REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

REVISTA PERUANA
DE DERECHO CONSTITUCIONAL

HISTORIA CONSTITUCIONAL

Centro de Estudios Constitucionales
Tribunal Constitucional del Perú

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ
© CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
Los Cedros núm. 209 · San Isidro · Lima

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL
HISTORIA CONSTITUCIONAL
N° 12 – Nueva Época – Agosto del 2020

Director: Ernesto Blume Fortini
Colaboradoras: Nicollth Vidal Figueroa y Lorena Vergara Ampuero

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2019-03891
ISSN: 2222-0615

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta
obra sin el consentimiento expreso de los titulares del copyright.

Impreso en Perú
Tiraje: 500 ejemplares

Impresión: Servicios Gráficos Joshua V&E
Calle San José N°311 of. 314
Cel. 959867775
adrusdyleditores@gmail.com

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU

Presidente

Marianella Ledesma Narváez

Vicepresidente

Augusto Ferrero Costa

Magistrados

Manuel Miranda Canales

Ernesto Blume Fortini

Carlos Ramos Núñez

José Luis Sardón de Taboada

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Director

Ernesto Blume Fortini

Consejo Editorial

Luis Sáenz Dávalos

Alfredo Orlando Curaca Kong

Susana Távara Espinosa

Edgar Carpio Marcos

Camilo Suarez López de Castilla

Juan Manuel Sosa Sacio

Berly López Flores

Paola Ordoñez Rosales

Nadia Iriarte Pamo

María Candelaria Quispe Ponce

Contenido

Ernesto Blume Fortini
Presentación 15

SECCION ESPECIAL

Daniel Soria Luján
Educación Universitaria y Gobierno en el Perú del Siglo XIX: La propuesta de Paul Pradier-Fodéré 27

Dante Martin Paiva Goyburu
Repaso normativo de la "República Aristocrática" (A un siglo de su culminación) 53

Edgar Carpio Marcos y Oscar Pazo Pineda
Evolución del Constitucionalismo Peruano 73

Freddy Centurión Gonzales
La crítica de Juan Bautista Alberdi a la Constitución Peruana de 1839 113

José Francisco Gálvez
Las deliberaciones parlamentarias en la Historia Constitucional (1822-1979) 135

José Palomino Manchego
Contribuciones del Comendador Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846) en el campo del Derecho Constitucional e influjo de la invasión napoleónica a España y Portugal (Una mirada comparada de la Historia Constitucional) 165

Martha Lorente
Quien teme al pouvoir constituant. Historia vs. Voluntad en el primer constitucionalismo hispanoamericano 181

Roberto Blanco Valdés
España: de la estabilidad política a la ingobernabilidad 203

MISCELANEA

Berly López Flores
El control de convencionalidad de las excepciones en los procesos constitucionales 235

Félix Ramírez Sánchez
¡Que locura enamorarme de ti!: El reconocimiento del derecho de amar como derecho fundamental 249

Javier Ferrer Ortiz
La laicidad del Estado Peruano 297

Martha Cecilia Paz
Una mirada comparada para un problema ancestral. Sextorsión. Mas allá de la extorsión sexual 337

Alfredo Orlando Curaca Kong
Las Municipalidades y sus Derechos Fundamentales. Breve estudio sobre la participación de las Municipalidades como parte accionante en los procesos constitucionales de la libertad 373

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Edwin Figueroa Gutarra
Twitter y bloqueo. Entre el libre albedrío y la libertad de comunicación 433

Guillermo Sevilla Gálvez
La restitución del derecho a la libertad personal y otros derechos de una persona con discapacidad. Comentarios a la Sentencia emitida en el Exp. N° 00194-2014-PHC/TC..... 449

Juan Manuel Sosa Sacio
El derecho a la alimentación y los umbrales de cumplimiento de los derechos sociales. Comentario al Caso Velásquez Ramírez STC Exp. N° 1470-2016-PHC/TC..... 463

Luis Sáenz Dávalos
La protección especial de los animales y su relación con los derechos fundamentales. Reflexiones a partir de la sentencia emitida en el Exp. N° 7392-2013-PHC/TC..... 483

María Candelaria Quispe Ponce
La protección constitucional de los derechos de las mujeres madres en el ámbito laboral. Comentario a la STC 01272-2017-PA/TC..... 495

Paola Ordoñez Rosales
Recordemos que un abuelo (a) tiene la sabiduría de un búho y el corazón de un ángel. A propósito de lo resuelto por el Tribunal Constitucional que reconoce a los abuelos como apoderados de sus nietos ante las APAFAS..... 501

Susana Távara Espinoza
El servicio de distribución de gas natural. El caso del método del cobro. Comentarios a la STC 04801-2017-PA/TC (19 de noviembre de 2019)..... 513

CLASICOS

Raúl Ferrero Rebagliati
El control de la constitucionalidad de las leyes..... 521

DOCUMENTOS

Forum sobre "Inconstitucionalidad de las leyes"..... 529

Augusto Ferrero Costa
Raúl Ferrero Rebagliati: precursor de un Tribunal Constitucional para el Perú..... 561

RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

Luis Sáenz Dávalos
El estado de cosas inconstitucional (Melissa Fiorella Díaz Cabrera).. 569

María Candelaria Quispe Ponce
Derecho de Alimentos (Luz Jarrín de Peñaloza)..... 573

Nadia Iriarte Pamo
La Institución del Jurado (Ella Dunbar Temple)..... 579

Oscar Díaz Muñoz
Estado y Religión. Comentarios a la Ley de Libertad Religiosa (Carlos R. Santos Loyola. Coordinador)..... 585

Piero Nícolas Toyco Suárez
Los derechos fundamentales en el Estado prestacional (Peter Häberle)..... 589

Presentación

Ernesto Blume Fortini
Director General del Centro de Estudios Constitucionales y de la Revista Peruana de Derecho Constitucional.

La aparición del décimo segundo volumen de la Revista Peruana de Derecho Constitucional es un suceso que nos llena de satisfacción porque ha significado vencer un enorme reto.

La satisfacción sin duda es consecuencia directa de ser participes de lo que representa una línea de continuidad que se inicia desde los primeros años de existencia de nuestro Tribunal Constitucional y en una época en la que ni siquiera existía el Centro de Estudios Constitucionales, tal como hoy lo conocemos. Cualquiera que haya seguido de cerca la historia de nuestro Colegiado, sabe muy bien que el primer órgano de difusión académica con el que se contó fue, precisamente, la presente Revista, cuyo primer volumen data del año 1999, y que, a pesar de todas las vicisitudes y cambios que se han experimentado desde entonces, ha seguido editándose con la mejor de las voluntades, en el entendido de que no basta con producir jurisprudencia, si esta no viene acompañada de la invitación por su análisis, al igual que por la exploración de todos aquellos temas constitucionales que puedan resultar vitales para comprender el contexto y las problemáticas del mundo en el que a diario nos desenvolvemos. Hay pues un esfuerzo que desde las primeras etapas se consideró vital y que, al margen del cambio natural de personas, entendemos que debe valorarse y desde luego ratificarse. Que mejor que hacerlo que con la aparición de nuevos volúmenes como el presente.

El reto, más bien, tiene que ver con algo mucho más personal pero igual de significativo. En fecha reciente, el Pleno del Tribunal

Constitucional que me honro en integrar, me designo como nuevo Director General del Centro de Estudios Constitucionales y es dicho encargo, el que me coloca en la necesidad de fortalecer un trabajo que anteriores colegas míos ya habían emprendido con singular solvencia. En lo que a mí respecta me propongo seguir por dicha senda e imprimir un estilo que pueda resultar igual de meritorio pero también distintivo, si cabe el término. Para hacer realidad dicho camino cuento con el valioso concurso de los destacados abogados Susana Távara Espinoza en la condición de Directora Académica, Luis Sáenz Dávalos en la calidad de Director de Publicaciones y Documentación y Orlando Curaca Kong como Director de Investigaciones.

Entre lo que me propongo ratificar, por considerarlo vital y definitivamente un estilo aconsejable, es en el enfoque abiertamente plural de los estudios que puedan aportarse. Aún cuando se trata de una revista del Tribunal Constitucional y de su Centro de Estudios no tiene ningún sentido practicar un tratamiento oficial de las cosas. Lo académico es ante todo pluralismo y este último se manifiesta a plenitud cuando la visión es abierta y las perspectivas totalmente variadas. Ello exige una dosis de tolerancia por todo tipo de análisis, aun por aquellos que puedan disentir de lo que por una u otra razón el Colegiado decida.

Por otro lado y entre lo que se busca mejorar, es en el contenido y estructura misma de la Revista. Procuraremos que en lo sucesivo los aportes no se limiten únicamente a lo interno, sino que también se acoja la perspectiva de otras latitudes, aprovechando para ello el concurso de notables y estudiosos del derecho comparado. Como bien se sabe, el Derecho Constitucional y sus disciplinas afines no son patrimonio del Perú, sino resultado de una larga evolución con sus propios estilos y matices que es importante conocer. Aquellos que crean que el constitucionalismo lo hemos inventado en nuestro país y por lo tanto, de aquí no salimos, les será de mucha utilidad poder verificar la evolución de las instituciones vista en perspectiva también comparada.

En lo que respecta a la estructura misma, buscaremos que en futuros volúmenes esta sea mucho más amplia, lo cual supone la

inclusión ordinaria de novedosas secciones que la hagan mucho más interesante y que de paso acrecienten su valor informativo.

El presente volumen, continuando con una tradición evidenciada desde hace varios años, adopta un formato monográfico con una primera sección especial y otras más bien de naturaleza abierta (miscelánea, jurisprudencia comentada, clásicos, documentos, reseñas de libros). En lo que respecta a la sección especial, debemos agradecer el trabajo en su momento emprendido por nuestro predecesor, el Magistrado Carlos Ramos Núñez, quien durante el último tramo de su gestión considero pertinente dedicar el presente volumen a la historia constitucional, temática que compartimos plenamente en la lógica de ratificar que la importancia de las instituciones se mide en buena medida por los antecedentes y evolución que le acompañan. Ello ayuda de muchas maneras a comprender porque los caminos seguidos son unos y no otros distintos.

El resto de contenidos pertenecientes a las secciones variadas ya son resultado de nuestra propia cosecha y en ellas hemos querido robustecer el enfoque jurídico de los temas contando para ello con el valioso concurso de diversos especialistas, tanto nacionales como extranjeros.

Siguiendo el esquema descrito nos encontramos en la sección especial con un grupo de estudios de particular importancia que conviene aquí glosar así sea brevemente.

Daniel Soria Lujan nos ofrece a través de su artículo *"Educación universitaria y gobierno en el Perú del Siglo XIX. La propuesta de Paul Pradier-Podéré"* una reflexión bastante interesante que grafica las discrepancias y oposiciones que plantea toda medida de transformación en la enseñanza cuando esta involucra cambios decisivos en ciertos enfoques considerados tradicionales. Para demostrarlo echa mano de la propuesta planteada por un distinguido jurista francés en determinado tramo de nuestra historia del siglo XIX.

Dante Paiva Goyburu presenta *"Repaso normativo de la república aristocrática. A un siglo de su culminación"* mediante el cual realiza un

agudo análisis de las características de aquella etapa histórica conocida convencionalmente como república aristocrática vista en perspectiva constitucional. Esto es, a partir del impacto que la misma tendría en varias de nuestras normas fundamentales, sea en los aspectos positivos que evidentemente pudieron visualizarse, como también en aquellos otros estrictamente negativos.

Freddy Centurión Gonzales aporta el trabajo *"La crítica de Juan Bautista Alberdi a la Constitución Peruana de 1839"* a través del cual rescata el pensamiento de un célebre jurista y pensador argentino, así como las críticas que este último realizara sobre el constitucionalismo sudamericano durante la primera mitad del Siglo XIX, incidiendo en aquellas que caracterizaron al modelo peruano, sobre el que, por cierto, se mostraría particularmente escéptico.

José Francisco Gálvez nos presenta *"Las deliberaciones parlamentarias en la Historia Constitucional (1822-1979)"*, selecto trabajo en el que se individualiza los debates de ideas más resaltantes que se han dado a lo largo de la evolución de nuestro constitucionalismo sobre diversos tópicos constitucionales, abarcando desde la etapa de proclamación de nuestra república independiente hasta nuestra Constitución histórica de 1979.

Especial aporte es el que nos acompaña José Palomino Manchego a través de su trabajo *"Contribuciones del Comendador Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846) en el campo del Derecho Constitucional e influjo de la invasión napoleónica a España y Portugal (Una mirada comparada de la Historia Constitucional)"* quien presta especial atención a las incidencias del pensamiento napoleónico sobre las Constituciones española y portuguesa, al igual que a las contribuciones del célebre pensador portugués Silvestre Pinheiro Ferreira sobre buena parte de los países integrantes del continente americano durante el Siglo XIX.

Estudio particularmente interesante es el que nos ofrece Martha Lorente a través de su trabajo *"Quien teme al pouvoir constituant. Historia vs. Voluntad en el primer constitucionalismo hispanoamericano"* quien nos explica las razones históricas por las que durante las cortes de Cádiz (1810-1812) se manejaron ciertas dudas y desconfianzas

sobre la concepción originaria del llamado poder constituyente, lo que a la postre convertiría a dicho modelo en uno muy especial, no exactamente igual a sus referentes más inmediatos (francés y americano).

Roberto Blanco Valdés contribuye con su trabajo *"España: de la estabilidad política a la ingobernabilidad"*, en el que se nos realiza un pormenorizado análisis en torno de las diferencias de contexto político social en el que fueron aplicadas las dos últimas Constituciones españolas (1931 y 1978), las mismas que a pesar de ser muy avanzadas para su tiempo, tuvieron, no obstante, destinos radicalmente diferentes.

En la sección miscelánea nos encontramos a su turno, con otro valioso repertorio de trabajos que corresponde aquí destacar.

Berly López Flores abre la sección con el estudio *"El control de convencionalidad de las excepciones en los procesos constitucionales"*, en el cual se interroga acerca del momento o etapa en la que corresponde plantear las excepciones dentro de los procesos constitucionales, criticando con severidad el dilatado trámite actualmente existente y proponiendo la inaplicación de las normas que lo regulan por considerarlas abiertamente inconvencionales.

Félix Ramírez Sánchez nos ofrece un sustantivo trabajo al que le ha dado por título *"¡Que locura enamorarme de ti!: El reconocimiento del derecho de amar como derecho fundamental"*, en el que se plantea, como eje central de reflexión, las relaciones entre el Derecho y el amor, así como el reconocimiento de este último a título de inobjetable atributo fundamental, con todas las implicancias y manifestaciones que ello supone.

Aporte igualmente interesante nos ofrece Javier Ferrer Ortiz mediante su ensayo *"La laicidad del Estado Peruano"*, en el que analiza el carácter del principio de laicidad en el modelo constitucional por el que apuesta nuestro país y que, a diferencia de una concepción equivoca o imprecisa, presente en otras cartas constitucionales, en el caso concreto asume rasgos distintivos que no resultan incompatibles sino perfectamente coherentes con la libertad religiosa y la importancia de dicho atributo fundamental.

Martha Cecilia Paz efectúa una muy aguda reflexión a través de su trabajo *"Una mirada comparada para un problema ancestral. Sextorsión. Más allá de la extorsión sexual"*, en el que presta atención a lo que hoy en día se constituye como una de las maneras más frecuentes de chantaje, como es el sexual, situación que la autora considera particularmente grave, no sólo por el agravio a la libertad sexual que involucra, sino por tener un evidente componente de corrupción, sustentados ambos en el abuso de poder.

Análisis destacable es el que nos ofrece Orlando Curaca Kong a través de su artículo *"Las Municipalidades y sus Derechos Fundamentales. Breve estudio sobre la participación de las Municipalidades como parte accionante en los procesos constitucionales de la libertad"*, en el que aborda un tópico poco estudiado en nuestra doctrina, concerniente a la posibilidad de considerar a determinadas entidades públicas, en este caso las Municipalidades, como titulares de los derechos fundamentales. El autor responde afirmativamente a dicha posibilidad no sin antes pasar revista de diversos pronunciamientos de la justicia constitucional que demuestran dicha premisa.

La sección jurisprudencia comentada nos ofrece también y en esta ocasión, un nutrido repertorio de investigaciones de primera actualidad.

La selección de los mismos empieza con el trabajo de Edwin Figueroa Gutarra titulado *"Twitter y bloqueo. Entre el libre albedrío y la libertad de comunicación"*, en el que su autor reflexiona acerca de la incidencia que existe entre la capacidad autodeterminativa de toda persona y la forma como esta se proyecta a nivel de las comunicaciones, tomando en cuenta el poder e implicancias de lo que hoy en día representa la sociedad informática. Se analizan en tal sentido dos importantes pronunciamientos recientes, uno de nuestro Tribunal Constitucional, sentado en el proceso signado con el número N° 442-2017-PA/TC, y otro proveniente de la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York (EE.UU.) así como las importantes conclusiones a las que ambos arriban.

Guillermo Sevilla Gálvez acompaña su trabajo *"La restitución del derecho a la libertad personal y otros derechos de una persona con discapacidad. Comentarios a la Sentencia emitida en el Exp. N° 00194-2014-PHC/TC*", a través del cual nos ofrece un interesante análisis sobre los roles tutelares del habeas corpus a favor de las personas con discapacidad, así como sobre las facultades de las cuales se encuentra investido el juez constitucional para actuar en este tipo de casos, prestando especial atención a lo resuelto en la sentencia recaída en el Expediente N° 0194-2014-PHC/TC.

"El derecho a la alimentación y los umbrales de cumplimiento de los derechos sociales. Comentario al Caso Velásquez Ramírez STC Exp. N° 1470-2016-HC" es el estudio que nos hace llegar Juan Manuel Sosa Sacio, en el cual se efectúa un pormenorizado análisis de la posición asumida por el Tribunal Constitucional en torno de la naturaleza y concretización de los derechos de carácter económico sociales, en el contexto de las pautas establecidas en la sentencia emitida en el Expediente N° 1470-2016-PHC/TC, incidiendo en una de sus manifestaciones más importantes como lo es, sin duda, el derecho a la alimentación.

Aporte igualmente interesante es el que nos presenta Luis Sáenz Dávalos mediante su trabajo *"La protección especial de los animales y su relación con los derechos fundamentales. Reflexiones a partir de la sentencia emitida en el Exp. N° 7392-2013-PHC/TC"*, trabajo en el que analiza la postura del Tribunal Constitucional en relación con un tópico poco estudiado por nuestra doctrina, como lo es sin duda el relativo a la protección de los animales, destacando el reconocimiento que se ha realizado mediante la sentencia recaída en el Expediente N° 7392-2013-PHC/TC del llamado deber de protección animal y la relación de éste último con una pluralidad de derechos fundamentales.

María Candelaria Quispe Ponce colabora con su estudio titulado *"La protección constitucional de los derechos de las mujeres madres en el ámbito laboral. Comentario a la STC 01272-2017-PA/TC"*, que pasa revista de los importantes criterios que ha desarrollado el Tribunal Constitucional mediante la ejecutoria emitida en el Expediente

N° 1272-2017-PA/TC en relación con el derecho al permiso por lactancia materna.

Paola Ordoñez Rosales, por su parte, efectúa importantes reflexiones en su ensayo *"Recordemos que un abuelo (a) tiene la sabiduría de un búho y el corazón de un ángel. A propósito de lo resuelto por el Tribunal Constitucional que reconoce a los abuelos como apoderados de sus nietos ante las APAFAS"*, en cuyo contenido analiza las consideraciones que ha utilizado el Colegiado constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 1643-2014-PA/TC, a los efectos de reconocer sobre los abuelos indiscutibles derechos de participación en el proceso educativo de sus menores nietos.

Susana Távara Espinoza, cierra esta sección con el trabajo titulado *"El servicio de distribución de gas natural. El caso del método del cobro. Comentarios a la STC 04801-2017-PA/TC (19 de noviembre de 2019)"*, en el cual se pronuncia sobre la ejecutoria recaída en el Expediente N° 4801-2017-PA/TC, que explicita importantes diferencias en el tratamiento de la libertad de contratación cuando la misma incide sobre servicios públicos.

La sección de clásicos incorpora en esta oportunidad el valioso y muy precursor trabajo de Raúl Ferrero Rebagliati "El control de la constitucionalidad de las leyes" publicado hacía 1960 en la Revista Jurídica del Perú y en el que reconocido jurista postula la necesidad de un Tribunal Constitucional para nuestro país en una época en la que nadie había bosquejado argumentos a favor de tal posibilidad.

Acorde con este mismo aporte y por considerarse de adecuada contextualización la sección de documentos hace lo propio con el acta que se levanta con motivo del Forum especializado sobre inconstitucionalidad de las leyes que organiza el Colegio de Abogados de Lima y en cuyo escenario se presenta la propuesta del profesor Ferrero Rebagliati y que deja constancia de un interesante como enriquecedor intercambio de opiniones con diversos juristas de la época.

A su turno y como necesario complemento se acompaña el discurso que nuestro colega y actual vicepresidente Augusto Ferrero Costa realiza con motivo de la ceremonia por los veinticuatro años de creación de nuestra institución y que en buena cuenta resulta un merecido homenaje al pensamiento y propuesta de su padre.

En nuestra última sección referida a reseñas bibliográficas se da cuenta de diversas obras de derecho constitucional, derecho procesal constitucional y disciplinas afines publicadas en fecha reciente y cuya lectura se considera recomendable, habida cuenta de los destacables aportes que aquellas contienen.

En la misma encontramos la glosa de las investigaciones que debemos a Melissa Fiorella Díaz Cabrera (El Estado de Cosas Inconstitucional), Luz Jarrín de Peñaloza (Derecho de Alimentos), Ella Dunbar Temple (La Institución del Jurado), Carlos Santos Loyola (Estado y Religión. Comentarios a la Ley de Libertad Religiosa) y Peter Haberle (Los derechos fundamentales en el Estado prestacional). Para su elaboración se ha contado con el inestimable concurso de los doctores: Luis Sáenz Dávalos, María Candelaria Quispe Ponce, Nadia Iriarte Pamo, Oscar Díaz Muñoz y Piero Toyco Suarez.

Agradezco a mis colegas Magistrados del Tribunal Constitucional el haber apostado por este esfuerzo intelectual y por las finalidades que con el mismo se persiguen. Igualmente mi reconocimiento a todos y cada uno de los juristas e investigadores que han participado en esta ocasión por su invalorable aporte académico.

Esperamos que el camino del que hoy se da cuenta sea el inicio de un tiempo de mayores retos para nuestro Centro de Estudios Constitucionales, en aras de la consecución de los grandes objetivos que, en el plano formativo, reclama la hora presente al Tribunal Constitucional del Perú.

SECCION ESPECIAL

Educación Universitaria y Gobierno en el Perú del siglo XIX: La propuesta de Paul Pradier-Fodéré

Daniel Soria Luján*

"Art. 40.- Todo ciudadano puede obtener cualquier cargo público, con tal que no tenga ninguna de las calidades necesarias para su desempeño."

Proyecto de Constitución de la República (1868)
Manuel Atanasio Fuentes, El Murciélago

Sumario

I. Introducción. **II.** Los cargos públicos en el incipiente Estado peruano decimonónico. **III.** El personaje: Paul Pradier-Fodéré. **IV.** El proyecto de la facultad de Ciencias Políticas y Administrativas y su implementación. **V.** Desarrollo de la facultad durante el decanato de Pradier-Fodéré (1875-1879). **VI.** Epílogo.

I. Introducción

El presente artículo desarrolla un capítulo de la historia de la construcción del Estado peruano a través de la novedosa propuesta educativa del jurista francés Paul Pradier-Fodéré para la Universidad de San Marcos en el siglo XIX. Como se verá más adelante, dicha propuesta tuvo que luchar contra la hegemonía de los abogados y de la formación jurídica tradicional en las materias relacionadas al gobierno y la administración pública, así como contra el insuficiente apoyo del propio Estado en la construcción de un cuerpo de servidores públicos bien preparados.

* Abogado y Magíster en Ciencia Política por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Asociado del Departamento Académico de Derecho de esta casa de estudios, especializado en Derecho Constitucional, que ejerce la docencia en la Facultad de Derecho, la Maestría en Derecho Constitucional, y la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP.

II. Los cargos públicos en el incipiente Estado peruano decimonónico

Como es sabido, luego de la Independencia el Perú no pudo forjar un Estado moderno, con una burocracia profesional que tenga presencia en todo el territorio nacional. En el transcurso del siglo XIX el proceso de consolidación estatal fue paulatino, ya que, en general, la sociedad peruana abrazaba la modernidad pero sin abandonar, consciente o inconscientemente, visiones del mundo y prácticas ancladas en el pasado. Es lo que Fernando de Trazegnies ha denominado la "modernización-tradicionalista"[1].

Un segundo factor que retrasó el advenimiento de un Estado robusto en los inicios de la República fue la inestabilidad política, manifestada en los conflictos entre caudillos que se disputaban el poder, situación que a su vez incidió en la carencia de un aparato público eficaz para percibir ingresos.

La asignación de cargos públicos es un ejemplo en el que se puede apreciar tanto el pensamiento moderno-tradicional como la arbitrariedad del caudillismo en el ejercicio del poder. Durante el periodo virreinal, muchos cargos tenían una naturaleza patrimonial en el sentido de que eran objeto de compra, venta, herencia u otra facultad propia de un propietario. Si bien en el siglo XVIII el Estado borbónico pretendió recuperar estos puestos de este mercado de cargos públicos a través de la recompra de los mismos, se respetó a los que no decidieron vender, entendiendo que tenían "derechos adquiridos"[2].

Posteriormente, en el papel, las constituciones del siglo XIX declararon la abolición de los empleos y privilegios hereditarios.[3] Sin embargo, el carácter patrimonialista de los empleos públicos se mantuvo a través de nuevas formas de obtención de estos puestos, v.gr. como recompensas

[1] De Trazegnies, Fernando. *La idea de Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Segunda edición, Lima: PUCP, 1992, pp. 30-35.

[2] Quintana, Eduardo. "Empleos en propiedad en el Perú del XIX", en *Boletín del Instituto Riva-Agüero*, 25, 1998, pp. 328-329.

[3] Artículo 23 de la Constitución de 1823, artículo 147 de la Constitución de 1826, artículo 160 de la Constitución de 1828, artículo 170 de la Constitución de 1834, artículo 163 de la Constitución de 1839, artículo 6 de la Constitución de 1856, artículo 6 de la Constitución de 1860 y artículo 5 de la Constitución de 1867.

otorgadas por los caudillos triunfantes a sus seguidores. Al respecto, es importante puntualizar que en la República el contenido del concepto de "propiedad" en el empleo cambia, respecto del Virreinato, hacia uno relacionado con un rígido régimen de inamovilidad una vez obtenido. En efecto, en el Perú independiente el cargo ya no se compraba, vendía o heredaba, pero una vez obtenido se gozaba de él virtualmente hasta la jubilación o la muerte en tiempos de estabilidad política y económica; o hasta el despojo por la fuerza de un nuevo caudillo que accedía a la presidencia de la república en tiempos turbulentos.

Esta situación era ciertamente contraria a la noción de servicio público que está a la base de una administración pública moderna, puesto que el cargo estatal era visto como una prebenda o beneficio[4].

A mediados del siglo XIX, con la disminución de los conflictos internos entre los caudillos, cierta consolidación del Estado y el ingreso de las rentas del guano, hubo alguna estabilidad que permitió pensar en la desaparición de los empleos en propiedad, es decir, del régimen de inamovilidad de los mismos. Algunas medidas normativas se dieron al respecto, por ejemplo, en los gobiernos de Mariano Ignacio Prado y Manuel Pardo. Tratándose del primer civilismo, encarnado en el gobierno del segundo de los mencionados (1872-1876), estas reformas estaban enmarcadas en el ideal de lo que el entonces flamante presidente Pardo denominó como la "República práctica", a través de una reforma del Estado en aspectos organizacionales, económicos, fiscales y de prestación del servicio educativo.

En sintonía con estos propósitos pragmáticos, para el Partido Civil en el poder era trascendental la profesionalización de la burocracia del Estado a través de la formación universitaria[5]. Fue una apuesta por la modernización en un país en el que los contactos sociales (pertenencia a una familia y una clase) se valoraban más que las cualidades individuales[6]

---

[4] Quintana, Eduardo. *Ob. Cit.*, pp. 342-343.

[5] Mc Evoy, Carmen. *La utopía republicana. Ideales y realidades en la formación de la cultura política peruana (1871-1919)*. Segunda edición, Lima: PUCP, 2017, p. 1699.

[6] Mücke, Ulrich. *Política y burguesía en el Perú. El Partido Civil antes de la Guerra con Chile*. Lima: 2010, IFEA-IEP, p. 62.

y el acceso a un cargo público estaba basado en relaciones de compadraje y clientelismo[7].

Es así que el presidente Pardo impulsa la creación de los estudios universitarios para la formación de servidores públicos. Para ello, contrató a un jurista francés, Paul Pradier-Fodéré, quien se muda a Lima con su esposa, hijo y madre, para dirigir este nuevo proyecto educativo con mucho entusiasmo pero también con dificultades. Al final, durante el primer año de la Guerra del Pacífico dejó el país pero su aporte sería posteriormente recordado.

III. **El personaje: Paul Pradier-Fodéré**

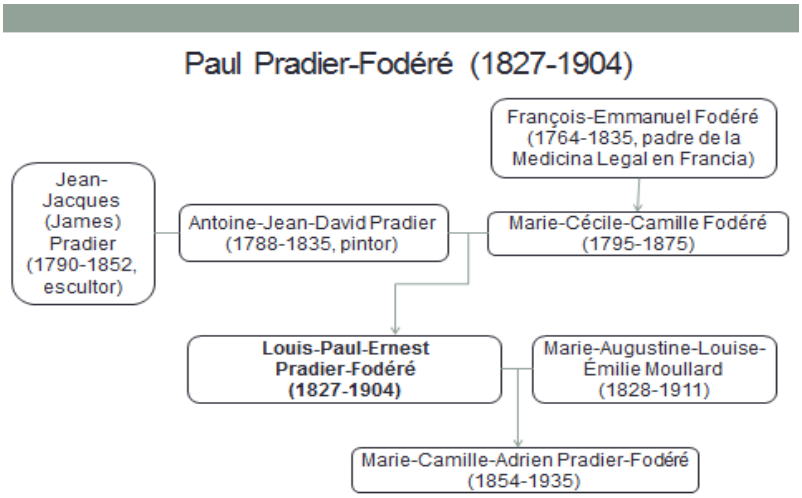
Louis Paul Ernest Pradier-Fodéré nació en Estrasburgo, Francia, el 11 de julio de 1827. Fue hijo del pintor Antoine Jean David Pradier (Ginebra, 1788), quien fuera hermano de un escultor ginebrino conocido como James Pradier (1790). En 1819, el mencionado pintor se casó con Marie Cécile Camille Fodéré (Marsella, 1795) en la ciudad de Marsella, donde trabajaba como profesor de pintura y caligrafía[8]. Marie fue hija de François Emmanuel Fodéré, quien es considerado como el padre de la Medicina Legal en Francia[9]. Al apellido paterno de Paul se agregó el materno de la madre y de su célebre abuelo, posiblemente porque Antoine fue un padre y esposo ausente[10].

[7] Centurión, Freddy. "Manuel Pardo y el Derecho. Las ideas jurídicas del primer presidente civil", en *Ius – Revista de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo*, 8 (14), 2018, pp. 86-87.

[8] Siler, Douglas. *James Pradier. Correspondance*. Genève: Droz, Tome I (1790-1833), 1984, pp. 68-69.

[9] Mottard, Antoine. *Notice historique sur la vie et les travaux du professeur Fodéré, docteur en médecine*. Chambéry : De l'imprimerie de Puthod, 1843, p. 14.

[10] Siler, Douglas. *Ob. Cit.*, pp. 68-69.



Elaboración propia con datos de *Forum Pradier. Pour un échange ouvert d'informations et d'études sur la vie et l'œuvre du sculpteur James Pradier* (s/f).

http://www.jamespradier.com/Texts/Ressources_genealogie.php

Paul Pradier-Fodéré estudió Derecho en la Universidad de Estrasburgo. Posteriormente ejerció como abogado en París. También fue profesor de Derecho en el Colegio Armenio de esa ciudad, posición desde donde es convocado por el gobierno peruano para dirigir la nueva Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas en la Universidad de San Marcos de Lima[11]. Ciertamente que el interés por un profesor francés de prestigio se enmarca en la amplia presencia francesa en diversos ámbitos de la educación peruana en el siglo XIX[12].

Al momento de llegar al Perú en 1874, Pradier-Fodéré ya había publicado en su idioma natal varias obras de derecho público, como las siguientes: Compendio de Derecho Administrativo (1853), Tratado de Derecho Comercial (1854), Curso de Derecho Político y Economía Social

[11] Elliott, E.G. "M. Pradier-Fodéré". *The American Political Science Review*, 2 (2), 1908, p. 245.

[12] Riviale, Pascal. *Una historia de la presencia francesa en el Perú, del Siglo de las Luces a los Años Locos*. Lima: IFEA-IEP, 2008, pp. 99-107.

(1859), Elementos de Derecho Público y Economía Política (1864) y Principios Generales de Derecho, Política y Legislación (1869)[13].

A fines de 1879 o principios de 1880 retorna a Francia y se establece como abogado en la Corte de Apelación de Lyon. Al año siguiente publica su Curso de Derecho Diplomático conforme la práctica de los representantes del Ministerio de Asuntos Extranjeros de los Estados europeos y americanos[14]. Posteriormente, realiza su obra más extensa: el Tratado de Derecho Internacional Público Europeo y Americano, compuesto de ocho volúmenes publicados entre 1885 y 1906 (el último volumen fue publicado dos años después de su muerte). Se trató de un trabajo enciclopédico y, por ello, según E.G. Elliott, no sería una obra maestra sino tan solo una rica fuente de información y discusión[15].

Pradier-Fodéré murió el 27 de junio de 1904 en Saint-Étienne, Francia. El 28 de agosto de 1904 se realiza en la Universidad Mayor de San Marcos una sesión solemne, en la que José Matías Manzanilla, catedrático de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas, ofreció un discurso necrológico en honor al maestro francés. En dicho discurso se refiere que otras corporaciones y personas también rindieron homenaje a su memoria, como el Senado, la Cámara de Diputados y el Concejo Municipal de Lima; los diarios "El Comercio", "El Tiempo", "La Prensa" y "Actualidades", y sus discípulos José Antonio Felices y Rafael Sánchez Concha[16]. Así, a pesar de haber transcurrido 24 años desde la partida de Paul Pradier-Fodéré del Perú, su recuerdo en el claustro sanmarquino no fue olvidado.

IV. **El proyecto de la facultad de ciencias políticas y administrativas y su implementación**

José Matías Manzanilla afirma que Pradier-Fodéré diseña la flamante Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas sobre la base de la Escuela Libre de Ciencias Políticas de París, *"instituto, no sólo excelente sino único en*

[13] Elliott, E.G. *Ob. Cit.*, pp. 245-246.

[14] Ibídem, pp. 245-246.

[15] Ibídem, pp. 253-254.

[16] Manzanilla, José Matías. *Discurso necrológico en honor de Pablo Pradier Fodéré*. Lima: Imprenta La Industria, 1904, p. 13.

su género, pues las naciones europeas carecían aún en 1874, de corporaciones públicas, que se ocuparan de enseñar, con riqueza de detalles y con rasgos de verdadera especialidad, las ciencias sociales y políticas", agregando que adaptó la propuesta a las necesidades del país[17].

La referida Escuela francesa, hoy conocida mundialmente como Science Po, fue fundada en 1872 por Emile Boutmy, quien fue su primer director. Fue creada con dos secciones: Diplomática y Administrativa. Conquistó un lugar en el espacio universitario francés en poco tiempo, entre otros motivos, por la coyuntura que vivía ese país: "crisis nacional, interregno político y vacío jurídico"[18], producto del cambio de régimen del Segundo Imperio a la Tercera República. En este contexto, para Boutmy la hegemonía política de las élites sólo puede subsistir respaldada en el mérito[19]. De esta manera, la apuesta de la Escuela Libre de Ciencias Políticas de París consistió en formar una burocracia moderna basada en la meritocracia.

Cabe señalar, por otra parte, que la Facultad de Derecho de la Universidad de París fue favorable a la introducción de los estudios en ciencias políticas, pero sometidos a los estudios jurídicos, es decir, que sean parte de la referida Facultad. En contra de esa postura, Boutmy consideraba que las "ciencias del Estado" sufrirían una amputación en las escuelas de derecho, puntualizando además que existía una incompatibilidad entre la lógica deductiva y exegética de los estudios jurídicos y el enfoque experimental e histórico de los estudios políticos[20].

En el Perú, antes del nacimiento de la Escuela Libre de Ciencias Políticas de París, se empezaron a escuchar voces favorables a la enseñanza de las Ciencias Políticas y Administrativas para modernizar a la administración pública. Por ejemplo, en 1862, el doctor Eugenio C. Sosa, catedrático titular de Derecho Administrativo y Estadística General en la Universidad

---

[17] Manzanilla, José Matías. *Ob. Cit.*, pp. 4-5.

[18] Damamme, Dominique. "Genèse sociale d'une institution scolaire [L'École libre des sciences politiques]", en *Actes de la recherche en sciences sociales*, 70, 1987, pp. 31-32.

[19] Ibídem, p. 34.

[20] Ibídem, p. 44.

de San Marcos, hizo referencia en un texto a la falta de preparación de la burocracia estatal y sus consecuencias en la gestión de la cosa pública, afirmando que *"los funcionarios subalternos, en los Estados que no marchan a la vanguardia del progreso social, no sean por lo regular otra cosa, que mezquinos prácticos, débiles miopes que no ven nada más allá del trabajo mecánico a que están habituados"*, añadiendo que ello incluso puede advertirse en los altos cargos, cuando refiere que *"tareas tan elevadas, como las de Ministro, por ejemplo, se vean muchas veces ejercidas por metafísicos, por publicistas, por abogados de instrucción exclusiva e incompleta que no tienen la más pequeña práctica en el manejo de los negocios públicos"*[21].

Dado este diagnóstico, Sosa apuesta por una Facultad especializada en la formación de los servidores públicos desde las Ciencias Políticas y Administrativas[22]:

"Cuando los ramos de la Ciencia Social, que hoy cultiva la Universidad, se apliquen a la vida positiva, y sus preceptos se difundan de modo que todos reconozcan la urgencia de crear una nueva 'Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas', que confiera sus grados especiales y haga profesional la carrera de los que se dedican a servir al Estado, el Perú reportará el beneficio de herir de muerte a la empleomanía, lepra de los tiempos modernos, y no pudiendo tomar parte en las labores de la Administración sino los que hayan comprobado 'aptitud' y la 'preparación' conveniente, los intereses nacionales serán dignamente atendidos y nuevos destellos de luz iluminarán el sendero por donde se dirige la República al alto puesto que le está señalado en nuestro hermoso continente"

Nueve años después, en su memoria leída en la clausura del año escolar de 1871, el Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de San Marcos, José Antonio Barrenechea, también abogará por los estudios especializados en Ciencias Políticas y Administrativas pero realizados desde la Facultad de Jurisprudencia[23]:

---

[21] Sosa, Eugenio C. "Breves apuntes sobre la enseñanza de las Ciencias Políticas y Administrativas en la Universidad de Lima", en *Anales Universitarios del Perú*. Lima: Imprenta del Gobierno por E. Aranda, Tomo Primero, 1862, p. 372.

[22] Ibídem, p. 376.

[23] Barrenechea, José Antonio. "Memoria leída por el Decano de la Facultad de Jurisprudencia, D. D. José Antonio Barrenechea, en la clausura del año escolar

"Creo sí, que deben crearse en la Facultad de Jurisprudencia, grados especiales para las ciencias políticas y administrativas. Se puede ser un buen abogado o un buen juez, y sin embargo no poseer los conocimientos necesarios para ser agente diplomático o empleado en los diferentes ramos de la administración pública. Una sección especial que comprendiese el Derecho Administrativo, la Economía Política, la Estadística, la Historia Política Moderna, el conocimiento de los tratados públicos y de las prácticas de las cancillerías y de las oficinas del Estado, podría producir muy provechosos resultados"

El decano Barrenechea reiterará su propuesta en la memoria que presentó al año siguiente[24].

Es interesante apreciar la similitud de criterio entre las escuelas de derecho de París y Lima respecto de la subordinación de los estudios universitarios en Ciencias Políticas y Administrativas a los estudios de Derecho. De hecho, los cursos relacionados con los primeros formaban parte del plan de estudios de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de San Marcos en ese entonces, tal como lo señalaban los estatutos de esta casa de estudios en 1869. En efecto, conforme al artículo 46.° de este cuerpo normativo, en dicha Facultad se enseñaban las siguientes materias: Derecho Administrativo y Estadística, Economía Política y Diplomacia[25].

Sin embargo, el gobierno de Manuel Pardo optó por la creación de una Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas independiente de la Facultad de Jurisprudencia, para lo cual decidió contratar los servicios del jurista Paul Pradier-Fodéré. El contrato se suscribió en París el 14 de julio de 1874. En sus cláusulas el profesor francés se comprometió a lo siguiente[26]:

---

de 1871", en *Anales Universitarios del Perú*. Lima: Imprenta de Juan N. Infantas, 1872, Tomo VI, p. 100.

[24] Barrenechea, José Antonio. "Memoria leída por el Decano de la Facultad de Jurisprudencia", en *Anales Universitarios del Perú*. Lima: Imprenta de J. Francisco Solís, 1873, Tomo VII, p. 155.

[25] "Estatutos de la Universidad Mayor de San Marcos de Lima (1869)", en *Anales Universitarios del Perú*. Lima: Imprenta de Juan N. Infantas, 1871, Tomo VI, pp. CLIII-CLXIX.

[26] *Cfr. Anales Universitarios del Perú*. Lima: Imprenta de J. Francisco Solís, Tomo VIII, 1876, pp. 127-129.

- Fundar y organizar en Lima la enseñanza de las Ciencias Políticas y Administrativas.

- Encargarse de la dirección de los cursos que, de acuerdo con él, le designe el Gobierno.

- Escribir obras de Derecho Público Administrativo, en armonía con los códigos y leyes del Perú, que servirán de textos a los alumnos de la Facultad de Jurisprudencia.

- Servir de consejero al Gobierno y darle su parecer, tanto verbal como por escrito, en todo negocio en que quiera consultarle; y presentar al Gobierno un proyecto de Estadística para toda la República.

Por los mencionados servicios, el Gobierno se obligó a pagar la suma anual de diez mil soles, equivalentes a cincuenta mil francos, la cual no estaría sometida a ninguna medida de reducción, descuento ni retención que se aplique a los funcionarios y empleados gubernamentales. Además, como compensación por el puesto que dejó en Francia y su traslado al Perú, se le abonó la suma adicional de cien mil francos.

El contrato fue suscrito por seis años contados desde el día en que el profesor Pradier-Fodéré haya tomado posesión de sus cátedras, pudiendo ser renovado por un término igual o más largo, de común acuerdo entre las partes contratantes. Llegó al Perú casi tres meses después de su firma, el 9 de octubre de 1874.

Por ley del 7 de abril de 1875 se creó formalmente la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas en la Universidad Mayor de San Marcos. Cinco días después, siguiendo los lineamientos de Pradier-Fodéré, mediante decreto del 12 de abril de 1875 del Presidente Pardo se regularon los aspectos más importantes de la flamante Facultad en lo relativo a las características de la enseñanza que se impartiría[27], como por ejemplo los siguientes:

- La enseñanza en la Facultad duraría tres años, estaría compuesta por lecciones de los profesores y ejercicios prácticos *"que consistirán en*

[27] Ibídem, pp. 133-135.

trabajos escritos y en debates orales sobre las materias más importantes de cada ramo y sobre la práctica especial de los diversos servicios públicos". En palabras de Pradier-Fodéré, la nueva Facultad estará destinada a formar un semillero de empleados al servicio de la República, razón por la cual la define como una "escuela de preparación profesional"[28].

