempre van a existir razones para justificar la actividad empresarial del Estado.

El Estado va a querer mantener precios locales por debajo del mercado o intervenir por una serie de razones, la actividad empresarial del Estado es una herramienta económica y política para el Estado. Pero, ningún argumento, desde mi punto de vista, puede justificar que el Estado utilice los fondos para servicios que pueden ser atendidos por la actividad privada, porque detrás de esos fondos para cubrir el déficit de las empresas públicas o para actividades de riesgo, como la explotación petrolera, lo que hace es privar a la población de servicios esenciales que solo el Estado puede proporcionar, porque es el Estado, quien tiene menos recursos para ellos.

Entonces, según el MEF tenemos una brecha de infraestructura de 363 mil millones de soles. Niños que no pueden conectarse a internet y recibir sus clases y, lo mismo, potenciales empresarios que no tienen acceso a vías de transporte, servicios de agua y desagüe, un sistema de salud adecuado, empresas que permitan la expansión de nuestro desarrollo agrícola.

Necesitamos esa infraestructura y allí el Estado, sobre todo en aquella infraestructura que tiene alta rentabilidad social y poca rentabilidad económica, necesitamos que esté presente. Lo mismo con respecto del déficit de precariedad del sistema de salud, según información del Ministerio de salud, al año 2021, existen severos problemas que tenemos y que el Estado tiene que enfrentar y en donde tiene que enfocar su esfuerzo y sus recursos.

También, la brecha que tenemos en infraestructura y cobertura educativa a nivel inicial, primaria, secundaria y, por supuesto, también universitario. Entonces, resumiendo cuando se subordina los derechos y libertades al interés social y a la utilidad pública no debemos olvidar que lo que estamos haciendo es someter a la razón de Estado nuestros derechos. Será del Estado; es decir, el Gobierno de turno, quién se arroga el monopolio de decir en qué consiste ese interés social, los derechos económicos y las libertades de los ciudadanos se someten a lo que ese Gobierno de turno define permitir.



Semejante planteamiento de nuestra Constitución sería retroceder, no avanzar, y quiero llamar la atención a lo siguiente, el Estado como intérprete de interés social es verdaderamente un intérprete que tiene cuando la realidad de los hechos es que usualmente el Gobierno está capturado por grupos de poder y por los partidos políticos, entonces ¿Qué interés social está reflejando el Estado que justifique que el Estado recorte los derechos económicos o políticos o cualquier derecho de los ciudadanos?

La otra pregunta que quiero dejar acá planteada es, cuando nos hablan del interés social que permite al estado intervenir por ejemplo en fijar precios ¿Cómo puede representar a los consumidores el Estado en esa intervención si no existe un solo tipo de consumidor si no existe un solo tipo de comunidad, un solo tipo de pueblo?

Esos, son los riesgos de ceder nuestras libertades de cualquier tipo al Estado. Eso no quiere decir, nuevamente coincido con mi buen amigo Enrique, que la Constitución no pueda mejorarse en aspectos de su régimen económico. Termino con algunas ideas sueltas sobre aspectos que yo sí creo que valdría la pena mejorar nuestra Constitución, por supuesto, bajo el procedimiento previsto en la propia Constitución.

Creo que esta pandemia ha puesto de relieve el rol que compete y que corresponde al Estado cuando estamos hablando de servicios públicos y asistenciales. Por lo tanto, sí podría reforzar en la Constitución el rol del Estado como garante y responsable de que la población acceda a estos servicios en condiciones adecuadas asequibles. Atribuirle un mayor nivel de integración, un mayor nivel de intervención, sin perjuicio por supuesto de reconocer lo que en Derecho Administrativo Económico se conoce como el principio de cobertura suficiente.

En la medida que el Estado imponga mayores cargas a cualquier prestador de servicios públicos, evidentemente, tiene que reconocer los costos del derecho que tiene ese proveedor a recuperar esos costos y su utilidad razonable sea a través de la tarifa o subsidios del Estado, pero con un principio de igualdad de cargas; no se le puede pedir a un prestador de servicios que asuma costos que no le sean reconocidos. Otro elemento que podría desarrollarse en la Constitución económica de mejor manera es el principio de confianza legítima porque el estado de está obligado a actuar de manera consistente, no discriminatoria y debidamente sustentada; protegiendo al ciudadano de la arbitrariedad estatal.