- Se conferirían los grados de Bachiller, Licenciado y Doctor en Ciencias Políticas y Administrativas. Para el primer grado se debía concluir los dos primeros años de estudios y para el segundo grado el tercer año. Luego de obtenerse el diploma de licenciado se podía optar por el grado de doctor presentando una tesis.

- Las materias que se debían enseñar fueron:

- Primer año: Enciclopedia o Generalización del Derecho, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Marítimo.

- Segundo año: Economía Política, Estadística y Ciencia de las Finanzas, y Derecho Internacional Público.

- Tercer año: Derecho Internacional Privado, Historia de los Tratados, y Diplomacia y Diplomática.

Dos días después, el 14 de abril de 1875, mediante decreto el Presidente de la República nombró a Pradier-Fodéré como Decano de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas. Asimismo, nombró como Secretario de la Facultad a Manuel Aurelio Fuentes, y a un grupo de profesores titulares y adjuntos.

El mencionado decreto encargó al flamante decano los cursos de Enciclopedia del Derecho, Derecho Administrativo, Economía Política, Derecho Internacional Privado, Historia de los Tratados, y Diplomacia y Diplomática. Así también, designó como profesor adjunto de Enciclopedia del Derecho a Manuel Aurelio Fuentes y de Derecho Administrativo a Federico León y León.

---

[28] Pradier-Fodéré, Paul. *Rapport a son Excellence M. Le Président de la République du Pérou, sur l'institution d'une Faculté des Sciences Politiques et Administratives a l'Université de San Marcos*. Lima: Typographie de l'État, 1874, pp. 9 y 12.

Por otra parte, para el curso de Derecho Constitucional se nombró como profesor principal a Luis Felipe Villarán y como profesor adjunto a Román Alzamora; para la asignatura de Derecho Marítimo fue nombrado Antenor Arias como titular y Narciso Aramburu como adjunto, y para la cátedra de Derecho Internacional Público se dispuso que el profesor Ramón Ribeyro, quien ya dictaba esta materia en la Facultad de Jurisprudencia, lo haga en la de Ciencias Políticas y Administrativas. Por último, se designó como profesor interino de Estadística a E. Marchand y se dispuso que el resto de profesores adjuntos sea nombrado posteriormente[29].

V. **Desarrollo de la facultad durante el decanato de Pradier-Fodéré (1875-1879)**

La Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas empezó a operar en abril de 1875 con la apertura de los cursos de primer año en los que se inscribieron 164 personas, entre ellas el hijo del decano, un joven de veinte años llamado Camille Pradier-Fodéré. El número inicial se redujo a 110 luego de eliminarse a los alumnos que tuvieron inasistencias continuas; posteriormente, algunos se retiraron por enfermedad y otros decidieron aplazar sus exámenes, por lo que, al final, sólo 59 alumnos se inscribieron para rendir las pruebas de los cursos[30].

Al finalizar el primer año de estudios, el decano Pradier-Fodéré manifestó en su memoria leída en la clausura, que el propósito de la Facultad ha sido el de *"fundar, para la formación del personal de los servicios públicos, una enseñanza especial, que comprende todos los conocimientos necesarios para el empleado, el administrador, el cónsul, el diplomático, el hombre de Estado"*. El ambicioso plan del jurista francés incluía a los empleados estatales de todos los niveles: *"a los que se destinan a la gestión, a la vigilancia, a la representación y a la defensa de los intereses colectivos, sea como funcionarios públicos, sea como funcionarios municipales, como ordenadores o empleados*

[29] *Cfr. Anales Universitarios del Perú*. Lima: Imprenta de J. Francisco Solís, Tomo VIII, 1876, pp. 135-136.

[30] Pradier-Fodéré, Paul. "Memoria leída por el Sr. Decano de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas, al clausurarse los estudios de la Universidad", en *Anales Universitarios del Perú*. Lima: Imprenta de J. Francisco Solís, Tomo VIII, 1876, pp. 218-219.

de contabilidad, como miembros de concejos locales o miembros del Congreso, como agentes consulares o agentes diplomáticos", con el objeto de que *"fueran a aprender a fondo la Constitución, la organización administrativa de su patria, la Economía Política, los elementos de la Estadística y los de la contabilidad pública (…)"*[31].

El ilustre profesor francés no acepta la afirmación de que las materias que se enseñan en su Facultad sean *"conocimientos accesorios"*, menos importantes que los clásicos cursos de Derecho Romano, Derecho Civil o Derecho Penal. Sobre el particular, señala en su memoria que, respecto de aquellas asignaturas, *"nos creemos dispensados de aprenderlas porque nos atribuimos una competencia innata para estas cuestiones, y porque cada uno ve en sí mismo la capa de un hombre de Estado"*; es decir, rechaza la idea de que la administración de la cosa pública sea una cuestión de intuición para la que no hace falta estudiar. Defiende así la cientificidad del Derecho Constitucional, la Economía Política, la Estadística, etc., enfatizando que *"son ciencias muy serias, muy reales, muy prácticas, que tienen sus principios y sus reglas determinadas; exigen una atención sostenida, una aplicación perseverante; no dependen solamente de la razón, se apoyan en la observación, en la experiencia; (…) reclaman una enseñanza grave, no se limitan a sentar teorías; son, ante todo y sobre todo, ciencias de aplicación"*[32].

Una manifestación de esta mixtura entre la enseñanza teórica y práctica la encontramos en la iniciativa de que los profesores publiquen obras, a modo de manuales, para cada asignatura, como lo hizo el propio Pradier-Fodéré, por ejemplo, al publicar el Compendio del Curso de Derecho Administrativo (1875) y el Compendio del Curso de Economía Política, de Estadística y de Ciencia de Finanzas (1876); o también v.gr. con el Curso de Derecho Constitucional Positivo (1875) de Luis Felipe Villarán, el cual, según su carátula, era el "resumen de las lecciones dadas en la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas"[33].

---

[31] Ibídem, pp. 215-216.

[32] Ibídem, pp. 217-218.

[33] Villarán, Luis Felipe. Curso de Derecho Constitucional Positivo. Lima: Imprenta del Estado, 1875.

El flamante decano sanmarquino expresa finalmente en su memoria que el aporte de la Facultad podrá ser juzgado en el futuro cuando *"se vea ocuparse en los empleos de los ministerios, en las prefecturas, en las sub-prefecturas, en los distritos, en los concejos de la administración municipal, en los consulados y las misiones diplomáticas, a sus bachilleres, sus licenciados y doctores"*[34]. Es decir, cuando se forme un auténtico cuerpo de servidores públicos del Estado.

Una fuente importante que muestra el desarrollo de la flamante Facultad es la publicación sanmarquina "Anales Universitarios del Perú"[35]. En ella podemos apreciar que la antigua Facultad de Jurisprudencia recelaba de la existencia de estudios independientes relacionados con la gestión del Estado. Así, en su memoria leída en la clausura del año escolar de 1876[36], el decano de la referida Facultad, Manuel Barinaga, afirmaba que debían regresar al seno de su claustro las materias de Derecho Constitucional, Derecho de Gentes y Derecho Administrativo, por ser propias de la Facultad de Jurisprudencia.

Agrega el decano Barinaga que la obligación impuesta a los alumnos de Jurisprudencia de matricularse en los mencionados cursos de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas los recarga considerablemente y, sobre todo, enfatiza que el enfoque de esas materias es práctico y no especulativo, como se requiere en los estudios jurídicos[37].

En efecto, como apunta José Carlos Martín en su "Historia de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas" -la obra más completa

[34] Pradier-Fodéré, Paul. *Ob. Cit.*, p. 222.

[35] Al respecto, es importante señalar que el profesor Edgar Carpio Marcos, en su artículo "La enseñanza del Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de San Marcos (1873-1922)" (publicado en *Apuntes de Derecho*. Año III, N.° 1, 1998), es uno de los primeros académicos que, contemporáneamente, ha difundido la historia de este esfuerzo educativo de formación de cuadros para la incipiente administración pública peruana del siglo XIX, citando la mencionada fuente.

[36] Barinaga, Manuel. "Memoria leída por el Sr. Decano de la Facultad de Jurisprudencia, D. D. Manuel Barinaga, en la ceremonia de clausura del año escolar de 1876", en *Anales Universitarios del Perú*. Lima: Imprenta del Estado, Tomo IX, 1876, pp. 340-348.

[37] Ibídem, p. 345.

que da cuenta del desarrollo de este claustro académico-, por decreto del 12 de abril de 1875 se dispuso la supresión, en la Facultad de Jurisprudencia, de las cátedras de Economía Política, Derecho Constitucional, Derecho Internacional, Derecho Administrativo y Estadística, las cuales se crearon en la flamante Facultad. Posteriormente, por decreto del 15 de abril del mencionado año, se estableció que los alumnos de la Facultad de Jurisprudencia tenían la obligación de estudiar las materias de Derecho Constitucional y Derecho Internacional en la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas, y que no podrían optar el grado de bachiller sin haber aprobado estos cursos. Estos cambios fueron plasmados al año siguiente en el Reglamento General de Instrucción Pública[38].

Regresando al año escolar de 1876, en su memoria, el decano Pradier-Fodéré[39] enfatiza que la línea de conducta impuesta en la Facultad se manifiesta en dos aspectos: En el caso de los profesores, la exigencia de que sean puntuales, que preparen concienzudamente sus clases y que den a sus alumnos todo el tiempo que el reglamento destina a la enseñanza; tratándose de los estudiantes, que estén obligados a seguir "religiosamente" los cursos, habituarlos "por ejercicios múltiples y frecuentes interrogaciones" a estudiar sin privilegiar la memoria, y *"segregar (…), sin consideraciones, las inteligencias que no estaban suficientemente preparadas para el estudio de las ciencias políticas"*.

Con relación al último aspecto antes referido, Pradier-Fodéré es contundente en su mensaje de privilegiar la calidad sobre la cantidad, lo que es importante de resaltar puesto que el debate sobre cómo compatibilizar ambos aspectos de la educación superior universitaria es un tema vigente en la actualidad. Sobre el particular, el maestro francés puntualiza que la eliminación académica de los jóvenes que no demuestren sólidos conocimientos en su exámenes, desalentará "a más de un candidato ligero" y con ello la Facultad y el país ganarán en calidad. Esta idea se expresa en

---

[38] Martín, José Carlos. *Historia de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas*. Lima: 1949, pp. 7-9.

[39] Pradier-Fodéré, Paul. "Memoria leída por el Sr. Decano de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas, Dr. D. Pablo Pradier-Fodéré, en la ceremonia de clausura del año escolar de 1876", en *Anales Universitarios del Perú*. Lima: Imprenta del Estado, Tomo IX, 1876, pp. 378-389.

esta dura frase: *"más vale contar con diez buenos alumnos que verse invadido con cuarenta nulidades"*.

Más adelante, Pradier-Fodéré da cuenta de que estos lineamientos han sido estrictamente aplicados en el año escolar de 1876, al informar en su memoria que, de 167 alumnos matriculados (que comprendieron el primer año, segundo año y los estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia que debían llevar algunos cursos) sólo 61 personas se presentaron a las evaluaciones y, de éstas, sólo 44 dieron un "buen examen" (27 aprobados por unanimidad y 17 por mayoría). El decano atribuye este resultado a que los alumnos se confiaron que los exámenes en la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas serían "excepcionalmente fáciles". De otro lado, también lamentó que la enseñanza de la lengua francesa no haya tenido acogida, no excediendo de cinco el número de interesados. Por último, debe destacarse que, entre los alumnos selectos, se había constituido la "Sociedad de Ciencias Políticas y Administrativas".

Esta rendición de cuentas del año lectivo no desanimó a Pradier-Fodéré, quien al final de su memoria renovó su compromiso de hacer de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas una institución de la que "el país de vanagloriará algún día", aunque dando esta advertencia: *"Pero para llegar a este resultado se necesita mucha paciencia, una severidad racional que sepa segregar las inteligencias poco inclinadas a los estudios que hacemos aquí, cursos bien preparados por sus respectivos profesores y concienzudamente seguidos por los alumnos, exámenes muy serios y sobre todo la firme voluntad de preferir la calidad de los alumnos a la cantidad"*.

El año escolar 1877 fue más auspicioso para Pradier-Fodéré respecto del cumplimiento de sus lineamientos. En la memoria correspondiente a dicho periodo lectivo[40], el decano informó que 84 alumnos se matricularon a principios de ese año (26 en el primer año, 27 en el segundo y 31 en el tercero). Al respecto, considera que esa cifra es considerable pero agradeció que el numero no haya sido mayor debido a la "severidad" del reglamento que no permitía la prórroga de los plazos de matrícula. Refirió que, de

[40] Pradier-Fodéré, Paul. "Memoria leída por el Señor Decano de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas, Dr. Pablo Pradier-Fodéré, en la ceremonia de clausura del año escolar de 1877", en *Anales Universitarios del Perú*. Lima: Imprenta del Estado, Tomo X, 1877, pp. 461-468.

los 84 estudiantes señalados, 60 se inscribieron en los exámenes de fin de año, precisando que los ausentes alegaron principalmente motivos de enfermedad. De los inscritos, 46 aprobaron los exámenes. Pradier-Fodéré destaca además que, en el tercer año, aprobaron 30 estudiantes y sólo uno fue aplazado, lo que vincula al alto nivel de exigencia que fue depurando a los alumnos de menos luces, reiterando lo que manifestó en la memoria del año pasado: *"en materia de enseñanza superior, lo que debe tenerse en mira no es la cantidad, sino la calidad"*.

También es relevante destacar de la memoria de 1877 que Pradier-Fodéré no fue partidario de que algunos cursos de la Facultad de Jurisprudencia sean suprimidos y sus contenidos sean aprendidos por sus estudiantes en asignaturas similares de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas. Pone énfasis en que esta negativa fue de conocimiento del Gobierno desde un inicio pero no se le prestó atención. Su objeción se basaba en los métodos opuestos de enseñanza en ambas carreras y en el tipo de profesional que se formaba en cada una de las respectivas Facultades: *"La Facultad de Jurisprudencia está destinada a formar abogados y magistrados; y a la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas se le encarga dar al país buenos administradores y diplomáticos instruidos"*. Confiaba en que este "error" sería reparado en el futuro, no sin antes mostrar cifras del desempeño de los alumnos de Jurisprudencia en el año 1877: 165 estudiantes de matricularon, 111 se inscribieron en los exámenes pero, de ellos, 59 no se presentaron a las evaluaciones, número "demasiado considerable" para el decano, aunque reconoce que, al haber aprobado la mayoría, el resultado lo califica finalmente de "brillante".

En su memoria del año 1878[41], el decano francés insiste una vez más en la diferencia entre los estudios jurídicos y de ciencia política. Por ello, hace un elogio del expresidente Manuel Pardo -asesinado ese año siendo Presidente del Senado- por haber promovido la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas para contrarrestar *"la tendencia a consagrar, en provecho de los abogados, el monopolio de las carreras administrativas y*

[41] Pradier-Fodéré, Paul. "Memoria leída por el Señor Decano de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas, Dr. D. Pablo Pradier-Fodéré, en la ceremonia de clausura del año escolar de 1878", en *Anales Universitarios del Perú*. Lima: Imprenta del Estado, Tomo XI, 1878, pp. 370-379.

políticas". Pradier-Fodéré describe descarnadamente esta realidad al señalar lo siguiente: *"Si se está dotado de una imaginación viva, de un golpe de vista seguro y de una palabra fácil, se adquiere una reputación en el foro; con cualidades menos brillantes, pero no menos preciosas, se llega sucesivamente a los primeros grados de la magistratura; algunos amigos en el poder abren las puertas de la Diplomacia o de la administración"*. Agrega que *"considerable es, en todos los países del mundo, el número de los abogados que, no inspirando suficiente confianza a los particulares para que estos les encarguen la defensa de sus intereses, se vengan de la ausencia de clientela aspirando a la gestión de los asuntos del Estado"*. En suma, los abogados en las dependencias públicas no están especializados en asuntos de gobierno y acceden a ellas en gran cantidad por falta de oportunidades profesionales en el ámbito privado.

Sin embargo, Pradier-Fodéré resalta que la Facultad, hasta 1878, sólo ha dado una docena de bachilleres y tres doctores, número claramente insuficiente para llenar las necesidades de las oficinas gubernamentales.; sin embargo, apela nuevamente a la paciencia, ya que para él *"las instituciones no son la obra de un momento sino del tiempo"*, manifestando su convicción de que su escuela será algún día, para el gobierno peruano, *"un foco de empleados útiles, profundamente instruidos en la teoría de todas las cuestiones que tendrán que tratar en los servicios públicos, después de un aprendizaje práctico que es en todas partes imposible evitar"*.

Por otro lado, indicó en su memoria que en el año 1878 se inscribieron 40 alumnos en el primer año, 18 en el segundo año y 15 en el tercer año, refiriendo que los números de los dos últimos años son consecuencia de las eliminaciones efectuadas en años anteriores, en la mira de conservar a los mejores alumnos a través de exámenes estrictos. De los 73 estudiantes inscritos en los tres años, 40 no se presentaron a los exámenes del mes diciembre; y de los 33 que sí lo hicieron, 22 fueron aprobados. Por su parte, de 92 alumnos de la Facultad de Jurisprudencia inscritos en el curso Derecho Constitucional, el decano reportó que solo 27 se presentaron al examen, de los cuales 22 fueron aprobados; y de 97 estudiantes de la misma Facultad inscritos en el curso Derecho Internacional Público, solo 25 se presentaron a la evaluación final, habiendo aprobado 23 personas.

El último año escolar dirigido por Pradier-Fodéré, en 1879, estará de alguna manera influenciado por la declaratoria de guerra entre Perú y Chile el 5 de abril de ese año.

De otro lado, es importante mencionar el incidente ocurrido con el vapor alemán "Luxor" perteneciente a la compañía alemana "Kosmos", el cual fue detenido en el puerto del Callao en mayo de 1879 por haber cargado armamento para Chile en el puerto de Montevideo y posteriormente descargarlo en el puerto de Valparaíso, violando su neutralidad. Por el transporte de este contrabando de guerra, se inició un juicio de presas[42].

El 1 de julio de 1879, el Gobierno solicitó a la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas un estudio detenido del caso, a pesar de que para aquél era clara la responsabilidad. El decano Pradier-Fodéré nombró a los catedráticos Ramón Ribeyro y Antenor Arias para dictaminar la cuestión, los cuales elevaron su informe al decano el 12 de julio de 1879. En dicho documento manifiestan que el mencionado informe fue aprobado por la Junta de Catedráticos de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas[43]. Los referidos catedráticos concluyen en su informe que el vapor "Luxor" violó sus deberes de neutralidad al conducir armamento y municiones de guerra a la República de Chile, que estaba en guerra con el Perú, por lo que podía ser declarado buena prensa y, por tanto, confiscado por el gobierno peruano.

El decano Pradier-Fodéré también fue consultado personalmente sobre el caso del vapor "Luxor", en atención a una de las obligaciones del contrato que firmó el 14 de julio de 1874, consistente, como se ha señalado anteriormente, en servir de consejero al Gobierno y darle su parecer, tanto verbal como por escrito, en todo negocio en que quiera consultarle. El

---

[42] Francisco García Calderón señala en su *Diccionario de la Legislación Peruana* que se denominan presas a los buques y mercaderías que se toman al enemigo cuando hay una guerra entre dos naciones; asimismo, define al juicio de presas como el juicio *"que se sigue ante los tribunales privativos del ramo para la declaración y adjudicación de las presas que se hagan a los enemigos del Estado en tiempos de guerra"* (Segunda edición, París: Librería de Laroque, 1879, pp. 1210 y 1571). El Tribunal de Presas del Callao declaró buena presa al "Luxor" en una resolución emitida a fines del mes de julio de 1879.

[43] *Cfr. Anales Universitarios del Perú*. Lima: Imprenta del Estado, Tomo XII, 1879, pp. 215-269.

jurista francés elaboró su informe el 26 de julio de 1879, en el que opinó en contra de la incautación del "Luxor" por dos motivos: 1) porque la tendencia del Derecho Internacional era contraria a la confiscación de naves conductoras de contrabando de guerra y 2) porque, aun cuando se aceptara la posibilidad de confiscar la nave bajo ciertas condiciones, éstas no se habrían cumplido, ya que no podría considerársele como nave enemiga, ni al servicio del enemigo ni cuando menos como muy sospechosa[44].

Habiendo llegado a su fin el año escolar de 1879, Pradier-Fodéré pronuncia su último discurso como decano[45]. En sus primeras líneas anunció que *"su misión acaba de terminar"*. Al respecto, precisó lo siguiente: *"El Gobierno acaba de honrarme con un oficio en que reconoce que 'he llenado fiel y lealmente todas las obligaciones contraídas'* [en el contrato que suscribió con el Gobierno peruano en 1874] *"*.

De otro lado, el saliente decano manifestó que deja una Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas *"establecida sobre las bases de una disciplina severa, con profesores acostumbrados a cumplir sus deberes y con discípulos dóciles bajo la dirección de sus maestros"*.

Por otra parte, a su sucesor le solicita, entre otras cosas, *"vigilar con mirada atenta las menores tentativas de posibles adversarios, porque toda nueva institución tiene necesariamente sus detractores y rivales"*, agregando que estaba convencido de que *"el que me suceda medirá toda la extensión de su responsabilidad y que tendrá bastante amor propio patriótico para impedir que un establecimiento próspero bajo la dirección francesa, caiga en decadencia entre las manos de un Decano peruano"*.

---

[44] Durán Bächler, Samuel. *El incidente del Luxor y la casi intervención del Imperio Alemán en Perú durante la Guerra del Pacífico*. Concepción: Universidad de Concepción, 1998, pp. 80-85. Citando fuentes de la época, en este libro encontramos que la opinión de Pradier-Fodéré tuvo una amplia difusión en el Perú y otros países, y expresaba un punto de vista *"totalmente opuesto al prevaleciente entre los abogados peruanos"* (Ibídem, pp. 86-88).

[45] Pradier-Fodéré, Paul. "Memoria leída por el Señor Decano de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas Doctor Don Pablo Pradier-Fodéré en la ceremonia de clausura del año escolar de 1879", en *Anales Universitarios del Perú*. Lima: Imprenta del Estado, Tomo XII, 1879, pp. 291-300.

Más adelante refiere Pradier-Fodéré en su última memoria que la situación de guerra en la que se estaba con Chile ha comprobado *"la necesidad absoluta de que los diplomáticos, los administradores y los hombres de estado peruanos conozcan a fondo las ciencias políticas que son el objeto de nuestra enseñanza"*, contrastando, a modo de ejemplo, el contenido del curso Derecho de Gentes de la Facultad de Jurisprudencia con los cuatro cursos especiales sobre la materia que se dictan en la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas. Remata este argumento con una apreciación general, al mencionar que en la Universidad de San Marcos habría una tendencia a inclinarse demasiado *"hacia las altas regiones de la Filosofía"*, añadiendo que *"la metafísica tiene bellezas que seducen a los espíritus superiores, pero que no dan vida a las masas populares de las que deben ocuparse los gobiernos, los hombres de estado y los administradores"*.

En otro pasaje de su memoria, el jurista francés vuelve a insistir en la necesidad de que los estudios de la Facultad deben ir de la mano con una reforma sobre las reglas de admisión a los empleos públicos. Sobre el particular, sentencia lo siguiente: *"El día en que los poderes del Estado juzguen indispensable exigir a los aspirantes a los empleos públicos las garantías de una capacidad especial y sometan esos candidatos a exámenes previos, nuestra Facultad convertida en escuela preparatoria prestará servicios grandes; será conveniente entonces que se disminuya los derechos de matrícula y de exámenes cuyo monto actual es contrario al espíritu democrático"*.

Finalmente, Pradier-Fodéré muestra su beneplácito por el número de matriculados en el año 1879 a pesar del conflicto bélico: 209 inscritos, de los cuales 50 se registraron para todos los cursos, 82 para Derecho Constitucional y 77 para Derecho Internacional Público. De los primeros, 26 de matricularon en el primer año, 16 en el segundo y 8 en el tercero, justificando estas cifras por *"las dificultades de los exámenes del primero y segundo año"*. Asimismo, reporta que el estado de guerra ha influido sobre los estudios, puesto que sólo 13 alumnos dieron el examen de primer año (de los que aprobaron 11), 7 el del segundo año (de los que aprobaron 5) 7 y el de tercer año (de los aprobaron 6).

Como podemos apreciar, este es el relato de una persona satisfecha con los logros obtenidos en la Facultad, pero que, a su vez, indica claramente los obstáculos, sobre todo el bajo número de graduados, la falta de

impulso del Gobierno para realizar una reforma del régimen de los empleos públicos de tal manera que resulte indispensable la formación en ciencias políticas y administrativas, y los desencuentros con el enfoque conceptual y metodológico de las asignaturas de la Facultad de Jurisprudencia relacionadas con el derecho público, que compiten con las de ciencias políticas y administrativas respecto de la comprensión del espacio estatal, lo que incluye la controversia entre la formación teórica del Derecho y la aproximación práctica de la ciencias políticas y administrativas que pretendía implementar Pradier-Fodéré en la Universidad de San Marcos.

¿A esto podría añadirse su opinión profesional sobre el incidente del vapor "Luxor" que era opuesta a la opinión prevaleciente de los abogados del foro limeño y de sus propios colegas de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas? Al respecto, en su discurso de clausura del año escolar de 1879, el Rector de la Universidad de San Marcos, Juan Antonio Ribeyro, alabó el informe realizado por la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas sobre este asunto -que como se señaló líneas arriba consideró al mencionado buque como buena presa-, puntualizando que[46]:

"si bien es cierto que algunos autores disienten de estas opiniones, que son las de la mayoría de los publicistas, tanto de épocas pasadas, como de las contemporáneas, no es porque difieran del fondo mismo de las máximas cardinales del derecho, sino porque se han dejado arrastrar del sentimentalismo de una escuela, que en cambio de sus deseos por la disminución de los males de la guerra en beneficio del comercio, dejan descubiertos los intereses más sagrados que atañen a la soberanía y al comercio mismo bien entendido y aplicado. Nuestros tribunales así lo han comprendido, y sus sentencias han completado el triunfo científico de la Facultad de que nos hemos ocupado"

Triunfo científico de la Facultad pero no de su decano o, mejor dicho, en contra de la opinión de su decano.

¿Fueron los obstáculos antes señalados y su opinión minoritaria sobre el "Luxor" los que motivaron su salida antes del vencimiento de

[46] Ribeyro, Juan Antonio. "Discurso del Señor Rector de la Universidad, D. D. Juan Antonio Ribeyro, pronunciado el día de la clausura del año escolar de 1879", en *Anales Universitarios del Perú*. Lima: Imprenta del Estado, Tomo XII, 1879, pp. 313-314.

los seis años del contrato que suscribió con el Gobierno en 1874 (con posibilidad de renovación por el mismo término o uno mayor), mediante un oficio de éste que le comunica que sus obligaciones contractuales han sido cumplidas? ¿Pradier-Fodéré se retira porque su enfoque práctico no fue suficientemente apoyado? ¿O por sus desavenencias conceptuales y metodológicas con la Facultad de Jurisprudencia? ¿O tal vez por la guerra, habida cuenta de que, para fines de 1879, Chile tenía el dominio del mar y avanzaba en su campaña terrestre?

Lo cierto es que Pradier-Fodéré deja el cargo de decano y sus cátedras al finalizar el año 1879, y ciertamente abandona el país junto con su familia. Al respecto, en una comunicación de fecha 3 de enero del 1880, el doctor Ramón Ribeyro, Subdecano de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas, informa al Rector que se ha hecho cargo del decanato *"por haber terminado el contrato que con el Supremo Gobierno celebró el Dr. D. Pablo Pradier-Fodéré"*. Asimismo, en una segunda comunicación de la misma fecha, le informa que se nombró como catedrático principal interino del curso Derecho Diplomático e Historia de los Tratados del Perú al profesor adjunto Narciso de Aramburú, debido a que dicha cátedra quedó vacante por la salida de Pradier-Fodéré[47].

VI. **Epílogo**

La historia de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas continuó sin Pradier-Fodéré. Tuvo 45 años de existencia formal, puesto que, en 1920, la Ley Orgánica de Enseñanza de ese año la transforma en la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas. Ocho años después, el Estatuto Universitario de 1928 la convierte en la Facultad de Ciencias Económicas[48].

---

[47] *Cfr. Anales Universitarios del Perú*. Lima: Imprenta del Universo, Tomo XIII, 1887, pp. 68-69.

[48] Picasso Rodríguez, Luis. "La Facultad de Ciencias Económicas y sus fundadores", en *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas*. Lima: UNMSM, N.° 58, enero-junio de 1958, pp. 110 y 114. La Facultad conserva ese nombre en la actualidad y se considera heredera de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas, reconociendo como su fundador a Paul Pradier-Fodéré (https://economia.unmsm.edu.pe/facul/Historia.htm). Por su parte, la actual Facultad de

A pesar de las circunstancias que habrían rodeado la salida del ilustre jurista francés, este personaje y su hijo Camille regresaron a Francia con un grato recuerdo del país. Cabe señalar en este punto que, en 1879, se solidarizaron con la causa nacional renunciado parcialmente a sus sueldos en la Universidad de San Marcos y en la Dirección de Estadística, respectivamente[49].

Posteriormente, en 1884, en su calidad de miembro del Instituto de Derecho Internacional, Paul Pradier-Fodéré elaboró un alegato a favor del Perú ante este prestigioso foro académico, manifestando que, desde su inicio, la guerra ha sido, de parte de Chile, una violación constante del derecho de gentes; y denunciando además a las fuerzas chilenas que ocuparon el país por la injustificada destrucción de sus recursos, la expoliación de sus bienes culturales y educativos (como la biblioteca y los gabinetes científicos de la Universidad de San Marcos), y las drásticas imposiciones a la población[50].

Por su parte, Camille Pradier-Fodéré, quien llegó a Lima con su padre a la edad de 20 años, estudió en la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas, obteniendo el bachillerato en 1877 con la tesis "De los derechos y deberes de las naciones en tiempo de paz, en tiempo de guerra y en el estado de neutralidad". Al año siguiente logró la licenciatura con la disertación titulada "Exposición y análisis de los deberes principales de los agentes diplomáticos"; ese mismo año obtuvo el grado de doctor con la tesis "Legislaciones diversas sobre el matrimonio"[51]. En 1877, Camille fue nombrado secretario de la Dirección de Estadística que dirigía Manuel Atanasio Fuentes. En Francia, años después de su salida del Perú, colaboró con su padre en la publicación del Tratado de Derecho Internacional

Derecho y Ciencia Política, como su nombre lo indica, está compuesta por dos escuelas profesionales: Derecho y Ciencia Política (https://derecho2.unmsm.edu.pe/).

[49] Martín, José Carlos. *Ob. Cit.*, p. 11.

[50] Pradier-Fodéré, Paul. "Communication de M. Pradier-Fodéré sur la guerre du Pacifique », en *Annuaire de L'Institut de Droit International*. Bruxelles : Librairie Européenne C. Muquardt, 1885, Septième Année, pp. 211-229.

[51] Martín, José Carlos. *Ob. Cit.*, pp. 29, 37 y 39.

Público Europeo y Americano. Fue juez del Tribunal de Saint-Étienne, donde murió en 1935[52].

Es de destacar el libro de Camille de 1897 denominado *Lima et ses environs. Tableaux de Mœurs Péruviennes* ("Lima y sus alrededores. Estampas de costumbres peruanas")[53]. Se trata de *"una descripción dirigida al público francés de la capital del Perú y las costumbres de sus habitantes en los años previos a la guerra con Chile"*[54], es decir, es un testimonio de sus impresiones sobre la ciudad cuando vivió en ella con su padre mientras él dirigía la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas. A decir de Estuardo Núñez, *"es obra de cronista más que de viajero, de residente observador y reposado, pero se incluye entre los viajeros por su carga costumbrista, su capacidad de observación y su sesgo original de espectador objetivo"*[55].

Paul Pradier-Fodéré tiene pues un lugar ilustre en la historia de la universidad en el país, de los estudios superiores en ciencia política y administración pública, y del servicio civil peruano.

[52] Arrambide Cruz, Víctor. "Recuerdos de la Universidad de San Marcos antes de la guerra con Chile", en Maticorena Estrada, Miguel. *La Universidad de San Marcos de Lima. Documenta Histórica*. Lima: UNMSM, 2013, pp. 277-279.

[53] Paris: A. Pedone, Libraire-Editeur, 1897.

[54] Arrambide Cruz, Víctor. *Ob. Cit.*, p. 277.

[55] Núñez, Estuardo. *Viajes y viajeros extranjeros por el Perú. Apuntes documentales con algunos desarrollos histórico-biográficos*. Lima: s/ed., 1989, pp. 578-579.

Repaso normativo de la "República Aristocrática" (A un siglo de su culminación)

Dante Martin Paiva Goyburu*

Sumario

I. Introducción. **II.** La República Aristocrática (1895 – 1919). **III.** El orden normativo durante la República Aristocrática. **IV.** Final de la República Aristocrática. **V.** Conclusiones.

I. Introducción

El 4 de julio de 1919, coincidiendo con el día de la independencia de los Estados Unidos de América, el periodo peruano conocido como la "República Aristocrática" llegó a su final, a partir del golpe de Estado encabezado por Augusto B. Leguía, iniciando una nueva etapa conocida como el Oncenio.

La "República Aristocrática" constituye el primer periodo de continuidad democrática de los civiles en el poder desde la proclamación de la independencia en 1821, situación resaltante pues el trayecto de la república peruana fue caótico en sus primeras décadas, con dos militarismos, una confederación fallida, un brevísimo civilismo -con el posterior asesinato de su protagonista incluido-, una traumática guerra y una pujante reconstrucción nacional, que tuvo como corolario una guerra civil por el poder, la cual marcaría el cierre de estos sucesivos e infaustos acontecimientos.

* Abogado, magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en cuya casa de estudios es docente universitario. Secretario de Redacción de la Revista Peruana de Derecho Público. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional – Sección Peruana.

Una de las mayores demandas a nivel de las democracias ha sido el que los representantes de la ciudadanía, libremente elegidos, sean quienes definan los destinos del Estado y el quehacer del gobierno, para tal efecto, durante el siglo XX se fueron perfeccionando las instituciones políticas y las libertades civiles, recurriendo a la Constitución (la cual fue materia de algunas reformas) así como a las leyes.

Estando próximos al Bicentenario, es propicio retomar los estudios en torno a nuestras instituciones políticas y jurídicas, para lo cual, la Historia Constitucional nos proporciona el método para la reflexión en torno a los episodios vividos y sus efectos en el desarrollo del derecho peruano.

Es por ello, que presentamos este estudio, centrándonos en un grupo de normas positivas, partiendo de la misma Constitución, y que, a consideración nuestra, tienen particular relevancia, lo que les ha merecido ser resaltadas como testimonios de los intereses centrales a nivel de los poderes ejecutivo y legislativo durante este periodo, permitiéndonos conocer de cerca el legado jurídico del segundo civilismo de nuestra República.

II. La República Aristocrática (1895 – 1919)

En su *Historia de la República de Perú*, Jorge Basadre bautiza al periodo de 1895 a 1919 como el de la "República Aristocrática", denominación que hace referencia a la participación y gobierno de los civiles provenientes del nivel social de mayor fortuna en el país.

Con relación a la periodificación de nuestra historia realizada por Basadre, se ha indicado que:

> La clasificación de Basadre es la más completa y minuciosa de las que existen hasta la fecha, motivo por el cual es digna de tomarse en cuenta. No obstante, pueden hacerse algunos reproches a esta clasificación e incluso anotar algunas de sus insuficiencias (…) (García Belaunde, 1990, p. 13).

El debate en torno a la nomenclatura y características de esta etapa dieron lugar a diversas posiciones, no solo en el ámbito histórico, sino también el económico e incluso el político; en este sentido, conviene tener en cuenta que:

> No solo los límites cronológicos han sido cuestionados para fijar el inicio de la época que empieza con Piérola; también la denominación de "aristocrática" es impugnada y se le califica de "plutocrática". Tal vez ha pasado desapercibido el hecho de que, si se cuestionan fechas y nominaciones, en estas últimas no se impugna la existencia de una República. Ciertamente que, con todas las limitaciones y la convicción de que la república "perfecta" no existe, se vivió entonces un cierto orden republicano, cuya manifestación externa fue la sucesiva presencia de civiles en el poder, la que además tuvo alternancia ordenada y duró dos décadas. (Cayo Córdova, 2004, p. 108).

Sin embargo, habiendo transcurrido más de un siglo desde la misma, existe un mayoritario acuerdo en la duración y características de este periodo, aunque con diversas ópticas en torno a los logros que se suscitaron en la misma. Con relación a ello, se ha considerado lo siguiente:

> La política quedó enfeudada y reservada a los grupos dominantes de la sociedad peruana. A punto tal que Carmen Mc Evoy considera que se produjo una especie de privatización "de la política por obra de los vínculos familiares que unían a los más conspicuos dirigentes del civilismo tanto en Lima como en el interior del país". Es verdad. Un análisis cuidadoso de los titulares de las funciones públicas revelaría el sorprendente grado que alcanzó el nepotismo en el Perú, precisamente, en beneficio de quienes accederían a la función pública para añadir a su poder económico, su poder político. (Paniagua, 2009, p. 153).

En atención a lo antes expuesto, siendo la predominancia de los civiles en el gobierno el rasgo característico de esta etapa (con una interrupción en los años 1914 y 1915), resultando una experiencia de mayor duración respecto al "primer civilismo" de Manuel Pardo (1872 – 1876), encontramos a los siguientes presidentes:

Cuadro N° 1
Gobernantes durante la República Aristocrática

Presidente	Periodo de gobierno	Norma de proclamación
Nicolás de Piérola	8/IX/1895 - 8/IX/1899	Ley del 4 de septiembre de 1895
Eduardo López de Romaña	8/IX/1899 - 8/IX/1903	Ley del 15 de agosto de 1899
Manuel Candamo	8/IX/1903 - 18/IV/1904	Ley de 25 de agosto de 1903
Serapio Calderón	18/IV/1904 – 24/IX/1904	Decretos legislativos del 18 de abril de 1904
José Pardo y Barreda	24/IX/1904 – 24/IX/1908	-
Augusto B. Leguía	24/IX/1908 – 24/IX/1912	Ley N° 724
Guillermo Billinghurst	24/IX/1912 – 4/II/1914	Ley N° 1571
Oscar R. Benavides	4/II/1914 – 18/VIII/1915	Resolución Legislativa N° 1958
José Pardo y Barreda	18/VIII/1915 – 4/VII/1919	Ley N° 2123

A partir de ello, considerando el esquema de Basadre, es que en nuestro estudio nos enfocaremos en las normas legales producidas durante este periodo, a través del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, a efectos de analizar las principales preocupaciones que merecieron a los civiles, los aspectos normativos de la Patria durante su gestión.

III. El orden normativo durante la República Aristocrática

Debemos partir este acápite refiriéndonos a la Constitución de 1860, la misma que estuvo vigente durante todo este periodo y bajo la cual se eligieron a los presidentes y congresistas de las distintas gestiones. Durante este periodo se da el tránsito entre los siglos XVIII y XIX en el Perú, situación que correrá de forma similar la Constitución de 1860.

Al respecto, es propicio realizar un repaso en torno a las reformas a la Constitución que se produjeron durante este periodo, teniendo en cuenta que en el artículo 131° contempló la modificación de la norma suprema, a cargo del Congreso, siempre y cuando se aprobara en dos legislaturas seguidas. En este sentido, encontramos las reformas siguientes:

Cuadro N° 2
Reformas a la Constitución realizadas durante la República Aristocrática

Ley de reforma y artículo modificado	Contenido
Ley del 12 de noviembre de 1895 (artículo 38° de la Constitución)	Se eliminó el requisito, para gozar del derecho del sufragio, de ser jefe de taller, o contar con alguna propiedad raíz, o tributar, dejando subsistentes el ser ciudadano y saber leer y escribir.
Ley del 31 de octubre de 1900 (artículo 125° de la Constitución)	Se suprimió el último párrafo, relativo a que la ley designaría el número de juzgados de primera instancia en las provincias y de juzgados de paz en las poblaciones. Mantuvo el párrafo sobre la organización del sistema con una Corte Suprema a nivel de la República, Cortes superiores en los departamentos, y juzgados de 1ra instancia en las provincias.
Ley N° 509 (literal 4 del artículo 41° de la Constitución)	Dentro de las causales de pérdida del derecho de ciudadanía, se eliminó el aceptar condecoración de un gobierno extranjero sin permiso del Congreso de la República; subsistiendo como causal aceptar un empleo o título, sin contar con dicho permiso.
Ley N° 765 (inciso 2° del artículo 50 de la Constitución)	Se añadió, dentro de los funcionarios que no podían ser elegidos como senadores ni diputados, a los vocales y fiscales de las cortes superiores, los jueces de primera instancia, y los agentes fiscales.
Ley N° 2193 (artículo 4° de la Constitución)	Se eliminó el impedimento, por parte del Estado, del ejercicio público de cualquier otra religión que no fuera la Católica, Apostólica y Romana.

Habiendo expuesto un resumen de los principales cambios a nivel de la norma suprema durante este periodo, conviene a continuar realizar una revisión de las normas promulgadas en este periodo.

Con relación a ello, consideramos pertinente empezar abordando lo relativo a las leyes electorales, pues como podrá apreciarse, el sistema electoral fue esencial para poder mantener la continuidad de los gobiernos electos por sufragio, y que representaban un desafío teniendo en cuenta lo caótico que resultó el siglo XIX en las elecciones de los gobernantes.

Cuadro N° 3
Leyes electorales emitidas durante la República Aristocrática

Ley	Contenido
Ley del 20 de noviembre de 1896	Titulada "Ley Electoral". Estuvo conformada por los siguientes títulos: Título I – Quienes ejercen el derecho de sufragio; Título II – Cómo se ejerce el derecho de sufragio; Título III – Funcionarios que intervienen en las elecciones; Título IV – De la Junta Electoral Nacional; Título V – De las juntas electorales de departamento, Título VI – De las juntas de registro provinciales; Título VII – De las Delegaciones Distritales de Registro; Título VIII – Del Registro Electoral; Título IX – De las Juntas Escrutadoras de Provincia; Título X – De las comisiones receptoras de sufragios; Título XI – Del modo de hacer las elecciones; Título XII – De la incorporación de los Representantes y proclamación de Presidente y Vice-Presidentes de la República; Título XIII – De las infracciones de esta ley; Título XIV – Disposiciones generales. Establecía el sufragio para los peruanos mayores de 21 años o los casados menores a dicha edad, que sepan leer y escribir y se hubieran inscrito en el registro cívico de su domicilio, quienes ejercerían su voto de manera directa y pública. Asimismo, se precisó que la Junta Electoral Nacional estaría conformada por nueve miembros elegidos de la siguiente forma: Dos por la Cámara de Senadores, dos por la Cámara de Diputados, cuatro por el Poder Judicial y uno por el Ejecutivo.
Ley N° 861 - Elecciones políticas	Se realizaron modificaciones en torno a la Junta Electoral Nacional y algunos de sus procedimientos. En adelante, los miembros de la junta serían elegidos por el Congreso (ocho integrantes) y uno designado por el Poder Ejecutivo.
Ley N° 1072 - Elecciones Municipales	Se estableció para las elecciones municipales, que el sufragio sería directo y público, ejerciendo el mismo los vecinos peruanos y extranjeros mayores de veintiún años o casados si fueran menores, que supieran leer y escribir.
Ley N° 1533 - Elecciones Políticas	Se precisa la regulación sobre las funciones, atribuciones y procedimientos de la Junta Electoral Nacional.
Ley N° 1777 - Ley de Elecciones Políticas	Mediante esta norma, se estableció que el Ministerio de Hacienda publicaría la lista de los contribuyentes peruanos de cada provincia, mayores de edad, que sepan leer y escribir y que paguen por derecho propio, con acumulación de cuotas sobre sus predios, quienes tendrían a su cargo la Junta de Registro y la Junta Escrutadora.

Ley N° 2108 - Elecciones políticas	Esta norma se aprueba bajo el gobierno de Oscar R. Benavides, deroga a la Ley del 20 de noviembre de 1896, así como a la Ley N° 1777. Estuvo conformada por los títulos siguientes: Título I – Quienes ejercer el derecho de sufragio; Título II – Cómo se ejerce el derecho de sufragio; Título III – De la matrícula de contribuyentes; Título IV – De la asamblea de contribuyentes; Título V – De las Juntas de sufragio y de las mesas o comisiones receptores; Título VI – De las Juntas Escrutadoras; Título VII – Del modo de practicar las elecciones; Título VIII – De la entrega de credenciales, incorporaciones de representantes y proclamación de Presidente y Vice Presidentes de la República; Título IX – De las infracciones de esta ley y de la nulidad de las elecciones; Título X – De la jurisdicción en materia electoral; Título XI – Disposiciones generales.

Del cuadro precedente, podemos verificar que durante este periodo hubo una continua preocupación en lo que se refiere a las normas electorales. Con la gestión de Piérola, que inauguró a la República Aristocrática, también se introdujo una nueva "Ley Electoral", reemplazando a la de 1861, la cual fue materia de posteriores ajustes y aclaraciones; y con Oscar R. Benavides, en el marco del golpe de Estado contra Guillermo Billinghurst y su difundido populismo, se daría una nueva ley de esta materia.

Al respecto, el valor de la regulación electoral para el mantenimiento de los civiles en el poder, resultó esencial, precisándose con relación a ello, lo siguiente:

> Entre las principales causas que podrían explicar varios de estos efectos, se podría empezar mencionando lo que Basadre había señalado como el centralismo que desarrolla la República Aristocrática para con sus instituciones políticas y organismo electorales propios del sistema electoral. La Ley de 1896 concentraba mucho poder en la Junta Electoral Nacional: elegía a los presidentes de las Juntas Departamentales, elaboraba la lista de los veinticinco mayores contribuyentes de cada provincia y realizaba el sorteo, sorteo que terminó convirtiéndose en un "sorteo". La composición de la Junta, además, siempre estuvo estructurada de tal manera que favorecía al partido de gobierno. (Luna, 2014, p. 126).

En este sentido, Carmen McEvoy sostiene que:

> La llegada del segundo civilismo al poder dio inicio, paradójicamente, a un proceso de privatización de los espacios políticos. Lo anterior fue posible debido a la Ley Electoral de 1896, que restringió sensiblemente la participación ciudadana en las lecciones, y a la neutralización o cooptación sistemática de todas las fuerzas políticas adversas del poder hegemónico. En tal escenario, el civilismo pasó a ser un movimiento de élite, semejante a una tertulia de amigos, lo que lo hizo ineficaz para la reforma política que requería la sociedad peruana. Así, el neorrepublicanismo civilista del siglo XX rompió con el término con el cual se había identificado tradicionalmente: la democracia. (McEvoy, 2017, p. 327).

Procederemos a continuación, a repasar de manera general un grupo de leyes de este periodo, que hemos considerado particularmente trascendentes por las materias que se abordaron.

Cuadro N° 4
Leyes emitidas durante la República Aristocrática

Ley	Contenido
Ley del 2 de diciembre de 1895.	Se modificaron disposiciones de las leyes orgánicas del servicio diplomático y consular. Se estableció que integraban las listas diplomáticas del Perú los enviados extraordinarios y ministros plenipotenciarios, los encargados de negocios, los secretarios de primera o de segunda clase y los adjuntos, así como la jerarquía entre estos. Se precisó además la conformación del Cuerpo Consular.
Ley del 11 de diciembre de 1895.	Mejora la organización del Poder Judicial al establecer la jerarquía en los puestos judiciales de cada localidad de la República, asegurando que cada localidad cuente con los magistrados que correspondan a sus condiciones, garantizando además las remuneraciones de los mismos.
Ley del 18 de diciembre de 1895.	A fin de garantizar la subsistencia del colegio nacional de San José de Chiclayo, se creó un impuesto de cinco centavos por cada botija de chicha que se elaborara en el departamento de Lambayeque.
Ley del 20 de diciembre de 1895.	Se declararon nulas y sin efecto alguno todas las leyes y disposiciones de carácter interno dictadas por el Congreso de 1894, así como los actos gubernativos internos practicados por los gobiernos de Justiniano Borgoño y Andrés A. Cáceres. Esta medida no alcanzaba a aquellos actos que ya hubieren surtido sus efectos.
Ley del 3 de enero de 1896.	En el marco de la salubridad pública, se estableció la obligatoriedad de la vacunación y revacunación para todos los habitantes de la República, debiendo las municipalidades provinciales garantizar su cumplimiento.

Ley del 2 de noviembre de 1896	Se establecieron condiciones para ingresar a la Facultad de Medicina de la Universidad Mayor de San Marcos, dispensando a los estudiantes de volver a llevar las materias que cursaron en el primer año de la Facultad de Ciencias, y se añadieron otros requisitos.
Ley del 7 de noviembre de 1896.	Se otorgó amnistía a los autores del movimiento federalista de Iquitos, cancelando los procesos que se iniciaron como causal de dicho movimiento, disponiéndose además la libertad de los que se encontraran detenidos. La insurrección de Loreto fue comandada por Mariano José Madueño y Ricardo Seminario y Aramburú
Ley del 5 de noviembre de 1897.	Se estableció que la Corte Suprema de Justicia estaría conformada por once vocales y dos fiscales, y organizada en dos salas integradas por cinco vocales cada una.
Ley del 30 noviembre de 1897.	Aclara los alcances de la Ley del 2 de noviembre de 1896, a efectos de superar las dudas que generó su aplicación.
Ley del 9 de diciembre de 1897.	Se declaró a la ciudad de Iquitos como capital del departamento de Loreto, en atención a su desarrollo comercial, así como a las condiciones que presentaba.
Ley del 16 diciembre de 1897.	Concedió, en aras de dotar de mayor independencia a las universidades de Arequipa, Cusco y Trujillo, la capacidad de elegir a sus rectores, vicerrectores, la aprobación de su presupuesto, así como de los expedientes para el otorgamiento de los grados académicos.
Ley del 23 de diciembre de 1897.	Para el caso de las personas que no profesaban la religión católica, se autorizó que contrajeran matrimonio civil ante el alcalde provincial al que correspondiera su domicilio; y se concede competencia a los juzgados civiles para conocer sobre los juicios de separación de cuerpos y nulidad de los matrimonios celebrados bajo esta norma.
Ley del 20 de diciembre de 1898	El Poder Ejecutivo presentó una propuesta de Código de Justicia Militar, en el marco de la modernización del ejército peruano impulsado por Piérola, y que se aprobó por el Congreso. Fue un código extenso, consideraba la pena de muerte, no obstante, ésta fue sustituida por veinte años de prisión al momento de aprobarse la ley.
Ley del 27 de diciembre de 1898	Se estableció la obligatoriedad del servicio militar por parte de todo peruano, desde los 19 a los 50 años de edad. También se dieron alcances en torno al Ejército, la Guardia Nacional y las Reservas.
Ley del 9 de noviembre de 1899.	Esta norma inicia planteando que la recusación es un remedio legal para consultar la imparcialidad de ellos, pero el abuso del mismo recurso produce daños que deben evitarse. A partir de ello, la ley precisa con detalle los requisitos y plazos para poder presentar la recusación correspondiente.
Ley del 15 de enero de 1900.	Mediante esta ley se establecieron principios para la cuenta corriente mercantil y bancaria, que debían regir conforme al derecho moderno, según se precisa. Fueron establecidas disposiciones para los comerciantes, así como para las empresas bancarias.

Ley del 1 de diciembre de 1900.	A partir de la anulación de las disposiciones sobre los juicios verbales, se dispuso que los jueces de paz despacharían las causas de su competencia en el distrito civil al cual correspondía sus nombramientos; y se establecieron nuevas medidas en torno a los juicios verbales, así como para jueces y amanuenses.
Ley del 9 de marzo de 1901.	Se aprobó la Ley Orgánica de Instrucción. En su artículo 1° estableció que la instrucción pública es oficial (dada por el Estado en escuelas, liceos, colegios, institutos y universidades subvencionados por éste) y también libre o particular (dada por todos los que reúnen condiciones de capacidad y moralidad exigida por la ley). La ley estaba conformada por una Sección Preliminar – Disposiciones generales, Sección I – De la primera enseñanza; Sección II – De la segunda enseñanza; Sección II – De la enseñanza universitaria; Sección IV.
Ley del 30 de septiembre de 1901.	Con esta ley se reconoció que las congregaciones religiosas tenían el entero dominio y plena administración de sus bienes, pudiendo disponer sobre los mismos como las personas particulares, dispensándolos de lo previsto en los artículos 1358, del Código Civil, 1549 y 150 del Código de Enjuiciamientos Civiles.
Ley del 29 de noviembre de 1901	Por esta ley, los bomberos y otros "salvadores" que sufriesen discapacidad a consecuencia del cumplimiento de sus labores, tenían derecho a obtener una pensión de invalidez; y en caso de fallecimiento, su fallecimiento y sepelio sería sufragado por la Beneficencia Pública del lugar, otorgándose a su viuda, hijos o madre una indemnización.
Ley del 14 de diciembre de 1901.	Con esta ley se oficializa la adopción del patrón oro por parte del Perú, aunque ya desde el gobierno de Nicolás de Piérola se venían acuñando monedas de libra, pasando a ser la libra peruana de oro la unidad monetaria del país. Se prohibió la introducción de toda moneda de plata o de cobre, y se reconoció validez de la circulación de las monedas inglesas.
Ley del 15 de febrero de 1902.	Se aprobó el Código de Comercio, norma conformada por cuatro libros: Libro primero – De los comerciantes y del comercio en general; Libro segundo – De los contratos especiales de comercio; Libro tercero – Del Comercio Marítimo; Libro cuarto – De la suspensión de pagos y de las quiebras de las prescripciones.
Ley del 15 de febrero de 1902.	Norma aprobada como "Juicio de Quiebra", conformada por 10 títulos. Estableció que solo los comerciantes pueden ser declarados en quiebra, mediante un pronunciamiento judicial, y se precisaron las distintas etapas y requisitos para la obtención del fallo sobre quiebra.
Ley N° 1 - Numeración de las leyes y resoluciones legislativas	En atención a que la numeración de las leyes permite conocerlas mejor y se pueden invocar de forma más precisa, el Congreso aprobó, mediante esta norma, que el Poder Ejecutivo fijaría a las leyes y resoluciones legislativas el número cardinal que les corresponda, conforme al orden que las promulgue.

Ley N° 391 - Demarcación de Lima	La demarcación de la capital de la República se delegó al Poder Ejecutivo, para que la ejecutara previo estudio de los planos respectivos, debiendo anexarlos los barrios, edificios y terrenos vecinos que dieron lugar a los distritos colindantes.
Ley N° 392 - Anexión a Lima del barrio de "La Victoria"	El barrio de "La Victoria", que pertenecía al distrito de Miraflores, fue anexado a la ciudad de Lima. Se precisó, además, como límite sur del mismo, la acequia que pasaba por la zona de "Balconcillo".
Ley N° 801 - Opción de grados académicos por las mujeres	Esta norma representó la incorporación legal de las mujeres al sistema universitario, reconociéndoles el derecho de acceder a la matrícula universitaria, así como a obtener los grados académicos respectivos. Hay que recordar que, si bien años atrás hubo mujeres universitarias, como es el caso de María Trinidad Enríquez, Margarita Praxedes Muñoz, sus estudios se reconocieron de manera personal por decretos especiales.
Ley N° 801 - Colegios de Abogados	Con esta ley se reconoció al Ilustre Colegio de Abogados de Lima como una institución oficial, confiriéndole similar carácter a los demás colegios de abogados que se establecieran en el país, fijándose sus atribuciones y requisitos para su creación, debiendo coordinar con las Cortes Superiores. Asimismo, se dispuso que para el ejercicio de la abogacía debía estarse inscrito en las matrículas de abogados que llevaban las cortes.
Ley N° 1378 - Accidentes del trabajo	Ante el avance del movimiento obrero y como tal, las incidencias en las relaciones laborales, se promulgó esta ley, conformada por los siguientes títulos: Título I – Principios generales; Título II – Asistencia médica; Título III – Indemnizaciones; Título IV – Declaración de los accidentes y procedimientos judiciales; Título V – Seguros; Título VI – Garantías; Título VII – Multas.
Ley N° 1409 - Otorgando amnistía general a los enjuiciados por los actos perpetrados contra el orden público el 29 de mayo de 1909	El 29 de mayo de 1909 se produjo en Lima una sublevación contra el presidente Augusto B. Leguía, con el fin de obligarlo a renunciar. Hubo un asalto a Palacio de Gobierno, estando encabezado el levantamiento por Carlos de Piérola (hermano del expresidente peruano) y otros familiares. Ante esta situación, el gobierno respondió con una dura represión, pero transcurridos algunos años, se fueron apaciguando los ánimos; precisamente, esta ley se aprueba en tal contexto, precisándose en la misma "Que es conveniente propender a la unificación de la familia peruana y al afianzamiento de la paz interna mediante el absoluto olvido de todos los actos perpetrados contra el orden público desde el 29 de mayo de 1909 hasta el día".
Ley N° 1510	Mediante esta ley se aprobaron los proyectos de Ley Orgánica del Poder Judicial, Código de Procedimiento Civiles y de Ley de Notariado, que estuvieron a cargo del Comité de Reforma Procesal. Se dispuso su entrada en vigencia a partir del 28 de julio de 1912.

Ley N° 1569 - Servicio Militar Obligatorio	La ley sobre el servicio militar obligatorio se encontraba conformada por los siguientes capítulos: Capítulo I – Del Servicio Militar Obligatorio; Capítulo II – Del Ejército y de las Fuerzas del Mar; Capítulo III – De la inscripción en general; Capítulo IV – Del registro de inscripción; Capítulo V – De la clase; Capítulo VI – De las excepciones y dispensas y manera de calificarlas; Capítulo VII – Del sorteo; Capítulo VIII – De la libreta de conscripción; Capítulo IX – Del registro militar; Capítulo X – Llamamiento del contingente, llamamiento de las distintas clases en tiempo de guerra, de los desertores; Capítulo XI – De los voluntarios; Capítulo XII – Del reenganche; Capítulo XIII – De las penas; Capítulo XIV – Disposiciones generales; Capítulo XV – Disposiciones transitorias.
Ley N° 1782 - Creando el departamento de Madre de Dios	Se creó el departamento de Madre de Dios, estableciéndose sus límites correspondientes, así como las provincias que lo integrarían: Tahuamanu, Tambopata y el Manu. Se fijó como su capital Puerto Maldonado y sus causas a la Corte Superior de Puno.
Ley N° 1801 - Declarando oficiales e intangibles la letra y música del Himno Nacional	Mediante esta ley se resalta el carácter oficial e intangible de la letra y música del himno nacional del Perú, siendo autores José de la Torre Ugarte y José Bernardo Alcedo, respectivamente. Cabe señalar que esta norma se encuentra vigente, no obstante, se interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra ésta, en el año 2004, siendo declarada la misma fundada en parte.
Ley N° 2136 - Amnistía: concediendo indulto general y absoluto por los delitos políticos o comunes derivados de aquellos	Una vez reinstaurado el orden constitucional, luego del breve gobierno del Oscar R. Benavides entre 1914 y 1915, el gobierno de José Pardo, mediante esta ley, dispuso la amnistía e indulto para los procesados por delitos políticos, resaltándose, expresamente, que beneficiaba también a los siguientes: - Oficiales del Batallón N° 7 y demás enjuiciados por el movimiento ocurrido en Puno en mayo de 1914. - Amotinados en Iquitos en el mes de marzo de 1914 y a los que cometieron igual delito en Juliaca en 1915. - Los procesados por delitos políticos ocurridos en la provincia del Dos de Mayo en 1895. - Los que tomaron parte de los movimientos ocurridos en el pueblo de San Miguel de Cajamarca en 1914, en la ciudad de Cotahuasi, provincia de la Unión, en el año 1912, y en la ciudad de Yurimaguas el 22 de marzo de 1913.
Ley N° 2851 - Trabajo de los niños y mujeres por cuenta ajena	En el contexto de las exigencias por mejores condiciones de trabajo, se reguló las actividades laborales de niños y mujeres. Para los niños, había condiciones dependiendo si se era menor o mayor de catorce años. Se les reconoció a mujeres y niños la jornada de ocho horas diarias, una indemnización mayor a otros trabajadores en caso de accidentes de trabajo, el descanso semanal y prohibición de realizar trabajos peligrosos. También resalta el descanso remunerado de maternidad por sesenta días, horario de lactancia y un espacio para atender a los menores hasta cumplir un año de edad.

De forma complementaria a las leyes, las cuales fueron ampliamente dictadas durante el segundo civilismo, se presentaron resoluciones legislativas, las cuales aprobaban otros asuntos de intervención congresal, como lo era la aprobación de tratados suscritos por el presidente o incluso servían para promulgarse normas cuando el ejecutivo se negaba a realizarlo. De esta forma, encontramos a las siguientes resoluciones legislativas.

Cuadro N° 5
Resoluciones legislativas emitidas durante la República Aristocrática

Resolución legislativa	Contenido
Resolución Legislativa del 2 de diciembre de 1895	El Congreso de la República resolvió que los aspirantes universitarios, que aprobaron el examen de ingreso, pueden matricularse directamente en las Facultades de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Administrativas, con la sola obligación de haber aprobado el curso de Filosofía Trascendental antes de optar por el grado de bachiller.
Resolución Legislativa del 1 de febrero de 1896.	Disponiendo juzgamiento por delito de rebelión al general Andrés Avelino Cáceres y el coronel Justiniano Borgoño por los hechos ocurridos el 1 de abril de 1894.
Resolución Legislativa del 21 de octubre de 1897	Se promulgó la primera ley de Habeas Corpus que tuvo el Perú, y a insistencia del Congreso de la República, debido a la negativa del presidente Nicolás de Piérola, de promulgar la norma[1].
Resolución Legislativa del 10 de noviembre de 1898	El Congreso, en el marco de sus atribuciones, aprobó el tratado de extradición celebrado el 23 de julio de 1898, entre el Perú y España.
Resolución Legislativa del 2 de agosto de 1899	El Congreso de la República resolvió que los jefes, oficiales y cirujanos sobrevivientes del Huáscar que concurrieron al combate naval de Angamos, perciban el íntegro de la pensión que les corresponde conforme a sus años de servicios.
Resolución Legislativa N° 70	Fue declarado duelo nacional el día de los funerales de Francisco García Calderón, Rector de la Universidad Mayor de San Marcos de Lima
Resolución Legislativa N° 226	El Congreso, en el marco de sus atribuciones, aprobó el tratado de extradición celebrado el 26 de enero de 1904, entre la República del Perú y el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda.
Resolución Legislativa N° 2050	Se aprobó el tratado de paz y amistad entre el Perú y los Estados Unidos de América, suscrito el 14 de julio de 1914, a pocos días de haberse producido el asesinato del archiduque Francisco Fernando y su esposa en Sarajevo, que dio inicio a la Gran Guerra.

Por el lado de las normas promulgadas por el Poder Ejecutivo, cabe destacar una serie de decretos, mediante los cuales se regularon distintas materias, conforme se anota a continuación

[1] Cfr. GARCIA BELAUNDE, Domingo: *El Hábeas Corpus en el Perú*, Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1979, pp. 23 – 45.

Cuadro N° 6
Decretos emitidos durante la República Aristocrática

Decretos	Contenido
Decreto del 11 de diciembre de 1896	Disponiendo crear en el Ministerio de Relaciones Exteriores un archivo especial de límites, con el fin de atender a la defensa de los derechos de la República, mediante el acopio de los documentos y realicen todos los trabajos que se refieran a las cuestiones de límites pendientes con los Estados vecinos. Se fijó su organización y atribuciones.
Decreto del 9 de mayo de 1899	Al haberse aprobado la ley del matrimonio civil para los no católicos el 23 de diciembre de 1897, se estableció como complemento a la misma, una disposición a efectos de comprobar la no catolicidad de los contrayentes, lo cual es una condición esencial para la viabilidad de dicho matrimonio. Asimismo, se añadieron previsiones para el caso en que la autoridad eclesiástica denegase el permiso para el matrimonio en caso que existiera disparidad de cultos.
Decreto del 18 de diciembre de 1903	En atención a que quedó consolidad el movimiento político operado en Panamá el 3 de noviembre de 1903, que dio a lugar al establecimiento de la República de Panamá, la misma reunía todas las condiciones exigidas por el derecho internacional para su reconocimiento; en tal sentido, se le reconocía como nación independiente.

A nivel de reglamentos, que también eran normas dentro del sistema jurídico de la época, el que más destaca de entonces, a nuestra consideración, es el "Reglamento de la Ley del Servicio Militar", promulgado el 10 de diciembre de 1900 por el presidente López de Romaña. Se indicó que el mismo respondía a la necesidad de asegurar un mejor cumplimiento de la Ley del Servicio Militar promulgada tiempo atrás.

Esta norma se estructuró en capítulos, conformándose por los siguientes: Capítulo I – Del servicio militar; Capítulo II – Excepciones; Capítulo III – De los Registros; Capítulo IV – De la Junta Conscriptora de Provincia; Capítulo V – De la Junta Revisora; Capítulo VI – De los sorteos; Capítulo VII – De los contingentes; Capítulo VIII – Fondos de conscripción; Capítulo IX – De las Reservas; Capítulo X – De la Guardia Nacional; Capítulo XI – Del acuartelamiento y movilización; Capítulo XII – De la instrucción de las Reservas y Guardia Nacional; Capítulo XIII – De las penas; Capítulo XIV – De los premios; Capítulo XV – De la gratificación por Registros; Capítulo XVI – De los formularios.

IV. Final de la República Aristocrática

La República Aristocrática se prolongó por 24 años, durante los cuales, salvo el caso de Oscar R. Benavides, los gobernantes fueron elegidos por sufragio de forma sucesiva. El Partido Civil controló tanto la Presidencia como el Congreso de la República.

Esta situación fue por mucho tiempo anhelada, el establecimiento de una auténtica democracia que evidenciaría la consolidación de la idea de República proveniente de la independencia.

Sin embargo, aun cuando los anhelos eran nobles, la realidad demostró una serie de conflictos y problemas que menoscaban la institucionalidad que aparentemente se pretendía establecer, y es que el proyecto civil, en buena cuenta, solo establecía privilegios para un sector. En este sentido se ha señalado que:

> Al empezar el siglo, la lucha política seguía determinándose en Lima a través de los partidos tradicionales: Civil (gobernante) y sus socios Demócrata y Constitucional. Durante la primera década de la contienda se da en el plano parlamentario limeño-oligárquico. Este tipo de política centralista y repudiada por los diferentes núcleos anarquistas, quienes la denunciaban como de una 'república excluyente', pues solo permitía la participación limitada de los ciudadanos reconocidos por la Constitución de 1860. (Chanamé Orbe, 2015, p. 316).

Precisamente, apunta Jorge Basadre en torno al auspicioso inicio de este periodo, que con el correr de los años, se demostró que el entusiasmo partía del carisma que despertaba Piérola, pero que no se supo mantener o canalizar hacia la legitimidad de quienes asumieron las gestiones posteriores, teniendo en pugna al Partido Civil, al Partido Constitucional y al Partido Demócrata. En estos términos refirió lo siguiente:

> (…) Pero había una grieta y era ésta: si el Estado de 1895-99 había empezado teniendo fuertes raíces populares, ellas comenzaron a agotarse. Poco a poco vino a crearse una separación entre estado y pueblo, entre gobierno y nación. Las elecciones presidenciales o parlamentarias no siempre dan el triunfo a los candidatos de arraigo

> popular y a veces lo daban a quienes tenían a su disposición a los organismos del sufragio o a los elementos del oficialismo. (Yepes del Castillo, 2003, p. 245).

Dentro de las críticas sobre los vicios y errores al interior del gobierno, encontramos dentro de la "generación del 900", la que conformaba la intelectualidad de aquel entonces, las palabras severas del entonces profesor sanmarquino Víctor Andrés Belaunde, quien en su discurso pronunciado en la apertura de actividades en la Universidad de San Marcos, en el año de 1914, denunció los groseros fracasos en los que se venía incurriendo, con las siguientes palabras:

> El porvenir risueño que nos pintaba con su generoso entusiasmo García Calderón en El Perú contemporáneo, se ha desvanecido. A pesar del aumento de riqueza pública, el Estado se endeuda en forma alarmante hasta el punto que amenaza el papel moneda; las instituciones no se consolidan; asoman los vicios del pasado; el mecanismo electoral se quiebra; el parlamento se esteriliza en luchas ásperas o se rinde al poder sin resistencia; se acentúa el absolutismo presidencial; la clase dirigente se divide o se retrae medrosa; la clase media continúa empobrecida y sujeta al yugo de los gobiernos; en la masa popular comienza a agitarse, con su acción corruptora, la demagogia nefanda; la arrogancia a una humillación inverosímil; el idealismo político continúa desapareciendo; y una atmósfera de letal pesimismo, de desaliento desolador y de absoluta desorientación envuelve todos los espíritus. (Belaunde, 1994, p. 114).

Todos estos problemas minaron la credibilidad del hegemónico partido civil, la cual no pudo resistir ante las acciones de las masas organizadas que sumaban mayores espacios, teniendo en cuenta que éstas partiendo de las plataformas reivindicativas de los intereses obreros, pasaron a jugar parte dentro del ámbito de los grupos políticos, que conforme a los nuevos tiempos, iban formándose al interior del país.

Precisamente, aun cuando en el repaso de las leyes que hemos realizado, encontramos en los años finales de la República Aristocrática normas para atender la protección y seguridad de los trabajadores, la situación de descontento era irreversible; y ante la adversidad los opositores cobraron

fuerza, adoptando acciones con el fin de concretar sus particulares intereses. Los factores antes descritos, y otros más, llevaron a la culminación de esta etapa de nuestra historia, la cual puede resumirse con los siguientes términos:

> Desgastado y debilitado por el ejercicio del poder, desprestigiado por sus propios errores y sus complicidades, dividido y rechazado por las nuevas generaciones, el Partido Civil tenía que ser derrotado en 1919. Su candidato (Antero Aspíllaga) no logró unificar ni siquiera las fuerzas ya dispersas del civilismo y fue incapaz de atraer a los demás sectores. A partir de entonces, Leguía y sus adversarios políticos de todas las tendencias se encargaron de satanizarlo. Cargaron en su cuenta la responsabilidad, por cierto colectiva, de las frustraciones nacionales. Con el civilismo, sin embargo, se extinguió también la República Aristocrática. Con ella terminó también el primer intento serio y duradero por crear (aunque sobre la base precaria del inmovilismo político, social y económico y la falta de verdad y libertad electoral) un sistema democrático en el Perú. (Paniagua, 2009, p. 205).

V. Conclusiones

A nivel de la historia constitucional peruana, el análisis del periodo conocido como la "República Aristocrática" representa un objeto de estudio interesante, toda vez que se encuentran aspectos normativos y políticos que fueron desarrollados por una gestión de gobernantes civiles durante una época de meridiana estabilidad, y como tal, el respeto de la institucionalidad debió guiar hacia mejores rumbos en comparación con la anarquía y conflictos del siglo XIX.

Una constante en la vida política del país ha sido el anhelo y fe por los caudillos, personajes de amplia habilidad y carisma que inspiraban ilusiones mayores. La República Aristocrática inicia por la acción de uno de estos caudillos, Nicolás de Piérola, y bajo cuyo gobierno se emprendieron medidas modernizadoras, tales como una nueva ley electoral, la implantación del servicio militar obligatorio, el Código de Justicia Militar, así como la obligatoriedad de la vacunación a nivel nacional y la incorporación del matrimonio civil para los no católicos. A su vez, teniendo en cuenta las cuestiones pendientes de nuestras fronteras, se modernizó el servicio diplomático de la República y se creó el Archivo de Límites de la Cancillería de

la República, el cual tuvo un papel protagónico durante la primera mitad del siglo XX, y se reformó a la Constitución en dos ocasiones.

La gestión de Eduardo López de Romaña, que sucedería a la Piérola, se orientó a la modernización de las instituciones económicas. Destaca en su gobierno las reformas al sistema de justica, así como nuevas regulaciones para la cuenta corriente mercantil y bancaria, el Código de Comercio (que sigue vigente a la fecha) y el juicio de quiebra, así como la oficialización del patrón oro adoptado años atrás. También tenemos la aprobación de la Ley Orgánica de Instrucción.

Dentro de las siguientes gestiones encontramos otras normas interesantes, tales como la aprobación del derecho del acceso de las mujeres a la universidad, Ley Orgánica del Poder Judicial, Código de Procedimiento Civiles y de Ley de Notariado. Mientras que en el ámbito laboral tenemos a la ley de accidentes de trabajo, y la regulación del trabajo de los niños y las mujeres; y en el ámbito político se encuentran diversas leyes de amnistía ante diversos conflictos que se dieron a nivel nacional, y otras disposiciones que demostraban que las rencillas políticas aún latían en ciertos niveles.

No obstante, tal como se ha podido verificar, si bien hubo una continuidad en gobiernos constitucionalmente elegidos, el sistema electoral fue manipulado para responder a intereses partidarios sin mayor objeto que el beneficio del grupo, lo cual generó diversas manifestaciones de descontento frente a las cuales se actuó con represión, sin perjuicio de las posteriores amnistías.

Las normas de las que se han dado cuenta demuestran las diversas medidas adoptadas por la República Aristocrática en el seno de distintas materias, pero aun cuando el proyecto del partido civil era el norte, esto no representaba un proyecto nacional, lo cual, años posteriores daría paso con mayor fuerza a la participación de las masas organizadas en la política.

Dentro del balance que hemos expuesto sobre las normas en la República Aristocrática, encontramos medidas que hasta el día de hoy, con diversos cambios, subsisten, y que son necesarias de estudiarse para entender la génesis de nuestras instituciones jurídicas, las cuales son esenciales para una investigación seria y orgánica que den paso a estudios

mayores y reformas sustentadas con miras al Bicentenario, que demanda la solución de problemas que un siglo después, no se han superado del todo: La falta de proyecto nacional, la improvisación y la corrupción, lo cual afecta seriamente la confianza en los gobiernos civiles y democráticos.

Lima, 5 de octubre de 2019, con ocasión del nacimiento de José Raúl, primogénito de la familia Paiva Cruzado

Referencias bibliográficas

1. BELAUNDE, Víctor Andrés (1994). *La crisis presente*, 6ª ed., Lima: Luis Alfredo ediciones.

2. CAYO CÓRDOVA, Percy (2004). *República,* Enciclopedia temática del Perú, Tomo III, Lima: Orbis Ventures.

3. CHANAME ORBE, Raúl (2015). *La República inconclusa*, 3ª ed., Lima: Derrama Magisterial.

4. GARCÍA BELAUNDE, Domingo (1990). *El constitucionalismo peruano en la presente centuria*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

5. GARCIA BELAUNDE, Domingo (1979): *El Hábeas Corpus en el Perú*, Lima: Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

6. LUNA JACKOBS, Erich Daniel (2014). *El sistema electoral durante la República Aristocrática (1895 – 1919)*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – Escuela de Gobierno y Políticas Públicas.

7. MC EVOY, Carmen (2017): *La utopía republicana. Ideales y realidades en la formación de la cultura política peruana (1871 – 1919)*, 2ª ed., Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

8. PANIAGUA, Valentín (2009). *Manuel Pardo y el Partido Civil. Apogeo y crisis del primer partido político en el Perú*, Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.

9. YEPES DEL CASTILLO, Ernesto (2003). *Memoria y destino del Perú. Jorge Basadre: textos esenciales*, Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.

Evolución del constitucionalismo peruano*

Edgar Carpio Marcos**

Oscar Andrés Pazo Pineda***

Sumario

I. Introducción. **II.** Los primeros pasos (1808-1820). **III.** Designio y determinación (1821 – 1920). **IV.** La institucionalidad precaria (1920 – 1979). **V.** Modernización (1980- hasta hoy).

I. Introducción

Los inicios del constitucionalismo en América Latina están asociados a la proclamación de la independencia de los nuevos Estados. Por lo general, las constituciones que siguieron a la fundación de las nuevas repúblicas vinieron a representar, formalmente, sus partidas de nacimiento. Sin embargo, en algunos de estos países no tuvo que alcanzarse este estado de cosas para verse directamente inoculados por el discurso y la práctica del constitucionalismo. Este fue, en cierto modo, lo que sucedió con el entonces Virreinato del Perú, que después devino, con algunas mutilaciones territoriales, en la República Peruana.

En la historiografía constitucional, habitualmente, las vicisitudes que ocurrieron en este lapso suelen presentarse como parte de nuestra pre-historia constitucional o como perteneciente a los antecedentes

* Este trabajo forma parte de los proyectos de investigación Nº 10793-2015-CEDC/USMP y 12181-2015-CEDC/USMP, sobre los "Hitos del constitucionalismo peruano", del Centro de Estudios de Derecho Constitucional de la Universidad San Martín de Porres.

** Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad San Martin de Porres.

*** Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad San Martin de Porres.

de lo que solo se inauguraría el 28 de julio de 1821, que es la fecha en la que se declaró formalmente nuestra independencia. En nuestro modo de ver las cosas, un criterio semejante equipara la historia de la República con la historia del constitucionalismo, cuando ambos son fenómenos que no necesariamente van de la mano, como lo demuestra el caso de algunos países de la región[1].

En este trabajo se parte de la idea que la evolución constitucional del Perú designa un "proceso" en cuyo acaecer, paulatinamente, se fue consolidando una alteración en la estructura de las relaciones políticas y sociales que se desarrollaron en nuestro territorio, como consecuencia de su regulación -o inflexión- basada en textos constitucionales o por documentos jurídicos que hacían las veces de tales. Esos "momentos" o "hitos" de la evolución del constitucionalismo peruano son los siguientes[2]:

a) Los primeros pasos (1808-1820)

b) Designio y determinación (1821-1920)

c) Institucionalidad precaria (1920 – 1979)

e) La modernización (1980-hasta hoy)

II. Los primeros pasos (1808-1820)

Tras la convocatoria a las Cortes Generales y Extraordinarias en 1808, y la posterior elaboración, proclamación y jura de la Constitución de Cádiz de 1812 asistimos, por primera vez, a la "práctica" de encontrarnos

[1] Cf. el debate, en D. GARCÍA BELAUNDE, T. HAMPE MARTÍNEZ y J. F. GÁLVEZ MORENO ["La Constitución de Cádiz (1812). Entrevistas a propósito de su bicentenario"] en *Estado Constitucional,* Año 2, Nº 7, 2012, pág. 3-5.

[2] Existen varios esfuerzos por periodificar la historia constitucional del Perú. D. GARCÍA BELAUNDE, "La evolución constitucional del Perú", en D. GARCÍA BELAUNDE y G. ETO CRUZ, *Constituciones Iberoamericanas. Perú,* UNAM, México, en prensa. En dicho trabajo, que el autor gentilmente nos ha proporcionado, García Belaunde reelabora esfuerzos anteriores, los que nos han sido de suma utilidad, si bien nos hemos separado cuando lo hemos creído conveniente, como ha sucedido con la periodificación misma. También, R. CHANAMÉ ORBE, *La República inconclusa. Un ensayo sobre la República, la Constitución y la Democracia,* UIGV, Lima, 2012, págs. 21-22.

inmersos en un singular proceso constituyente, y luego hallarnos regidos bajo un texto constitucional, que afectó de diversas maneras la vida política y social de lo que hoy es el territorio peruano. Este impacto, sin embargo, no fue ni pacífico ni lineal, pese a la brevedad del interregno.

Con sus altas y sus bajas, en este primer periodo puede distinguirse dos fases. La primera, que se extiende desde fines de 1808, cuando en Lima se divulga la crisis en la que se encontraba la monarquía española, y se extiende hasta octubre de 1814, cuando se deja sin efecto la Constitución de Cádiz. La segunda abarca desde principios de 1815, cuando se desarticuló la última institución impulsada por la Constitución de 1812 que aún quedaba en pie –los cabildos constitucionales–, a lo que sobreviene un largo paréntesis tras el restablecimiento de las instituciones monárquicas, y termina en 1820, cuando en un intento desesperado por salvar el Virreinato, la "Pepa" es utilizada por el virrey Pezuela como parte de las negociaciones con el general San Martín.

De ambas, la más interesante fue la primera. Esta se inició a fines de 1808, cuando el virrey Abascal no pudo ocultar más la crisis en la que se encontraba sumergida la monarquía española -tras la abdicación al trono del monarca y la designación de José Bonaparte como Rey de España y las Indias-, e informó que con el propósito de rescatar al Rey y resistir al invasor francés, se había conformado una Junta Central Gubernativa, la cual dispuso que en todas las capitales se jurara fidelidad a Fernando VII, lo que se hizo en Lima el 13 de octubre de 1808.

Al mismo tiempo, decidió luchar militarmente contra los movimientos autonomistas que en diversas partes del Continente empezaban a desarrollarse -mediante el desconocimiento de las autoridades virreinales y el nombramiento sucesivo de Juntas de Gobierno- e impulsar la formación de una opinión pública de cuño antinapoleónico. Esta última medida supuso que se levantaran, por primera vez, las restricciones que pesaban sobre la libertad de imprenta, propiciando que circularan y se reeditaran libros que reivindicaban la resistencia y la lucha contra la opresión, como parte de la estrategia del virrey de homogeneizar a la sociedad limeña contra el invasor francés[3]. De hecho, no fue difícil que se formara una opinión

[3] V. PERALTA RUÍZ, *La independencia y la cultura política peruana (1808-1821),* IEP-Fundación M.J. Bustamante de la Puente, Lima, 2010, pág. 169 y ss.

pública antinapoleónica por estos lares, pues al fin y al cabo el Virreinato del Perú era el mayor fortín de la monarquía española en el continente y donde se concentraban sus intereses más caros.

A diferencia de lo que sucedía en otros lugares de la América Latina, la crisis política de la corona española no afectó la autoridad del virrey Fernando Abascal. Aunque no faltaron conspiraciones y algunos levantamientos que rápidamente se sofocaron, su vigorosa personalidad política y militar impidió que se formaran en el territorio Juntas de Gobierno con pretensiones autonomistas. También desde la prensa se hizo propaganda política contra el autonomismo, destacándose la anarquía, el desorden y la impiedad en que cayeron los territorios que lo practicaron, discurso que alcanzó un notable éxito, como se evidencia de la ayuda económica que en 1810 se recolectó en el Virreinato del Perú para que se afrontara la guerra contra el invasor francés[4].

Esta apertura al mercado de ideas llegó a su fin cuando el 25 de mayo de 1810 se creó la Junta de Gobierno en el Río de la Plata. La pretensión autonomista que allí se enarboló fue emparentada por el virrey Abascal como parte de una corriente independentista, por lo que mediante un bando del 30 de junio de 1810 restauró la censura contra la libertad de imprenta y prohibió que se publiquen "papeles que no estén autorizados en bastante forma por el gobierno celando que no se introduzcan los sediciosos de nuestros enemigos". Pero no por mucho tiempo. El 18 de abril de 1811 se publicó en *La Gaceta del Gobierno de Lima* el Decreto de 10 de noviembre de 1810, expedido por las Cortes de Cádiz, mediante el cual se autorizaba la libertad de imprenta. Esta fue reivindicada como un derecho fundamental, un medio para ilustrar a la sociedad, un mecanismo de formación de la opinión pública y un medio de control gubernamental -como se expresaba en la circular del Ministerio de Gracia y Justicia, que acompañó en Lima a la publicación del Decreto[5].

[4] B.R. HAMNETT, *Revolución y contrarrevolución en México y el Perú. Liberales, realistas y separatistas, 1800-1824,* FCE, México, 2011, pág. 129 y ss.

[5] T. HAMPE MARTÌNEZ, "La Primavera de Cádiz: Libertad de expresión y opinión pública en el Perú (1810-1815)", *Historia Constitucional*, Nº 13, Año 2012, pág. 340.

Su entrada en vigencia desencadenó que aparecieran esta vez una serie de periódicos que -si bien tuvieron existencia breve- hicieron pública las críticas al despotismo y la arbitrariedad de las autoridades virreinales. Dos de los diarios más importantes de la época fueron "El Peruano", que se publicó entre el 6 de septiembre de 1811 y el 9 de junio de 1812, en cuyas páginas se reprodujo el debate sobre la libertad de imprenta realizada en las Cortes en 1810[6]; y "El argos constitucional", que se editó entre el 28 de febrero de 1812 y el 12 de marzo de 1813, donde se hizo lugar al debate sobre la soberanía popular y la idea de nación, además de rescatarse la importancia de la libertad de imprenta[7].

Acompañó a esta liberalización de las ideas la clausura del Tribunal de la Inquisición, el 30 de julio de 1813 -una de las pocas medidas en las que el virrey Abascal coincidió con los liberales hispánicos-[8]. Sin embargo, en el afán de que dicha apertura no terminara impulsando el desmembramiento del reino, el virrey alentó la puesta en circulación de periódicos oficialistas que contrarrestaran a las que no dependían de él[9], al tiempo de fomentar que, de vez en cuando, se apelara a la Junta de Censura creada por el mismo Decreto de 10 de noviembre de 1810, con el objeto de impedir la circulación de "los libelos infamatorios, los escritos calumniosos, los subversivos de las leyes fundamentales de la monarquía, los licenciosos y contrarios a la decencia pública y las buenas costumbres"[10].

Aun así y dentro de los márgenes de lo tolerado, las críticas al despotismo y a la arbitrariedad de las autoridades virreinales introdujeron subrepticiamente

---

[6] El debate sobre la noción de soberanía en G. CHIARAMONTI, "El primer constitucionalismo peruano: De Cádiz al Primer Congreso Constituyente", en A. ANNINO y M. TERNAVASIO (coords.), *El Laboratorio constitucional iberoamericano: 1807-1808-1830,* Ahila, Madrid, 2012, pág. 136. Ídem, *Ciudadanía y representación en el Perú (1808-1860). Los itinerarios de la soberanía*, UNMSM-SEPS-ONPE, Lima, 2005.

[7] P. MACERA, "El liberalismo", en su libro *Tres etapas en el desarrollo de la conciencia nacional,* Ediciones Fanal, Lima, 1955, pág. 96-101.

[8] P. GUIVOVICH PÉREZ, *Lecturas prohibidas. La censura inquisitorial en el Perú tardío colonial,* PUCP, Lima 2013.

[9] J.F. DE ABASCAL Y SOUZA, *Memorias de gobierno,* Sevilla 1944, págs. 431-438.

[10] S. O´PHELAN GODOY, *La independencia en los andes. Una historia conectada,* Fondo de Cultura del Congreso del Perú, Lima, 2014, págs. 129-130.

el discurso del constitucionalismo, propiciando un lento pero irreversible proceso de desacralización del poder monárquico y de sus fundamentos, si bien dentro de la lógica propia de una sociedad tradicionalista y fuertemente confesional y, por tanto, sin poner en cuestión la autoridad del monarca y la religión católica. Ya un fenómeno semejante pudo observarse a finales de 1808 cuando se levantaron las restricciones a la libertad de imprenta con el objeto de formar una opinión pública anti-napoleónica. La crítica al invasor francés y la denuncia de la opresión ocasionó efectos colaterales, como fue que aquellas se volvieran contra las propias autoridades virreinales.