El principio de confianza legítima ha sido recogido en la Ley del Procedimiento Administrativo General, y creo que sería beneficioso incorporarlo en nuestra Constitución. Otro elemento gira en torno al principio de calidad regulatoria; obligar al Estado a hacer un análisis de impacto regulatorio. En qué medida esa ley es idónea necesaria proporcional esos criterios ese análisis regulatorio podría incorporarse a la Constitución. Exigir el concurso de habilidad de los cargos públicos para garantizar la idoneidad de los funcionarios; consolidando una Asociación

Profesional y que no nos veamos sujetos a que funcionarios de carrera sean desplazados por personas sin mayor capacidad ni experiencia por razones políticas o peores que política; nepotismo, corrupción o lo que fuera.

Hay muchas cosas por mejorar, creo que una reforma analizando los temas a modificar es mucho más inteligente y razonable que plantear un borrón y cuenta nueva sobre todo cuando ese borrón está apuntando a que retrocedamos nuestros derechos ciudadanos económicos políticos y creo que eso sería un gravísimo error para nuestro país. Muchas gracias y perdón por haberme extendido.

Renzo Díaz:

Muchas gracias, Dra. María Teresa Quiñones. No hay problema, más bien ha sido un deleite escucharla; muy interesante su reflexión.

Asimismo, quisiera anunciar que nos acompaña, por breve tiempo, el Dr. Carlos Hakansson Nieto, notable constitucionalista egresado de la Universidad de Lima, quien también comentará sobre el tema materia de análisis.

Dr. Hakansson, muy buenas noches, el Círculo de Estudios de Derecho Constitucional de la Universidad de Lima y el Taller de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos le dan la bienvenida.

Carlos Hakansson:

Muchas gracias a ti Renzo, gracias al Círculo. Muy agradecido de estar aquí y compartir mesa virtual sobre el régimen económico con la Dra. Quiñones y el Dr. Gheresi.

Me gustaría realizar unas cuantas reflexiones. En primer lugar, esta realidad constitucional data desde la Constitución de 1979; como bien saben que naturalmente tenía un contenido un tanto diferente a la actual, pero diferente en el sentido al papel que ocupaba el Estado. Eso está claro, pero no todas las Constituciones de la región han tenido un régimen económico como, por ejemplo, el caso de Chile; no ha tenido un capítulo económico.

No obstante, es evidente que pareciera que si lo tuviera durante un tiempo. Hoy en día, todo está en discusión como bien saben, aunque no vamos a detenernos en eso. Con respecto a Estados Unidos, pues no lo tiene tampoco; no tiene un capítulo económico, pero naturalmente hablando hay todo un sistema jurídico que está detrás de todo esto.

Las Constituciones como la nuestra son Constituciones en las cuales solemos colocar en la Constitución aquello que luego va a ser difícil de retirar. Si son constituciones rígidas, se convierte en un candado para evitar que Gobiernos irresponsables lleguen y cambien las reglas del juego. Esto sumado a unos déficits en



la administración de justicia que todos conocemos. Otro factor importante es el justicialismo, por ejemplo, permiten que los jueces desarrollen malas condiciones constitucionales de sentencias y eso afianza, no ancla la Constitución a un conjunto de principios que crean una solidez. Crean esa seguridad jurídica en el marco de la flor imperio del derecho los países positivistas, el desarrollo desigual quizá lo más blindados han sido, por ejemplo, los países de Europa, y esto gracias en medida a la Unión Europea, a través del tratado de Lisboa.

Ahora, como último y máximo documento, todavía no llamado, pero para mí sí, la Constitución de Europa está por encima de las Constituciones de los Estados miembros y que, en todo caso, creo que más se cumple el régimen económico de Europa que el propio régimen económico descrito en la Constitución española. El último candado ha sido la crisis de 2009, donde los presupuestos públicos del Estado de cada Estado europeo tienen que ser aprobados por la Comisión Europea.

Más lejos de lo que de alguna forma se espera de un país democrático y libre. En otras palabras, la libertad individual se concreta en la ley de iniciativa privada en materia económica, la libertad de asociación se concreta en la libertad de empresa en materia económica, la libertad de reunión se concreta en el mercado; es la reunión de la oferta y la demanda. La demanda de los vendedores y los compradores eso, por ejemplo, es algo que está en cualquier escenario. Incluso en ese escenario, el cual espero que no lleguemos, como la Asamblea Constituyente.