Pero si la vigencia de la libertad de imprenta permitió la circulación de ideas e inició la formación de una opinión pública en materia política, no menos importante fue la publicación en el territorio nacional del Decreto de 22 de enero de 1809. Dicho Decreto declararía que los dominios que España posee en las Indias "no son propiamente Colonias, ó factorías como los de otras naciones, sino una parte esencial é integrante de la monarquía española…", por lo que "los reynos, provincias e Islas que forman parte (de) los referidos dominios deben tener representación nacional inmediata a su real persona y constituir parte de la Junta Central Gubernativa del Reyno por medio de sus correspondientes diputados".

Dicho Decreto, que llegó a Lima a principios del mes de junio de 1809, convocaba a elecciones para nombrar diputados ante la Junta Central Gubernativa. El proceso electoral se llevó a cabo entre el 22 de junio y el 31 de agosto de 1809 en 16 ciudades del Virreinato del Perú, más Guayaquil -que desde el 7 de julio de 1803, por real cédula, dependía del Perú-, y terminó con la designación, mediante sorteo entre los tres más votados, del guayaquileño José De Silva Olave. De Silva llevaba consigo viejos reclamos a la Junta Central cuando, encontrándose en México, tuvo que cancelar su viaje luego de enterarse que la Junta se había disuelto y, en su lugar, se había conformado el Consejo de Regencia.

Aquel proceso electoral, el primero en llevarse a cabo en territorio peruano, permitió que los conceptos de "soberanía", "representación política", "elecciones", "sufragio" y "ciudadanía" ingresen en el vocabulario y la cultura política de la época[11]. Y que alrededor suyo se vayan formando

[11] V. PANIAGUA CORAZAO, *Los orígenes del gobierno representativo en el Perú. Las elecciones (1809-1826),* PUCP-FCE, Lima 2003.

las facciones y caudillos locales. También propició que se volviera hacer pública la disconformidad con las autoridades coloniales y se expresara el profundo descontento en el que se encontraban los criollos, mestizos y la elite indígena por su exclusión en el acceso a los más importantes cargos públicos de la administración virreinal, que se materializó en el último tercio del siglo XVIII con la reforma borbónica.

Al poco tiempo, luego de que el Consejo de Regencia convocara a las Cortes Generales y Extraordinarias, mediante Decreto de 14 de febrero de 1810 se establecieron las reglas que regirían en la elección de los diputados americanos. Una vez que este llegó a Lima, el Virrey dispuso que se realizaran las elecciones. El proceso se llevó a cabo en 13 ayuntamientos del Virreinato, como Huamanga, Lima, Cuzco, Tarma, Guayaquil, Huánuco, Chachapoyas, Trujillo, Piura, Arequipa, Maynas, Puno y Huancavelica –más Ica, pese a que no le correspondía por ser una sub-delegación–, eligiéndose a sus representantes.

A las Cortes de Cádiz, que se instalaron el 24 de setiembre de 1810, asistieron en total 36 delegados peruanos -entre designados o electos, los primeros como suplentes y los segundos como titulares-, de los cuales solo 15 tuvieron actuación en el periodo propiamente constituyente[12], destacando la figura de Vicente Morales y Dúarez, que llegó a presidirla y murió encontrándose en ejercicio del cargo.

Proclamada el 19 de marzo de 1812 por las Cortes Generales y Extraordinarias, se ordenó que la Constitución de Cádiz se jurara y cumpliera en las provincias de ultramar. En el caso del Virreinato del Perú esto se realizó en los primeros seis días de octubre de 1812. Además de razones de distancia -por lo general, los documentos de la metrópoli demoraban en llegar a Lima entre 3 a 6 meses-, la dilación era una maniobra del Virrey Abascal, a quien la entrada en vigencia de la Constitución gaditana causó fuerte conmoción:

[12] D. GARCÍA BELAUNDE, "Cádiz: lista provisional de los diputados peruanos (1810-1813)", en *Pensamiento Constitucional*, Núm. 17, 2012, pág. 229. P. RIZO PATRÓN-BEDOYA y D. SALINAZ PÉREZ, "Los diputados del Virreinato del Perú en las Cortes de Cádiz: su dimensión social y regional", en S. O´PHELAN GODOY y G. LOMNÈ (editores), *Voces americanas en las Cortes de Cádiz: 1810-1814,* IFEA-PUCP, Lima 2014, pág. 58-59.

> no pudo dexar de causar en mi ánimo la más viva y dolorosa impresión –expresaría años después el Virrey Abascal–, así porque veía reducida la persona del Rey a la simple representación de un magistrado particular, usurpada su Soberanía, abusando del nombre de la Nación, con otros atentados como la alteración y trastorno de las fundamentales Leyes de ella para introducir los principios revolucionarios de la Democracia, de la impiedad y de la religión, como por los continuos movimientos a que quedaban expuestos sin que las nuevas autoridades que por ella se establecen pudieran reprimirlas.

Y no era para menos. La asunción de las doctrinas pactistas enunciadas por la tradición escolástica española -según la cual el monarca gobernaba mediante el establecimiento de un pacto y, en caso de que su potestas fuera usurpada, la soberanía regresaba al pueblo hasta que se restablezca aquél (el denominado pacto traslatii)-, terminó por desplazar el carácter absoluto del poder real por el principio de soberanía popular[13]. El rey "ausente" fue, de un golpe, degradado a la condición de Jefe de Estado y obligado a jurar respetar la Constitución cuando fuera liberado[14]. Esta degradación alcanzó directamente al virrey, quien de su condición de "rey presente"[15], por autoridad de la Constitución, devino en un simple "jefe político superior", cuyo poder debería compartir en lo sucesivo con las Diputaciones Provinciales que se eligieran[16]. No fue casual, por ello, que Abascal se refiriera a "La Pepa" como aquel "fatídico libro de la llamada

[13] Sobre la co-existencia de la doctrina escolástica española acerca de la soberanía y la fundada en el iusnaturalismo racionalista, L. SÁNCHEZ AGESTA, *La democracia en Hispanoamérica,* Rialp, Madrid 1987, pág. 34-35.

[14] El debate sobre la delegación de la soberanía se discutió en los periódicos que aparecieron en Lima, como *El Satélite* o *El Peruano*: "Los reyes –se indica en este último– son obra de la mano y del poder de los hombres", en tanto que en *El Satélite* se afirma que estos son "simples administradores del bien común". *Vid*, sobre estos aspectos, P. MACERA, "El liberalismo", en su libro *Tres etapas…,* op.cit., pág. 98-100.

[15] Sobre la figura del virrey como una ficción que permite la presencia continua del rey ausente, *vid.* M. RIVERO RODRÍGUEZ, *La edad de oro de los virreyes. El virreinato en la Monarquía Hispánica durante los siglos XVII y XVIII,* Akal, Madrid 2011, pág. 59 y ss.

[16] J.F. GÁLVEZ, "La Constitución de 1812 como respuesta a las reivindicaciones peruanas (Cádiz 1810-1814)", en *Estado Constitucional,* Año 2, Nº 7, págs. 133-134.

Constitución…ese parto de la intriga republicana", portadora de "los principios revolucionarios de la democracia…"[17].

La entrada en vigencia de la Constitución desencadenó que en casi todo el territorio nacional se volvieran a realizar elecciones. Tanto para nombrar a los representantes ante las Cortes Generales Ordinarias (con sede en Cádiz), como ante las Diputaciones Provinciales y los cabildos. Puesto que la Constitución de Cádiz forzó a las autoridades virreinales a compartir el poder con los poderes locales constitucionales, sin enfrentarse a las Cortes y ante el temor que se propagaran las ideas independentistas, el virrey decidió intervenir personalmente en la realización de los procesos electorales en los que se elegirían a los cabildos, las diputaciones provinciales y los diputados ante la Corte, con éxito distinto.

Este breve intervalo constitucionalista terminó el 6 de octubre de 1814, cuando se publicó en Lima el Decreto Real del 4 de mayo de 1814, mediante el cual Fernando VII desconoció la Constitución de Cádiz, cerró las Cortes Generales Ordinarias y restableció las instituciones del antiguo régimen. Como consecuencia de ello, Abascal dejó sin efecto las instituciones de la monarquía parlamentaria y restableció las de la monarquía absoluta, con una única excepción de los cabildos constitucionales, cuya letanía se prolongó hasta el 30 de diciembre de 1814, en que los cabilderos perpetuos –peninsulares y criollos que compraban sus cargos al Rey– retomaron los suyos.

El restablecimiento de la monarquía absoluta, que marca el inicio de la segunda fase, trajo un paréntesis en el funcionamiento de las instituciones constitucionales en el Virreinato. El impacto que quedó tras esta experiencia fue desolador en términos institucionales para la monarquía. La ausencia de reformas significativas entre 1810-1814 generó desengaño y desesperanza entre los criollos, al no implementarse su plataforma de reivindicaciones, y un sentimiento de desazón que alcanzó al monarca y lo que este representaba, quedando atrás las razones que motivaron la solidaridad y fidelidad hacia el "rey cautivo"[18]. De esta percepción no quedaron exentas las autoridades

[17] J.F. DE ABASCAL Y SOUZA, *Memoria de gobierno, virrey del Perú, 1806-1816.* Escuela de Estudios Hispano-Americanos, Sevilla, 1944, Vol. 1, pág. 439-440.

[18] V. PERALTA RUÍZ, "La vida política", en C. CONTRERAS CARRANZA, *Perú. Crisis imperial e independencia, 1808-1830,* T. 1, Taurus-Fundación Mapfre, Madrid 2013, pág. 58.

virreinales. Ante los criollos y mestizos quedó la imagen de que no obstante la lealtad que se juró a las Cortes y a la Constitución, ello no les impidió bloquear las reformas que estas impulsaban. Particularmente el virrey, a quien el advenimiento del constitucionalismo gaditano no mermó en lo más mínimo su espíritu monárquico.

Seis años después, cuando se restableció la Constitución de Cádiz en España (el 9 de marzo de 1820) y esta volvió a jurarse en Lima -el 15 de septiembre de 1820-, la proclamación fue tomada con indiferencia. El virrey Pezuela, que había sucedido a Abascal en el cargo, describiría en su diario el estado de ánimo que existía:

> No se oyó ni un ¡viva! Ni la menor demostración de alegría hasta que en la Plaza de Santa Ana, el Oidor Osma tiró a la multitud de negros y zambos que seguían la comparsa, un puñado de plata, y esto les avivó y gritaron con algunos vivas para ver si se les echaba mas plata, pues ni esta gente ni los mas principales ni de otras clases manifestaron ni regocijo ni repugnancia en el acto; parecía y lo creí así que todo les era indiferente.[19]

Ya entonces en diversos lugares del interior se había declarado la independencia y, al sur de Lima, se encontraban acantonados los hombres del general San Martín con el propósito de librar la batalla final por la independencia del Perú y de América Latina. El propio Pezuela, que compartía con Abascal su desconfianza sobre la Constitución, en un último intento por evitar un desenlace armado la puso en el centro de las negociaciones que llevó a cabo con el general argentino. Las conferencias entre los representantes de ambos bandos, que se realizaron en Miraflores entre el 30 de septiembre y el 1 de octubre de 1820, no llegaron a buen puerto, pues se consideró inaceptable que no se reconociera la independencia dentro del plan para solucionar la cuestión peruana[20].

---

[19] Citado por P. ORTEMBERG, "Cádiz en Lima: de las fiestas absolutistas a las fiestas constitucionalistas en la fundación simbólica de una nueva era", en *Historia*, Núm. 45, 2012, pág. 481.

[20] A. MARTÍNEZ RIAZA y A. MORENO CEBRIÁN, "La conciliación imposible. Las negociaciones entre españoles y americanos en la independencia del Perú, 1820-1824", en A. MARTÍNEZ RIAZA, *La independencia inconcebible. España y la `pérdida´ del Perú (1820-1824),* PUCP, Lima 2014, pág. 99 y sgtes.

Todavía unos días antes, el 23 de septiembre de 1820, la Constitución gaditana recibió uno de sus últimos homenajes públicos. El virrey Pezuela ordenó al Cabildo de Lima que volviera a colocar la placa sobre la Plaza Mayor con el nombre de "Plaza de la Constitución". Al año siguiente, abandonada Lima por las huestes realistas, en un cabildo abierto realizado el 15 de julio de 1821, un testigo refirió que "botaron el busto y armas del rey a la plaza, que la multitud destrozó a patadas; lo mismo hicieron con la lápida de la Constitución, y armas que se hallaban puestas en los tribunales, y lugares públicos de la ciudad, en cuyo lugar se puso: Lima Independiente"[21]. Dos semanas después, desde la ciudad de Huaura, San Martín proclamaba la independencia del Perú. Y el 9 de agosto, la abolía oficialmente, declarándola "incompatible con los altos destinos del Perú".

Ese fue el final de la Constitución gaditana, pero no de su influencia en el ulterior proceso constitucional que empezábamos como república independiente. Tal vez el más importante sería el rechazo del despotismo absoluto, fundado en el derecho divino de los reyes, y la afirmación, en su lugar, del principio de soberanía popular; así como el reconocimiento de los derechos y libertades esenciales del hombre y, entre ellos, de la libertad de imprenta.

III. Designio y determinación (1821 – 1920)

Como se ha dicho, la independencia del Perú fue proclamada el 28 de julio de 1821 por José de San Martín. En los hechos, sin embargo, el proceso de emancipación recién empezaba, pues una parte del territorio aún se encontraba en manos del ejército realista, especialmente en el sur del país, donde todavía se juró y aplicó la Constitución gaditana por algún tiempo más[22].

---

[21] R.M. "Diario de las cosas notables acaecidas en Lima, con motivo de la llegada del ejército de la patria" (1821), en F. DENEGRI LUNA, *Colección documental de la independencia del Perú, Memorias, diarios y crónicas*, Lima, Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú, Lima 1971, T. XXVI, Vol. 2, pág. 489.

[22] En el Cusco se juró el 15 de octubre de 1820 y al mes siguiente en Arequipa [Cf. Víctor Peralta Ruíz, "La vida política", citado, pág. 73-74]. Por esos meses, también se llevaron a cabo procesos electorales bajo la égida de la Constitución de Cádiz, como los orientados a elegir a las representantes de las Diputaciones Provinciales o los cabildos. Vid. N. SOLA I VILA, "Quedarán ya para el polvo y el

La independencia definitiva solo se alcanzó el 9 de diciembre de 1824, cuando el ejército español fue derrotado militarmente y el Virrey José de La Serna firmó la capitulación, y recién la América latina toda pudo disipar cualquier amenaza a su emancipación.

Para aquel entonces, el proceso de independencia ya no estaba dirigido por el General San Martín sino por Bolívar. Sin embargo, durante la estancia del libertador argentino se expidieron una serie de textos normativos que organizaron la república. Entre los documentos fundacionales se encuentra el Reglamento Provisional, de 12 de febrero de 1821, y el Estatuto Provisional, de 8 de octubre del mismo año, que se expidió cuando ya San Martín tenía la condición de "Protector de la Libertad del Perú". El Estatuto rigió hasta el 17 de diciembre de 1822, en que el primer Congreso Constituyente aprobó las Bases de la Constitución Política de la República Peruana.

Antes de que se delibere las "Bases" se resolvió la cuestión de la forma de gobierno que adoptaríamos. El primer Congreso Constituyente se había instalado el 20 de septiembre de 1822 y, al día siguiente, designó entre sus miembros a la primera Junta Gubernativa del Perú integrada por José de la Mar, Felipe Antonio Alvarado y Conde de Vista Florida. Poco tiempo después, el 23 de febrero del año siguiente, los generales del ejército libertador hicieron saber al Congreso la necesidad de que el poder se encuentre centralizado en una persona, por lo que se sugería el nombramiento de un Presidente de la República, lo que se aceptó y mediante Decreto de 28 de febrero de 1823 se designó a José de la Riva Agüero, que de esta forma se convirtió en el primer Presidente de la República.

Tan solo unos meses antes, el debate giró alrededor de si se buscaba un monarca en alguna familia real europea o si se optaba por una república. San Martín[23] y algunos de sus adláteres[24] eran de la idea de institucionalizar

olvido: las elecciones a diputados a las cortes españolas en el Perú, (1810-1824)", en A. MARTÍNEZ RIAZA, *La independencia inconcebible. España y la `pérdida´ del Perú (1820-1824),* citado, pág. 225 y ss.

[23] J. PAREJA PAZ-SOLDÁN, *Historia de las Constituciones Nacionales (1812 – 1979)*, PUCP, Lima, 2005, pág. 50.

[24] C. MC EVOY, "El motín de las palabras: La caída de Bernardo Monteagudo y la forja de la cultura política limeña (1821 – 1822)", *Boletín del Instituto Riva Agüero*, Núm. 23, Año 1996, págs. 103.

una monarquía parlamentaria, mientras que los liberales que integraban la primera Asamblea Constituyente se inclinaban por una república. Y fue esta última postura la que primó, al disponer el artículo 2º de las "Bases" *que* "La soberanía reside esencialmente en la nación: esta es independiente de la monarquía española, y de toda dominación extranjera, y no puede ser patrimonio de ninguna persona ni familia"; precisando su artículo 14º que "El ejercicio del poder ejecutivo nunca puede ser vitalicio, y mucho menos hereditario"[25].

Las "Bases" no eran sino los cimientos a partir de los cuales se debería orientar el trabajo constituyente ulterior, lo que efectivamente hizo con lo que en rigor fue la primera Constitución peruana, aprobada el 12 de noviembre de 1823. Por ello, no le falta razón a Domingo García Belaunde al afirmar que a las "Bases" puede considerársele como el primer "documento fundacional del nuevo Estado constitucional peruano, pues aquí se sentaron, por primera vez, los principios relacionados con la organización de los poderes del Estado y la defensa de los derechos individuales, acorde con la filosofía liberal e iluminista predominante entonces"[26].

Al aprobarse la Constitución de 1823 se mantuvo la figura del presidente de la República[27], un instituto oriundo del constitucionalismo norteamericano, pero que, a diferencia de aquel, debía ser elegido por el Congreso, a propuesta del Senado. Se institucionalizó un presidente debilitado en un contexto en el que se requería fortalecerlo, pues en estos primeros años de vida republicana la situación era caótica. Como describe Timothy Anna, en ese entonces "[e]l Perú entró ahora en una suerte de submundo. Las palabras eran inadecuadas para describir la gravedad de la situación o el grado de anarquía"[28].

---

[25] J. BASADRE, *La iniciación de la República: contribución al estudio de la evolución política y social del Perú*, T. I, UNMSM, Lima, 2002, págs. 70-73.

[26] D. GARCÍA BELAUNDE, "El constitucionalismo peruano en la presente centuria", en *Derecho,* Núms. 43-44, PUCP, Lima, 1989-1990, pág. 60.

[27] J.F. SÁNCHEZ CARRIÓN, "Discurso preliminar de la Constitución", en Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú, *Antología de la Independencia del Perú,* Imprenta del Colegio Militar Leoncio Prado, Lima, 1972, pág. 507-508.

[28] A. TIMOTHY, *La caída del gobierno español en el Perú. El dilema de la independencia,* Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2003, pág. 289.

En términos generales, no fue esa la lectura que tuvieron nuestros "padres fundadores". Como ha sostenido Rubén Vargas, la Constitución de 1823 "fue el fruto de la ilusión liberal" y su contenido refleja la "falta de sentido de la realidad" de los que la redactaron. "En lugar de crear un ejecutivo fuerte, que era lo que el país necesitaba, crearon un espectro de poder […] y, por lo mismo, fueron causa de que el país cayera en la anarquía, de la cual no lo libró sino la mano férrea de Bolívar […]"[29].

No bien se aprobó la Constitución de 1823, el 12 de noviembre, esta fue casi inmediatamente suspendida, al otorgársele a Bolívar el «Poder Dictatorial» y, por tanto, la Suprema Autoridad Política y Militar, lo que se formalizó mediante Decreto de 10 de febrero de 1824[30]. A diferencia de los liberales, Bolívar pensaba que las nacientes repúblicas requerían de ejecutivos fuertes y, por ello, que la "salida constitucional consistía en la concentración de la autoridad política en un Poder Ejecutivo dotado de facultades militares y políticas extraordinarias, políticamente irresponsable, y con capacidad para elegir a su sucesor…"[31]. Después de organizar y triunfar militarmente sobre el ejército realista, Bolívar sometió a la consideración de los colegios electorales un proyecto de Constitución, semejante al que se aprobó unos meses antes en Bolivia, que fue aprobado por los colegios electorales y se promulgó finalmente el 30 de noviembre de 1826[32].

[29] R. VARGAS UGARTE, *Historia del Perú. Emancipación,* Imprenta López, Buenos Aires, 1958, págs. 440 y 441. Igualmente, C. MC EVOY, "De la República jacobina a la República práctica: los dilemas del liberalismo en el Perú, 1822-1872", en I. JAKSIC y E. POSADA (editores), *Liberalismo y poder. Latinoamérica en el siglo XIX,* FCE, Santiago de Chile, 2011, págs. 211-216.

[30] En el Decreto de 10 de febrero de 1824, que lo invistió de los poderes de un dictador comisario, se disponía: "Quedan sin cumplimiento los artículos de la Constitución política, las leyes y decretos que fueren incompatibles con la salvación de la República". Sobre el sentido de la "dictadura comisaria", C. SCHMITT, *La Dictadura*, Alianza Editorial, Madrid 1999, pág. 57 y ss.

[31] R. GARGARELLA, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010),* Katz Editores, Buenos Aires, 2014, pág. 17.

[32] D. GARCÍA BELAUNDE, "Inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842)", en J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ, *El primer constitucionalismo iberoamericano,* monográfico de la revista *Ayer*, Núm. 8, Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 148 y ss.

Dicha Constitución consideraba un presidente vitalicio y un vicepresidente nombrado por el presidente, con la aprobación del Parlamento; así como un Congreso integrado por tres cámaras: los tribunos, senadores y censores, esta última una magistratura cuyos orígenes se encuentran en el pensamiento antiguo, a quien se encargaba "velar si el gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las leyes y los tratados públicos" (art. 51.1). Denominada "Constitución vitalicia", sin embargo, esta tuvo una vigencia efímera, pues solo rigió hasta el 9 de diciembre de 1826, en que ausente Bolívar del territorio nacional, fue dejada sin efecto. El 11 de junio de 1827 se restauró la Constitución de 1823, que rigió hasta el 18 de marzo de 1828, en que entró en vigencia la tercera Constitución.

A diferencia de las anteriores, que fueron expedidas cuando parte del territorio nacional se encontraba bajo intervención española, la Constitución de 1828 fue aprobada sin los apremios de afrontar una guerra externa, aunque sí bajo la lucha y el encono de los caudillos militares en el frente interno. Aun así, ella refleja una reflexión seria sobre la mejor forma de organización política que teníamos que darnos y, por ello, Manuel Vicente Villarán la caracterizó como la "madre de nuestras Constituciones"[33].

> Todas las posteriores dictadas en 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920, son sus hijas legítimas, más o menos parecidas a la madre común. Son como sucesivas ediciones corregidas, aumentadas o reducidas de un libro original[34].

A diferencia de la Carta de 1823, que minimizó a la institución presidencial y, en su lugar, otorgó plenos poderes al Parlamento; y de la propia Constitución bolivariana, que hizo las cosas al revés, hasta crear un presidente vitalicio; la Carta de 1828 se distanció de ambas. Buscó un justo equilibrio, dotando de amplios poderes al Presidente de la República, quien conjuntamente con el vicepresidente, serían elegidos por colegios electorales; pero, al mismo tiempo, lo sujetó a límites. Apartándose de la rígida separación de poderes, estableció que el ejecutivo contara con Ministros de Estado y dispuso que los actos del Presidente no fueran obedecidos si

[33] M. V. VILLARÁN, "La Constitución de 1828", en *Paginas Escogidas*, Talleres Gráficos P.L. Villanueva, Lima, 1962, pág. 45.

[34] M. V. VILLARÁN, "La Constitución…", op. cit., pág. 45.

no contaban con la firma de sus ministros, si bien permitió la reelección presidencial inmediata[35].

También la Constitución de 1828 estableció los "durables cimientos de nuestro hogar político"[36], pues además de equilibrar el ejercicio del poder político entre el Presidente y el Congreso, ella ratificó la forma unitaria del Estado[37], fomentó la descentralización territorial y administrativa, consagró la bicameralidad del Congreso y reconoció los principales derechos fundamentales de la persona, particularmente los de corte individual.

Ella rigió hasta el 10 de junio de 1834, en cumplimiento de su artículo 176, que disponía el cese de su vigencia a los 5 años a partir de la fecha de su publicación. En cumplimiento de este precepto, en julio de 1833 se reunió la Convención Nacional con el propósito de examinar y, de ser el caso, reformar la Constitución de 1828. Y decidió que debía darse una nueva, vista las reformas y actualizaciones que se hicieron a aquella. Sería la cuarta Constitución que se aprobara, entrando en vigencia el 10 de junio de 1834[38].

En lo sustancial, su contenido es semejante a su predecesora, salvo ligeras modificaciones, como haber dispuesto la supresión de las Juntas Departamentales y eliminado el cargo de vicepresidente de la República, estableciendo que, en caso se produjera la vacancia del primer mandatario, este sería asumido por el presidente del Consejo de Estado. Y si bien esta no tenía una cláusula de caducidad, tuvo una vigencia breve. En los hechos, hasta el 6 de agosto de 1836[39], tras la agudización de los enfrentamientos

---

[35] C. ALJOVÍN DE LOSADA, *Caudillos y Constituciones. Perú: 1821-1845,* FCE, Lima, 2000*,* pág. 107.

[36] M. VICENTE VILLARÁN, "La Constitución… *",* op. cit., pág. 49.

[37] V. PANIAGUA CORAZAO, "La Constitución de 1828 y su proyección en el constitucionalismo peruano", en *Historia Constitucional*, Núm. 4, 2003, pág. 114 y ss.

[38] V. PANIAGUA CORAZAO, "La Convención Nacional de 1833-1834 y la Constitución de 1834", en *Pensamiento Constitucional*, N° 10, PUCP, Lima 20, pág. 341 y ss.

[39] Formalmente, la Constitución de 1834 solo fue declarada "insubsistente" mediante una Ley del 22 de agosto de 1839, una vez que la aventura confederada fue derrotada.

entre los caudillos militares[40] pero, sobre todo, como consecuencia de la creación de la Confederación Perú-boliviana (1836-1839), por impulso de Andrés de Santa Cruz, que terminó dividiendo al territorio nacional en dos, al crearse el Estado nor-peruano y el Estado sur-peruano[41].

Cada uno de estos Estados se dio su propia Constitución. La Asamblea reunida en Sicuani, Cusco, que representaba al Estado sud-peruano, aprobó la suya el 17 de marzo de 1836; en tanto que el Estado Nor-Peruano hizo lo propio el 6 de agosto de 1836, aprobándose, luego, la Ley Fundamental de la Confederación Perú-Boliviana el 1 de mayo de 1837, una Constitución que confederaba a estos dos estados peruanos y a Bolivia. Para algunos, la creación de esta Confederación era fruto de una "agresión externa" del ejército boliviano. Para otros, se trataba de una nueva organización política "que transformaría al Perú y Bolivia en un gran país, próspero y tranquilo, que estaba amparado por lazos de unión históricos"[42].

De todos modos, al ser resultado de una imposición militar, también estas tuvieron existencia efímera, siendo suprimidas, tras un esfuerzo conjunto entre militares peruanos y chilenos el 10 de noviembre de 1839[43]. La debacle del Estado Confederado trajo consigo la oportunidad para refundar, una vez más, la República con la aprobación de una nueva Constitución. Esta fue la Carta de 1839, la única entre las constituciones nacionales en ser promulgada en una ciudad fuera de Lima, pues se aprobó en la ciudad de Huancayo el 10 de noviembre de 1839, por el Mariscal Agustín Gamarra.

---

[40] V. PANIAGUA CORAZAO, "La Convención…, ob.cit., pág. 431.

[41] D. GARCÍA BELAÚNDE, "Los inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842)", en *Pensamiento Constitucional*, Año IV, Núm. 4, 1998, pág. 243.

[42] C. ALJOVÍN DE LOSADA, "La Confederación Perú-Boliviana de 1836-1839: política interna o externa", *Investigaciones Sociales. Revista del Instituto de Investigaciones Histórico – Sociales (Universidad Nacional Mayor de San Marcos),* Vol. V, Núm. 8, 2001, pág. 69.

[43] M. V. VILLARÁN, *Lecciones de Derecho Constitucional*, PUCP, Lima, 1998, pág. 570. *Vid*. J. BASADRE, "Reconsideraciones sobre el problema histórico de la confederación Perú-Boliviana", en A. FLORES GALINDO (comp), *Independencia y revolución. 1780-1840,* Instituto Nacional de Cultura, Lima, 1987, T. 2, págs. 295-331.

Se caracterizó por ser una Constitución marcadamente conservadora y autoritaria, pues potenció las atribuciones del presidente de la República, incrementó las facultades del Consejo de Estado, suprimió las Juntas Departamentales y las municipalidades, concentrando todo el poder y los recursos en la capital del país. Creó los intendentes de policía -funcionarios políticos a los cuales se dotó de facultades judiciales-, restableció la propiedad de los empleos e impulsó el comercio de esclavos, al suprimir de la Constitución la parte del artículo que declaraba que todos los que llegaban de fuera eran libres[44].

En comparación a sus antecesoras, esta Constitución tuvo una vigencia mayor, pues rigió hasta el 27 de junio de 1855, fecha en la que el general Ramón Castilla expidió un nuevo Estatuto Provisorio, que rigió hasta octubre de 1856, en que se aprobó la Constitución de ese año. La Constitución de 1856 era hija del tercer liberalismo peruano, aquel que surgió en contraposición al pensamiento conservador que encabezó Bartolomé Herrera desde el Colegio de San Carlos, y que tuvo como principales exponentes a los hermanos Gálvez, quienes apoyaron a Castilla en su enfrentamiento con el General Echenique, al que derrocó.

En la administración de Ramón Castilla, los liberales impulsaron el debate sobre "los derechos naturales, la escuela laica, el control del Estado sobre la Iglesia y el Ejército, la descentralización", la supresión del fuero eclesiástico, la abolición de la pena de muerte[45] y el libre comercio[46]. No se trató, sin embargo, de una alianza pacífica y sin sobresaltos. En realidad, los desencuentros se presentaron no bien la Convención inició su trabajo.

Fueron delicados los enfrentamientos entre los miembros del oficialismo y los liberales en torno a la ley de amnistía que se presentó en 1855; el ascenso del general Fermín Castillo por la Convención -que el

[44] Como "un parto monstruoso" fue calificada la Constitución de 1839 por T. PACHECO, *Cuestiones Constitucionales*, CEC-Tribunal Constitucional, Lima, 2015, pág. 87.

[45] J.F. GÁLVEZ, "Herrera y los hermanos Gálvez", en F. ALTUVE-FEBRES LORES, *Bartolomé Herrera y su tiempo*, Corporación Totem, Lima, 2009, pág. 243.

[46] J.L. ORREGO PEGANOS, "Ilusiones liberales, civiles y élites en el Perú del siglo XIX", *Histórica. Revista del Departamento de Humanidades de la Pontificia Universidad Católica del Perú,* Volumen XVIII, Núm. 1, 1994, pág. 174.

Ejecutivo se negó inicialmente a realizar por considerar que se trataba de "un acto injusto e inconstitucional"-, o el que se presentó con motivo de la aprobación de la ley de abolición de las contribuciones personales -que desencadenó en un debate sobre la naturaleza constituida o constituyente de la Convención. En todos los casos, el encontronazo terminó con la aquiescencia del Ejecutivo, honrando Castilla su declaración cuando fue investido como Presidente Provisorio -el 14 de julio de 1855-, que "la Constitución y las leyes" formarían parte de su "principio político"[47]. El mismo temperamento lo tuvo cuando al sancionarse la Constitución, el 6 de octubre de 1856, y presentársele al día siguiente el decreto que regulaba el acto de juramentación y promulgación, fijados para el 18 y 19 de octubre, respectivamente, Castilla formuló observaciones al contenido de la Constitución:

> A juicio del gobierno hay en la Constitución algunas (materias) que, lejos de ser bien recibidas por las diversas clases de la sociedad pueden detener la marcha pacífica de la república y crear embarazos que la prudencia aconseja evitar en la peligrosa crisis que atravesamos[48].

Castilla se refería a la eliminación del fuero eclesiástico y la propiedad de los empleos públicos, a la restricción impuesta al Ejecutivo en materia de ascensos militares y a la facultad otorgada a los miembros del ejército de juzgar la corrección de las órdenes que se le impartieran, medidas todas ellas que se consideraron de consecuencias insospechadas. El conflicto terminó cuando la Convención rechazó que el Presidente pueda observar el contenido de la nueva Constitución y, el 16 de octubre de 1856, al entregársele dos ejemplares de la nueva Ley Fundamental, Castilla se apresuró a promulgarla ese mismo día.

Una de las novedades de esta Carta fue su artículo 10, según el cual "Es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución". Se ha juzgado a esta cláusula como el antecedente más importante de lo que después vendría a constituir el control judicial de la constitucionalidad

---

[47] C. MC EVOY, "La vida política", en Carlos Contreras Carranza, *Perú. La Construcción nacional (1830-1880)*, T. 2, Taurus, Madrid 2014, pág. 55.

[48] M. PEÑA PRADO, *Tres campañas doctrinarias de la Historia del Perú,* s.p.i., Lima 1933 (¿?), pág. 177.

de las leyes[49]. Todas las constituciones que la precedieron, por influencia del constitucionalismo francés, apostaron por institucionalizar un modelo político de control, que empezó con la Carta de 1823, que creó un "Senado Conservador", al que se dotó de la competencia de "Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, y sobre la conducta de los magistrados y ciudadanos". Las cartas posteriores –de 1826, 1828 y 1834– no alteraron el modelo, si bien algunas de ellas –como las de 1828 y 1834– establecieron que la guarda de la Constitución y la responsabilidad de hacer efectiva sus infracciones, quedaría en manos de un Consejo de Estado.

Si en un primer momento [1828] dicho Consejo no era otra cosa que un órgano del Parlamento -una suerte de Comisión Permanente, al estar compuesto por miembros de ambas cámaras y solo entrar en funcionamiento durante el lapso que el Congreso estaba en receso (art. 92)-, ya con la Constitución de 1834 alcanzó un status distinto. Tratóse de un órgano de carácter consultivo, que además de absolver opiniones al Ejecutivo, velaba "… sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, requiriendo al Poder Ejecutivo para su cumplimiento; y en caso de contumacia formar expediente para dar cuenta al Congreso" [art. 101.3]. Al insistir la Carta de 1839 [art. 103.1] con el Consejo de Estado, durante el tiempo que esta estuvo en vigencia, este alcanzó su máximo brillo y esplendor al extremo que, como ha puesto de relieve Daniel Soria Luján[50], fue víctima de su éxito ya que al discutirse años después la Constitución de 1856 ya no se insistió más en este, tras cuestionarse su enorme poder pese a su carencia de legitimidad democrática[51], por lo que en su lugar se estableció el referido artículo 10º del texto constitucional.

[49] *Vid.* D. GARCÍA BELAÚNDE, "Nota sobre el control de constitucionalidad en el Perú: Antecedentes y Desarrollo (1823 – 1979)", en *Historia Constitucional*, Núm. 4, Junio de 2003, pág. 5.

[50] D. SORIA LUJÁN, *Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución en el Perú: el poder conservador y el Consejo de Estado: (1839-1855)*; tesis para obtener el título de abogado presentada en la Universidad Católica, Lima 1997; Ídem, "Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución en el Perú: El Poder Conservador y el Consejo de Estado (1839-1855)", en *Pensamiento Constitucional*, PUCP, Nº V, 1998, pág. 355 y ss.

[51] *Vid*. las críticas al Consejo de Estado creado por la Constitución de 1839, en T. PACHECO, *Cuestiones…,* op. cit., pág. 247.

Como fuera, precedió a la deliberación de la Constitución de 1856 uno de los debates ideológicos más importantes del siglo XIX, entre liberales y conservadores, cuyos efectos tuvieron resonancia en la conformación del constitucionalismo peruano ulterior. Por un lado, el pensamiento conservador, cuyo principal exponente era Bartolomé Herrera, quien desde las aulas del más importante centro de estudios de la época (el Convictorio Carolino), planteó la tesis de la soberanía de la inteligencia. Y de otro, en contraposición a su antiguo maestro, los hermanos Pedro[52] y José Gálvez, por aquel entonces profesores del Colegio de Guadalupe, que abogaban por el principio de soberanía popular –lo que tuvo lugar a partir del debate sobre el voto de los analfabetos[53]. Para "Herrera la soberanía nace de la naturaleza humana y de las eternas leyes sobre las cuales descansa la verdad, cuya esencia es Dios. Esta verdad absoluta se manifiesta en la inteligencia de un sector de la sociedad que es el llamado a ejercer la soberanía"[54]. Para los liberales, en cambio, el pueblo tenía el derecho de gobernarse así mismo.

En fin, la presencia de una mayoría importante de liberales en la Convención imprimió su sesgo a la Constitución de 1856. Y este fue su problema mayor, pues como era de esperarse en una sociedad fuertemente conservadora, como lo era la peruana de la época, la discusión y aprobación de estos puntos del programa liberal generaron durísimos desencuentros, que involucraron también al estamento clerical[55], al punto que esta Constitución no fue "aceptada por ningún obispo peruano alegando que

[52] De Pedro Gálvez, Bartolomé Herrera dijo que era, conjuntamente con la Virgen de Nuestra Señora de Loreto, las dos mejores joyas del Convictorio Carolino. *Vid*. J. PAREJA PAZ-SOLDÁN, *Historia…,* op.cit., pág. 108.

[53] Cf. sobre el tema, G. CHIARAMONTI, "A propósito del debate Herrera-Gálvez de 1849: breves reflexiones sobre el sufragio de los indios analfabetos", en C. ALJOVÍN DE LOSADA y S. LÓPEZ, *Historia de las elecciones en el Perú. Estudios sobre el gobierno representativo,* IEP, Lima 2005, pág. 325 y ss.

[54] F. IWASAKI CAUTI, "El pensamiento político de Bartolomé Herrera. El proyecto conservador del siglo XIX", *Boletín del Instituto Riva Agüero*, Núm. 13, 1984-1985, pág. 133.

[55] Por ejemplo, a propósito de esa Constitución se garantiza mayor participación a los civiles en el gobierno, se elimina el tributo indígena y la esclavitud, y se suprimen los fueros y el cobro de beneficios que había recibido la Iglesia Católica en la época. Al respecto, *vid*. M. GUERRA MARTINIERE, "La relación liberal peruano - chilena entre 1856 y 1860" *Boletín del Instituto Riva Agüero"*, Núm. 32, 2005, pág.166.

los legisladores no habían consultado con la Santa Sede las cuestiones relativas a la Iglesia"[56].

Su inadecuación con los caracteres de la sociedad peruana y la fijación de excesivos controles parlamentarios al Ejecutivo -ella estableció por primera vez el Consejo de Ministros[57]-, propició que el presidente Ramón Castilla, así como antes se había aprovechado de los liberales para llegar al poder, ahora buscara a los conservadores para reformarla. Esto sucedió el 13 de noviembre de 1860, cuando tras aprobarse la reforma constitucional, entró en vigencia la Constitución de 1860[58].

Fue un clima hostil e inseguro el que existió durante el debate constituyente. No solo era una nueva oportunidad para que conservadores, autoritarios y liberales volvieran cada uno con su propia agenda sino, sobre todo, por hechos ocurridos fuera de los muros de la Convención. Entre estos se encuentran el intento frustrado de magnicidio, realizado el 25 de julio de 1860, contra el presidente Ramón Castilla, que por poco no culminó en una tragedia[59]; y las amenazas contra la vida del más conspicuo e ilustrado líder del movimiento conservador en el Parlamento[60], Bartolomé Herrera, quien presidió el Congreso.

No bien se instaló el Congreso, la primera cuestión que le tocó resolver tenía que ver con la naturaleza de su función, es decir, si se trataba de un poder constituido o, en su defecto, de un poder constituyente. No fue muy ortodoxa la salida que se dio al impase. La mayoritaria fue de

[56] P. GARCÍA JORDÁN, "La Iglesia peruana ante la formación del Estado moderno (1821 – 1862)", *Histórica. Revista del Departamento de Humanidades de la Pontificia Universidad Católica del Perú,* Vol. X, Núm. 1, 1986, pág. 21.

[57] M. V. VILLARÁN, *Posición constitucional de los ministros en el Perú,* Cultural Cuzco, Lima, 1994, pág. 39 y ss.

[58] J. G. LEGUÍA, *Hombres e ideas en el Perú,* Ediciones Arcilla, Santiago de Chile, 1941, pág. 65-75.

[59] J.V. UGARTE DEL PINO, *Historia de las Constituciones del Perú*, Editorial Andina S.A, Lima, 1978, págs. 412 y ss.

[60] Herrera había elaborado un proyecto de Constitución en 1860. Fiel a sus postulados, proponía la suspensión de la ciudadanía por falta de inteligencia o de libertad, la creación de un Senado funcional, compuesto por 30 miembros: *Vid*. J. BASADRE, *Historia de la República del Perú*, tomo V, Empresa Editora El Comercio, Lima 2005, pág. 14.

la opinión que el Congreso estaba investido con los poderes suficientes para reformar íntegramente la Constitución y que, luego de aprobarlas, se debatiría cómo ejercerían sus funciones en la legislatura ordinaria.

Uno de los temas que más polémica generó fue el debate sobre el restablecimiento del fuero eclesiástico, que la Constitución de 1856 había eliminado. Detrás de ese afán estaba Bartolomé Herrera, quien era miembro del clero. Pronto su propuesta fue rechazada por mayoría, lo que desencadenó que su participación decayera y se dedicara a preparar su viaje a Arequipa, donde ocuparía el cargo de Obispo y terminaría sus días[61]. Tampoco prosperó que se modificara la clausula que prohibía la reelección inmediata del presidente de la República, logrando solo que se restableciera la pena de muerte en los casos de que se cometa el delito de homicidio calificado[62].

La Constitución de 1860 volvió a institucionalizar el Parlamento bicameral, con una cámara de diputados y una cámara de senadores. Una propuesta del poder ejecutivo, relacionada con la necesidad de que el Congreso se reúna bienalmente, desencadenó que se institucionalizara una comisión permanente, órgano que tenía entre sus funciones el de supervisar el cumplimiento de la Constitución y las leyes, declarar si ha lugar o no lugar a la formación de causa, y poner a disposición del juez competente a los senadores o diputados, en caso de flagrante delito.

En relación con el poder ejecutivo, y con el propósito de limitar el poder de Castilla, se volvió a establecer el Consejo de Ministros, que fue creado originalmente por la Carta del 56. Amplió el número de ministerios y reconoció la obligatoriedad de los ministros de acudir al Congreso cuando fuesen interpelados, lo que después fue desarrollado por la Ley de Ministros aprobada el 2 de mayo de 1861.

En términos generales, la Constitución de 1860 fue moderada, pues las importantes prerrogativas que se estableció a favor del poder ejecutivo vinieron acompañadas de la institucionalización de ciertas prácticas

---

[61] J.V. UGARTE DEL PINO, *Historia*…, op. cit., pág. 418.

[62] R. BUSTAMANTE Y CISNEROS, "Centenario de la Constitución de 1860", *Biblioteca de Cultura Peruana Contemporánea,* Lima, 1963, pág. 95.

parlamentarias, que equilibraban las de aquel. A su moderación se debe que esta rigiera alrededor de 60 años, si bien con breves paréntesis. Entre estos se contó la promulgación de la Constitución de 1867, que rigió entre el 29 de agosto de 1867 al 6 de enero de 1868, luego del cual volvió a restablecerse la Carta de 1860, al tratarse de un documento muy similar a la Constitución de 1856[63].

También se encuentra entre los paréntesis que afrontó la Constitución de 1860 el hiato derivado de la guerra con Chile, que fue aprovechado por Nicolás de Piérola para deponer al Vicepresidente a cargo de la Presidencia de entonces, y aprobar un Estatuto Provisorio[64], que rigió entre el 27 de diciembre de 1879 al 18 de enero de 1881. Esta guerra desencadenó una crisis profunda en todo orden de cosas.