Es cierto que, el capítulo económico necesitará algunas reformas y entiendo que se han planteado algunas en la mesa redonda de hoy; muy interesantes todas, por cierto. Pero este capítulo económico debe también enmarcarse en darle contenido al principio de subsidiariedad. El principio subsidiariedad evidentemente marca la cancha, nos dice que el Estado tiene que ocuparse de la educación, de la salud, de la infraestructura pública.

Pero cuando exista necesidad, interés público y emergencias de gran necesidad, el Estado por ley de autorización podría intervenir temporalmente en la economía. Aquellos que, por ejemplo, el privado vea que no tiene pues los recursos o no son sus centros, por ejemplo, de atención prioritaria en el mercado pues el Estado podría de una manera intermitente temporalmente, pero con el afán de realizar lo que sería por la igualdad material. El Estado social, evidentemente, no es socialista.

El Estado social lo que busca, en todo caso, es realizar también la igualdad material; superar esas notables diferencias que pueden existir en la sociedad y que busque, por ejemplo, dar los medios para el pleno desarrollo. Esto, por ejemplo, es el bienestar general. El Estado en la salud, tendría que tener una especial sensibilidad con respecto a las medicinas, puesto que el Estado no debería controlar precios, pero podría concertar lo que las empresas farmacéuticas deberían ganar con justicia por la venta de medicamentos básicos, por ejemplo, de cáncer, diabetes y otras.

En Europa, las medicinas sin ser subsidiadas cuestan hasta 25 veces menos de lo que cuesta en el Perú y eso por la idea del Estado social; no había control de precios, no hay subsidios. Con el tema de la vivienda, la gente no podrá acceder a los planes de vivienda que ve por la calle en gigantografía, pero el Estado podría fomentar y potenciar más estos programas como “Mi Vivienda” o “Techo Propio”.

Deberían crear urbanizaciones de protección estatal inicial a un bajo crédito para determinadas personas que no tengan hogar y así luego retirarse. Posteriormente, el privado puede llegar a colocar, pues todos servicios privados que deseen como supermercados y colegios. No tener esta gran diferencia, como vistas en el país, al respecto de la vivienda.

Los países más democráticos con altos estándares de riqueza destacan no solo por su régimen económico o por su PBI, destacan por su Poder Judicial; qué es la seguridad jurídica. Y, eso explica por qué tenemos en el Perú los contratos ley; la falta de seguridad jurídica lleva a que si quieres inversor extranjero tienes que dar unas condiciones de garantía para que pueda invertir y no perder eso, por ejemplo, es explicable. Naturalmente, tener que activar una temporalidad en la medida en la que paralelamente la justicia tiene que regirse por los principios de independencia y predictibilidad.

Tienen que ser cada vez mejores para poder de alguna manera prescindir de estos contratos. De una manera, el mercantilismo ha sobrevivido y eso es lo que no se quería con la Constitución actual. No obstante, curiosamente, el régimen económico y la Constitución peruana no ha creado nada extraordinario ni atípico para el reconocimiento de la protección de las libertades que conocemos; ha sido toda una concreción de esa libertad y ha beneficiado a la clase media hoy abatida con el tema del COVID. Pero más beneficiados han sido la pequeña y mediana empresa. Los problemas de informalidad alrededor de un 70% han sido por omisión del Estado, donde ni siquiera la pandemia ha dado lugar a una oportunidad para lograr cierta formalidad a través del “Reactiva”; favorecer a la empresa pequeña empresa de una manera.

El artículo 59 de la Constitución pareciera que promueve el *freelance*, que trata sobre no pensar solamente en ser contratado. Entonces, el Estado también, de alguna manera, tiene que lograr que una legislación especial para personas que recién comienzan y que establece su negocio, pero ya que esa persona contrata a dos personas o tres; ha creado empleo y el Estado también tiene que verlo como una buena noticia. Tiene una manera de lograr, una vez que lo registre, que vaya pagando los impuestos y también de poder regularizar esas empresas informales dándole ciertos beneficios.