A la relativa estabilidad constitucional que sobrevino tras el dictado de la Constitución de 1860 contribuyeron una serie de factores. A parte de la sagacidad política de Castilla y el crecimiento económico como consecuencia de la explotación del guano y del salitre, coadyuvaron el desgaste del militarismo, el ánimo transaccional entre liberales y conservadores, militares y civiles, y de quienes profesaban posiciones clericales y laicas, además de la formación de los primeros partidos políticos -a partir de 1862, alrededor de la Revista de Lima y luego bajo la Sociedad Independencia Electoral, surgió el primer partido político peruano[65], el Partido Civil, que llevó a Manuel Pardo[66] después a la Presidencia de la República-. También durante su vigencia se institucionalizó, de la mano de Nicolás de Piérola, el Partido Demócrata que permitió a su líder llegar al poder, nuevamente, en 1895. Este período fue conocido como el de la "república

[63] L. ALZAMORA SILVA, *La evolución política y constitucional del Perú independiente*, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1942, pág. 38.

[64] Fue inexplicable la decisión del presidente Prado de abandonar el país, en secreto, el 18 de septiembre de 1879. De ello se aprovechó su principal rival político, Nicolás de Piérola, quien cuatro días después derribó a su Vicepresidente e instauró una dictadura "para salvar al país". *Vid.* P. KLARÉN, *Nación y Sociedad en la Historia del Perú*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2005, pág. 239.

[65] V. PANIAGUA, *Manuel Pardo y el Partido Civil. Apogeo y crisis del primer partido político del Perú,* Fondo editorial del Congreso del Perú, Lima 2009.

[66] J.L. ORREGO PENAGOS, "Domingo Elías y el Club Progresista: Los civiles y el poder hacia 1850", *Histórica*, Volumen XIV, Núm. 2, 1990, pág. 317.

aristocrática", pues los "cargos de la administración política estuvieron copados por prominentes miembros de los partidos Demócrata y Civil, o por la aristocracia del dinero: terratenientes, comerciantes, financistas y banqueros"[67].

También contribuyó en gran medida, pues en torno a él se acrecentó el sentimiento de patria, el combate del Dos de Mayo de 1866, en el que las fuerzas armadas nacionales derrotaron al último esfuerzo español por anexar nuevamente al Perú y que, según muchos, representa la consolidación definitiva de nuestra independencia[68].

En fin, el epílogo de la Constitución de 1860 comenzó el 4 de julio de 1919, cuando con el apoyo de las Fuerzas Armadas, Augusto B. Leguía se hizo del poder. Este fue el último golpe que soportó la más longeva de las constituciones del siglo XIX, pues unos meses después, el 18 de enero de 1920, con ocasión de un aniversario más de la ciudad de Lima, el presidente de la "Patria Nueva" promulgó la nueva Constitución. Fue el final de la llamada "República Aristocrática" y el inicio de una nueva fase del constitucionalismo.

IV. La institucionalidad precaria (1920 – 1979)

Como se ha dicho, los días finales de la Constitución de 1860 comenzaron el 4 de julio de 1919, cuando un nuevo golpe de Estado rompió la precaria institucionalidad democrática que existía a finales del siglo XIX y principios del XX. Tras suyo estaba Augusto B. Leguía, quien pese a contar con el respaldo de los votos, temía que el Parlamento proclamara como Jefe de Estado a uno del entorno del Presidente saliente, José Pardo y Barreda. Por aquellos años, era una vieja costumbre que los presidentes con el mandato vencido decidieran a sus sucesores. Ya en 1883, Ernst W. Middendorf, un médico alemán que atendió a los presidentes Balta y Prado, tras 25 años de estancia por el Perú, dejó el siguiente testimonio:

---

[67] L. DURAND FLORES, *Compendio histórico del Perú*, tomo VI, Milla Batres S.A, Lima, 1993, pág. 672.

[68] C. MC EVOY, *La utopía republicana*, PUCP, Lima, 1987, pág. 101.

> (…) Casi todos los presidentes que han llegado a la Primera Magistratura, no por la fuerza de las armas, sino por elección, deben la suya al apoyo de su antecesor en el puesto. Castilla hizo elegir, al finalizar el primer periodo de su gobierno, al General Echenique, y al concluir el segundo, al Mariscal San Román. Fue una excepción la elección del Presidente Manuel Pardo, pues venció a pesar de la oposición del gobierno. Mas el mismo Pardo determinó también un sucesor, al recomendar a su partido la elección del General Ignacio Prado y cometió así el error que habría de ser fatal para él (…)[69].

Una de las primeras cosas que hizo Leguía estando en el poder fue convocar a elecciones, tanto para elegir a los miembros de la Asamblea Nacional como para que se aprobaran las reformas a la Constitución de 1860. En su "Manifiesto", publicado al día siguiente del golpe de Estado, el 5 de julio de 1919, Leguía anunció la necesidad de realizar una reforma constitucional "…que destierre para siempre la vergüenza intolerable de los gobiernos burocráticos y personales condenados a la presión y al error, (pues) la función del poder no puede estar reducida a preparar sucesiones presidenciales, a ubicar representantes amigos…", sobre las que el pueblo prestará "su sanción directa".

Esto último se hizo mediante un plebiscito, cuya plataforma estaba constituida de 19 puntos que interesaban al régimen, y cuya aprobación se realizó casi de manera simultánea a la conformación de la Asamblea Nacional (24 y 25 de agosto de 1919). Un mes después, el 24 de setiembre, se instaló la referida Asamblea[70] y después de un arduo debate sobre si las reformas debieran circunscribirse a lo aprobado mediante plebiscito, esta decidió aprobar una nueva Constitución, terminando sus labores constituyentes el 27 de diciembre del mismo año, al cabo del cual pasó a funcionar como poder legislativo. El 18 de enero de 1920, con ocasión de un aniversario

---

[69] E. MIDDENDORF, *Perú. Observaciones y estudios del país y sus habitantes durante una permanencia de 25 años,* t. 1, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima 1973, pág. 251. *Vid*., también, V. PANIAGUA CORAZAO, "El derecho de sufragio en el Perú", en *Elecciones*, Año 2, Núm. 2, Lima 2003, pág. 61, nota 1.

[70] La Comisión de cómputo de esta nueva Asamblea realizó el conteo de los votos del proceso electoral de 1919 y el 12 de octubre de 1919 Leguía juramentó ante ella como Presidente Constitucional.

más de la ciudad de Lima, Leguía promulgaba la nueva Constitución, la que formalmente rigió hasta el 9 de abril de 1933.

Dictada tras la primera post-guerra, la Constitución de 1920 recogió algunas de las preocupaciones del constitucionalismo social[71], entonces en pleno proceso de ebullición[72]. Entre ellas está haber previsto un modelo promotor de Estado, al fijar que se encontraba entre sus deberes "atender el progreso moral e intelectual, material y económico del país". También amplió la lista de los derechos individuales e incorporó una serie de derechos sociales, como la protección de la vida y la salud en el marco de las relaciones de trabajo y dotó de cobertura constitucional a la propiedad indígena o campesina, a la que declaró imprescriptible, innegable e inembargable[73]. También destaca haber supeditado el ejercicio del derecho de propiedad a su compatibilidad con la ley; dispensar trato igual a peruanos y extranjeros en el acceso a la propiedad; prohibir que en nombre del interés nacional se adquiera o transfiera cierta clase de propiedades[74]; vetar el acaparamiento y los monopolios, así como haber constitucionalizado por primera vez el hábeas corpus[75].

[71] Esto coincide con las preocupaciones de las constituciones de la época con la llamada "cuestión social". *Vid.*, al efecto, R. GARGARELLA, *La sala…,* op.cit., pág. 199 y ss.

[72] J. BASADRE, *Historia de la República del Perú*, Tomo XIV, Empresa Editora El Comercio. Lima 2005, pág. 41.

[73] Según H. BONILLA ("Comunidades de indígenas y Estado-Nación en el Perú", en *Histórica. Revista del Departamento de Humanidades de la Pontificia Universidad Católica del Perú.* Volumen VI, Número 1, Año 1982, pág. 36), una disposición de esa naturaleza fue consecuencia de reconocerse a las comunidades como uno de los principales afectados por la crisis económica ocasionada por la guerra con Chile, lo que obligó al gobierno de Leguía a reconocer constitucionalmente su existencia.

[74] H. BONILLA, "Comunidades…, ob. cit., pág. 40 y 41.

[75] De los primeros años de este segundo gobierno de Leguía data el primer caso documentado en el que la Corte Suprema inaplicó una ley por ser contraria a la Constitución. La sentencia, dictada en un hábeas corpus presentado a favor de Luis Pardo, hermano del ex-presidente José Pardo, enfrentó a la Corte Suprema, integrada por magistrados afines al civilismo, con el poder político. *Vid.* sobre sus pormenores, P. PLANAS SILVA, "El caso ´Luis Pardo´. *Leading case* sobre el control de inaplicabilidad de las leyes en el Perú", en *Ius et Veritas*, Núm. 25, Lima 2002, págs. 367-368. Asimismo, C. RAMOS NÚÑEZ, *Ley y justicia en el oncenio de Leguía,* Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2015, pág. 218-227.

Desde el punto de vista orgánico, fue una novedad que la Constitución estableciera congresos regionales -en el Norte, Centro y Sur-, los que si bien no tenían autonomía y no podían aprobar nada sin el visto bueno de las autoridades del gobierno central, representó un intento por salir del excesivo centralismo que caracterizó la organización y funcionamiento de la "res publica" en el siglo XIX. También estableció la incompatibilidad entre el mandato legislativo y cualquier otro empleo público; los primeros esbozos de un sistema de carrera judicial y volvió a insistir en la creación de un Consejo de Estado[76]. Y si bien el mandato presidencial se fijó en 5 años y se prohibió la reelección inmediata, pronto esta cláusula constitucional fue objeto de sucesivas reformas.

En setiembre de 1923, mediante Ley N° 4687, se la modificó para posibilitar la reelección inmediata de Leguía y, luego, en octubre de 1927, mediante la Ley N° 5857, una nueva reforma constitucional lo autorizaría a reelegirse para un tercer período consecutivo, lo que no se consumó tras la insurrección de Sánchez Cerro, que lo depuso del Poder el 25 de agosto de 1930[77].

Las sucesivas reelecciones de Leguía, que lo mantuvieron en el poder por once años, rompieron una vieja tradición de irreelegibilidad en el más alto cargo del Estado, que fue observada por todos los mandatarios, incluyendo a los más autoritarios o prestigiados[78]. Y si bien durante su gestión se modernizó el Estado, este logro fue a costa de quebrarse la precaria institucionalidad del país[79] e instaurarse un régimen con una "presidencia semidictatorial y semiperpétua"[80].

Depuesto Leguía, se designó una Junta Nacional de Gobierno que después de algunos reveces quedó en manos de David Samanez Ocampo.

---

[76] L. ALZAMORA SILVA, *La evolución política…,* op. cit., pág. 30.

[77] Manuel Vicente Villarán, algunos meses antes, advertiría ya de los inconvenientes y vicios que se generarían de concretizarse la intentona de Leguía, M. V. VILLARÁN, "La reelección", en *Páginas Escogidas*…, op. cit., págs. 299 y ss.

[78] J.PAREJA PAZ-SOLDÁN, *Temas constitucionales y la constituyente*, Editorial Andina, Lima 1978, pág. 43.

[79] J. PAREJA PAZ-SOLDÁN, *Historia…*, op. cit., pág. 194.

[80] M. V. VILLARÁN, "La reelección", pág. 304.

Al tiempo que se convocaba a un Congreso Constituyente y a elecciones presidenciales, mediante resolución suprema de 7 de agosto de 1931 la Junta designaba una Comisión de notables con el propósito de que elaborara un Anteproyecto de Constitución. Dicho trabajo, que concluyó el 5 de diciembre de 1931, fue publicado así como su exposición de motivos[81]. Sin embargo, el esfuerzo desplegado por la Comisión Villarán -así llamada, pues fue presidida por el más importante constitucionalista de la época, Manuel Vicente Villarán- no fue tomado en cuenta por el Congreso Constituyente -que se instaló tres días después, el 8 de diciembre de 1931-, pese a tratarse del "documento constitucional más importante de este siglo, pues encierra no solo lecciones de prudencia e historia política, sino de experiencia y recomendaciones"[82].

Áspero y accidentado fue el trabajo constituyente, sobre todo en sus primeros meses. En febrero de 1932, en un acto que el Congreso Constituyente después convalidó, 27 representantes de la oposición fueron desaforados de hecho y mandados al exilio. Más tarde, sin su presencia y la de otros constituyentes que se retiraron en rechazo al desafuero arbitrario, se aprobó una cláusula constitucional prohibiendo la existencia de todo partido o movimiento de organización internacional.

En términos generales, la Constitución de 1933 continuó la senda establecida por su antecesora[83], destacando entre sus disposiciones -en clara reacción ante los sucesos que acontecieron en el oncenio de Leguía- la

[81] M.V. VILLARÁN y otros, *Ante-proyecto de Constitución del Estado,* Imprenta Torres Aguirre, Lima 1931. M.V. VILLARÁN y otros, *Exposición de Motivos del Ante-proyecto de Constitución del Estado*, Imprenta Torres Aguirre, Lima 1931 [Hay una segunda edición, con prólogo de Luis Echecopar García, Talleres gráficos P.L. Villanueva, Lima 1962].

[82] D. GARCÍA BELAUNDE, "El constitucionalismo peruano en la presente centuria", op. cit., pág. 88. V. PANIAGUA CORAZAO, "El anteproyecto de Constitución Política elaborado por la Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán", en J. DE BELAUNDE y otros, *Homenaje a Jorge Avendaño*, Tomo 1, PUCP, Lima 2004, pág. 422 y ss.

[83] M. V. VILLARÁN, *Las constituciones de 1860 y 1920 concordadas para uso de los estudiantes de Derecho Constitucional,* Librería e imprenta Gil, Lima 1920 [Es un texto complementario a su libro *Programa detallado de Derecho Constitucional. Segunda parte. Derecho Constitucional peruano. Instituciones vigentes,* Librería e Imprenta Gil, Lima 1920]

prohibición de la reelección inmediata, a la que se revistió de la condición de cláusula pétrea[84]. Tuvo aquella un afán -y solo eso-descentralista, al prever los Concejos Departamentales, que nunca se instalaron. Creó un Senado Funcional, de composición corporativa[85] que, de haberse implementado, funcionaría al lado de la Cámara de Diputados, que en cambio era de origen popular. Se previó que el Presidente del Consejo de Ministros reemplazaría, en caso de impedimento, al Jefe de Estado, prohibiéndose a este el veto suspensivo, lo que no siempre fue respetado. Se introdujo, asimismo, diversas instituciones del sistema parlamentario, lo que generó constantes enfrentamientos entre el Congreso y el Poder Ejecutivo, todos ellos resueltos por medio del golpe de Estado.

En materia de derechos, esta Constitución incorporó capítulos íntegros dedicados a la cuestión social, tales como la educación y los pueblos indígenas. Respecto a la primera, reconoció la obligatoriedad de la enseñanza primaria, fomentó la enseñanza técnica y estimuló las escuelas de orientación industrial[86]. Y en relación a los pueblos indígenas, además de reiterar el reconocimiento de su existencia legal, garantizó la integridad de sus tierras y su imprescriptibilidad e inalienabilidad. Aunque en el seno del Congreso Constituyente se debatió intensamente, ni el voto femenino ni el de los analfabetos fueron aprobados por esta Constitución. El voto de las mujeres se aprobó más tarde, en 1955, mediante la Ley Nº 12391[87], en tanto que el voto de los iletrados tendría que esperar todavía a la entrada en vigencia de la Constitución de 1979 (Ley Nº 23219).

Si bien la Constitución de 1933 es una de las que más vigencia ha tenido, sin embargo, su acatamiento efectivo fue bastante exiguo y se reduce, en el fondo, a los periodos de los presidentes Bustamante y Rivero (1945-1948), Ignacio Prado (1956-1962) y Fernando Belaunde

[84] J. PAREJA PAZ-SOLDÁN, *Comentarios a la Constitución Nacional*, Tesis doctoral, spi, Lima 1939, pág. 61.

[85] J. PAREJA PAZ-SOLDÁN, *Historia de las Constituciones Nacionales,* s.p.i. Lima 1944, pág. 203-204 [Existe segunda edición, por la PUCP, Lima 2005, pág. 183].

[86] J. PAREJA PAZ-SOLDÁN, *Historia de las Constituciones Nacionales (1812-1979),* citado, pág. 188.

[87] V. PANIAGUA CORAZAO, "El derecho de sufragio en el Perú", en *Elecciones*, Año 2, Núm. 2, citado, pág. 68.

(1962-1968), todos ellos civiles y de origen democrático. Su desasosiego comenzó pocos días después de que fuera promulgada -el 9 de diciembre de 1933-, al caer asesinado el Presidente Sánchez Cerro -el 30 de abril de 1933- y nombrarse (parlamentariamente) al general Oscar R. Benavides como Jefe de Estado. Bajo el mandato de este último se aprobó un bloque de reformas constitucionales -que comprendía la autorización de dictar legislación delegada, el aumento del periodo presidencial a 6 años y la disminución de ciertas facultades del Congreso- mediante plebiscito, que se realizó el 18 de junio de 1939, y que al haberse realizado prescindiendo del procedimiento de reforma que contemplaba aquella Constitución, se dejó sin efecto 6 años después.

Luego vinieron una serie de golpes militares, el último de los cuales se inició en 1968, mediante el cual se licenció al Presidente Fernando Belaunde Terry, tomando su lugar el General Velasco Alvarado, quien radicalizó una serie de reformas sociales, en especial, la reforma agraria. En agosto de 1975, el General Francisco Morales Bermúdez hizo lo propio con su predecesor, prolongando la dictadura militar hasta julio de 1980.

V. Modernización (1980- hasta hoy)

Poco antes de que los militares cumplieran 10 años en el poder, sobrevino una dura crisis económica y política –que se materializó en huelgas que paralizaron todo el país, en particular, la del 19 de julio de 1977– que hizo inviable su continuidad. Se inició entonces un proceso de negociación para restablecer la democracia, la que se acordó bajo la condición de que se elaborara una nueva Constitución, que "institucionalizar(ía) las transformaciones estructurales" del régimen, como especificaba el artículo 2º del Decreto Ley 21949, del 4 de octubre de 1977, mediante el cual se reguló las elecciones para la Asamblea Constituyente[88].

El mismo Decreto Ley preveía que las elecciones a representantes de la Asamblea Constituyente se realizarían el 4 de junio de 1978, y que una vez efectuada, esta se instalaría el 28 de julio del mismo año, debiendo

[88] D. GARCÍA BELAUNDE, "El constitucionalismo…, op.cit., págs. 91 y ss. Del mismo autor, "Perú: veinticinco años de evolución político-constitucional (1950-1975)", en AAVV., *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina,* UNAM, México, 1979, T. 2, pág. 231 y ss.

culminar sus funciones en la primera quincena de 1979. Sin embargo, el proceso electoral no se llevó a cabo en la fecha fijada, sino dos semanas después, el 18 de junio. Y una vez elegidos sus representantes e instalada la Asamblea Constituyente bajo la presidencia de Víctor Raúl Haya de la Torre, esta terminó de aprobar la nueva Constitución, la que si bien se promulgó el 12 de julio de 1979, solo entró en vigencia el 28 de julio del año siguiente, con el restablecimiento de la democracia[89].

En el proceso electoral participaron todos los partidos y movimientos políticos que en ese entonces canalizaban los diferentes intereses de la sociedad, salvo "Acción Popular". Ninguna fuerza política llegó a obtener la mitad o más de los escaños –que eran 100–, por lo que lo esencial del trabajo constituyente se aprobó de manera consensuada, en particular, entre las dos primeras minorías –el APRA y el Partido Popular Cristiano–. Fruto de la composición heterogénea de la Asamblea y de los consensos a los que era preciso arribar, la Constitución del 79 fue extensa y reglamentarista –tuvo 307 artículos y 18 disposiciones finales y transitorias–, reflejándose en su contenido la superposición de diversos techos ideológicos, especialmente en el relativo a su régimen económico.

A diferencia de todas las constituciones anteriores, que eran versiones corregidas y aumentadas de las que les precedieron, la Constitución de 1979 modernizó la estructura y el contenido de estas. Esto pudo realizarse no solo a partir del nuevo estado de cosas que, para bien o para mal, dejaba el gobierno militar, sino también debido a los avances del constitucionalismo de la segunda post guerra.

Empezaba aquella con un largo y poético preámbulo, al que le siguió un extenso título en el que se recogían los derechos y libertades esenciales del hombre. A los de corte individual y político, que vienen de las cartas del siglo XIX, y los sociales, económicos y culturales, algunos de los cuales ya habían sido incorporados en las constituciones de 1920 y 1933, se sumaron otros, no faltando también los excesos –como el reconocimiento del derecho a una sepultura gratuita. Parte de este re-diseño en el tratamiento

[89] Al igual que la Constitución de 1856, también el Ejecutivo de turno pretendió observar el trabajo constituyente. Sobre el tema, D. GARCÍA BELAUNDE, "Sanción, promulgación y publicación de la Constitución de 1979", en su libro *La Constitución en el péndulo,* UNAS, Arequipa 1996, págs. 35 y ss.

constitucional de los derechos consistió en conferirles el más alto rango, no solo a los que se encontraban expresamente previstos, sino también a aquellos que puedan inferirse de su "cláusula de derechos no enumerados", un artículo que en sus líneas generales se incorporó tomando por modelo a la IX Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

Igualmente singular fue que se confiriera rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos, lo que propiciaba que la Carta del 79 no se redujera a sus 307 artículos y 18 disposiciones finales y transitorias, sino se extendiera para comprender a todos los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales que sobre esa materia ratificara el Estado peruano. Este tratamiento extenso y complejo de los derechos se fortaleció con la introducción de un título relativo a las "garantías constitucionales", esto es, la parte relacionada con la defensa jurídica de la Constitución y sus derechos. Allí se volvió a insistir en el habeas corpus, se constitucionalizó por primera vez el amparo -de origen mexicano, pero en la versión que se desarrolló en el país del Mar del Plata-, y también se hizo lo propio con el acceso a la jurisdicción internacional de los derechos humanos, ratificándose a nivel constituyente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos, lo que antes había hecho el gobierno militar con algunos reparos.

Dentro de este mismo apartado, la Constitución de 1979 también creó una acción abstracta de constitucionalidad, cuyo conocimiento se previó que fuera de competencia exclusiva del Tribunal de Garantías Constitucionales, que también por primera vez se creaba siguiendo el modelo de la jurisdicción constitucional austriaca[90]. Simultáneamente, se constitucionalizó el denominado "control judicial de constitucionalidad de las leyes" contrarrestándose, así, una infeliz tendencia jurisprudencial[91], lo que dio lugar a la configuración de un sistema "dual" o "paralelo" de

[90] *Vid*. D.GARCÍA BELAUNDE, "La influencia española en la Constitución peruana (a propósito del Tribunal de Garantías Constitucionales)", en *Revista de Derecho Político*, Núm. 16, 1982-1983, págs. 201 y ss.

[91] En el caso del ex- presidente José Luis Bustamante y Rivero, la Corte Suprema se inhibió de realizar el control de constitucionalidad de una Ley, argumentando que tal competencia no estaba prevista en la Constitución. Vid. la sentencia en D. GARCÍA BELAUNDE, *El Habeas Corpus interpretado*, PUCP, Lima 1971, págs. 171-172. Las vicisitudes del caso, narrados por uno de los magistrados que

jurisdicción constitucional, que después siguieron otros países, tanto del Continente como de otras regiones[92].

También se constitucionalizó una serie de órganos, como el Consejo Nacional de la Magistratura o el Ministerio Público -que se separó del poder judicial-, y se sistematizó el tratamiento de una serie de instituciones, como la propiedad, la educación, los tratados o el régimen económico, o simplemente se les introdujo por primera vez en su "corpus", como sucedió con los partidos políticos y la integración regional, a la que se impulsó, así como el proceso de descentralización y regionalización, cuya implementación fue infeliz.

En la parte orgánica, la Constitución del 79 trató de superar la fragilidad que caracterizó al Poder Ejecutivo durante la vigencia de la Constitución de 1933, introduciendo la segunda vuelta electoral (ballotage) solo para la elección del presidente y del vicepresidente. Atribuyó al Poder Ejecutivo de la competencia para dictar decretos legislativos, formalizando así una práctica que en los hechos se había iniciado con la Carta que la precedía. Igualmente, y al lado de la potestad reglamentaria, se facultaba al presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, a dictar "decretos extraordinarios en materia económica y financiera", una suerte de "decretos de urgencia" que, si bien en la práctica tenían el mismo rango de las leyes, sin embargo, el Tribunal de Garantías Constitucionales se negó aceptar[93].

En el ámbito parlamentario las principales reformas introducidas tenían que ver con el establecimiento de un Senado que tendría representación regional, al que se le facultó participar en diversos actos que antes eran de ejercicio exclusivo del presidente de la República, como es el caso del nombramiento de embajadores. Además se creó una Comisión

---

valientemente se opusieron a servir al gobierno de facto, en D. GARCÍA RADA, *Memorias de un Juez*, Editorial Andina, Lima, 1978, pág. 171 y ss.

[92] AA.VV. *Sobre la jurisdicción constitucional*, PUCP, Lima 1990.

[93] F. EGUIGUREN PRAELI, "El Tribunal de Garantías Constitucionales: Las limitaciones del modelo y las decepciones de la realidad", en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Núm. 7, CAJ, Lima 1991, pág. 15 y ss. C. LANDA, "Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional", en *Pensamiento Constitucional*, Núm. 2, PUCP, Lima 1995, pág. 73 y ss.

Permanente que debería funcionar durante el lapso de receso parlamentario o en que la Cámara de Diputados fuera disuelta, si este censuraba a tres consejos de ministros.

Durante la vigencia de la Constitución de 1979 se sucedieron tres presidentes constitucionales, un hecho inédito entonces en la historia republicana del país. Los dos primeros, Fernando Belaunde Terry (1980-1985) y Alan García Pérez (1985-1990), con éxitos y problemas diversos, terminaron sus mandatos constitucionales. No así el tercero, Alberto Fujimori, quien elegido para el periodo 1990-1995, antes de la mitad de su mandato (5 de abril de 1992), propició un auto-golpe, con el apoyo de las Fuerzas Armadas, y disolvió el Congreso de la República, clausuró el Tribunal de Garantías Constitucionales e intervino a los órganos constitucionales más importantes (como el Poder Judicial), dejando en suspenso los artículos de la Constitución de 1979 que se opusieran al Decreto Ley Nº 25418, de 6 de abril de 1992, mediante el cual se institucionalizó el autodenominado "Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional"[94].

Los pretextos que entonces se dieron, y que contaron con un importante respaldo de la opinión pública, fueron diversos (políticos, económicos, sociales, etc). Lo cierto del caso es que la intención real del régimen era mantenerse indefinidamente en el poder. Unos meses después, agobiado por la presión internacional, el dictador decidió convocar a un Congreso Constituyente Democrático (CCD), que fue elegido el 22 de octubre de 1992, autorizándosele para que actúe tanto en la condición de un órgano legislativo como en la de un poder constituyente, en este último caso, al determinarse que "su propósito fundamental" era que el Perú "cuente con una nueva Constitución Política con sentido de futuro, que haga posible lograr la paz, su desarrollo integral y una auténtica democracia" (art. II del Decreto Ley 25684).

El CCD se instaló el 30 de diciembre de 1992 y terminó de elaborar la nueva Constitución en agosto de 1993. Como ya se había previsto en el Decreto Ley 25684 que contenía la convocatoria, la nueva Carta tendría

[94] P. PLANAS SILVA, *El fujimorato. Estudio político-constitucional*, Talleres gráficos Kelly, Lima 1999. D. GARCÍA BELAUNDE Y P. PLANAS, *La Constitución traicionada. Páginas de historia reciente,* Seglusa editores, Lima, 1993.

que ser aprobada mediante referéndum, por lo cual, a fin de ocultar la subordinación del CCD al Ejecutivo, aquel aprobó la Ley Constitucional, de 31 de agosto de 1993, mediante la cual se dispuso que la Constitución aprobada por el CCD se sometiera a este proceso de consulta ciudadana. Este se realizó el 31 de octubre de 1993, resultando ratificada la Constitución por un escaso margen de los votos emitidos, y con la ausencia de un tercio de la población electoral, además de las denuncias de fraude que en su momento alertó uno de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones.

La Constitución de 1993, que entró en vigencia el 31 de diciembre de 1993, es numéricamente más breve que la del 79. Tiene menos de 100 artículos que su antecesora, que no precisamente son el resultado de su sistematización, sino de tratar de establecer diferencias con esta, lo que se hizo ya finalizado el trabajo constituyente propiamente dicho, y que ha generado numerosos vacíos y no menos entuertos en la regulación constitucional de diversas instituciones[95].

En términos generales, la Carta del 93 es una reproducción de la Constitución de 1979, aproximadamente en el 70% de su contenido. Entre las principales diferencias resalta la ausencia de un preámbulo de la elegancia que tenía la del 79, y la deflación en el reconocimiento de los derechos, en particular, los relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales, como consecuencia del sesgo neoliberal que primó entre quienes integraban el CCD y que, por cierto, alentaba el régimen. En este grupo de derechos destaca la eliminación del derecho a la estabilidad en el empleo y el reconocimiento, en su lugar, del derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario, cuyo contenido protegido sin embargo se dejó a que el legislador lo desarrolle.

Es también notorio el tratamiento deficiente que realiza de algunos de ellos –como sucede con la libertad de asociación, que se asimila a la asociación como persona jurídica–, y la eliminación del rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos, a los que sin embargo, de manera pretoriana, el Tribunal Constitucional les ha devuelto tal condición. Una

[95] F. FERNÁNDEZ SEGADO, "El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: Aproximación a la Constitución del Perú", en D. GARCÍA BELAUNDE Y F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La Constitución peruana de 1993,* Editorial Grigley, Lima 1994, pág. 33 y ss.

novedad que contiene la Constitución de 1993 es el reconocimiento de diversos derechos relacionados con la participación política y la institucionalización de mecanismos de democracia directa, como la iniciativa legislativa, el referéndum o la rendición de cuentas, así como la creación de la Defensoría del Pueblo como un órgano constitucionalmente autónomo.

También destaca entre sus cambios el relacionado con el régimen económico, que si en la Constitución de 1979 era lo suficientemente abierto como para que su destino no esté ligado al plan de gobierno de un régimen, en la actual se optó por constitucionalizar un programa de gobierno rígidamente liberal, al condicionar la actividad empresarial del Estado a que se realice sujeta al principio de subsidiaridad, en el contexto de una economía social de mercado. Igualmente, es una novedad la introducción de los "contratos-leyes", esto es, cierto tipo de contratos administrativos suscritos entre los inversionistas privados y el Estado, a los cuales se garantizó su inmodificabilidad legislativa.

Entre las reformas más importantes que contiene la Constitución del 93 en la parte orgánica, está el fortalecimiento de las competencias del Presidente de la República, quien puede disolver el Congreso en el caso de que este haya censurado o dejado de dar el voto de confianza a dos Consejos de Ministros de manera consecutiva. También la autorización para vetar parcialmente leyes y, en su versión original -hoy ya modificada-, a reelegir de forma inmediata al Presidente [este fue uno, sino el más importante, motivo del auto-golpe del 5 de abril de 1992][96]. A diferencia de la Constitución del 79, que planteó la cuestión de manera ambigua, la del 93 contempló la facultad presidencial de dictar "decretos de urgencia", que sumado a la potestad de dictar decretos legislativos, conforman los dos ámbitos dentro de los cuales el Ejecutivo ejerce potestades legislativas.

Contrario a la tradición constitucional, se consagró un parlamento unicameral. Esta medida, solo justificada en base a criterios populistas que pretendían esconder el verdadero afán del régimen, ha reducido a

[96] Para una comparación entre Augusto B. Leguía y Alberto Fujimori, los dos únicos presidentes que abusaron de la reelección presidencial, terminando ambos presos, *vid.*, P. PLANAS SILVA, "La autocracia de Leguía y el fujimorato. Diferencias y semejanzas", en su libro *Democracia y tradición constitucional en el Perú,* Editorial San Marcos, Lima 1998, págs. 379-393.

estándares mínimos la representación política, pues originalmente previó que 120 parlamentarios representen a un promedio de treinta millones de peruanos, lo que ha morigerado en algo una reciente reforma constitucional, mediante la cual se incrementó el número de parlamentarios a ciento treinta. Y last but not least, haber desmembrado el sistema electoral entre tres órganos distintos -que se realizó con el propósito de manejar los procesos electorales en la década de los 90 y el realizado el año 2000- y haber desmontado el proceso de descentralización -lo que posteriormente fue rectificado mediante una nueva reforma constitucional-, dentro del cual se encontraba el tratamiento de los gobiernos regionales, un anhelo presente desde inicios de la república.

Puesto que en lo esencial la Constitución de 1993 estaba confeccionada a la imagen del gobernante de turno, todo hacía indicar que su vigencia se reduciría a la permanencia de Fujimori en el poder. Sin embargo, pese a que este fue vacado en el año 2000 y la Ley Nº 27600 dispuso el retiro de su firma del texto de la Constitución, han sido infructuosos todos los esfuerzos realizados hasta ahora con el propósito de restablecer la vigencia de la Constitución de 1979 o reformar totalmente la actual, teniendo como documento de base a la Carta que ella derogó. En cierta forma, esto se debe a las sucesivas reformas constitucionales que se le ha efectuado pero también al "aggiornamento" realizado por el Tribunal Constitucional mediante su jurisprudencia.

Tal vez a ello se deba el desinterés actual por sustituirla o restablecer la Constitución de 1979, como propuso la Comisión de Estudio sobre la Reforma Constitucional que se creó durante el gobierno del Presidente Valentín Paniagua, en el año 2001[97]. En el camino quedó una demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la propia Constitución de 1993, que el Tribunal Constitucional desestimó. También quedó trunco el esfuerzo del Congreso por realizar una modificación total de la Constitución (Ley N° 27600), lo que el Tribunal Constitucional condicionó a que se siguiera el procedimiento de reforma que ella contempla, así como las iniciativas legislativas, algunas de ellas planteadas en el ejercicio del derecho de participación política (cf. Proyecto de Ley Nº 2001/2012, de marzo de

[97] Cf. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, Konrad Adenauer, Lima 2001.

2013), que a lo largo del tiempo se han planteado ocasionalmente. Tal vez la principal razón de que todos estos intentos hayan sido infructuosos se deba a la fumigación de sus rasgos autoritarios realizada por el Tribunal Constitucional, en estos casi 25 años de actividad. Pero esta es una cuestión que forma parte de la historia reciente, que no es el caso explicitar aquí.

La crítica de Juan Bautista Alberdi a la constitución peruana de 1839

Freddy R. Centurión González*

Sumario

I. Introducción. **II.** Alberdi: el hombre y su tiempo. **III.** La Generación de 1837. **IV.** La organización del país. **V.** El exiliado. **VI.** Las líneas generales de las *Bases*. **VII.** El constitucionalismo sudamericano según Alberdi. **VIII.** La Constitución peruana de 1839.

I. Introducción

Poca duda cabe que uno de los pensadores más relevantes de Iberoamérica ha sido el argentino Juan Bautista Alberdi (1810-1884). Su obra sentó las bases del pensamiento liberal argentino durante la segunda mitad del siglo XIX e influyeron en la elaboración de la Constitución de 1853, texto que, con numerosas reformas, sigue siendo la base del ordenamiento jurídico vigente en la República Argentina. Y sin embargo, pese a su importancia, Alberdi es un pensador poco conocido en el Perú, fuera de los grupos liberales que alaban sus ideas, afirmando que su pensamiento fue la guía del indiscutible crecimiento económico que vivió Argentina a inicios del siglo XX, situación que contrasta tristemente con la actualidad. Su obra fue vasta: abarcó la música, la sociología, la ciencia constitucional, el derecho internacional, la filosofía del derecho y la teoría económica.

El presente artículo, dada la amplitud de la obra de Alberdi, se enfocará en un detalle relacionado con la historia constitucional peruana: la crítica que efectuó a los textos constitucionales peruanos dentro de

* Docente de Historia del Derecho, Derecho Constitucional Peruano y Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (Chiclayo).

su obra más importante, las *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* (1852). Revisaremos los lineamientos esenciales de dicha obra y el juicio que le mereció el constitucionalismo sudamericano, dentro del cual, se estudió al constitucionalismo peruano con una lapidaria sentencia: es calculada para su atraso.

II. Alberdi: el hombre y su tiempo

Juan Bautista Alberdi y Araoz nació en San Miguel de Tucumán en agosto de 1810, meses después de la célebre Revolución de Mayo. Quizá tal coincidencia de año marcó la vida del pensador y su afán de reflexionar constantemente sobre el porvenir de su país. Alberdi fue testigo de la anarquía que siguió a la lucha emancipadora, donde las distintas visiones del país se enfrentaban en el campo de las ideas y en el campo de batalla[1].

A los doce años, el muchacho ya era huérfano, quedando bajo el cuidado de sus hermanos mayores, quienes le consiguieron una beca en el Colegio de Ciencias Morales de Buenos Aires, del que se retiró pronto. En 1831, Alberdi retomó sus estudios ingresando a la Universidad de Buenos Aires (dado que el Colegio de Ciencias Morales había sido clausurado) para seguir la carrera de Leyes. Allí recibió la influencia de la escuela histórica del derecho, a través de la *Introduction générale a l'histoire du droit* (1830) del jurista liberal francés Eugène Lerminier, quien divulgaba la obra del no menos conocido jurista prusiano Friedrich Karl von Savigny. Sin embargo, la situación en Buenos Aires bajo la dominación de Juan Manuel de Rosas, llevó a Alberdi a pasar a la Universidad de Córdoba, donde obtuvo el grado de Bachiller en Leyes en 1834. Sorprende, sin embargo, que las primeras

[1] «Los unitarios, es decir, los liberales, quienes buscaban nacionalizar Buenos Aires, su ciudad, despojarla de su autonomía y convertirla en la base desde la cual se redujeran las barreras provinciales al comercio para abrir todo el país al comercio mundial. Los federalistas, que eran los del interior, también querían nacionalizar el puerto de Buenos Aires para repartir su recaudación aduanera entre todas las provincias, que eran menos prosperas. Por ello, batallaban para mantener la autonomía de las provincias e imponer aranceles internos, a fin de proteger las industrias locales. Un tercer grupo, también federalista, era distinto. Sus miembros eran de la provincia de Buenos Aires y se oponían a la nacionalización de la ciudad portuaria porque significaba la pérdida del monopolio provincial sobre sus ingresos aduaneros. Eran partidarios del libre comercio, pero en realidad deseaban que todo continuara igual». Orrego, 2003, pp. 111-112.

obras de Alberdi fuesen un escrito titulado *El espíritu de la música* y un *Ensayo sobre un método nuevo para aprender a tocar el piano con la mayor facilidad*, ambas de 1832. Y es que el tucumano también compuso minués y valses para piano.

III. La Generación de 1837

Para entonces, la anarquía había derivado en el fortalecimiento de la figura de Juan Manuel de Rosas, uno de los más controvertidos caudillos latinoamericanos del siglo XIX. Entre 1829 y 1852, su presencia como gobernador de la provincia de Buenos Aires impuso el orden sobre la base de la represión de los opositores, extendiendo el poder de su provincia sobre las demás, sobre la base del Pacto Federal de 1831, que le aseguraba el manejo de las relaciones exteriores de las Provincias Unidas del Río de la Plata. Su dictadura hizo semejar al territorio argentino a una gran estancia.

Desde 1832, un grupo de jóvenes intelectuales se reunía en la librería de Marcos Sastre en Buenos Aires, siendo la base el Salón Literario fundado en 1835. Alberdi se incorporó a este grupo, donde destacaban, entre otros, Esteban Echeverría y Juan María Gutiérrez. Desde el Salón, estos jóvenes intelectuales, luego conocidos como la *Generación de 1837*, difundieron nuevas ideas políticas en base a las nuevas lecturas europeas. No es de sorprender que tuvieran en alta estima a Lerminier y a Savigny.

En 1837, Alberdi publicó una de sus obras más importantes, *Fragmento Preliminar al estudio del Derecho*. En dicho texto, recogía las teorías del derecho natural, del derecho positivo y de la jurisprudencia, para efectuar un diagnóstico de la situación nacional y sus posibles soluciones, en base a la evidente influencia del historicismo jurídico alemán. Pese a ello, en ocasiones Alberdi cayó en el común tópico de denostar la herencia hispánica de América del Sur en aras de la ilusión del progreso en base a las ideas francesas[2]. En su introducción, el joven tucumano avaló

[2] «Nosotros hemos tenido dos existencias en el mundo, una colonial, otra republicana. La primera, nos la dió España; la segunda, la Francia. El día que dejamos de ser colonos, acabó nuestro parentesco con la España: desde la República, somos hijos de la Francia. Cambiamos la autoridad española, por la autoridad francesa, el día que cambiamos la esclavitud por la libertad. A la España le debemos cadenas, á la Francia libertades. Para los que están en los íntimos orígenes históricos de

tácitamente a Rosas, dado que el federalismo se amoldaba al estado social de las provincias del Río de la Plata, pero también deslizó unas críticas al dogma de la soberanía popular, al afirmar que «el pueblo no es soberano sino de lo justo» [3].

Ese mismo 1837, Alberdi se inició en el periodismo con la publicación de *La Moda*, publicación semanal que recogía temas de música, poesía, literatura y costumbres. Sin embargo, no consiguió evitar despertar sospechas por sus ideas liberales. Vigilado por la *Mazorca*, la temible policía secreta de Rosas, Alberdi optó por abandonar Buenos Aires. Viviría en el exilio durante cuarenta y un años. Primero en Montevideo (donde se tituló como abogado y actuó en conspiraciones infructuosas contra Rosas), luego en París (donde visitó al anciano libertador San Martín), y finalmente en Chile, Alberdi desplegó una intensa actividad jurídica y periodística.

IV. La organización del país

En 1851, el poder de Rosas fue desafiado, una vez más, por un gobernador del interior. La decisiva batalla de Caseros, en febrero de 1852, marcó el final de la era de Rosas, que partió al exilio en Gran Bretaña. El nuevo hombre fuerte de la Confederación Argentina, el gobernador de Entre Ríos, Justo José de Urquiza, apostó por la idea de la institucionalización del país, con los demás gobernadores del interior, acordó en San Nicolás la convocatoria a un Congreso General Constituyente a realizarse en Santa Fe.

---

nuestra regeneración, nuestras instituciones democráticas no son sinó una parte de la historia de las ideas francesas. El pensamiento francés envuelve y penetra toda nuestra vida republicana. De este modo, [¡] cómo no hemos de preferir las nobles y grandes analogías de la inteligencia francesa!». Alberdi, 1886a, p. 131.

Vale notar que ya en su ancianidad, Alberdi propuso modificar la letra del Himno Nacional Argentino para anular las frases hirientes hacia España, idea que sería acogida y aprobada en 1900.

[3] «El pueblo no es soberano de mi libertad, de mi inteligencia, de mis bienes, de mi persona, que tengo de la mano de Dios; sino que, al contrario, no tiene soberanía sino para impedir que se me prive de mi libertad, de mi inteligencia, de mis bienes, de mi persona. De modo que, cuando el pueblo o sus representantes, en vez de llenar este deber, son ellos los primeros en violarlo, el pueblo o sus representantes no son criminales únicamente; son también perjuros y traidores». Alberdi, 1886a, p. 189-190.