Es evidente que, en los casi 30 años que tiene la Constitución peruana, Perú en materia económica ha cambiado mucho, pero el Estado, por ejemplo, no ha sabido que ahí hay una economía golpeada. Creo que ese rostro social o llamado capi-



talismo popular debería ser un poco la imagen, lo quería hacerse con el régimen económico. Lo que nació como régimen económico de las grandes empresas, en la práctica, se ha transformado en el fin económico del capitalismo popular. Es algo que tiene que formalizarse, entonces, no es como se dice lógicamente algo elitista o acusar a las grandes corporaciones, es más, a muchas grandes corporaciones se le había acusado de mercantilista.

Pero, creo que sería muy importante que tengamos en cuenta que un verdadero rostro de estos 30 años de la crisis económica se sujeta directamente relacionado con el surgimiento y renacimiento de una clase media emprendedora que, de una forma, también tiene que estar compensado con una labor del Estado en materia de reglas de juego claras y también temas, como ya sabemos, de inversión y seguridad, que es la tarea que le corresponde. Los privados han hecho su tarea, el Estado; todavía no la termina.

Les estoy muy agradecido por su atención. Debido a otros compromisos académicos, debo retirarme. Me da pena no poder seguir conversando aquí en esta mesa con la Dra. Quiñones y el Dr. Gheresi; a quien quisiera conocer personalmente, pero estoy seguro de que la vida me dará la oportunidad de hacerlo. Desde ya, les envío un cordial saludo. Renzo, como siempre, muchas gracias.

Renzo Díaz:

Muchas gracias por tan destacada participación, Dr. Hakansson. Como siempre, ha sido un placer escucharlo.

Dr. Gheresi y Dra. Quiñones, se ha generado un debate entre ustedes dos y este un espacio propicio para ahondar en ello. Más aun, que podemos aprender de la mano de tan distinguidos especialistas como ustedes.

Dr. Gheresi, empezamos esta segunda ronda de intervenciones con usted, muchísimas gracias.

Enrique Gheresi:

Muchas gracias, Renzo. Muchas al Dr. Hakansson y, particularmente, a Maite que somos amigos. No voy a decir cuántos años, por discreción, pero son bastantes. Un gusto verte, Maite, y compartir contigo. Estamos en desacuerdo en muy pocas cosas, aunque creo que siempre hemos estado en desacuerdo sobre esta materia social; tú eres izquierdista. Yendo al tema serio, además de reiterar el gusto de verte. Si bien podríamos dedicar un seminario, tal vez un año completo a discutir sobre ese punto y no es el caso, pero hay dos o tres cosas que me parecen importantes indicar.

En primer lugar, yo no creo que la economía social de mercado sea en realidad una doctrina. Hemos tenido muchos debates entre los neoliberales sobre este tema,

inclusive se me encargó una ponencia sobre el problema del neoliberalismo para una conferencia de tipo académico que tuvimos en Tenesse hace algunos años.

Yo creo que, con respecto a los alemanes, cuando termina la Segunda Guerra Mundial había un foco de resistencia muy importante en torno a lo que había sido el socialcristianismo en Alemania antes de la guerra. En las entreguerras, había un partido llamado “Zentrum”, de centro, que es el antecedente directo de la Democracia Cristiana Alemana que existe hasta hoy. El “Zentrum” era el partido más importante de Alemania, tenía tantos votos como el Partido Nazi; 30%. Y, se auto disuelven por orden de Pio XII; esta es una de las cosas más críticas que le atribuyen los biógrafos a Pio XII. Esto le permite a Hitler tomar el poder.

Durante la guerra, la resistencia fue un núcleo los del partido “Zentrum”, que después toman el poder y han gobernado Alemania la mayor parte del tiempo hasta hoy como Democracia Cristiana. Ellos capitaneados por el alcalde de Colonia, que fue Konrad Adenauer, a quien nunca sacó Hitler. Él fue alcalde toda la guerra y desde antes de la guerra. No obstante ser alcalde de Colonia, Konrad Adenauer fue parte activa de la resistencia y fue finalmente Primer Ministro durante la ocupación y luego lo sucedió su Ministro de Economía; el impulsor de la llamada doctrina de la economía social de mercado.