> Ahora, en 1852, el problema seguía siendo cómo transferir el poder de los estados provinciales a una unidad política más amplia que tuviera en sus manos los recursos públicos derivados del comercio y del crédito, así como la fuerza de las armas. De otro lado, para lograr un nuevo marco de organización y funcionamiento social, el orden se erigía como una cuestión dominante. Para muchos intelectuales era la cuestión de fondo que permitiría el progreso. La idea de orden excluía a todos aquellos elementos que podían obstruir el progreso (montoneros, caudillos e indios, por ejemplo). Desde esta perspectiva, el orden implicaba también definir lo que era la ciudadanía, en tanto se debía establecer quiénes serían considerados como miembros legítimos de la nueva sociedad.[4]

Alberdi se hallaba en Chile cuando se enteró del triunfo de Urquiza. En pocas semanas, redactó la que es, quizá, su obra más importante, las *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, publicada en mayo de 1852, y reeditada en julio junto con un proyecto de Constitución. La obra sería una de las fuentes de la nueva Constitución sancionada el 1º de mayo de 1853.

Uno de los intelectuales que respaldó inicialmente a Urquiza fue el sanjuanino Domingo Faustino Sarmiento. Hombre de carácter vehemente, Sarmiento se apartó de Urquiza y abrió una polémica ardua con Alberdi. El sanjuanino acusó al tucumano de ser agente de Urquiza, en tanto que el autor de las *Bases* juzgaba al autor del *Facundo* como un caudillo de la pluma. Sin embargo, en medio de las pullas y burlas mutuas, se notó un debate sobre cómo debía organizarse la Argentina, de forma política, económica, social y cultural. Alberdi compiló sus argumentos en las *Cartas Quillotanas*, y Sarmiento hizo lo propio con *Las Ciento y Una*.

Sarmiento se unió a la oposición a Urquiza, en tanto que Alberdi apostó por el proyecto de la Confederación Argentina, surgida con la nueva Constitución. No en balde, en 1854, publicó otra de sus obras claves, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*. En ella, sostuvo que el sistema económico de la Constitución era el liberalismo de Adam Smith; para Alberdi, el principio

[4] Orrego, 2005, p. 117.

vital de las riquezas era el trabajo libre[5]. Como liberal, Alberdi se oponía al socialismo, a ideas como la regulación del uso de la propiedad[6], el salario mínimo[7], a la garantía del trabajo[8] y a la restricción sobre el movimiento de las monedas[9], medidas que Argentina (y muchos países de América Latina) ha contemplado en los últimos años[10].

[5] Cf. Alberdi, 1886c, p. 150.

[6] «Pero no bastaba reconocer la propiedad como derecho inviolable. Ella no puede ser respetada en su principio, y desconocida y atacada en lo que tiene de más precioso, en el uso y disponibilidad de sus ventajas. El socialismo hipócrita y tímido, que no ha osado desconocer el derecho de propiedad, ha empleado el mismo sofisma, atacando el uso y disponibilidad de la propiedad en nombre de la organización del trabajo. Teniendo esto en mira y que la propiedad sin el uso ilimitado es un derecho nominal, la Constitución argentina ha consagrado por su artículo 14 el derecho amplísimo de usar y disponer de su propiedad, con lo cual ha echado un cerrojo de fierro a los avances del socialismo». Alberdi, 1886c, p. 165.

[7] «El salario es libre por la Constitución como precio del trabajo, su tasa depende de las leyes normales del mercado y se regla por la voluntad libre de los contratantes. No hay salario legal u obligatorio a los ojos de la Constitución fuera de aquel que tiene por ley la estipulación expresa de las partes, o la decisión del juez fundada en el precio corriente del trabajo, cuando ocurre controversia». Alberdi, 1886c, p. 255.

[8] «Garantizar trabajo a cada obrero sería tan impracticable como asegurar a todo vendedor un comprador, a todo abogado un cliente, a todo médico un enfermo, a todo cómico, aunque fuese detestable, un auditorio. La ley no podría tener ese poder, sino a expensas de la libertad y de la propiedad, porque sería preciso que para dar a los unos lo quitase a los otros, y semejante ley no podría existir bajo el sistema de una Constitución que consagra a favor de todos los habitantes los principios de la libertad y de propiedad, como bases esenciales de la legislación». Alberdi, 1886c, pp. 255-256.

[9] «Son derogatorias de la libertad de comercio las leyes restrictivas del movimiento de internación y extracción de las monedas, porque la moneda es una mercancía igual a las demás, y porque toda traba opuesta a su libre extracción es la frustración de un cambio, que debería operarse contra otro producto importado del extranjero. Tales leyes son doblemente condenables como iliberales y como absurdas; como contrarias a la Constitución y a la riqueza al mismo tiempo». Alberdi, 1886c, p. 195.

[10] En una de sus últimas obras, Alberdi diría: «La omnipotencia de la patria, convertida fatalmente en omnipotencia del Gobierno en que ella se personaliza, es no solamente la negación de la libertad, sino también la negación del progreso social, porque ella suprime la iniciativa privada en la obra de ese progreso. El Estado absorbe toda la actividad de los individuos, cuando tiene absorbidos todos sus medios y trabajos de mejoramiento. Para llevar a cabo la absorción, el

V. El exiliado

Entre 1855 y 1861, Alberdi desempeñó la representación diplomática de la Confederación Argentina ante gobiernos de Francia, Inglaterra, el Vaticano y España, gestionando el reconocimiento del país por dichos gobiernos. Sin embargo, en 1861, el general Urquiza se retiró de la aún incierta batalla de Pavón, dejando el campo en manos de las fuerzas bonaerenses. Como resultado, el país se reunificó bajo la hegemonía porteña y Bartolomé Mitre asumió la Presidencia, sellando el final de la Confederación. La misión de Alberdi en Europa concluyó de golpe y se encontró sin dinero, lejos de su país, despojado de su cargo, con todo lo trabajado desautorizado. Peor aún, no había cobrado dos años de salarios, manteniéndose con las rentas de una propiedad en Chile. Alberdi debió quedarse en Francia.

Al estallar en 1865 la guerra de la Triple Alianza, algo monstruoso en su concepto, ya que juzgaba no existir motivo para hacerla. Alberdi afirmó que sería una matanza inútil, que terminaría destruyendo a Paraguay, haciendo primar los intereses de Buenos Aires por sobre los intereses del interior. Su afirmación de que la guerra era de "la triple infamia", jamás le sería perdonado por Mitre[11]. Ese rencor se agravó con la publicación de *El Crimen de la Guerra* en 1872.

Estado engancha en las filas de sus empleados a los individuos que serían más capaces entregados a sí mismos. En todo interviene el Estado y todo se hace por su iniciativa en la gestión de sus intereses públicos. El Estado se hace fabricante, constructor, empresario, banquero, comerciante, editor y se distrae así de su mandato esencial y único, que es proteger a los individuos de que se compone contra toda agresión interna y externa. En todas las funciones que no son de la esencia del Gobierno, obra como un ignorante y como un concurrente dañino de los particulares, empeorando el servicio del país, lejos de servirlo mejor». Alberdi, 1887b, pp. 176-177.

[11] «En cuanto a los motivos aparentes y ostensibles [de la guerra], ellos han sido tan livianos que espanta el recordar el aplomo con que se invocaron para justificar una pérdida de hombres y de caudales públicos y privados, que no costó la guerra entera de la Independencia contra España. Si como todos admiten hoy, que gobernar es poblar, ¿qué nombre dar a la política que ha despoblado esas regiones casi solitarias de más de medio millón de habitantes en seis años?». Alberdi, 1887a, p. 152.

Mientras Alberdi seguía en el exilio, su viejo rival Sarmiento asumió la Presidencia en 1868, y en 1874, el tucumano Nicolás Avellaneda, colaborador del sanjuanino, le sucedió en el poder. El viejo Alberdi pospuso su retorno hasta 1879, en que fue elegido diputado por su provincia. Se reconcilió con Sarmiento y fue recibido por el presidente Avellaneda; pero Mitre no podría perdonar su oposición a la guerra del Paraguay y las críticas a sus obras históricas.

Y cuando en 1880, el nuevo presidente, el general tucumano Julio Argentino Roca, propuso la edición de las obras completas de Alberdi por cuenta del Estado (las obras se editarían póstumamente entre 1886 y 1887 en ocho volúmenes), Mitre encontró su momento: desde su periódico *La Nación*, se opuso hasta lograr que el Senado rechazase la propuesta, así como el nombramiento de Alberdi como embajador en Francia.

Enfermo, débil y desengañado, Alberdi decidió volver a Europa. Mientras su salud se agravaba, el gobierno de Roca aprobó concederle una pensión de 400 pesos mensuales, pero fue muy tarde: Alberdi murió en junio de 1884 en un sanatorio en Neuilly-sur-Seine, un suburbio de París. Murió prácticamente solo y en la pobreza.

VI. Las líneas generales de las *Bases*

En febrero de 1852, Urquiza derrotó a Rosas en la batalla de Caseros; poco después, la noticia llegó a Chile, en momentos en que Alberdi retornaba luego de un viaje a Lima. Por consejo de Juan María Gutiérrez, Alberdi plasmó por escrito sus ideas en torno a la organización política argentina. El texto, las célebres *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, estuvo concluida en mayo de 1852, siendo publicada en Chile; sin embargo, pronto aparecieron ediciones en la misma Argentina.

> La República Argentina, simple asociación tácita e implícita por hoy, tiene que empezar por crear un gobierno nacional y una constitución general que le sirva de regla. Pero ¿cuáles serán las tendencias, propósitos o miras, en vista de los cuales deba concebirse la venidera constitución? ¿Cuáles las bases y punto de partida del nuevo orden constitucional y del nuevo gobierno, próximos a instalarse?

> He aquí la materia de este libro, fruto del pensamiento de muchos años, aunque redactado con la urgencia de la situación argentina. En él me propongo ayudar a los diputados y a la prensa constituyentes a fijar las bases de criterio para marchar en la cuestión constitucional.[12]

El texto de Alberdi fue de indiscutible importancia para la elaboración de la Constitución argentina. La admiración hacia el pensamiento europeo era enorme en el jurista argentino.

> Recordemos á nuestro pueblo que la patria no es el suelo. Tenemos suelo hace tres siglos, y solo tenemos patria desde 1810. La patria es la libertad, es el orden, la riqueza, la civilización organizados en el suelo nativo, bajo su enseña y en su nombre. Pues bien; esto se nos ha traído por la Europa: es decir, la Europa nos ha traído la noción del orden, la ciencia de la libertad, el arte de la riqueza, los principios de la civilización cristiana. La Europa, pues, nos ha traído la patria, si agregamos que nos trajo hasta la población que constituye el personal y el cuerpo de la patria.[13]

Sin embargo, el pensador tucumano partía de la idea de que la población de la Confederación hacía imposible la aplicación de los ideales y principios franceses y norteamericanos. Creía que era utópico pensar que se podría realizar la república representativa sin alterar la masa del que se componía el pueblo hispanoamericano[14].

> Este cambio anterior a todos es el punto serio de partida, para obrar una mudanza radical en nuestro orden político. Esta es la verdadera revolución, que hasta hoy sólo existe en los nombres y en la superficie de nuestra sociedad. No son las leyes las que necesitamos cambiar; son los hombres, las cosas. Necesitamos cambiar nuestras gentes incapaces de libertad por otras gentes hábiles para ella, sin abdicar el tipo de nuestra raza original, y mucho menos el señorío

---

[12] Alberdi, 1886b, p. 386.

[13] Alberdi, 1886b, p. 425.

[14] "Haced pasar el roto, el gaucho, el cholo, unidad elemental de nuestras masas populares, por todas las transformaciones del mejor sistema de instrucción; en cien años no haréis de él un obrero inglés, que trabaja, consume, vive digna y confortablemente". Alberdi, 1886b, p. 427.

> del país; suplantar nuestra actual familia argentina por otra igualmente argentina, pero más capaz de libertad, de riqueza y progreso[15].

La modernización económica y social, sostenía Alberdi, solo podría emprenderse sobre la base de dos agentes de moralización: las costumbres y la industria. «La educación no es la instrucción», decía. Ello no implicaba negar al pueblo la educación, sino que «es un medio impotente de mejoramiento comparado con otros, que se han desatendido»[16]. Mientras Sarmiento creía que la alfabetización era la solución nacional, Alberdi creía que lo que podría rescatar a Argentina del atraso era la destreza y habilidad de los inmigrantes europeos, que inspirarían con su ejemplo a los trabajadores nativos. Por ello, había que alentar la inmigración europea (y desde luego, los capitales e inversores europeos); de allí su célebre frase: «En América gobernar es poblar»[17].

Digno liberal del siglo XIX, Alberdi consideraba necesaria la existencia de una división de poderes: «la idea de constituir la República Argentina no significa otra cosa que la idea de crear un gobierno general permanente, dividido en los tres poderes elementales destinados a hacer, a interpretar y a aplicar la ley tanto constitucional como orgánica»[18]. Partidario del bicameralismo, el tucumano escribió en su proyecto de Constitución, que el Senado recogería a los representantes de las provincias, mientras que la Cámara de Diputados recogería a los representantes de la nación. Pero frente a las posibles crisis de autoridad en países que reconocía proclives a caer en la anarquía, y contrario a Tocqueville, Alberdi apostaba por un poder ejecutivo fuerte, elogiando el modelo que Chile había seguido:

> Esa solución tiene un precedente feliz en la República Sud-Americana, y es el que debemos a la sensatez del pueblo chileno, que ha encontrado en la energía del poder del presidente las garantías públicas que la monarquía ofrece al orden y a la paz, sin faltar a la naturaleza del gobierno republicano. Se atribuye a Bolívar este dicho profundo y espiritual: «Los nuevos Estados de la América antes española

[15] Alberdi, 1886b, pp. 523-524.

[16] Alberdi, 1886b, p. 417.

[17] Alberdi, 1886b, p. 525.

[18] Alberdi, 1886b, p. 458.

> necesitan reyes con el nombre de presidente». Chile ha resuelto el problema sin dinastías y sin dictadura militar, por medio de una constitución monárquica en el fondo y republicana en la forma: ley que anuda a la tradición de la vida pasada la cadena de la vida moderna. La república no puede tener otra forma cuando sucede inmediatamente a la monarquía; es preciso que el nuevo régimen contenga algo del antiguo; no se andan de un salto las edades extremas de un pueblo. La República francesa, vástago de una monarquía, se habría salvado por ese medio; pero la exageración del radicalismo la volverá por el imperio a la monarquía.[19]

Firme adherente al liberalismo económico, no sorprende que Alberdi escribiese que

> Siendo el desarrollo y la explotación de los elementos de riqueza que contiene la República Argentina el principal elemento de su engrandecimiento y el aliciente más enérgico de la inmigración extranjera de que necesita, su Constitución debe reconocer, entre sus grandes fines, la inviolabilidad del derecho de propiedad y la libertad completa del trabajo y de la industria. Prometer y escribir estas garantías, no es consagrarlas. Se aspira a la realidad, no a la esperanza. Las constituciones serias no deben constar de promesas, sino de garantías de ejecución. [20]

El republicanismo de Alberdi no llegaba a extremos democráticos: si bien sostenía la necesidad de garantizar la pureza y el acierto del sufragio, juzgaba necesario «ser poco rígidos en punto a nacionalidad de origen»[21], permitiendo la participación de los inmigrantes preparados en la dirección política del país, una idea radical para la época. Juzgaba incluso que si no se podía establecer el sufragio directo, debía apelarse al sufragio indirecto para evitar caer en la demagogia de las masas.

> Todo el éxito del sistema republicano en países como los nuestros depende del sistema electoral. No hay pueblo, por limitado que sea, al que no pueda aplicarse la República, si se sabe adaptar a su

[19] Alberdi, 1886b, p. 415.

[20] Alberdi, 1886b, p. 452.

[21] Alberdi, 1886b, pp. 475-476.

> capacidad el sistema de elección o de su intervención en la formación del poder y de las leyes. A no ser por eso, jamás habría existido la República en Grecia y en Roma, donde el pueblo sufragante solo constaba de los capaces, es decir, de una minoría reducidísima en comparación del pueblo inactivo.[22]

VII. El constitucionalismo sudamericano según Alberdi.

Alberdi, recordemos, tuvo una enorme influencia de la escuela histórica del derecho, y en particular de la obra de Savigny (a través de la lectura de Lerminier), como se evidenció en su *Fragmento Preliminar*, donde expresaba que «nuestra historia constitucional, no es más que una continua serie de imitaciones forzadas, y nuestras instituciones, una eterna y violenta amalgama de cosas heterogéneas»[23].

En sus *Bases*, el pensador tucumano dividió la historia constitucional de América del Sur en dos grandes períodos: el primero, entre 1810 y la culminación de las luchas emancipadoras, y el segundo, que seguía hasta la misma época en la que Alberdi escribía las *Bases*. Las constituciones de la primera etapa habían sido la expresión de la necesidad de acabar con el dominio hispánico: la democracia y la independencia eran todo el propósito constitucional. En la segunda etapa, Alberdi apuntaba la presencia de «un derecho constitucional republicano, y un derecho administrativo colonial y monárquico, [con el cual] la América del Sud arrebata por un lado lo que promete por otro: la libertad en la superficie y la esclavitud en el fondo»[24].

Fiel a su espíritu historicista, y sin duda bajo la influencia de las obras de Tocqueville, Alberdi criticó acremente el afán por impostar modelos constitucionales en América del Sur. En la primera etapa constitucional, el ejemplo de la Revolución francesa había sido nocivo, seguía Alberdi, dadas sus políticas comerciales encaminadas hacia el proteccionismo; el ejemplo de Estados Unidos tampoco fue positivo en materia económica y diplomática, puesto que temerosos de su posición geográfica, rodeados

[22] Alberdi, 1886b, p. 476.

[23] Alberdi, 1886a, p. 112.

[24] Alberdi, 1886b, p. 452.

por dominios europeos, apelaron a políticas de aislamiento internacional y protección de su industria por medios tarifarios.

> A fuerza de vivir por tantos años en el terreno de la copia y del plagio de las teorías constitucionales de la Revolución francesa y de las constituciones de Norte-América, nos hemos familiarizado de tal modo con la utopía, que la hemos llegado á creer un hecho normal y práctico. Paradojal y utopista es el propósito de realizar las concepciones audaces de Siéyes y las doctrinas puritanas de Massachussets, con nuestros peones y gauchos que apenas aventajan á los indígenas. Tal es el camino constitucional que nuestra América ha recorrido hasta aquí y en que se halla actualmente.[25]

No sorprende, entonces, su juicio negativo sobre los textos constitucionales sudamericanas, afirmando que ninguna merecía ser modelo de imitación. Para justificar su afirmación, dedicó varias páginas de las *Bases* al análisis de la realidad constitucional de los países recién liberados de la dominación española. Su atención se centró en los casos de Chile (que conocía de primera mano, dado su exilio), del Perú, de los países que formaron la Gran Colombia (a la que denomina meramente *Colombia*; dichos países eran Ecuador, Nueva Granada – la actual Colombia – y Venezuela), de México, de Uruguay y de Paraguay.

> (…) el derecho constitucional de la América del Sud está en oposición con los intereses de su progreso material e industrial, de que depende hoy todo su porvenir. Expresión de las necesidades americanas de otro tiempo, ha dejado de estar en armonía con las nuevas exigencias del presente. Ha llegado la hora de iniciar su revisión en el sentido de las necesidades actuales de la América. ¡Ojalá toque a la República Argentina, iniciadora de cambios fundamentales en ese continente, la fortuna de abrir la era nueva por el ejemplo de su constitución próxima![26]

El juicio de Alberdi se basaba en el análisis de la cuestión de población (naturalización y domicilio), la educación y las mejoras municipales, la admisión de extranjeros a empleos secundarios, a la inmigración, al tema

[25] Alberdi, 1886b, p. 523.

[26] Alberdi, 1886b, p. 408.

religioso, al comercio, a las reglas de comercio exterior, y al progreso por garantías de reformas.

VIII. La Constitución peruana de 1839

Uno de los ataques que Sarmiento hizo a Alberdi, fue sostener que no se documentó lo suficiente sobre las constituciones sudamericanas, y que se basó en la obra de Florencio Varela, *Tratados de los Estados del Río de la Plata y Constituciones de las Repúblicas Sudamericanas*, editada entre 1847 y 1848[27]. Dicha obra citaba a la Constitución peruana de 1823, texto que ni siquiera había llegado a regir a plenitud, como bien sabemos. Alberdi sostenía que dicha Constitución, promulgada «bajo el influjo de Bolívar[28], cuando la mitad del Perú estaba ocupada por las armas españolas, se preocupó ante todo de su independencia de la monarquía española y de toda dominación extranjera»[29].

El jurista tucumano dedicó su atención al análisis de algunos aspectos de la Constitución peruana vigente, la de 1839. Dicha Constitución, resultado del derrumbe de la Confederación Perú-Boliviana, fue «la primera Carta de contenido autoritario elaborada en el país; mejor dicho, es el primer exponente constitucional de un autoritarismo nacionalista. En otras palabras, es el reflejo de un país cansado después de un largo desangrarse»[30]. Y a diferencia de sus predecesoras, rigió más tiempo. Cuando Alberdi escribía las *Bases*, faltaba menos de tres años para que la Constitución de 1839 fuese derogada por el alzamiento liberal de 1854-1855.

Al analizar la realidad peruana, Alberdi lanzó una frase lapidaria: la Constitución del Perú es calculada para su atraso. Para él, la Constitución chilena de 1833 «es infinitamente superior a la del Perú, en lo relativo a

[27] Cf. Alberdi-Sarmiento, 2005, p. 437.

[28] En realidad, sabemos que la Constitución de 1823 fue promulgada no solo contra el influjo de Bolívar, sino que su aplicación fue suspendida precisamente por la presencia del Libertador para culminar la guerra de independencia, y que lejos de entrar en vigencia, fue soslayada puesto que el caraqueño optó por impulsar una nueva Constitución, la llamada *Vitalicia* de 1826.

[29] Alberdi, 1886b, p. 398.

[30] Basadre, 2005, II, p. 197.

población, industria y cultura europea"[31]. Ello no la hacía perfecta ciertamente: en páginas anteriores, si bien Alberdi juzgaba a la Constitución chilena, "superior en redacción a todas las de Sud-América, sensatísima y profunda en cuanto a la composición del poder ejecutivo», la notaba también «incompleta y atrasada en cuanto a los medios económicos de progreso y a las grandes necesidades materiales de la América española»[32]. No obstante, su opinión sobre Chile era positiva, entendible dados los años que residió allí; en otro ensayo, Alberdi incluso consideró que el país sureño era el «órgano y agente natural de la Europa liberal en Sud América»[33].

Pese al conservadurismo que se suele achacar a la Constitución de 1839, Basadre rescató algunos destellos liberales, como el artículo 3° que consagró el catolicismo como religión de Estado, *sin permitir el ejercicio público de cualquier otro culto*, a diferencia de los textos anteriores que excluían el ejercicio de cualquier otra religión. Precisamente ese artículo fue mencionado por Alberdi, y más adelante en el texto de las *Bases*, afirmó que América del Sur necesitaba "de la religión el hecho, no la poesía; y ese hecho vendrá por la educación práctica, no por la prédica estéril y verbosa"[34].

La mayor parte del análisis que hizo Alberdi sobre la Constitución peruana se centró en el tema de la inmigración, la integración de los extranjeros al nuevo país y su comercio. En muchos puntos, sus opiniones coincidieron con los duros juicios que un joven arequipeño haría en 1854 a la Constitución de 1839.

Alberdi comenzó quejándose del trámite complicado que el derecho peruano de la época establecía para conceder la ciudadanía a un extranjero, un trámite sumamente burocrático: del Prefecto al Ministro del Interior (en rigor debía ser de Gobierno), luego el Congreso escuchaba el informe de la Junta Departamental; de aprobar el Congreso el pedido, el Gobierno expedía los documentos respectivos, y el agraciado juraba ante el Prefecto la obediencia al Gobierno y se inscribía al agraciado en el Registro cívico de la población de su residencia. Trámite tan engorroso que parecía estar

[31] Alberdi, 1886b, p. 398.

[32] Alberdi, 1886b, p. 396.

[33] Alberdi, 1886d, p. 499.

[34] Alberdi, 1886b, p. 420.

diseñado para ahuyentar más que atraer a los extranjeros deseosos de unir su futuro al del Perú:

> Bueno es que la nación desee que los extranjeros que a ella vienen sean hombres útiles y trabajadores; pero considerando que la falta de brazos es un mal de que, con sobrada justicia, nos quejamos; que casi todos los extranjeros poseen, en general, hábitos de orden, economía y moralidad, que tanto necesitamos adquirir, que no solo debemos esforzarnos en evitar que los extranjeros lleven consigo fuera del país los capitales que en él han formado, sino también franquearles toda clase de seguridades y garantías para que introduzcan otros; en fin, que si mucho tenemos que aprender y algo deseamos adelantar, debemos hacer todo lo posible por atraer hacia nuestro suelo a hombres que se distinguen por su amor al trabajo y por su espíritu de empresa; considerando todo esto, repetimos, nos conviene no poner trabas de ninguna especie a la naturalización de los extranjeros, remover todos los obstáculos que a ello se opongan y dictar las medidas que más conducentes sean a la realización de tan laudable fin. No creemos que resultase inconveniente alguno de asimilar los extranjeros, cualquiera que sea su procedencia, a los españoles que, según nuestra última Carta [la de 1834], obtenían la cualidad de peruanos, desde que manifestaban su voluntad de domiciliarse en el país, y se inscribían en el registro cívico[35].

Si bien el artículo 6° de la Constitución reconocía como peruano por naturalización al extranjero admitido al servicio de la República, el artículo 88°, inciso 5, prohibía al Presidente *dar empleo militar, civil, político ni eclesiástico a extranjero alguno*, sin acuerdo del Consejo de Estado, ente que actuaba como una eventual barrera frente a la intención de los extranjeros para establecerse en el Perú.

> No hay inconveniente alguno y, por el contrario, hay gran ventaja en admitir a los extranjeros ilustrados a la participación de todos nuestros derechos políticos. Excepto el cargo de Presidente de la República, no vemos ningún otro que no pudiesen desempeñar. En este punto, más bien, nos convendría imitar a los Estados Unidos. En las cámaras belgas hay frecuentemente muchos extranjeros

[35] Pacheco, 2015, p. 152.

> naturalizados y hace poco que dos de los principales ministros del rey Leopoldo eran franceses. El patriotismo bien entendido, lejos de oponerse, favorece estas ideas esencialmente liberales, democráticas y aun humanitarias[36].

Alberdi apuntaba la existencia de un localismo peruano extremo, al punto que un peruano de Arequipa no podía ser prefecto en el Cuzco. Dicho provincialismo sería corroborado en 1854 por la pluma de Toribio Pacheco:

> Parece, en efecto, que nos avergonzáramos de llevar el nombre de *peruanos*; porque tal es el empeño que ponemos en hacer alarde del país de nuestro nacimiento; a fin de que no se crea que tal vez hemos visto la luz en otro, que interiormente miramos con desprecio, aunque sea, sin embargo, parte integrante de la patria común. Entre nosotros se encuentran *limeños*, *arequipeños*, *puneños*, *cuzqueños*, etcétera; pero son muy raros los peruanos, es decir aquellos hombres que no fijan su amor en una localidad donde la casualidad los hizo nacer, sino que tienen un corazón grande que abarca en sus afecciones toda la patria y que no limita sus deseos de progreso material e intelectual a un solo punto, a aquel donde se halla su partida de bautismo, sino que abraza toda la extensión del territorio a que se da ese dulce y expresivo nombre de *patria*, que para muchos nada significa. De este sentimiento egoísta y mezquino nace esa rivalidad funesta que se observa entre los departamentos que componen la nación peruana, que nos hace aplicar el nombre de *extraños*, *extranjeros* o *advenedizos* a los que no han tenido la gran fortuna de nacer en el mismo departamento, en la misma provincia que nosotros[37].

Las garantías individuales, recalcó Alberdi, sólo «son acordadas al *peruano*, al *ciudadano*, sin hablar del extranjero, del simple habitante del Perú». El pensador argentino criticaba la indefensión jurídica de los extranjeros, mencionando el caso del general boliviano José de Ballivián, expulsado del Perú. Sin embargo, en el caso de Ballivián, se añadía el tema internacional dada la relevancia de su figura como expresidente de Bolivia

[36] Pacheco, 2015, p. 224.

[37] Pacheco, 2015, p. 123.

y opositor al gobierno de turno, y el tema de la inquina personal con el presidente del Perú, mariscal Ramón Castilla, que databa de la derrota peruana en Ingavi (1841) y los agravios recibidos por el entonces general Castilla.

El liberal argentino criticó el artículo 168° de la Constitución de 1839, que establecía que el extranjero que adquiriese propiedad territorial en el Perú, quedaría sujeto a los derechos y obligaciones de ciudadano. Es decir, era ciudadano en todo, menos en el nombre, y peor aún, ciudadanos por la fuerza. Suena extraño pensar que la ciudadanía, de hecho, se adquiría por la mera adquisición de propiedad territorial, sin cumplir con el requisito de inscripción en el registro cívico.

> Si la adquisición de una nacionalidad requiere un acto expreso, no sucede lo mismo con la dejación que de otra se hace. El extranjero que ha adquirido una propiedad territorial en el Perú, sabiendo que de este modo se hacía peruano, puede, si se le antoja, recobrar su antigua nacionalidad o naturalizarse en otro país. ¿Dejará, por esto, de ser propietario de los bienes que ha comprado en el Perú?[38]

El artículo 178° completaba esta idea al conceder a los extranjeros el goce de los derechos civiles siempre y cuando se sometieran a las mismas cargas y pensiones que los peruanos.

> el Inglés, o Alemán, o Francés, que compra una casa o un pedazo de terreno en el Perú, está obligado a pagar contribuciones, a servir en la milicia, a verter su sangre, si es necesario, en defensa del país, a todas las obligaciones de ciudadano en fin, y al goce de todos sus derechos, con las restricciones, se supone, del artículo 88 arriba mencionado, y sin perjuicio de los años de residencia y demás requisitos exigidos por el artículo 6[39].

Para afirmar su punto, Alberdi citó varias normas peruanas, anteriores a la Constitución de 1839: la Ley del 10 de octubre de 1828 prohibió a los extranjeros la venta por menudeo en factorías, casas y almacenes, sin estar inscrito en el registro cívico; un decreto de 1830 (que no hemos

[38] Pacheco, 2015, p. 156.

[39] Alberdi, 1886b, pp. 399-400.

encontrado) prohibiendo a los extranjeros hacer el comercio interior en el Perú. Podríamos añadir a las prohibiciones contra los extranjeros otros decretos que Alberdi no consideró: el del 29 de marzo de 1832 que prohibió el ingreso de extranjeros «que corrompan con sus vicios a la población, y se entreguen por falta de recursos y de industria á todo genero de excesos», sin detallar qué vicios eran merecedores de la prohibición; el del 6 de septiembre de 1833 que prohibía a los extranjeros la pesca de cetáceos y anfibios en las playas e islas peruanas, bajo pena de ser considerados contrabandistas.

> Si el Perú hubiese calculado su legislación fundamental para obtener por resultado su despoblación y despedir de su seno a los habitantes más capaces de fomentar su progreso, no hubiera acertado a emplear medios más eficaces que los contenidos hoy en su constitución repelente y exclusiva, como el Código de Indias, resucitado allí en todos sus instintos. ¿Para qué más explicación que ésta del atraso infinito en que se encuentra aquel país?[40]

A modo de conclusión, no es de sorprender las críticas negativas recibidas por la Constitución de 1839. Su pensamiento conservador, basado en la idea de asegurar el orden público, se evidenció hasta en su apresurada redacción: apenas tres meses tomó su elaboración en el Congreso de Huancayo. Fuertemente autoritaria y centralista, la Constitución de 1839 suprimió las municipalidades y reforzó considerablemente los poderes del Presidente de la República. Hostil hacia los jóvenes, no lo era menos, como hemos visto, a los extranjeros: la explicación podría entenderse como «rescoldo de cuatro años de guerras civiles e internacionales, en las que soldados de dos naciones vecinas [Bolivia y Chile] habían luchado en suelo peruano; y era el contraste vivo con el régimen que acababa de ser derribado, régimen no solo sostenido por las bayonetas bolivianas sino también por el oro inglés»[41]. La Constitución de 1839 tuvo una vida relativamente larga en comparación con sus precedentes[42], pero dicha longevidad, observó Basadre,

[40] Alberdi, 1886b, p. 400.

[41] Basadre, 2005, II, p. 199.

[42] Recordemos que la primera Constitución, la de 1823, nació abortada porque coincidió con la férrea dictadura de Bolívar y sólo rigió brevemente mientras se preparaba la Constitución de 1828; la *Vitalicia* de 1826 apenas duró siete semanas; la de 1828, pese a su importancia histórica como madre de nuestras constituciones, rigió sólo cuatro años en medio de constantes violaciones; la de 1834, menos de un

se debió más a factores coyunturales como la personalidad pragmática del mariscal Castilla. En alguna otra coyuntura, Alberdi habría elogiado la Constitución de 1839 en el sentido de fortalecer el poder presidencial, pero condenaría sus excesos autoritarios y sus limitaciones a las libertades por las que tanto abogaba. Dichos problemas se acumularían con el paso del tiempo, y el malestar entre las nuevas generaciones de liberales peruanos ante el autoritarismo de la Constitución, serían, entre otras, causa del levantamiento liberal de 1854-1855.

Referencias bibliográficas

1. ALBERDI, J. B. (1886a). Fragmento Preliminar al estudio del Derecho. En *Obras completas de Juan Bautista Alberdi* (tomo I, pp. 99-256). Buenos Aires: La Tribuna Nacional.

2. ALBERDI, J. B. (1886b). Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina. En *Obras completas de Juan Bautista Alberdi* (tomo III, pp. 371-580). Buenos Aires: La Tribuna Nacional.

3. ALBERDI, J. B. (1886c). Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según la Constitución de 1853. En *Obras completas de Juan Bautista Alberdi* (tomo IV, pp. 143-512). Buenos Aires: La Tribuna Nacional.

4. ALBERDI, J. B. (1886d). Intereses, peligros y garantías de los Estados del Pacífico en las regiones orientales de la América del Sud. En *Obras completas de Juan Bautista Alberdi* (tomo VI, pp. 448-515). Buenos Aires: La Tribuna Nacional.

5. ALBERDI, J. B. (1887a). Palabras de un ausente en que explica a sus amigos del Plata los motivos de su alejamiento. En *Obras completas de Juan Bautista Alberdi* (tomo VII, pp. 136-175). Buenos Aires: La Tribuna Nacional.

año, por la rebelión de Salaverry y las guerras de la Confederación Perú-Boliviana. En cambio, la Constitución de 1839, pese a estar en suspenso en la Anarquía entre 1842 y 1844, volvió a regir entre 1845 y 1854, llegando a regir efectivamente doce años, cifra sorprendente en comparación con las Constituciones precedentes.

6. ALBERDI, J. B. (1887b). La Omnipotencia del Estado es la negación de la libertad individual (Discurso pronunciado en el acto de la colación de grados el día 24 de Mayo de 1880). En *Obras completas de Juan Bautista Alberdi* (tomo VIII, pp. 155-182). Buenos Aires: La Tribuna Nacional.

7. ALBERDI, J. B.; SARMIENTO, D. F. (2005). *Polémica Alberdi – Sarmiento*. Buenos Aires: Losada.

8. BASADRE GROHMANN, J. (2005). *Historia de la República del Perú 1822-1933*. 18 tomos. Lima: El Comercio.

9. CURTO, J.C. (2011). *Alberdi y su proyecto de organización política y jurídica*. Iushistoria (4).

10. GARCÍA MÉROU, M. (1890). *Juan Bautista Alberdi (ensayo crítico)*. Buenos Aires: Félix Lajouane.

11. HARO, R. (2011). *Juan Bautista Alberdi: ideas fundamentales de su obra "Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina"*. UNED. Revista de Derecho Político (81), 413-440.

12. HERRERA, A. (2002). *Alberdi en Buenos Aires. La respuesta de Lerminier y los nuevos problemas de Alberdi: americanismo y lengua nacional, requisitos para crear una filosofía autóctona (1834-1837)*. Revista de Filosofía y Teoría Política (34), 167-174.

13. MOCOROA, J. M. (2012). *Alberdi, las "Bases" y la construcción del Poder Ejecutivo nacional*. Revista Mexicana de Historia del Derecho (XXVI), 147-198.

14. ORREGO, J. L. (2005). *La ilusión del progreso: los caminos hacia el estado-nación en el Perú y América Latina (1820-1860)*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

15. PACHECO, T. (2015). *Cuestiones constitucionales*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú.

16. PAREJA PAZ SOLDÁN, J. (1954). *Las Constituciones del Perú*. Madrid: Cultura Hispánica.

17. RAMOS NÚÑEZ, C. (2008). *Toribio Pacheco, jurista peruano del siglo XIX*. Lima: Instituto Riva-Agüero - Fundación M. J. Bustamante de la Fuente.

18. WAGNER DE REYNA, A. (1934). *Alberdi – ensayo lineal*. Revista de la Universidad Católica del Perú (11), 263-275.

Las deliberaciones parlamentarias en la Historia Constitucional (1822-1979)

José Francisco Gálvez*

Sumario

I. La forma de gobierno: República vs. Monarquía (1822). **II.** El diseño del espacio político territorial: República Federal vs. República Unitaria e inicios del control parlamentario (1828). **III.** La responsabilidad política: La moción de censura contra los ministros (1849). **IV.** La Relación Iglesia-Estado y la abolición del fuero eclesiástico (1856). **V.** La Pena de muerte (1856 y 1860). **VI.** La incorporación del Hábeas Corpus en la Constitución (1920). **VII.** El restablecimiento de las Comunidades Campesinas y Nativas, y el régimen jurídico de sus tierras (1920). **VIII.** El protagonismo del Poder Legislativo, primer poder del Estado (1933). **IX.** El nuevo Estado de Derecho: La Asamblea Constituyente (1978). **X.** Conclusiones.

I. Introducción

Exponer acerca del desarrollo de la historia constitucional es aludir también a los grandes debates del Congreso de la República que, por su naturaleza deliberante, contemplaron temas de coyuntura como aquellos orientados al afianzamiento del sistema político, marcando el derrotero de su existencia. Desde la Sociedad Patriótica de Lima, foro convocado por el Protector del Perú en 1821, a iniciativa de su secretario Bernardo Monteagudo, líder de los monarquistas, para discutir sobre el sistema de gobierno a establecerse en el Perú, dio paso al surgimiento del sector republicano bajo la figura de José Faustino Sánchez Carrión, quien finalmente neutralizó la propuesta gubernativa, logrando postergar su discusión hasta la instalación del próximo Congreso.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Geografía e Historia por la Universidad Complutense de Madrid.

Al instalarse el Congreso Constituyente el 21 de septiembre de 1822, los legisladores se dedicaron a redactar la Constitución, estableciendo una comisión respectiva cuyos puntos capitales se encuentran en las Crónicas Parlamentarias. Las discusiones fueron transcritas en los Diarios de Debates y en los periódicos de la época, posteriormente. Éstas abordaron temas como: la forma de gobierno; el diseño del espacio político territorial: federal o unitaria e inicios del control parlamentario; la moción de censura como responsabilidad política de los ministros; reflexiones en torno a la pervivencia de la pena de muerte; las relaciones Iglesia-Estado; la reincorporación de las Comunidades Indígenas, y el nuevo Estado de Derecho.

II. La forma de gobierno que mejor convenga al país: República vs. Monarquía (1822)

El Protector del Perú, don José de San Martín con el fin de convencer a los notables y analizar la forma más conveniente de gobierno para el Perú, estableció la Sociedad Patriótica de Lima, tal como sucedió en Buenos Aires (1812). Ante esta, el régimen representado por Bernardo Monteagudo (secretario y Ministro de Guerra) propuso el proyecto monárquico para el Perú, pues en las Provincias Unidas de Río de la Plata (Argentina) y Chile que optaron por la república al carecer de experiencia previa, sucumbieron ante la anarquía. José Faustino Sánchez Carrión, quien no había sido invitado a la Sociedad defendió a la república como régimen definitivo a través de dos cartas enviadas a los periódicos *La Abeja Republicana, Correo Mercantil y Político de Lima*. Debate que, aunque previo a la instalación del Congreso, no ha dejado de ser actual pues, aunque se denomine República Peruana, símil de la versión francesa, cuenta con elementos parlamentaristas.

Partidario de un gobierno fuerte, Bernardo Monteagudo desde el periódico El Pacificador sostenía que: «Los enemigos mayores de América no son los españoles sino las ideas exageradas de libertad»[1].

La ignorancia era sinónimo de marginación; esta solo podía ser subsanada en la medida que se incentive el fomento a la instrucción pública, con lo cual la educación a las leyes y a los conocimientos haría posible la conservación de los derechos, sirviendo de garantía a las instituciones

[1] Puente, Carlos A. de la. (1964) Ensayos y Oraciones. Lima: Gráfica Americana S.A.

que fueran a establecerse. Esta preparación contendría el posible exceso de poder, la cual se vería complementada con la libertad de imprenta, elemento regulador de las opiniones de los individuos y fiscalizador del gobierno. De lo contrario, la autoridad se convertiría en tirano, sojuzgando al pueblo sin mayor dificultad, lo que nos muestra la flexibilidad de su teoría política cuya variación estaba acorde con los sucesos de la época. En su opinión, los peruanos de entonces progresivamente tomarían conciencia -mediante las proclamas- de los principios que aportaba la independencia. En su «Memoria sobre los principios políticos que seguí en la administración del Perú, y acontecimientos posteriores a mi separación», señalaba que era en el Perú donde estaba más radicado el espíritu de la metrópoli; por el número de peninsulares que habitaban, reflejando al sector económico pujante.

Es por ello que Monteagudo fomentó el odio a los españoles al señalarlos como enemigos de la causa patriota, por lo cual era necesario retirarlos de la escena política y de todos los ámbitos, valiéndose del secuestro de bienes y la expatriación de cientos de españoles, pese a que varios de ellos habían jurado la independencia del Perú. Este fue su primer objetivo: « [para] (...) borrar hasta los vestigios de esa veneración habitual, que los hombres tributan involuntariamente á los que por mucho tiempo han estado en posesión de hacerlos desgraciados». El segundo objetivo consistió en plasmar gradualmente las ideas democráticas, pese a que los habitantes podían compartir los ideales de la misma forma que los países europeos, en la práctica las condiciones socioeconómicas eran marcadas: «(...) Hoy se teme conceder demasiado poder á los gobernantes, pero en mi concepto es mucho más de temer la muy poca obediencia de los gobernados»[2].

A dichos principios expuestos se agregaba la formación de una élite dirigente, por lo que el régimen planteó el establecimiento, vía decreto Protectoral, de la institución denominada Orden del Sol -en base a la Legión de Honor que Napoleón Bonaparte estableciera en Francia durante el Imperio- con la finalidad de premiar a las personas que colaboraron con la causa patriota. Complementariamente, se agregaba la conformación de la misión que se envió a Europa, integrada por Juan García del Río

[2] Monteagudo, Bernardo (1973): Exposición de las Tareas administrativas del gobierno desde su instalación hasta el 15 de Julio de 1822. En: CDIP: Tomo XIII: Epistolario de José de San Martín. Vol. 1, p. 243.

y James Paroissien, con el propósito de buscar un príncipe para el Perú. Esto se llevaría a cabo entre las casas reales de Inglaterra, Rusia, Brunswick, Austria, Francia y Portugal. El tercer principio se inclinaba al fomento de la instrucción pública, a través de una educación práctica que garantice que cada ciudadano conozca y goce de sus deberes y derechos. Es así que Monteagudo pretendía que cada uno de ellos llegara a ser un funcionario público. En este sentido, su primer paso fue la creación de la Biblioteca Nacional del Perú, y el segundo, la introducción del método de enseñanza lancasteriano bajo la dirección del presbiteriano Diego Thompson, quien vino de Chile y permaneció en Lima hasta 1824. Además, junto con esta clase ilustrada existirían legisladores a través de la Cámara de Representantes, quienes, a través de su gestión, fiscalizarían la marcha del Estado. El cuarto principio sostenía que la forma de gobierno debía salvaguardar la libertad del individuo, plasmada a través de una constitución, y limitar el funcionamiento del poder ejercido en los tres estamentos ya conocidos. La cristalización de la felicidad se daría con un gobierno que promueva el desarrollo del trabajo, de la industria y de los talentos.

En las «Cartas del Solitario de Sayán», José Faustino Sánchez Carrión plasmó su oposición al sistema monárquico, ya que para él el término emancipación era sinónimo de república y el de monarquía, decadencia. Señalaba que «los infinitos males que se conocen en nuestra patria no son incurables sino porque no se quiere aplicarles los específicos convenientes, o porque no se toma el trabajo de buscar el origen que los produce»[3]. Simpatizante del modelo norteamericano para la constitución del Estado peruano, sus *Cartas* nos remiten también a argumentos republicanos influenciados por las lecturas de Montesquieu y Rousseau. La forma de gobierno a adoptarse debía considerar el territorio, las costumbres y el carácter de sus pobladores lo que se complementaría con el disfrute de los derechos respetándo los principios de libertad, seguridad y propiedad. El carácter de los peruanos era proclive a aceptar lo que se de, siendo propensos a convertirse en vasallos y no en ciudadanos, de ahí que el gobierno monárquico era inadaptable para el Perú, aunque fuese constitucional. El ejercicio de las leyes y el reconocimiento de las libertades constituían el

[3] Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú (1973): Colección Documental para la Independencia del Perú (CDIP): Tomo I: Los Ideólogos, vol. 9. Lima. Imprenta del Colegio Militar Leoncio Prado.

primer paso para la seguridad de los individuos y para su felicidad, frente a la figura del monarca.

Toda sociedad tenía como objeto la conservación y protección de los derechos del individuo a través de la voluntad inalterable de las leyes, lo que ayudaría a la protección del individuo al margen de su condición económica. El rezago de la sociedad colonial mantenía un abismo que solo sería superado con la existencia de derechos adquiridos con el tiempo por determinados individuos.

Ello lo llevó a postular una meritocracia donde fuesen los talentos, los méritos y la educación los que diferencien a los sujetos, ante lo cual la existencia de una clase noble sería contraproducente para las bases del sistema. Serían las leyes las que pondrían límites a los actos del hombre en la sociedad civil y no las órdenes de los burócratas, ya que estas terminaban por convertirse en un abuso de sus prerrogativas. En clara alusión a los argumentos de Monteagudo, reconocía que la opción monárquica era la que más había prevalecido a lo largo de la historia; pero también, que el pacto social rousseauniano había sido un ingrediente que limitó en su momento la tendencia absolutista del régimen en Francia.

Argumento que no es contrario a los mecanismos actuales de las repúblicas, donde nuestras autoridades elegidas se hallan amparadas por el derecho y la legitimidad, detentando la energía social o poder. Acatamos sus órdenes no por servidumbre si no por la presencia de un sistema de fuerzas sociales basadas en el reconocimiento de dichas autoridades como nuestros representantes.

José Faustino Sánchez Carrión o El Solitario de Sayán planteaba que la existencia de una familia monárquica y de la nobleza haría que el resto de las personas se sintieran y convirtieran a la postre en sus subordinados, como *caballerizos, mayordomos y demás turba palaciega*. Sin embargo, esto no solo se restringe a esta forma de gobierno; pues durante la república se crearon una suerte de redes de clientelas entre los sectores de las élites regionales y capitalinas con las clases medias urbanas y los sectores mayoritarios.

En cuanto a las costumbres, no cabe duda de que su propuesta era tendenciosa. Sánchez Carrión sostenía que los pueblos sabios y virtuosos

eran los únicos que no se regían por monarcas, ya que dicha la alusión correspondía a un asunto fáctico, como el caso de la Revolución Francesa, y no a una elaboración ética.

El debate luego se trasladó a tener una república con un Poder Ejecutivo fuerte o sometido a los dictámenes del Congreso, donde la figura del Presidente de la República, robustecida por el caudillaje, pasaba de ser Jefe de Estado y Jefe de Gobierno con responsabilidad política a derivar esta a los Ministros, a través del referendo ministerial como lo señala la Constitución de 1993: Artículo 120°.- Son nulos los actos del Presidente de la República que carecen de refrendación ministerial[4].

III. El diseño del espacio político territorial: República Federal vs. República Unitaria e inicios del control parlamentario (1828)

Luego de la experiencia bolivariana con la llamada Federación de los Andes, donde la estabilidad reposaba en la existencia de cargos vitalicios como el de Presidente de la República o Jefe de Estado, encarnado en el propio Simón Bolívar junto al de los senadores, que conformaban la tricameralidad, se optó por buscar otra variable que otorgase la consolidación de la gobernabilidad de entonces.

José Faustino Sánchez Carrión sostuvo que no debía confundirse el federalismo, reflejo de los Estados Unidos de América, con la forma de gobierno que en realidad era una modalidad de la forma republicana, donde se producía un balance de poder entre el Gobierno central y el federal, ambos depositarios de la soberanía.

En el caso de las trece colonias el diseño espacial se había construido con la migración de afuera hacia adentro, donde cada una de ellas importó el modelo institucional europeo. A diferencia del Perú, el padrón hispano propició una sociedad multirracial que tomó como centro político y administrativo a la ciudad de Lima, constituyéndola como el eje central de todo, lo que históricamente, en el tiempo de los incas, era el Cuzco. En la guerra por la Emancipación si bien la legitimidad del proceso había

[4] García Belaunde, Domingo (2005): Las Constituciones del Perú. Lima. Fondo Editorial del Rectorado. Universidad San Martín de Porres.

sido consultado convocando a cabildo abierto en las ciudades, caseríos y pueblos como sostuvo Sánchez Carrión, ello no implicaba que dichas unidades políticas fuesen descentralizadas en su funcionamiento, sino que formaban parte de la centralización.

En este debate, el Congreso se convertía en protagonista de la descentralización, lo cual se percibía con las atribuciones establecidas en la Constitución de 1823: promoción de los intereses del departamento en general; fomentar la industria, educación e instrucción pública; mantener la policía del departamento; repartir a los contingentes del ejército y de la marina, si fuera el caso; velar por el funcionamiento de las municipalidades; llevar la civilización a las tribus salvajes limítrofes al departamento; examinar las cuentas de los cuerpos ediles; presentar candidatos en ternas dobles para prefecto, sub prefectos y gobernadores al Ejecutivo; proponer ternas para vocales supremos y superiores al Senado, así como remitirle la lista de candidatos a cabildos eclesiásticos al Obispo diocesano.

Aspecto que fue confirmado más adelante con la Carta de 1828: «Art. 2. La nación peruana es para siempre libre é independiente de toda potencia extranjera. No será jamás patrimonio de persona ó familia alguna; ni admitirá con otro Estado unión ó federación que se oponga á su independencia»[5].

En la sesión del viernes 18 de enero de 1828, el Congreso General Constituyente debatió respecto a las facultades del Presidente de la República: «Se leyó la 1ª parte del artº 84 y dice: el ejercicio del Poder Ejecutivo no puede ser vitalicio y menos hereditario. Inmediatamente el señor Caravedo (*Don Isidoro*) obtuvo la palabra é insinuó al Congreso que así se atendía el pronunciamiento de los pueblos contra la perpetuidad del exercicio del Poder Ejecutivo en una sola mano (…)[6]».

La vigencia de la Constitución pronto colisionó con el modo autoritario y arbitrario del Presidente de la República Agustín Gamarra,

---

[5] García Belaunde, Domingo (2005): Las Constituciones del Perú. Lima. Fondo Editorial del Rectorado. Universidad San Martín de Porres.

[6] Perú: Cámara de Diputados: Libro de actas de las sesiones públicas del Congreso General Constituyente del Perú. 1827-1828. Sesión del 10 de enero de 1828. Lima.

poniendo en ciernes el funcionamiento de las limitaciones y controles vigentes. Hecho que tuvo su momento más álgido en la relación Ejecutivo-Legislativo, en el año 1832, fue cuando el diputado por Arica, Francisco de Paula González Vigil inició su intervención en el Congreso con su célebre YO ACUSO, poniendo en evidencia los excesos cometidos por los miembros del Poder Ejecutivo después del golpe de 1828 e instándolos a someterse a la Constitución.

IV. La responsabilidad política: La moción de censura contra los ministros (1849)

Luego del período de anarquía que caracterizó al Perú en la década de los treinta e inicios de los cuarenta, la institucionalidad se fue recuperando paulatinamente con la convocatoria a elecciones en 1845, que otorgaron el triunfo al general Ramón Castilla y Marquesado, conocido como el soldado de la ley, como Jefe de Estado. Su gestión contó con la colaboración de liberales y conservadores, quienes de acuerdo con la teoría política de la época, recreaban las relaciones entre los poderes políticos dentro de los regímenes gubernamentales de entonces. El caso peruano si bien republicano no fue ajeno a incorporar instituciones del régimen parlamentario, cuya simpatía provenía de décadas pasadas. Hasta la Constitución de 1839 era atribución del Presidente de la República (artículo 87º, inciso 23) nombrar a los Ministros de Estado y removerlos, haciendo efectiva su responsabilidad según las leyes.

Estos altos funcionarios podían concurrir a los debates de cualquiera de las Cámaras (artículo 94º), gozando además del derecho a iniciativa de ley (artículo 92º). Como comenta el historiador Jorge Basadre Grohman, en el mes de julio de 1849, el ministro de Hacienda Manuel del Río se hallaba separado del cargo, ejerciéndolo José Fabián Melgar: «El diputado por Quispicanchis Pedro Astete afirmó que la Constitución no daba al Parlamento la facultad de pedir la destitución de un ministro y que si bien el señor Del Río era *el cólera del Perú* quería que se procediera legalmente acusándolo como señalaba la Carta Política»[7].

[7] Basadre Grohman, Jorge (2000): Historia de la República 1822-1933. Santiago de Chile. Talleres Cochrane.

En la sesión del viernes 13 de julio «se dio cuenta del informe de la Comisión de Hacienda, sobre el proyecto del empréstito del Sr. Ponce (…) se autoriza al Ejecutivo para abrir un empréstito hasta la cantidad de cuatrocientos mil pesos ($ 400,000) destinados á cubrir los sueldos y pensiones legales adeudados en los cinco meses de Febrero, Marzo, Abril, Mayo y Junio ulterior. El señor Quintana fijó la siguiente adición. Esta autorización tendrá lugar si el Ejecutivo nombra otro Ministro de Hacienda que reúna la confianza pública»[8].

Dicha adición de Pedro de la Quintana, representante por Ica, evidenciaba el malestar de la mayoría de los miembros de la Cámara y se basaba en el argumento que al encarnar los congresos la voluntad popular hacía valer la tesis de la soberanía del Parlamento por encima de cualquier entidad estatal, y por ende se podía obligar a un ministro a presentar su renuncia. Afirmación que fue secundada por Manuel Toribio Ureta, representante por La Unión, al confirmar que el Parlamento se hallaba en condiciones de declarar qué ministros no gozaban de su confianza. Por su parte, el diputado por Lima José Manuel Tirado sostuvo que en los regímenes monárquicos una manera de presionar los cambios ministeriales estaba en la autorización o no de fondos al Poder Ejecutivo.

Circunstancia que fortaleció al Congreso al agregar al mecanismo de acusación la remoción, hasta entonces atribución exclusiva del Presidente de la República. El caso de Manuel del Río ilustra el desarrollo de la cultura política considerando más las intrigas de índole personal que el control funcional. Hecho que desencadenaría en la primera renuncia de un ministro a pedido del Congreso. Aunque la moción que fue aprobada por amplia mayoría en la Cámara de Diputados, no contó con el respaldo de los Senadores. En la sesión del martes 17 de julio «se leyeron tres notas, la 1ª del Ministerio de Gobierno, transcribiendo el decreto por el que se ha admitido la renuncia del Ministro de Hacienda por D. Manuel Del Río y para que continue en el despacho D.D. José F. Melgar con el carácter, funciones y responsabilidad que tienen los Ministros»[9].

---

[8] Perú: Cámara de Diputados.1849/1850 Actas: Legislatura Extraordinaria. Del 23.04.1849 al 26.03.1850.

[9] Perú: Cámara de Diputados.1849/1850 Actas: Legislatura Extraordinaria. Del 23.04.1849 al 26.03.1850.

V. La Relación Iglesia-Estado y la abolición del fuero eclesiástico (1856)

El nacimiento del Estado peruano no sólo implicó la sustitución del modelo político hispano por el americano, sino además la adecuación del liberalismo a la iglesia católica, propiciando una nueva orientación del Derecho Público, de influencia francesa, misma que plasmaba el principio de legalidad como pilar del sistema jurídico frente a la vigencia de las normas del Derecho Indiano. Dicha vigencia se plasmó desde la gestión del general José de San Martín como Protector del Perú y se mantuvo en las Constituciones posteriores que tuvo el país, indicado en el Estatuto Provisorio del 8 de octubre de 1821: «Quedan en su fuerza y vigor todas las leyes que regían en el gobierno antiguo, siempre que no estén en oposición de la independencia del país, con las formas adoptadas por este estatuto y con los decretos ó declaraciones que se expidan por el actual gobierno»[10].

El reconocimiento de las normas del Derecho Indiano incluía además la pervivencia de la cultura jurídica de las autoridades, de la sociedad, así como de los fueros o jurisdicciones: común, militar y eclesiástica, los mismos que fueron señalados taxativamente por el Reglamento de los Tribunales del 22 de marzo de 1822. Ante el probable conflicto, la contienda de competencia o la designación del fuero o tribunal fueron dirimidas por el Poder Ejecutivo en coordinación con el Consejo de Estado[11].

Desde los inicios, el Estado peruano optó por otorgar a la religión una característica vinculante, lo que se diferenció del modelo francés al declarar que en nuestro país la religión católica, apostólica y romana era la doctrina oficial, destacando el poder de la iglesia en áreas estatales donde la autoridad laica no prestaba servicios aún a la sociedad (hospitales, hospicios, cementerios, colegios, etc.). En segundo lugar, las parroquias no sólo conservaban su injerencia en el control social de la población mediante los registros del estado de los sujetos: bautizo, matrimonio y defunción, sino que también gozaban de un papel importante en el proceso de sufragio para la elección de las autoridades políticas, tanto en la instalación de las

[10] García Belaunde, Domingo (2005): Las Constituciones del Perú. Lima. Fondo Editorial del Rectorado. Universidad San Martín de Porres.

[11] CONGRESO DE LA REPÚBLICA: Archivo Digital de la Legislación Peruana. Reglamento de Tribunales, 1º de marzo de 1822, artículo 9º y 10º.

mesas de sufragio y de la elaboración de los padrones electorales como del propio proceso que incluía la concurrencia a la misa celebrada por el párroco o un sacerdote, de acuerdo al reglamento de elecciones, para luego pasar a las ánforas.

Con la presencia del liberalismo doctrinario a mediados del siglo XIX, se puso nuevamente en debate el papel de la Iglesia en el desarrollo de la relación Iglesia-Estado. Luego de la entrega del proyecto de Constitución por parte de la comisión respectiva a la Convención Nacional, el 20 de diciembre de 1855, se pasó a deliberar en las sesiones siguientes los títulos I, II y III correspondiente a los acápites De la Nación, De la religión y Garantía Nacionales, respectivamente. «En la República no se reconocerán privilegios hereditarios, fueros personales, ni empleos en propiedad. Tampoco se reconocen vinculaciones y toda propiedad es enajenable en la forma que determinen las leyes (artículo 7º)»[12]. Con él, los liberales retomaron la importancia del individuo en la sociedad y en condición similar frente a otros semejantes.

La adopción de la igualdad ante la ley planteaba, en todos sus efectos, la incompatibilidad con la existencia de los fueros personales ya sean de índole eclesiástico o militar, considerados como rezagos de una sociedad corporativa que mantenía sus privilegios. El representante por Huarochirí, sacerdote Pedro José Tordoya, en la sesión del 29 de diciembre de 1855, defendió la necesidad de una inmunidad eclesiástica, ésta se refería: « (…) á las iglesias, á los bienes eclesiásticos y á las personas que se emplean en la administración del culto divino»[13]. Hizo notar que dicha inmunidad, vigente en otros países y en el Perú no, evitó que en el pasado un juez de paz emplazara al arzobispo Benavente y a su cabildo eclesiástico, lo que ocasionó un malestar en la población que se solucionó con intervención del Estado. De ahí, la peligrosidad en su desaparición. Al respecto, José Gálvez Egúsquiza, parlamentario por Pasco, interpeló a Tordoya[14] por considerar

[12] Perú: Cámara de Diputados (1911): Actas Oficiales y Extractos de las Sesiones. Convención Nacional 1855-1856. Lima. Empresa Tipográfica Unión. 1911.

[13] Perú: Cámara de Diputados (1911): Actas Oficiales y Extractos de las Sesiones. Convención Nacional 1855-1856. Lima. Empresa Tipográfica Unión. 1911.

[14] Diputado que más adelante se negó a firmar la Constitución de 1856 alegando el desconocimiento de la inmunidad eclesiástica, ya que los sacerdotes

un vilipendio apersonarse ante un tribunal ordinario, que si la institución es mala no solo genera perjuicio a los clérigos sino a todo ciudadano y si los jueces no administran rectamente justicia, sea por defectos de la norma o de ellos, se puede remediar.

Uno de los argumentos esgrimidos de la supuesta contradicción, fue la preferencia en el acatamiento entre la Constitución y lo estipulado por la Iglesia por parte de los clérigos, ya que sus normas, al provenir de una institución anterior a la República, presuntamente tenían mayor obligatoriedad. Discusión que contó, a través de comunicaciones, con la opinión del Muy Reverendo Arzobispo y los Obispos de Ayacucho y Trujillo, quienes mostraron sus observaciones al proyecto de la Constitución, mismas que pasaron a leerse ante la Asamblea y posteriormente, derivarse a la Comisión respectiva. Gálvez hizo notar que el fuero eclesiástico no era un derecho divino y que había respondido a un proceso de desarrollo que acompañó a la Iglesia desde los primeros concilios.

El señor Juan José Tejeda, representante por Condesuyos, señaló la importancia de diferenciar la inmunidad eclesiástica, del fuero y de la jurisdicción. Respecto a la primera, sostuvo que no sólo era necesaria en el ámbito eclesiástico sino también en el político, acorde con el ejercicio de funciones, de ahí que se pudiese individualizar y ello no era contradictorio con los principios generales del régimen jurídico. Al referirse a la jurisdicción privativa, se reconocía la necesidad, la cual se encuentra en función de la materia contemplada, dándose por conveniencia pública. Es así como no hay incompatibilidad en la existencia de diferentes juzgados.

En cuanto al fuero, no era sino un privilegio que recayera en la calidad de la persona, que por tener tal o cual carácter se haya exento de presentarse ante tal juzgado. En la sesión del 8 de enero de 1856, Tejeda sostuvo que: «Pero si reconocemos la igualdad, si todos estamos sujetos á unas mismas leyes, á una misma justicia, á un mismo Gobierno, yo no sé como pudieran establecerse tribunales excepcionales, yo no puedo comprender como pudiera medirse á hombres iguales con medidas desiguales (…)» Se preguntaba « ¿porque los clérigos temen tanto a los laicos? La

---

al ejercer funciones públicas debían jurar ante la Constitución para su ejercicio. Perú: Cámara de Diputados: ob. cit., p. 594. Sesión del 13 de octubre de 1856.

importancia radica en el bien público, basado en principios más no en exenciones ni privilegios, no existe razón filosófica que justifique los fueros y que la aprobación del artículo será uno de los más gloriosos timbres de la revolución del 54»[15].

La discusión incluyó también la supresión de diezmos y primicias junto con los derechos parroquiales, los mismos que serían reemplazados con una nueva contribución establecida por el Estado, que satisfaga las necesidades tanto del culto y del mantenimiento de los templos como el sustento de sus ministros o miembros de la jerarquía eclesiástica católica.

VI. La Pena de muerte (1856 y 1860)

El período de estabilidad también permitió reflexionar sobre la conveniencia o no de la pena de muerte. Los legisladores de la Convención Nacional de 1855-56 se inclinaron hacia la defensa del individuo, considerando la vida humana como inviolable y por ende, la sociedad carecía del derecho de eliminarla bajo la pena de muerte. Dicha circunstancia permitió abordar temas relacionados con asuntos políticos como la aprobación de la amnistía y la prohibición al Poder Ejecutivo de suspender las garantías constitucionales, lo cual conllevaba el interés del Congreso en limitar el liderazgo del gobierno y la discrecionalidad de la que había gozado en el ejercicio de poder.

En el Perú hasta antes de 1856, las Constituciones habían remitido la regulación de la pena de muerte al Código Criminal o Penal correspondiente, solo que este recién se promulgaría en 1863. En el Debate de la Convención Nacional del viernes 11 y sábado 12 de enero de 1856, el convencionalista por el Departamento de Piura, Ignacio de Escudero, sostuvo que mientras no quedasen establecidas las penitenciarías, la abolición de la pena de muerte era un sueño irrealizable.

El señor Julio M. del Portillo, representante por Lima sostuvo dos planteamientos en su exposición: «*que la pena de muerte era cruel y atroz* en los delitos políticos donde los indicios de culpabilidad no eran claros».

[15] Perú: Cámara de Diputados (1911): Actas Oficiales y Extractos de las Sesiones. Convención Nacional 1855-1856. Lima. Empresa Tipográfica Unión. 1911.

En segundo lugar, que el fundamento de esta sanción-pena « (…) se halla autorizada por el ejemplo del Salvador del mundo que eligió un castigo tan tremendo para purgar los delitos de la humanidad que pesaban sobre él», con lo cual era dable aplicarla a crímenes comunes. Una propuesta que derivó en el principio de autoridad fue la del parlamentario por Jaén, Santiago Távara y Andrade. Para él el orden y la autoridad eran indispensables en la sociedad y por lo mismo la ley y su sanción, deduciendo de esto la pena de muerte.

El convencionalista Pío Benigno Mesa, representante por Lima, sostuvo que la existencia de la pena de muerte no había generado la desaparición de los crímenes, de ahí su inutilidad", descartándose el carácter disuasivo. El parlamentario José Simeón Tejeda, representante por Condesuyos, señalaba que el individuo no tiene derecho a matar y por esto, ni la sociedad que se compone de individuos, ni una Asamblea que la representa (refiriéndose al Congreso) pueden conceder semejante derecho, estableciendo además que la pena de muerte no puede reformar al criminal, porque el que muere no puede reformarse.

Argumento que fue secundado por José Gálvez Egúsquiza, representante por Pasco: «si se aceptaba como una verdad que la sociedad no tiene derecho de matar no hay razón para imponer la pena de muerte y que la sociedad no estaba autorizada para cometer una injusticia». Finalmente, se recogió el planteamiento del espíritu del liberalismo de mediados del siglo XIX, que junto al reclutamiento o leva, la pena de muerte debía ser proscrita, lo cual fue expresado en la Constitución de 1856 en su artículo 16º: «La vida humana es inviolable; la ley no podrá imponer la pena de muerte»[16].

Años más tarde, en el Congreso Constituyente de 1860, nuevamente el tema de la pena de muerte era motivo de debate bajo la idea de que los legisladores no habían considerado la vigente « (…) doctrina penal ni el estado de la República. En los países más adelantados en la carrera de la civilización y aún en aquellos que han revestido á sus instituciones de formas altamente democráticas, no ha podido realizarse la total extinción

[16] Perú: Cámara de Diputados (1911): Actas Oficiales y Extractos de las Sesiones. Convención Nacional 1855-1856. Lima. Empresa Tipográfica Unión. 1911.

de la pena de muerte, ocurriéndose siempre á este castigo supremo para reprimir esos delitos que manifiestan el desenfreno de la perversidad humana y conmueve profundamente los fundamentos del orden civil».

De ahí que « (…) nuestros legisladores pueden imponerla en los crímenes de homicidio, mientras los otros medios penales sean insuficientes para el cumplimiento de la justicia social»[17].

Más aún cuando la supresión implicaba el retorno de dicha sanción tanto en casos de delitos comunes como falsificación como aquellos de índole político. De ahí que la reforma debía señalar en qué casos procedería la pena de muerte. El representante por Lima, Antonio Arenas, afirmaba que dicha pena era una verdad universalmente conocida, vigente en todos los países, su postura terminó por ser ratificada por los representantes Fernando Bieytes (Conchucos), Mariano D. Beraun (Huánuco) y Francisco de Paula Romero (Chancay), quien trajo a la luz los informes del Poder Judicial y del Ministerio de Justicia (Memoria de 1858) que mostraban que de ciento noventa y un causas, setenta y uno están relacionadas con homicidios, « (…) de donde se deduce que la disposición constitucional que garantiza la vida del hombre, es sólo para el asesino y para el hombre honrado, pacífico y laborioso es una ironía porque la seguridad de la impunidad alienta el crimen que hemos visto hollar lo más sagrado»[18].

Finalmente, los legisladores optaron en debate final por incorporar en la Constitución de 1860 el artículo 16º con el siguiente tenor: «La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión; y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado»[19].

Tipificación que más adelante se complementó con la dación del Código Penal de 1862, al estipularse, taxativamente, por Ley del 15 de mayo de 1861, quince supuestos de este delito. De esta manera, la restitución de la pena de muerte en la nueva Carta rebatió la tesis de la inviolabilidad de

---

[17] Perú: Diario de debates del Congreso reunido en 1860, que ha reformado la Constitución de 1856. Lima.

[18] Perú: Diario de debates del Congreso reunido en 1860, que ha reformado la Constitución de 1856. Lima.

[19] García Belaunde, Domingo (2005): Las Constituciones del Perú. Lima. Fondo Editorial del Rectorado. Universidad San Martín de Porres.

la vida por la atribución que tiene el Estado del monopolio punitivo basado en el poder, que por ser soberano su cualidad provenía de Dios mismo.

VII. La incorporación del Hábeas Corpus en la Constitución (1920)

Existió la intención de mejorar la garantía del Hábeas Corpus para que de oficio y habiendo transcurrido las 24 horas sin que el detenido haya sido sometido a juicio o puesto en libertad, la autoridad judicial abriera proceso contra quien ordenó la medida[20].

Un punto capital de la Constitución de 1920 fue el de las Garantías nacionales, sociales e individuales que se situaban en el marco de la Constitución de Weimar (Alemania) y la de Querétaro de 1917 (México), cuya diferencia variaba según el modelo jurídico, si era inherente a la persona o estaba en función de su pertenencia a la sociedad. Se puede apreciar la confusión en la redacción de los capítulos correspondientes a los derechos, que constituyen la parte principal junto a las garantías que son sus mecanismos de protección. La nueva Carta estipuló que las leyes protegen y obligan igualmente a todos, estableciendo leyes especiales debido a la naturaleza de las cosas, no de las personas (artículo 17). Nadie podrá ser arrestado sin mandato escrito del Juez competente salvo por flagrante delito. Frente a las medidas arbitrarias, la persona detenida o cualquier otra podía interponer el Hábeas Corpus (artículo 24).

Las declaraciones obtenidas por la fuerza, las condenas hechas por jueces de competencias distintas, así como la ejecución de leyes no existentes al momento de cometerse el hecho imputado, carecían de valor legal (artículo 26). Declaraciones que entraron en conflicto con la práctica gubernamental. La Asamblea Nacional al otorgar validez a los actos del Gobierno, avaló las medidas arbitrarias cometidas alegando la conservación del orden público; entre ellas, la detención y deportación de Luis Pardo y Barreda. La Corte Superior denegó el recurso de Hábeas Corpus, pero la Corte Suprema falló a favor del detenido. Sin embargo, el Legislativo promulgó al día siguiente la Ley 4007 ordenando a los magistrados cortar

[20] Ley del 21 de octubre de 1897, durante el gobierno de Nicolás de Piérola que desarrolló el artículo 18 de la Constitución de 1860.

todo proceso contra autoridades políticas por actos basados en el mantenimiento del orden.

El 27 de mayo de 1920 se expulsaron a extranjeros calificándolos de perniciosos, negándoseles la admisión del recurso de Hábeas Corpus, acto que fue apoyado por el ministro de Gobierno, Germán Leguía y Martínez. El presidente de la Corte Suprema, Carlos Eurasquín, comunicó al Ministro su discrepancia por la suspensión de garantías recogidas en la Constitución, a lo que se le respondió que los jueces usurpaban funciones del Gobierno. Hecho que motivó que el diputado Arturo Pérez Figuerola formulara una moción de censura, que posteriormente sustituyó por una interpelación.

El Ministro consideró que el recurso constitucional sólo se aplicaba en los casos de abuso de autoridades o como garantía de ciudadanos honrados, y que los actos al haberse desarrollado durante el mandato del gobierno provisional, habían sido ratificados por la Asamblea Nacional, de acuerdo con la Ley 3083 del 25 de setiembre de 1919, con lo cual quedaban avaladas las deportaciones. Las críticas provenientes de la prensa y del claustro universitario suscitaron nuevas medidas represivas; entre ellas, la detención de Luis Fernán Cisneros, director del diario La Prensa; la deportación de Augusto Durand, dueño de dicho periódico que luego fue expropiado; la detención y deportación de Víctor Andrés Belaúnde, crítico del régimen, de Oscar R. Benavides y de los diputados Pedro Ruiz Bravo, Juan Manuel Torres Balcázar, y Manuel Prado en esos años. A ellos se sumó en 1923, la de Víctor Raúl Haya de la Torre y del propio Germán Leguía y Martínez, quien había dejado el gabinete para postular a la curul por Lima y como diputado se opuso a la reelección de su primo, recibiendo como sanción la misma medida que él aplicara como Ministro de Gobierno.

VIII. El restablecimiento de las Comunidades Campesinas y Nativas, y el régimen jurídico de sus tierras (1920-1979)

La abolición de los curacazgos por Simón Bolívar en 1825 provocó un proceso de exclusión del gran colectivo indígena frente al Estado. De ahí la necesidad de devolverles el reconocimiento de la existencia legal a las comunidades indígenas, sea a nivel constitucional o legal. En primer lugar, el Estado otorgaba la protección de la raza indígena, derivando a las

normas aquellos derechos que les correspondiese como el fomento para su desarrollo (artículos 57 y 58).

Como señalaba Basadre, el sistema legal en forma dispersa ya había otorgado dicho reconocimiento: «La resolución legislativa del 11 de octubre de 1893 (...) declaró que los indígenas eran legítimos propietarios de los terrenos por ellos poseídos (...) el Código de Aguas reconoció la existencia de las comunidades, lo mismo que la ley de caminos del 2 de noviembre de 1916»[21].

Por otro lado, se declaró que sus bienes junto a los del Estado eran imprescriptibles, siendo transferibles solo por título público (artículo 41). Bajo las banderas de una nueva democracia hubo un acercamiento a los nuevos pueblos industriales de clase media, así como de los colectivos populares entre los que destacaba el discurso a favor del indígena, que se percibió en una voluntad estatal desde la creación de la Sección de Asuntos Indígenas en el Ministerio de Fomento y Obras Públicas, y del Patronato de la Raza Indígena, además del funcionamiento de escuelas en el campo y el establecimiento del Día del Indio. Sin embargo, conforme el régimen iba teniendo más poder se originaban críticas por la manera arbitraria de su actuación.

La Constitución de 1933 conservó el reconocimiento legal de las Comunidades Indígenas, estipulando que se les otorgaría tierras a aquellas que no tuviesen la extensión suficiente de acuerdo con sus necesidades. Con tal objeto, se expropiarían terrenos de propiedad de particulares (artículos 207º y 211º).

La Declaración Universal de Derechos Humanos, propuso en 1948, que toda persona tenga derechos y libertades sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole. La misma que caló en algunos países americanos que se vieron obligados a dar más cobertura al colectivo indígena. No podemos dejar de mencionar que aunque fue una minoría la que redactara el documento, su alcance fue más allá de las pretensiones individuales. Es así que desde finales de

[21] Basadre Grohman, Jorge (2000): Historia de la República 1822-1933. Santiago de Chile. Talleres Cochrane.

los cuarenta, se retomaba también el principio de los pueblos de decidir y hacer de la determinación su modo de actuar, pensamiento que influiría en los procesos de descolonización. Sin embargo, aún se conservaba la mentalidad que subestimaba lo indígena, lo que podía darnos también una visión distorsionada en el sentido de que el propio individuo pudiera sacar ventaja de dicha condición.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) sancionó el Convenio 107: Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales en los países independientes. Este tratado evidenciaba un carácter monista. Dentro del ámbito de la "comunidad nativa", existía la obligación de legitimar las formas tradicionales de control social como parte de los compromisos del Estado peruano. El convenio preconizaba la aculturación como la forma más aceptable para que las poblaciones indígenas superaran su atraso. Se exigía respeto y reconocimiento al derecho consuetudinario, pero de forma transitoria hasta que estas colectividades logren superarse e incorporarse a la vida jurídica del país. Como se puede apreciar, la iniciativa del cambio era otorgada a las poblaciones civilizadas sobre el resto de la población, a la cual se le trataba como sujeto pasivo o necesitado de protección.

Durante el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada se produjo un nuevo sistema de redistribución de tierras dentro de la reforma agraria definitiva, iniciada desde el 24 de junio de 1969. Ello implicó un proceso de afectación y traspaso de las haciendas de la costa y sierra a cooperativas integradas por los propios campesinos; sin embargo, en el caso de los indígenas de la selva el resultado fue adverso, ya que existían políticas de colonización que incluían el despojo de sus terrenos.

Tanto en la sierra como en la selva la costumbre fue reivindicada por los militares, siempre y cuando se ajusten a los planes del gobierno (Plan Inca y Plan Túpac Amaru). Las organizaciones comunales gozaban así de un espacio más libre, que aunque condicionado supieron aprovechar lo que les permitía «revitalizar las normas y valores tradicionales, compatibles con el desarrollo nacional»; «promover el desarrollo de las diferentes formas de ayuda mutua y de cooperación tradicional, tendientes al establecimiento de las organizaciones cooperativas, según el Estatuto de Comunidades Campesinas de 1970».

En cuanto a las etnias amazónicas, se generó un verdadero cambio al asignarse la facultad jurisdiccional al gobierno comunal, lo cual permitiría que los conflictos y controversias en materia civil de mínima cuantía y las faltas originadas entre los miembros de una Comunidad Nativa fuesen resueltos con carácter de cosa juzgada[22].

Podía la comunidad alegar las costumbres, tradiciones, creencias y valores socio-culturales de las Comunidades para los juicios civiles y penales en instancias superiores. Gálvez Revollar sostiene que la selva se vio beneficiada por « (…) las presiones ejercidas por los propios indígenas animados por los vicariatos amazónicos imbuidos algunos por el accionar del Concilio Vaticano II y el entusiasmo de científicos sociales, trabajando para el estado, sensibilizados por la declaración de la "liberación del indígena" de la Declaración de Barbados (1971)»[23], y en donde los antropólogos tuvieron mucha decisión. La transición del etnocentrismo a la pluriculturalidad, aunque denotaba un avance, éste no fue continuado por los legisladores de la Asamblea Constituyente de 1978, quienes mantuvieron su visión clásica a partir del reconocimiento del Estado-Nación, tal vez como rechazo a la medida emprendida por un gobierno de facto.

El proyecto para la nueva Carta partía del reconocimiento de las Comunidades Nativas y Campesinas, considerando que sus tierras eran inalienables, inembargables e imprescriptibles, salvo cuando existía ley fundada e interés de la comunidad, o de expropiación por necesidad o utilidad pública. En ambos casos con previo pago en dinero. Si bien el Estado otorgaba dicho reconocimiento como personas jurídicas, así como el carácter de sus tierras, el problema radicaba en el rol tutelar, ya que quería establecer una protección legal a estas, debido fundamentalmente que la mayoría de las comunidades estaban conformadas por analfabetos.

Róger Cáceres Velásquez (Frente Nacional Trabajadores y Campesinos) temía la posibilidad de que una ley pudiera embargar o, bajo el interés de la comunidad, atentara contra la tutela estatal. Por su parte, Roberto

[22] Decreto-Ley Nº 20653 Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de Regiones de Selva y Ceja de Selva, del 24 de junio de 1974

[23] Gálvez Revollar, Connie: "El derecho consuetudinario indígena en la legislación indigenista republicana del siglo XX". En: BIRA (Boletín del Instituto Riva-Agüero) Nº 28. Lima 2001, p. 285.

Ramírez del Villar (Partido Popular Cristiano) consideraba como una rémora la condición de inembargabilidad e inalienabilidad al no dejar que las comunidades pudiesen contraer obligaciones e hipotecar incluso su propia tierra en la mira de lograr un desarrollo.

Javier Ortiz de Zevallos (Movimiento Democrático Peruano) dejaba entrever qué mecanismo sería el adecuado para determinar el interés de la comunidad que tuviese como objetivo embargar o finalmente vender la tierra. Según Jorge Lozada Stanbury (Partido Aprista Peruano), la aplicación de la Constitución de 1933 en lo relativo a las características antes señaladas, había sido excesiva y había impedido el desarrollo comunal. Ante ello, Cáceres Velásquez era de la opinión, que para permitir que las tierras fuesen afectadas deberían cumplirse cuatro condiciones: que sea con el consentimiento de la totalidad de los miembros de la comunidad, que lo autorice una ley expresa, que la expropiación sea por necesidad o utilidad pública y que se reciba el pago en dinero. Por su parte, Carlos Malpica Silva-Santisteban (Unidad Democrático Popular) sostenía: «Muchas veces chocan los intereses de la comunidad con los intereses del Estado y creo que deben predominar los intereses del Estado»[24].

Respecto al consentimiento de los campesinos, las opciones iban desde la decisión democrática de sus integrantes para evitar los conflictos internos producidos entre las juntas directivas y los comuneros (Jorge del Prado Chávez del Partido Comunista del Perú) hasta una asamblea comunal o pública donde so pretexto de la conveniencia a la comunidad podría resultar peligrosa y atentar contra la seguridad de las futuras generaciones de familias enteras, propietarias de la misma tierra (Berrospi). No faltó la propuesta de un plebiscito dentro de la comunidad que no incluiría la totalidad sino la mayoría calificada (Ortiz de Zevallos) o las dos terceras partes (Antonio Aragón Gallegos del Partido Socialista Revolucionario). De ahí la necesidad de cautelar la institución de la comunidad para que esta continúe, pese a que se llegue a acordar su venta. Pero para ello, es necesario contemplar el contexto y la percepción de progreso, como punto previo a los cambios por establecerse en el ámbito rural. Considerando el

[24] Perú: Comisión Principal de Constitución. Asamblea Constituyente 1978-1979. Lima. Edición Oficial. Congreso de la República.

pasado y la diversidad de las comunidades se hacía necesario un examen previo donde lo tradicional no sea impedimento para el desarrollo.

Gustavo García Mundaca del Partido Aprista Peruano puso énfasis que el contexto en el cual se debatía la propuesta constitucional donde ya habían desaparecido las grandes extensiones de tierras al ser afectadas y entregadas a cooperativas agrarias de producción, cuyas parcelas existentes no podían exceder de cierto límite. Luis Rivera Tamayo, representante de la misma bancada, sostenía que la venta de tierras, en un medio donde los campesinos eran analfabetos, daría lugar a la migración hacia Lima, con lo cual se generalizaría la miseria y todo ello como consecuencia que: « (…) muchas comunidades serían influenciadas por personas extrañas que podrían comprar y en cierta forma sobornar a las autoridades de la comunidad y nos encontraríamos a breve plazo que todas las tierras de las comunidades pasarían a particulares. Ese es el gran peligro, es un gran riesgo»[25].

La venta de la tierra significaría comprometer a generaciones ya que corresponde a familias enteras y no a quienes puedan decidir en una consulta mayoritaria.

Ramírez del Villar expuso la diversidad de sujetos como los terratenientes, además de los comuneros y los minifundistas que eran propietarios de parcelas y de surcos. Si era necesaria una norma, cuya iniciativa partiría de la misma comunidad o si el Congreso la plantea, esta debía haber considerado previamente la opinión de los interesados. Genaro Ledesma Izquieta (Frente de Obreros, Campesino, Estudiantil y Popular) señalaba que, la existencia de la comunidad iba vinculada con el carácter de inalienabilidad de la tierra, ya que para él este había permitido afianzar la vida misma de la sociedad a través de trabajo comunitario que incluía construcción de escuelas. Recibían préstamos en base a sus cosechas no sólo de bancos peruanos sino financiamiento de la Agencia Interamericana de Desarrollo (AID). Incluso, era posible colocar prioridades hasta convertir a las comunidades en unidades productivas, introduciendo mejoras en su organización y funcionamiento sin que ello lleve a la desnaturalizar a la institución en sí. Por su parte, Celso Sotomarino Chávez (Partido Popular

[25] Perú: Comisión Principal de Constitución. Asamblea Constituyente 1978-1979. Lima. Edición Oficial. Congreso de la República.

Cristiano) establecía el vínculo de las comunidades con la explotación cercana de recursos, futuro artículo 121º de la Carta de 1979: «Corresponde a las zonas donde los recursos naturales estén ubicados, una participación adecuada en la renta que produce su explotación, en armonía con una política descentralista. Su procesamiento se hace preferentemente en la zona de producción»[26].

Así el proyecto constitucional indicaba que, al producirse una rentabilidad, ella derivaba parte de la renta a dichas zonas; es decir, el establecimiento de un derecho de canon a las localidades lo que ayudaría a superar el nivel paupérrimo en que algunas viven. Carlos Malpica señaló que el peligro de la desaparición de la comunidad arribaba en ella misma al convertirse en una burguesía agraria que se aleje de una mentalidad corporativa y de las obligaciones con la comunidad, primando el individualismo. Lo cual se impediría aprobando la propuesta aprista que consideraba a la tierra imprescriptible, inembargable e inalienable, como se recogía de experiencias contemporáneas tanto en Suiza como en España. Solo quedaría pendiente la expropiación a cargo del Estado, la misma que debía ser motivada acorde con la necesidad y utilidad pública o con el interés social.

IX. El protagonismo del Legislativo (1933). El primer poder del Estado

La restauración de los regímenes elegidos originó la convocatoria a la Asamblea Constituyente de 1931 a 1933, cuya labor fue la redacción de una nueva Carta Magna. En ella se hizo latente la necesidad de perfeccionar el mecanismo de la moción de censura para evitar la desnaturalización de su empleo. Más aun cuando se discutía si el cargo de presidente de la República debería ser rotativo, para evitar la presencia de otro dictador.

En esa línea, los legisladores optaron por fortalecer el papel del presidente del Consejo de Ministros, pero al mismo tiempo debilitar la situación de los ministros con la interpelación y la censura. Circunstancia que generó la crítica del Partido Acción Republicana, que se inclinaría por la oligarquía.

---

[26] García Belaunde, Domingo (2005): Las Constituciones del Perú. Lima. Fondo Editorial del Rectorado. Universidad San Martín de Porres.

Uno de sus voceros, José Manuel Villarán, opinaba: «La aplicación viciosa del voto de censura ha roto entre nosotros la unidad del sistema. Tenemos ministros que se marchan cuando quiere el presidente y que deben irse también por las más insignificantes divergencias o por un simple movimiento de enojo de cualquiera de las Cámaras. La exageración de este sistema híbrido no tiene el control de la disolución, recurso esencial en el régimen parlamentario puro y absolutamente inaplicable entre nosotros. Y no toma siquiera del sistema la facultad que tienen los ministros de un régimen parlamentario de decidir el momento en que hay motivos suficientes para plantear la cuestión de confianza. Los ministros quedan sometidos a una doble tutela y esta es una de las causas de la mutabilidad caleidoscópica de nuestros ministerios. En un periodo de 33 años, desde 1886 hasta 1919, se sucedieron 64 Gabinetes. La administración pública eficiente es impracticable en tales condiciones. Habrá que ver la manera de que el voto de censura sea un arma política menos alevosa y mortífera»[27].