Para mí, en realidad, la economía social de mercado es básicamente una técnica de marketing político. Lo que los alemanes hicieron fue cómo la economía de mercado en un país que viene de 30 años de socialismo con los nazis. La tradición liberal en Alemania prácticamente había quedado proscribida desde los tiempos de Napoleón, entonces este grupo cristianos que eran bastante liberales en materia económica crean, muy inteligentemente, esta idea de que vamos a crear una tercera vía; economía social de mercado.

En realidad, es una técnica de mercadotecnia. Si nosotros examinamos exactamente textos de Wilhelm Röpke, de Müller-Armack, de Alexander Rüstow, de toda la gente que se llamó el Círculo de Friburgo, que da lugar a la economía social de mercado, vamos a ver que probablemente podríamos suscribir cualquiera de ellos y que los liberales tendrían pocas objeciones, en general, con la posición de ellos. Mi problema, además de que creo que no es propiamente una doctrina, sino una mercadotecnia política, es que la palabra social siempre termina teniendo un uso abusivo en el lenguaje y eso lo denunció Hayek en un famoso artículo que se llamó “Las llamadas palabras comadreja”.

Hayek contaba una historia, decía que la comadreja es un animalito mamífero bastante agresivo, carnívoro, de la familia del visón. Según un mito nórdico, es tan hábil que es capaz de succionar el contenido de un huevo sin romper la cáscara. Entonces, Hayek decía que, así como la comadreja según los mitos nórdicos, hay palabras que si las adicionamos a otras son como una comadreja; son capaces de succionarle el contenido a la otra palabra, sin darnos cuenta.



Entonces, Hayek denunciaba, por ejemplo, el sentido de la justicia social. Él decía que era innecesario el adjetivo, el “social” le quitaba el sentido a la justicia. No necesitamos el adjetivo, la justicia es la justicia, social o no poco interesa. Una justicia sin adjetivos es lo que deberíamos crear en una sociedad libre. Igualmente, el constitucionalismo social. Se nos ha ido el Dr. Hakansson, pero cuándo se habla de Estado Social de Derecho, un término que utilizan los constitucionalistas, el término “social” sobra. Hayek diría que un Estado Social de Derecho no es un Estado de Derecho, basta con que sea un Estado de Derecho.

Es lo mismo que ocurre con la economía de mercado; es una economía de mercado, no una economía social de mercado. Lo que ocurre es que las personas en base a la asignación de sus derechos de propiedad, a través de contratos libres, y siendo responsable por los actos que llevan a cabo o por las negligencias en las que incurren, son capaces de asignar la explotación de los recursos en una sociedad. Esencialmente es eso; el mercado es un mecanismo de intercambio de información, intercambio de bienes, intercambio de servicios. Y, una economía de mercado funciona. Si el mercado es imperfecto, no es imperfecto, es una cosa que podemos discutir. Quienes creemos que no lo es, consideramos que en realidad lo que le atribuye la literatura antimercado al mercado, fundamentalmente, son los defectos del Estado, son defectos regulatorios.

En tu ejemplo de qué podríamos hacer con un bosque, cuando el bosque es depredado, la respuesta liberal es privatizarlo. La asignación de los derechos de propiedad lo que hace es eliminar o reducir, minimizar, el efecto de los comunes. El efecto de los comunes se produce allí donde hay una indefinición de derechos de propiedad. Entonces, en una economía de mercado, donde no están definidos los derechos de propiedad es donde tenemos problemas de acción colectiva.

Pero mira, por ejemplo, lo que ha pasado con el mar, que es el gran contraejemplo que mucha gente no utiliza. En el Perú, estábamos acostumbrados a una depredación permanente de la riqueza marina hasta que se creó la Ley de Cuotas. La Ley de Cuotas es una experiencia fantástica, yo no sé por qué la Sociedad Nacional de Pesquería no escribe más sobre esto, pero debería haber *papers* y estudios. La Ley de Cuotas ha sido exitosísima y este sistema de cuotas fue creado por un gran liberal islandés, que fue alumno de Hayek y que yo traje a Lima para dictar unas conferencias para la Sociedad Nacional de Pesquería.

Su tesis decía que, era posible, así como en la pesquería, crear por para la industria forestal y para otras actividades, un sistema exactamente igual al sistema de cuotas. Con lo cual ibas a reducir los incentivos a la depredación e ibas a ordenar lo que era una actividad básicamente caótica por efectos regulatorios. El tema creo que es sofisticado, complejo, pero muy rico y muy interesante, pero es un tema básicamente de énfasis. Estamos discutiendo cómo mejorar un poco la economía de mercado, pero lo que quieren los adversarios del sistema económico es destruir todo, lo que es un delirio.

Pretender sustituir una economía de mercado, aunque sea defectuosa, una economía social de mercado, como la queramos llamar, aunque sea imperfecta, defectuosa, chiquitita. La economía peruana es chiquitita, el séptimo banco de Chile equivale al primer banco del Perú, entonces, te das cuenta el tamaño de la economía peruana, y eso que Chile tiene la mitad de la población que Perú. El Perú tendrá el territorio relativamente grande, pero su economía es pequeña. Yo acepto todas las críticas, porque me parece que son importantes, pero la posición maximalista de querer destruir todo, porque forma parte de un programa ideológico, hay que denunciarla porque es un sin sentido.

Con respecto al tema del neoliberalismo, el neoliberalismo en realidad no existe, porque ningún liberal se autodenomina neoliberal, los adversarios son los que nos han bautizado como neoliberales, pero para meter en el saco a un montón de gente que de liberales no tienen nada. Dicen “neoliberalismo en América Latina” y meten a Menem. Es un horror, cómo Menem va a ser un liberal, por ningún lado. Ponen a Kuczynski al lado, a Piñera, al que se les ocurra. Eso es parte del *folklore* político y de la retórica, pero es muy interesante ver cómo se utiliza el término “neoliberal” con gran facilidad cuando en realidad el neoliberalismo es un recurso retórico para atacar al adversario, pero en realidad no es ni filosofía ni un sistema.

Acabo con un comentario final, para mí el país que tiene el mejor ejemplo de administración pública de éxito económico y progreso social, en los últimos 40 años, es Nueva Zelanda. Y, Nueva Zelanda ha estado gobernada en este período básicamente por gobiernos laboristas. La derecha en Nueva Zelanda es el Partido Nacional y la izquierda es el Partido Laborista. Pero el Partido Laborista neozelandés cree en la economía de mercado. Roger Douglas; que fue Primer Ministro, y su Ministra de Economía; Ruth Richardson, posteriormente fue Primera Ministra también. Son curiosamente los laboristas; la izquierda, la que hace la gran reforma de economía de mercado en Nueva Zelanda. Porque entienden que la manera de traer progreso material y moral al pueblo neozelandés es a través de las políticas de libre mercado, mientras que la derecha neozelandesa es proteccionista; está con los sindicatos, quieren aranceles altos y nada de competencia.

Es muy curioso y me recuerda lo que pasa en Perú, que hay una especie de confusión ideológica. Cuando uno escucha los representantes de, llamémosla la centro-derecha, algunos de ellos tienen un discurso abiertamente proteccionista, que no hace ningún sentido de la defensa de una sociedad libre. Por eso, yo traigo siempre a colación la experiencia de un país chico, que queda al lado nuestro, frente a Chile, Nueva Zelanda, donde la izquierda ha tenido un rol protagónico en la implementación de unas reformas de economía de mercado realmente admirables y que creo que deberíamos estudiar un poquito más.

Agradezco la invitación al Círculo de Estudios de Derecho Constitucional de la Universidad de Lima, y Maite, la bondad de tus comentarios.



María Teresa Quiñones:

Muchas gracias, Enrique, yo como tú bien dices estoy de acuerdo con muchísimo de lo que señalas, tal vez solo enfatizar porque yo sí creo que, como señalaste con tu erudición, probablemente lo social empezó como mercadotecnia, como un *branding*. Pero creo que, con los años, ha sido dotado de contenido y, hoy en día, tiene un contenido importante para mí, porque es importante conocer la economía social de mercado.

Economía de mercado, sin duda, es el punto de partida, puesto que economía de mercado significa el principio del mercado que puede operar. Incluso, en el caso de los bienes públicos mencionados, allí los bienes públicos solo dejan de ser públicos por intervención del Estado. Es necesario que el Estado ingrese para introducir determinadas cuotas, para introducir una regulación, porque sería imposible que ello se geste solo y la consecuencia es la depredación.

Entonces, ahí se necesita al Estado; siendo la manera de regularlo inteligentemente a través de cuotas y que se pueda hacer en el mar, en los bosques, en la Amazonía. Pero lo mismo podría haber pasado en el caso del agua, que se ha dado en algunos unos países.

Hay otro caso, el de los monopolios, ahí es más difícil, porque hay un propietario que es el monopolista. Cuando ese monopolista es titular de una actividad esencial y, ahí va el punto del otro concepto que me parece importante, los servicios públicos o, en Europa, los servicios económicos de interés general. Hay determinados servicios, en los cuales usualmente hay fallas de mercado, en donde son monopolios naturales; las llamadas industrias de red y el otro caso es los servicios asistenciales. Las industrias de red tienden al monopolio. Hay una sentencia americana del siglo XIX que, a mí me gusta citar mucho, *Munn v. Illinois*, cuando empieza la regulación de infraestructuras y servicio públicos en los Estados Unidos.

En esta sentencia, la Corte Suprema americana señala que, repugna a un Estado Democrático el ejercicio de los poderes sin control y justamente el monopolio natural, de servicios esenciales, es el ejercicio de un poder sin control. El monopolio sobre, en ese momento, las vías férreas, sobre el agua y el desagüe, el acceso a la luz, porque también la electricidad sería un monopolio si es que no existiera regulación. Entonces, en relación a esos bienes, se requiere intervención del Estado para regular al monopolio o incluso para crear una regulación para la competencia.

La solución, sea por ejemplo, separar servicios de redes, promover la competencia en los servicios prestados. Ahí necesitas de un Estado que entre a regular. Y, este concepto social te lleva; además, a justificar por qué el Estado interviene respecto de determinados servicios, porque son esenciales, respecto de los cuales hay un interés que la población acceda a ellos. Y, además, a elegir incluso, en aquellos supuestos en los cuales, esa atención puede ir en contra del mercado. Por encima está la atención de esos servicios, y, ahí sí, voy a los servicios asistenciales.

Dar educación gratuita va a en contra del mercado; es una competencia desleal que el Estado ofrezca escuelas gratuitas frente a aquellos privados que quieren ofrecer escuelas. Entonces, ese tipo de actividades son consideradas esenciales y creemos que todos deben tener acceso a ellos, límites también a determinadas actividades privadas pueden justificarse en determinados casos.

Yo escuchaba a Carlos Hakansson, comparto que, respecto de determinadas actividades vinculadas a servicios asistenciales, como por ejemplo, las medicinas en el caso de las clínicas privadas. Creo perfectamente que se hace una justificación para una mayor regulación de una intervención en concepto de servicios económicos de interés general; el concepto servicios asistenciales que permiten al Estado intervenir de una manera, que no podría intervenir el Estado respecto de actividades de libre iniciativa privada.

El Estado puede fijar tarifas en servicios públicos; no las puede hacer en relación de actividades de libre iniciativa privada. Creo que en la vida y en el derecho las cosas no necesariamente son blancas y negras; ese sería mi punto de crítica de una visión neoliberal absoluta. Creo que hay una serie de matices y una serie de aspectos en los cuales se necesita al Estado, incluso para que haya mercado, en supuestos en los cuales el mercado no existiría de otra manera. Yo quisiera cerrar con eso, porque se nos ha ido el tiempo y, agradecer nuevamente, al Círculo de Estudios de Derecho Constitucional de la Universidad de Lima y, por supuesto, a Enrique por sus comentarios tan interesantes. Y, al público, por escucharnos y por tenernos tanta paciencia, gracias.

Renzo Díaz:

Muchas gracias, Dra. María Teresa Quiñones, muy interesantes reflexiones. También, agradecemos al Dr. Enrique Ghersi y al Dr. Carlos Hakansson por haber sido partícipes de esta mesa redonda. Es tan interesante haber tenido expositores de primer nivel como ustedes, que nos han enseñado tanto. Y, por supuesto, nos han dejado mucho que pensar, reflexionar y analizar.

Sin más que decir, agradezco a los equipos de Athina, del Círculo de Estudios de Derecho Constitucional de la Universidad de Lima, a nuestros autores y lectores, por acompañarnos en esta travesía académica. Con esta mesa redonda, hemos cerrado con broche de oro la Edición Especial Bicentenario de la Revista Athina, que versa sobre derecho constitucional.