En los hechos, de manera contradictoria, los constituyentes establecieron una censura, propia del apasionamiento político. Esto generó un desbalance en el equilibrio de los poderes, pues no existió una medida correspondiente ante esta fiscalización. Así, se impedía la disolución del Congreso como correlato de la experiencia leguiista. A raíz de ello, el liderazgo político recayó en el ejercicio de una abierta discrecionalidad por parte del Parlamento hasta 1968. Por esto, en la Constitución de 1933 se establecieron nuevas instituciones parlamentaristas, como la cuestión de confianza por iniciativa ministerial (artículo 174) y el voto de investidura al Gabinete al asumir sus funciones (artículo 167).

Estas nuevas instituciones se sumaron a las existentes, como el refrendo ministerial para que sean válidos los actos del presidente de la República; la interpelación; el Consejo de Ministros; la moción de censura; la compatibilidad de la función parlamentaria con la de gobierno, y la figura del jefe de Gabinete. Las funciones del presidente del Consejo de Ministros, antes reguladas por diferentes leyes desde 1856, ahora se encontraban por primera vez en la Constitución para proponer al jefe del

[27] Basadre Grohman, Jorge (2000): Historia de la República 1822-1933. Santiago de Chile. Talleres Cochrane.

Ejecutivo, los nombres de los ministros, así como emitir opinión sobre ellos antes de removerlos.

Ello no significó la desaparición del presidencialismo. Por el contrario, la jefatura de Estado continuaba con la de gobierno en torno al Presidente de la República, cuya elección se realizaba por sufragio universal directo (artículo 138). Este tenía la facultad de nombrar y destituir, según su criterio, al presidente del Consejo de Ministros, quien debía proponer la situación de los demás ministros (artículos 154, inciso 7, y 158). En este sentido, era evidente el liderazgo propuesto por el Poder Legislativo al jefe del Gabinete como colaborador del jefe del Ejecutivo.

Se presentó, así, un recubierto sistema parlamentario, más apasionado que institucional, pues de haberlo deseado los constituyentes hubiesen trasladado la Jefatura de Gobierno al presidente del Consejo de Ministros. La Constitución de 1979 representa el punto más avanzado de la serie de reformas que los Congresos han venido acumulando en la dirección del gobierno parlamentario.

X. El nuevo Estado de Derecho: La Asamblea Constituyente de 1978

El 28 de julio de 1977 dentro del Plan Túpac Amaru, el Presidente de la República, general Francisco Morales Bermúdez Cerrutti, convocó a Elecciones para la Asamblea Constituyente, (Decreto Ley N° 21949, artículo 2°) la cual: « (…) tendrá como exclusiva finalidad la dación de la nueva Constitución Política del Estado, la que contendrá esencialmente entre otras, las disposiciones que institucionalicen las transformaciones estructurales que viene llevando a cabo el gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada» Disposición que, además, recogía en clamor popular del paro nacional producido 9 días atrás y que evidenció la crisis económica por la que atravesaba el país, así como la crítica y aislamiento del régimen de turno.

La Asamblea y la nueva Constitución se convertían, de esta manera, en el paso previo para la transmisión del poder a los civiles organizados en partidos políticos, que si bien no habían tenido vigencia durante la primera fase del Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas (GRFA) con el general Juan Velasco Alvarado, su presencia se hallaba integrando

las Comisiones consultivas en los diferentes Ministerios y en el Comité de Asesoramiento de la Presidencia de la República (COAP).

El nuevo Estado de Derecho, que incluía el orden político y jurídico, debía recoger las reformas y medidas desarrolladas por el GRFA en los diferentes aspectos del país, así como los lineamientos en materia estatal y de derechos humanos que la comunidad internacional había planteado desde décadas atrás. El nuevo Poder Legislativo estaría conformado por cien constituyentes, elegidos en distrito electoral único. El proceso innovó el derecho electoral de entonces, al reducir, en primer lugar, la edad de los sufragantes alfabetos de 21 a 18 años, previa inscripción en el Registro Electoral del Perú (Decreto Ley Nº 21994, 15 de noviembre de 1977). De tal forma que el número de electores se incrementó de 2 millones 316 mil 188 a 4 millones 978 mil 831 electores.

La segunda medida que acompañó al proceso fue el establecimiento del voto preferencial (Decreto Ley N° 21995, 15 de noviembre de 1977), el cual permitió que la cifra utilizada para la circunscripción electoral fuese uninominal, de tal forma que el elegido no sólo había sido beneficiado por la preferencia de la población hacia su partido político sino por el mismo reconociéndole carisma, popularidad y trayectoria. Ello traería como consecuencia que la ubicación del candidato a parlamentario, aunque estuviese en los últimos puestos, tendría la oportunidad de ser elegido, de forma tal, que tanto los primeros como los últimos se hallarían en similar condición. De ahí que se produciría una movilidad entre los candidatos, propiciada por la modalidad de elección. Mecanismo que con cierto recelo aceptaron los miembros del Partido Aprista Peruano: « (…) argumentando que la dictadura militar quería dividir el voto de dicha agrupación partidaria y con ello evitar que su líder Víctor Raúl Haya de la Torre obtuviera la mayor votación»[28].

Así, el voto preferencial se producía por lista cerrada donde el sufragante escogía de una relación de candidatos proporcionada por el partido. Los hechos demostrarían el efecto contrario, pues gracias a dicho voto

[28] ONPE- CIE (Oficina Nacional de Procesos Electorales - Centro de Investigación Electoral) (2005): Los procesos electorales en el Perú 1978-1986. Problemas y lecciones. Lima. ONPE-CIE.

Haya de la Torre terminó siendo Presidente de la Asamblea Constituyente, a través de esta experiencia se gestó la costumbre que, luego del proceso electoral, el político con mayor votación le correspondería ocupar, al inicio de la siguiente legislatura, el cargo de Presidente del Congreso.

Tradición que se vería afectada en el año 2001, cuando Ana Elena Luisa Cristina Townsend Diez-Canseco, del partido Somos Perú, fue invitada por el Partido Perú Posible para conformar su lista de candidatos al Congreso, habiendo sido favorecida con 329,970 votos, correspondiéndole ser Presidenta del Congreso. Sin embargo, los miembros fundadores del partido anfitrión hicieron sentir su influencia para que la invitada terminase ocupando el cargo de Ministra de la Mujer, mientras que el parlamentario Carlos Ferrero Costa, quien alcanzó 317,535 votos, ocupase la presidencia para el período 2001-2002 y el subsiguiente. En el último quinquenio, Kenji Gerardo Fujimori Higuchi, representante por Lima, obtuvo la más alta votación para el Congreso de la República en el año 2016; sin embargo, declinó tan alta responsabilidad, siendo asumida por la congresista Luz Filomena Salgado Rubianes de Paredes como Presidenta del Congreso para el período 2016-2017.

Víctor Raúl Haya de la Torre, Presidente de la Asamblea Constituyente, en su discurso de instalación el 28 de julio de 1978, dejaba entrever que la nueva Carta superaría las limitaciones generadas por la inadaptación de las anteriores: «Nuestra Constitución debe emanciparse de las imitaciones y copias, sin desdeñar el legado universal de la ciencia política. Necesitamos una Constitución concisa y pragmática, que gire en torno al hombre y a los derechos humanos y forje un Estado nuevo para sociedad mejor».

Fue así que se recogían los lineamientos constitucionales de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos de Derechos Humanos tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas, así como la Convención Americana de Derechos Humanos (o Pacto de San José), que en el caso de nuestro país había entrado en vigor el mismo 28 de julio que Haya asumía la presidencia de la Asamblea, según el Decreto Ley Nº 22231. Con ello, el Perú iniciaba una nueva versión de Estado de Derecho al dotar a la Constitución como norma suprema jurídica y política, desterrando experiencias anteriores, donde la ley colisionaba con el texto constitucional y no se podía declarar

su inconstitucionalidad. Adicionalmente, se reconocía el rango de los tratados suscritos y ratificados por el Estado peruano y la fuerza vinculante que estos irradiaban en el ordenamiento jurídico nuestro, como el debido proceso, como señalaba la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 25º.

La Asamblea había previsto que la Constitución sería promulgada por ella y entraría en vigencia al instalarse el gobierno constitucional, pero al mismo tiempo creían necesario que lo relativo a los Derechos y Deberes Fundamentales de la persona; Derecho Agrario; la primacía de la Constitución; la aplicación de la pena solo para el caso de traición a la patria en guerra exterior; la jerarquía de normas, y el principio de juez natural, no serían sometidos al fuero militar que regiría al día siguiente de la promulgación, pues eran civiles. Enunciado que fue motivo de debates, por un lado, el asambleísta Roberto Ramírez del Villar creía que era necesario acompañar a dicho acto la publicación de la misma: si no ¿cómo se entera la ciudadanía que está vigente (Perú: Comisión Principal Constitución. Asamblea Constituyente 1978-1979; Tomo VIII, p. 260)

El parlamentario, Héctor Cornejo Chávez, señalaba su preocupación por esta joven institución y por la manera cómo se vincularía con los casos que se ventilaban ante el poder judicial y en qué medida se alterarían las cuestiones procesales. De ahí que era necesario que se indique en la Constitución lineamientos sobre el funcionamiento del Tribunal de Garantías. Finalmente, concluida la aprobación de la Constitución de 1979, las Fuerzas Armadas dieron inicio al proceso de transferencia del poder que culminaría con las Elecciones Generales de 1980, en las cuales resultó ganador el arquitecto Fernando Belaúnde Terry, quien el 28 de julio del mismo año, en su primer acto como Presidente de la República, firmó el cúmplase de la Carta promulgada.

XI. Conclusiones

Podemos observar que las deliberaciones parlamentarias no solo se originaron en momentos de estabilidad, sino que fueron alternados con protestas reivindicativas que demandaron al Estado a innovar su propia configuración, incluyendo sus fines como sustituir los parámetros que regían la sociedad existente. Se puede afirmar que la Historia Constitucional

nos muestra un análisis por períodos de los temas prioritarios que fueron recreados, tanto por una visión cronológica como cíclica. De ahí que fuesen abordados considerando la conservación y el mantenimiento del orden y del poder; la delimitación y el enlace entre los órganos políticos; la modulación en la represión por parte de la autoridad; la influencia de la doctrina religiosa en la aplicación de las atribuciones estatales; el establecimiento de mecanismos garantistas en defensa de la persona, así como la solución paulatina de problemas postergados, localizados en las zonas rurales, que afectaban a la mayoría de nuestro país.

Temas que en la actualidad continúan siendo replanteados tomando como base la defensa de la persona dentro de la filosofía de los Derechos Humanos y donde quienes representan al Estado se hallan obligados a un monitoreo y análisis de manera conjunta entre la parte deliberante encarnada en el Congreso de la República, y la ejecutora, liderada por el Presidente de la República. A la cual agregamos, y con cada vez más frecuencia, la participación encaminada de la sociedad civil a través de los mecanismos de consulta para hacer llegar su voz, legitimados por el interés público.

Referencias bibliográficas

1. Basadre Grohman, Jorge (2000): Historia de la República 1822-1933. Santiago de Chile. Talleres Cochrane.

2. Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú (1973): Colección Documental para la Independencia del Perú (CDIP): Tomo I: Los Ideólogos, vol. 9. Lima. Imprenta del Colegio Militar Leoncio Prado.

3. Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú (1974): Colección Documental para la Independencia del Perú (CDIP): Tomo XIII: Epistolario de José de San Martín, vol. 1. Lima. Imprenta del Colegio Militar Leoncio Prado.

4. Gálvez Revollar, Connie: "El derecho consuetudinario indígena en la legislación indigenista republicana del siglo XX". En: BIRA (Boletín del Instituto Riva-Agüero) Nº 28. Lima 2001, p. 285.

5. García Belaunde, Domingo (2005): Las Constituciones del Perú. Lima. Fondo Editorial del Rectorado. Universidad San Martín de Porres.

6. Monteagudo, Bernardo (1973): Exposición de las Tareas administrativas del gobierno desde su instalación hasta el 15 de Julio de 1822. En: CDIP: Tomo XIII: Epistolario de José de San Martín. Vol. 1, p. 243.

7. ONPE- CIE (Oficina Nacional de Procesos Electorales - Centro de Investigación Electoral) (2005): Los procesos electorales en el Perú 1978-1986. Problemas y lecciones. Lima. ONPE-CIE.

8. Perú: Cámara de Diputados: Libro de actas de las sesiones públicas del Congreso General Constituyente del Perú. 1827-1828. Sesión del 10 de enero de 1828. Lima.

9. Perú: Cámara de Diputados.1849/1850 Actas: Legislatura Extraordinaria. Del 23.04.1849 al 26.03.1850.

10. Perú: Cámara de Diputados (1911): Actas Oficiales y Extractos de las Sesiones. Convención Nacional 1855-1856. Lima. Empresa Tipográfica Unión. 1911.

11. Perú: Comisión Principal de Constitución. Asamblea Constituyente 1978-1979. Lima. Edición Oficial. Congreso de la República.

12. Perú: Convención Nacional 1855-1856. Actas oficiales y extractos de las sesiones. Lima.

13. Perú: Diario de debates del Congreso reunido en 1860, que ha reformado la Constitución de 1856. Lima.

14. Puente, Carlos A. de la. (1964) Ensayos y Oraciones. Lima: Gráfica Americana S.A.

Contribuciones del comendador Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846) en el campo del Derecho Constitucional e influjo de la invasión napoleónica a España y Portugal. Una mirada comparada de la Historia Constitucional

José F. Palomino Manchego*

Sumario

I. La Constitución de Bayona de 1808 como resultado de la invasión francesa a España y Portugal. 1.1. ¿Cuál era el ambiente político y jurídico de la época? 1.2. La fascinante personalidad de Napoleón. 1.3. ¿La Constitución de Bayona pertenece a la historia constitucional de España? 1.4. Elaboración y debate. 1.5. Estructura del texto final. Análisis crítico. 1.6. Epílogo. **II.** Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846): Vida y obra. **III.** Silvestre Pinheiro constitucionalista. **IV.** Últimos días de Silvestre Pinheiro Ferreira. **V.** Cronología de Silvestre Pinheiro Ferreira.

* Magister con mención en Ciencias Penales y Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Decano (e) y Director Académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor Principal de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Ciencia Política y Filosofía del Derecho en las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, Inca Garcilaso de la Vega, San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Miembro Asociado de la Académie Internationale de Droit Comparé. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Investigador visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

I. La Constitución de Bayona de 1808 como resultado de la invasión francesa a España y Portugal

1.1. ¿Cuál era el ambiente político y jurídico de la época?

En primer lugar, debe tomarse en cuenta que el albor del siglo XIX tuvo diversas repercusiones en el mundo de la cultura, y más todavía en el ambiente político y jurídico. La experiencia y mensaje que dejó el siglo XVIII denominado el "siglo de la luces" o de la *belle epoque* al compás de las dos revoluciones: la norteamericana (1776) y la francesa (1789), al igual que el desarrollo del Derecho Natural racionalista, fue apagado por los saberes jurídicos y políticos acaecidos en el siglo decimonónico.

A nuestro modo de ver, destacan entre ellos cuatro rasgos genéricos pensantes iusfilosóficos:

a) La Escuela Histórica del Derecho, profusamente difundida, y representada por Gustav Hugo (1764-1844), Friedrich Carl von Savigny —erudito de veras— (1779-1861) y Georg Friedrich Puchta (1798-1846).

b) La Escuela Analítica inglesa al mando de su mentor principal John Austin (1790-1859).

c) La Escuela de la Exégesis francesa, que tuvo como portaestandarte al *Code Napoleón* de 1804, y cuyos máximos exponentes fueron Jean Etienne Marie Portalis (1746-1807), Alexandre Duranton (1783-1866), Charles Aubry (1803-1883) Frédéric-Charles Rau (1803-1877), Jean Charles F. Demolombe (1804-1887), Raymond-Théodore Troplong (1795-1869) y Francisco Laurent (1810-1887). Y,

d) La Escuela del Derecho Público alemán representada por Carl F. von Gerber (1823-1891), Paul Laband (1838-1918) y Georg Jellinek (1857-1911).

Es en esta atmósfera cultural, al fluir de los años, donde nació la Constitución de Bayona, que es el nombre de una ciudad francesa ubicada al suroeste de Francia, situada en la confluencia de los ríos

Nive y Adour, cerca del Mar Cantábrico, en el departamento de los Pirineos Atlánticos.

1.2. La fascinante personalidad de Napoleón

Dueño y señor de una personalidad y horizonte cultural e intelectual, Napoleón Bonaparte (1769-1821) tuvo una espléndida personalidad no sólo en el campo de la milicia, sino también en la cultura jurídica, en la política, y en las reformas constitucionales, financieras, económicas, religiosas y sociales al igual que —con ademán viril— en el amor. Todo ello, hay que decirlo con adecuación y sinceridad, le permitió jugar un papel muy importante en Europa, donde producto de sus grandes victorias en los teatros de operaciones imponía la cultura francesa, entre los años 1791, cuando teniendo el grado de Coronel es promovido a General y designado Comandante en Jefe, y 1815. Por eso debemos presentarlo, sin ningún titubeo, por encima de los Pirineos.

Buena prueba de lo dicho es la Constitución de Bayona (*Bayonne*) de 1808, donde reafirmó su recia personalidad y *corpus* reflexivo. Y esto no era casual ni mucho menos improvisación por parte de él, sino el producto homogéneo en su conjunto de haber sabido rodearse de personajes que conocían su oficio, y no de amigotes ni de compadrazgos que siempre a la postre traen resultados negativos.

1.3. ¿La Constitución de Bayona pertenece a la Historia Constitucional de España?

Importa subrayar ante todo que el año de 1808 Carlos IV (1748-1819) "el cazador" abdica a favor de su hijo Fernando VII (1784-1833) "el rey felón", y este corre la misma suerte, ya que como producto de la propia situación coyuntural permitió que se designe como Rey en España a José Napoleón I (1768-1844), bajo la tutela invariable de su hermano Napoleón. El 17 de marzo de 1808 estalla el motín de Aranjuez, los ejércitos franceses comienzan a ingresar a España, como consecuencia del tratado de Fontainebleau de 27 de octubre de 1807, para invadir Portugal. Napoleón, como bien sostiene Eduardo Martiré, recoge la corona de España de las manos de quienes no han sabido mantenerla —padre e hijo— sobre sus

propias sienes y la entrega a su hermano que reinará como José Napoleón I, catalogado como el Rey intruso, con la legitimidad que le otorga el derecho de conquista.

Visto así las cosas, la mayoría de los autores españoles que se han dedicado a la historia constitucional obvian, en toda la latitud del término, a la Constitución de Bayona y centran más bien su objeto de estudio en la génesis y desarrollo siguiendo el presente orden cronológico, dejando de lado los proyectos constitucionales y leyes fundamentales de las dictaduras:

a) Orígenes del régimen constitucional español: Constitución de Cádiz de 1812.

b) Período Isabelino: El Estatuto Real de 1834, Constitución de 1837 y Constitución de 1845.

c) Sexenio revolucionario: Constitución de 1869.

d) La Restauración y su crisis: Constitución de 1876.

e) Régimen de la Segunda República: Constitución de 1931; y,

f) Situación actual: Constitución de 1978.

Penetrando más en la entraña de este tema el catedrático granadino, Luis Sánchez Agesta (1914-1997) nos dice que el constitucionalismo es uno de los rasgos definitorios del perfil político del siglo XIX español. Mas estrictamente, la Monarquía constitucional, constituye la singularidad histórica de España en el siglo XIX europeo. En Francia el bonapartismo autoritario y la República se sobreponen a la Monarquía constitucional, en Italia la Monarquía constitucional, sólo se afirma a fin de siglo y frente a problemas que tienen un perfil muy distinto; Inglaterra está al margen de la evolución constitucional del Continente; los pueblos germánicos y eslavos siguen una línea histórica muy diversa.

1.4. Elaboración y debate

En verdad, cuando se debatió el primer Proyecto de Constitución en mayo de 1808, paternidad que se atribuye a Napoleón y a Hugo B. Maret (1763-1839), Duque de Bassano, se tomó como referencia la Constitución del año VIII del 13 de diciembre de 1799, el Senado Consulto del año XII de 18 de mayo de 1804, la Constitución de Holanda de 9 de junio de 1806, la Constitución del Gran Ducado de Varsovia de 22 de julio de 1807, la Constitución de Westfalia de 16 de noviembre de 1807 y la Constitución de Nápoles de 20 de junio de 1808. A continuación, se redactaron el Segundo Proyecto de Constitución (13 de junio al 20 de junio de 1808) y el Tercer Proyecto de Constitución (14 de junio al 20 de junio de 1808).

1.5. Estructura del texto final. Análisis crítico

Es menester apostillar que la Constitución de Bayona (o como indistintamente se le denominaba en la época: Estatuto Constitucional, Acta Constitucional, Estatuto Nacional, Estatuto de Bayona) se promulgó el 6 de julio de 1808 y se publicó de manera fraccionada en la Gaceta de Madrid durante los días 27, 28, 29 y 30 de julio de 1808.

Entretanto, por real orden la Constitución se deberá imprimir, publicar y circular en los dominios de España e Indias. Y su contenido, respetando la ortografía de la época, empieza rezando literalmente lo siguiente:

En el nombre de Dios todopoderoso: Don Josef Napoleón, por la gracia de Dios, Rei de las Españas y de las Indias;

Habiendo oído a la junta nacional congregada en Bayona de órden de nuestro mui caro y mui amado hermano Napoleón, Emperador de los franceses y Rei de Italia, protector de la confederación del Rin…;

Hemos decretado y decretamos la presente Constitución para que se guarde como lei fundamental de nuestros estados, y como base del pacto que une á nuestros pueblos con nos; y á nos con nuestros pueblos.

En ese orden de ideas, la Constitución de Bayona se estructuraba de la siguiente manera:

Título I (De la religión: art. I).

Título II (De la sucesión a la corona: arts. II-VII).

Título III (De la regencia: arts. VIII-XX).

Título IV (De la dotación de la corona: arts. XXI-XXIV).

Título V (De los oficios de la casa real: arts. XXV-XXVI).

Título VI (Del ministerio: arts. XXVII-XXXI).

Título VII (Del senado: arts. XXXII-LI).

Título VIII (Del Consejo de Estado: arts. LII-LX).

Título IX (De las cortes: arts. LXI-LXXXVI).

Título X (De los reinos y provincias españolas de América y Asia: arts. LXXXVII-XCV).

Título XI (Del órden judicial: arts. XCVI-CXIV).

Título XII (De la administración de hacienda: arts. CXV-CXXIII).

Título XIII (Disposiciones generales: arts. CXXIV-CXLVI).

En resumen, teniendo al frente los artículos arriba citados, podemos decir que la Constitución de Bayona otorgó poderes absolutos al Rey, por cuanto: *a)* expedía de forma unilateral reglamentos o decretos, sujetos al refrendo del Secretario de Estado; *b)* participaba en el procedimiento legislativo a través de la iniciativa y sanción de las leyes; *c)* tenía la potestad legislativa con la sola concurrencia del Consejo de Estado hasta que se reunieran las Cortes; *d)* se atribuía al Rey la ejecución sucesiva y gradual de la Constitución mediante edictos y decretos, debiendo estar ejecutada íntegramente el 1° de enero de 1813; *e)* el Rey asumía conjuntamente con el Senado el papel de garante de la Constitución; *f)* le correspondía además la

potestad ejecutiva y, entre otras atribuciones más, no obstante que la Constitución reconocía la independencia judicial, *g)* el Rey tenía competencia para el nombramiento y la separación de los jueces.

1.6. Epílogo

¿Cuál es el mensaje que dejó la Constitución de Bayona? Veamos.

La Constitución de Bayona, conjuntamente con la Constitución de Cádiz del 19 de marzo de 1812, de carácter nacional y representativa, de una u otra forma es parte de los orígenes del régimen constitucional español, aun cuando sea vista como una Constitución "impuesta", "otorgada", "afrancesada" o "pacto constitucional entre dos sujetos soberanos Rey y pueblo".

En ese orden de consideraciones, los autores han sentado sus posiciones desde diversos ángulos visuales. Veamos. Para Raúl Chanamé Orbe, sin la Constitución de Bayona de 1808 no se puede comprender la Constitución de Cádiz de 1812 y de algunas de sus instituciones más relevantes. En opinión del catedrático español Antonio Torres del Moral, el texto de Bayona es una mezcla de liberalismo, corporativismo del Antiguo Régimen y pragmatismo napoleónico. Y según Ignacio Fernández Sarasola, profesor de la Universidad de Oviedo y discípulo de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna (1954-2018), el Estatuto de Bayona estuvo destinado a ser el primer ensayo constitucional en España, y algunas de sus disposiciones llegaron a tener incluso cierta repercusión en el constitucionalismo iberoamericano.

II. Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846): vida y obra

Téngase en cuenta que, sobre la recia y fascinante personalidad del Comendador Silvestre Pinheiro Ferreira se ha escrito ríos de tinta en diversos idiomas, en francés, alemán y español. Por tanto, constituye un reto describir en pocas líneas su *phatos* y *ethos* pensante, tal como se desprende a continuación, resaltando por ahora la parte del Derecho Constitucional.

Es más, el ilustre ciudadano Silvestre Pinheiro Ferreira nació en Lisboa el 31 de diciembre de 1979. En vida consagró una labor

permanente en diversas áreas del saber humano: eminente hombre de Estado, diplomático en diversos países de Europa, Enviado Extraordinario en los Estados Unidos de América en 1820, Ministro de los Negocios Extranjeros y de Guerra, Oficial de la Secretaría de Estado, encargado de negocios en Prusia, entre otros cargos. Ejerció la docencia de manera provechosa en la Universidad de Coimbra de 1792 hasta su renuncia en 1797 ejerciendo la cátedra de Filosofía.

Entre sus obras relacionadas con el campo del Derecho Constitucional, Internacional y Diplomático, destacan las siguientes: *Cours de droit public interne et externe*, *Précis du droit public interne et externe*, *Principes du droit public, constitucionnel, administratif et des gens*, *Commentaires sur le «Précis du Droit des gens»* de Géorge Frédéric von Martens (1756-1821), *Notes au «Droit des gens»* de Emer de Vattel (1714-1767) y *Supplément au «Guide Diplomatique»*.

Es de tener en cuenta que, la familia real lusitana encabezada por la reina María I de Portugal (1734-1816) y el Príncipe regente el futuro João VI de Portugal (1767-1826) junto con toda la Corte establecida en Lisboa (un aproximado de 15,000 personas entre civiles, militares, la familia real y aristócratas) huyeron a la colonia portuguesa de Brasil en 1808, como consecuencia de la invasión napoleónica a Portugal. Así, la Casa de Braganza quedó instalada en Río de Janeiro desde enero de 1807 hasta abril de 1822. El Imperio colonial portugués era gobernado desde una de las colonias: Brasil. El 29 de noviembre de 1807 —un mes antes se había firmado el Tratado de Fontainebleau— la Corte partió de Lisboa en docenas de navíos portugueses que izan sus velas y se hacen a la mar escoltados por buques británicos rumbo al nuevo mundo. João VI y la familia real arribaron a Salvador de Bahía el 22 de enero de 1808.

Sabido es que, el 7 de marzo arribaron a Río de Janeiro donde se establecieron definitivamente, empezando a financiar así los órganos de la administración pública. Hallándose el Rey João VI en Lisboa, ordenó a su hijo y heredero el Príncipe Pedro de Alcántara (1798-1834) acudir a Portugal en 1821. El joven príncipe se negó y prefirió quedarse en Brasil a lo largo de 1822 apoyado por las autoridades locales. João VI amenazó emplear la fuerza para restaurar la

obediencia de Brasil hacia Portugal. Sin embargo, el príncipe Pedro, apoyado por sus súbditos proclamó la independencia de Brasil el 7 de setiembre de 1822, siendo reconocido monarca del *novo* Imperio de Brasil, a partir de esa fecha tomó el nombre de Pedro I de Brasil y IV de Portugal, el rey soldado.

III. Silvestre Pinheiro constitucionalista

Entre las publicaciones en materia constitucional que publicó Silvestre Pinheiro destaca el *Compendio de Derecho Público Interno y Externo* que tradujo del portugués al castellano el Obispo de Arequipa, Bartolomé Herrera (1808-1864), y que cuenta a la fecha con cuatro ediciones. Con lo cual, se justifica el valor y la importancia del libro de Silvestre Pinheiro, cuya consulta es imprescindible hasta el día de hoy por parte de los especialistas en la materia.

La obra se estructura de la siguiente manera:

Sección Primera

Derecho Público Interno o Derecho Constitucional

Artículo I	Nociones preliminares.
Artículo II	Del Poder Legislativo.
Artículo III	Del Poder Ejecutivo.
Artículo IV	Del Poder Judicial.
Artículo V	Del Poder Electoral.
Artículo VI	Del Poder Conservador.

Sección Segunda

Derecho Público Externo o Derecho de Gentes

Artículo I	Introducción.

Artículo II	De la independencia de las naciones.
Artículo III	Del derecho de tránsito y mansión.
Artículo IV	De los tratados de alianza y comercio.
Artículo V	De las confederaciones.
Artículo VI	De la propiedad territorial y demarcación de límites.
Artículo VII	De la libertad de los mares.
Artículo VIII	De los derechos y deberes de las naciones en tiempo de guerra.
Artículo IX	Conclusión de la guerra.
Artículo X	Funciones y derechos de los agentes diplomáticos.

Notas de Bartolomé Herrera

I. Notas sección primera.

II. Notas sección segunda.

IV. Últimos días de Silvestre Pinheiro Ferreira

Luego de una vida agitada, Silvestre Pinheiro falleció el 1 de julio de 1846, a la edad de 77 años. Sus restos fueron sepultados en el *Cementerio dos Prazeres* que se haya en la parte occidente de Lisboa, el mayor cementerio de la capital portuguesa. Su personalidad y sabias enseñanzas a uno y otro lado del Atlántico siguen vigentes hasta el día de hoy, en especial por las dotes de alto político y partidario ardiente del régimen representativo, como también por su espíritu liberal y su devoción por la libertad de los pueblos, puestos de relieve en su eminente y generoso hecho de reconocer, el primero del mundo, en nombre del Real Gobierno de Portugal, la Independencia de las Repúblicas hispanoamericanas, acción imperecedera y gloriosa, acreedora a la eterna gratitud de los ciudadanos de estas Patrias autónomas, tal como sentenció Planas-Suárez.

Con razón sostuvo Joao Vicente Martins: "Honremos nós de lão longe desse ingrato Portugal, a memoria do homem sem patria, do philosopho que em qualquer lugar da terra encontrava um irmão e compatriota em qualquer homem; honremo-lo; e erijamos solemne monumento que este dia não deixe mais esquecido".

V. Cronología de Silvestre Pinheiro Ferreira[1]

1769 Nace em Lisboa, no dia 31 de Dezembro.

1784 Admitido na Congregação do Oratório, em 15 de Outubro, na Casa de Nossa Senhora das Necessidades em Lisboa, onde concluio o curso de Humanidades.

1791 Ano em que saiu de Congregação das Necessidades por causa da vindicta dos oratorianos.

1792 Dava lições de Filosofia em Lisboa.

1794 Obteve, por concurso, o profesorado substituto da cadeira de Filosofia Racional e Moral no Colégio das Artes da Universidade de Coimbra.

1796 Estudava Mecânica na Universidade de Coimbra.

1797 Estava na capital quando a sua casa de Coimbra foi invadida pela policía que, além de lhe levar os papéis dos seus manuscritos, prendeu depois alguns dos seus amigos mais íntimos.

Passou, então, a viver em Setúbal, como seu refúgio político, donde embarcou para o estrangeiro no dia 31 de Julho.

Na viagem de barco aportou em Dover e daí seguiu para Londres, onde deparou com José Francisco Correia da Silva; foi para os Países Baios e viajou depois para Paris.

1798 Nomeado secretário da Legação de Portugal em Haia Percorreu o Norte da Alemanha, tendo ali aprendio a língua alemã.

---

[1] Fuente: João Afonso Córte-Real: *Universalismo de Silvestre Pinheiro Ferreira. Conselheiro do Rei Dom João VI*, Tip. Freitas Brito, Braga, MCMLXVII, págs. 39-43.

1799 Ainda se encontraba visitando Hamburgo, Berlim e Dresden.

1802-1809 Entre estes anos realiza-se o seu primeiro matrimónio com Dona Justina Dorothea Von Leidholdt, já legalmente separada do seu anterior marido, nasceram-lhe três filhas e que sobreviveu veio a casar-se com o filho segundo do marquês de São João de Marcos, o qual vem descrito por Afonso Zúquete no III volumen, p. 796, da *Nobreza de Portugal* (Secção do Brasil). Volta a Lisboa, onde foi nomeado oficial da Secretaria dos Negócios Estrangeiros.

Nomeado encarregado de negócios na Corte de Berlim.

1804 Em Freyburg adquire o Gabinete Mineralógico de Poldat de Cheim, destinado à Universidades de Coimbra, mas que seguiu para o Rio de Janeiro, por causa das invasões francesas.

1807 Acaba por establecer uma companhia de espigardeiros alemães no País.

1809 Sai da Alemanha depois de relevntes serviços diplomáticos. Junta-se ao regente Dom João de Bragança, no Rio de Janeiro, encorporando-se no séquito do futuro rei de Portugal.

1811 Insiste no lugar de ministro junto do governo dos Estados Unidos da América do Norte ou no de conselheiro da Fazenda. Nomeado deputado da Junta do Comércio, como "prova de lembrança e afeição do nosso bom príncipe", que o defendeu dos seus ministros.

Inbumbido de missão oficiosa junto do governo da Argentina, recosou cumprir o encargo.

1812 Solicita um substituto para o seu lugar na Junta do Comércio, porque pretendia sair do Brasil.

1813 Cria um Curso de Filosofia na própia corte, donde saíram as suas notáveis *Prelecções Filosóficas…*, depois publicadas na Imprensa Régia, do Rio de Janeiro.

Escreve do Brasil com saudades do "Oratório das Necessidades".

1816 Esteve gravemente doente e, portanto, ausente dos seus cargos de oficial da Secretaria de Estado dos Negócios Estrangeiros e da Guerra.

1819 Loucura de sua esposa e respectivo internamento. Foi promovido no mês de Maio.

1820 Nomeado ministro plenipotenciário nos Estados Unidos da América do Norte, para onde não chega a ir. Concessão do título de conselheiro.

1821 Dá-se, em 26 de Fevereiro, no Brasil, a célebre "Revolução de Fevereiros", pelo que já não segue para a América do Norte como nosso ministro.

É-lhe concedida a comeda da Ordem de Cristo.

Nomeado director da Imprensa Régia.

Escolhido para membro da Comissão Luso-Britânica para resolver questões inerentes à escravatura.

Organizar-se novo ministério e nele assume as funções de ministro dos Negócios Estrangeiros, sobreçando também a pasta da Guerra, após a revoluçao militar, tendo então previsto o regreso da corte a Lisboa, o que, de momento, por vezes, desaconselhou.

1822 Dirige-se ao presidente do Congreso a quem "lê o discurso de reposta do rei Dom João VI", quase após o juramento das bases de Constituição, em Lisboa.

1823 Na sesão de 2 de Desembro informava as Cortes de um litígio diplomático com a Inglaterra, na sua qualidade de ministro dos Negócios Estrangeiros.

1825 Recusou nova nomeação de ministro dos Negocios Estrangeiros e a missão de examinar as relações comerciais entre Portugal, a Inglaterra e os Países Baixos.

1826 Estava em Paris embrenhado nos seus estudos de Filosofia.

Escreveu uma carta a Fernando Garcia, da Congregação do Oratório, no dia 4 de Outubro.

1827 Inicia o período mais fecundo da sua vida de publicista.

1828 Em 13 de Novembro, estando em Paris, deseja com urgência falar a Victor Cousin.

1829 Escreveu artigos eruditos para a "Enciclopedia Moderna" de Courtin.

1830 Continua a ua vida em Paris.

1832 Escreve a Victor Cousin dizendo, em certa passagem, "…le désir de demander votre protection…".

1833 Afirmava, em carta, Victor Cousin: "J'appartiens à la prémiscule ibérique en Europe et au Brésil en Amérique".

1835 Ainda em Paris, dirige carta (10 de Junho) a V. Cousin a solicitar que um seu sobrino Corrêa seja transferido da "Conciergerie" para uma casa de saúde.

Publica também a segunda edição de "Observações sobre a Constituição do Imperio do Brazil, e sobre a Carta Constitucional do Reino de Portugal", aumentada com os seus comentários acerca de Lei das Reformas do Imperio do Brazil. París, 1935, in 8.º de III-IV-244, pp.

1836 A firma os "principios d'Ontologia devem fazer parte d'um curso elementar de filosofia geral…".

1837 Outra vez eleito deputado, mas continua a viver em Paris.

1838 Novamente elito deputado, prefere ficar em Paris.

Escolhido para correspondente da Secção de Legislação da Academia das Ciências Morais e Políticas do Instituto de França.

1841 No dia 22 de Abril, de Paris, escreve ao pesidente da Sociedade de Ciências Médicas, a propósito da doutrina terapéutica da Homeopatía.

1842 Depois de ter estado em França e na Alemnha, regressa a Lisboa, já restabelecido o regime constitucional, voltando a ser eleito deputado pela província do Minho e não mais sai de Portugal.

1843 Organiza um projecto de lei orgânica do registo de estado civil dos ciudadãos.

No dia 3 de Abril leva à Câmara dos Deputados os seus projectos com base em ciências políticas e administrativas, com a reorganização dentro dos princípios da Carta Constitucional, mas não chegam a discutir-se. Ainda neste ano, em segundas núpcias, contrai matrimónio com sua sobrinha Joana Felicia Pinheiro Ferreira.

1844 Prossegue escrevendo artigos doutrinários, o que manteve até ao seu fallecimiento.

Peside à Academia das Ciências e Letras, para o convívio de jovens estudiosos, de Coimbra.

1846 Adoce, com gravidade, no mês de Março.

Em Junho passa a residir no Lumiar.

Falece, no dia 1 de Julho, com uma pneumonia, ao fim de 76 anos de vida agitada mas profícua.

¿Quién teme al *pouvoir constituant*? Historia vs. Voluntad en el primer constitucionalismo hispanoamericano*

Martha Lorente**

Sumario

I. A modo de introducción. **II.** La instalación de las Cortes Generales y Extraordinarias: del juramento de los diputados a los juramentos recogidos en el Decreto I. **III.** El aprendizaje del parlamentarismo. **IV.** A pesar de todo, hubo grandes decisiones. **V.** Recapitulación.

I. A modo de introducción

En diciembre de 1810, se leyeron en las Cortes Generales y Extraordinarias reunidas en Cádiz tres proposiciones acerca de la necesidad de crear una comisión con el encargo de redactar un proyecto de Constitución política para la Monarquía. Según uno de los periódicos más leídos por aquel entonces, el famoso *Semanario Patriótico*,[1] en el curso de la discusión el diputado Arguelles afirmó en tono cauteloso que a pesar de que las Cortes eran un cuerpo constituyente y no constituido, hasta ese momento no se había servido de la expresión por odio a todo cuanto hiciera relación con lo francés

* El presente artículo se ha escrito en el marco del proyecto DER2014-56291-C3-1-P. Recoge algunas conclusiones de una larga investigación sobre el primer constitucionalismo hispánico, por lo que el lector disculpará el abuso de las citas autorreferenciales.

** Catedrática de Historia del Derecho y las Instituciones en la Universidad Autónoma de Madrid.

[1] En un primer momento, las Cortes no dispusieron de taquígrafos, por lo que conocemos sus sesiones gracias a la prensa. Sobre todo ello ha trabajado magníficamente Fernando Durán, tanto en el terreno de la edición (Durán, 2003) como sobre todo en el de la investigación (Durán, 2008, pp. 37-287).

(27/12/1810)[2]. Meses más tarde, un irritado Calatrava volvió sobre este mismo asunto en una más que famosa intervención: "Señor, al oír la protesta del señor Gómez Fernández no ha podido menos de escandalizarse el Congreso. Es menester poner fin a estas cosas. Continuamente estamos viendo citar leyes, como si este fuera un colegio de abogados y no un cuerpo constituyente" (25/8/1811). A los anteriores se podrían añadir otros testimonios similares, pero en su mayoría apuntan en la misma dirección: todos los diputados reunidos en Cádiz, bien fueran liberales o serviles, bien peninsulares o americanos, eran plenamente conscientes del potencial disruptivo que para el orden jurídico-político tradicional contenía la noción de poder constituyente[3].

Sabido es que el significado de la expresión había sido fijado pocos años antes en el curso de los procesos revolucionarios norteamericano y francés, como bien ponen de relieve las siguientes sentencias, que han sido reproducidas miles de veces por historiadores y juristas: "Una Constitución no es el acto de ningún gobierno sino del pueblo estableciendo su gobierno, de modo que gobierno sin constitución es poder sin derecho», diría el panfletista inglés Thomas Paine (*Los derechos del hombre*, 1791-92). Al otro lado del Atlántico, Sieyès formuló la misma idea con otras palabras, «Si carecemos de Constitución, hay que hacer una; solo la nación tiene derecho a ello» *(¿Qué es el Tercer Estado?* 1789). Siguiendo a estos revolucionarios, tanto las constituciones estatales norteamericanas como la primera nacional francesa se identificaron con un acto de voluntad del pueblo o de la nación, cuya naturaleza fundacional e ilimitada lo hacía entrar en conflicto con la

[2] Los *Diarios de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias,* Cádiz, [editor no identificado], 1810-1813 pueden consultarse en en versión digital en http://www.cervantesvirtual.com/portales/constitucion_1812/buscador/?q=diario+de+sesiones+de+las+cortes+generales+y+extraordinarias. Haré lo mismo en relación con el *Semanario Patriótico*, 1808-1812, cuya versión digital puede encontrarse en http://hemerotecadigital.bne.es/details.vm?q=id%3A0004036221&t=%2Balpha&s=0, así como con *Decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde su instalación en 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811*, que se encuentran en http://www.cervantesvirtual.com/obra/coleccion-de-los-decretos-y-ordenes-que-han-expedido-las-cortes-generales-y-extraordinarias-desde-su-instalacion-en-24-de-septiembre-de-1810-hasta-igual-fecha-de-1811--0/.

[3] Sobre el orden jurídico pre-moderno se han escrito bibliotecas enteras. Una magnífica síntesis de sus caracteres básicos en los caracteres básicos del orden jurídico tradicional puede consultarse en Garriga, 2004, pp. 13-44.

historia[4]. La identificación de la Constitución con un texto escrito, fruto de ese acto de voluntad, transformó por completo el sentido del término (Stourzh, 2007), toda vez que implicó una violenta ruptura con la idea de antigua constitución o de leyes fundamentales, sobre todo en lo que respecta a la comprensión de lo que significaban estas últimas circuló en las Monarquías ibéricas (Hespanha, 2000, pp. 5-18).

Hasta aquí, todas son cosas más o menos sabidas. Sin embargo, quiero subrayar que las vacilaciones gaditanas respecto del uso de la expresión *poder constituyente* sugieren que, para bien o para mal, los diputados sólo tuvieron en mente el por tantas razones conflictivo referente francés, o dicho de otro modo, que los jovencísimos Estados Unidos se encontraban demasiado lejos del Cádiz de las Cortes[5]. Es por ello que aquellos diputados que utilizaron la expresión lo hicieron a medias, sustituyendo el término poder por cuerpo o nación cada vez que se refirieron al acto de dotar a la Monarquía, que no a la Nación, de esa constitución que no tenía[6]. Ahora bien, ¿cuándo y cómo lo hicieron? O dicho de otra manera, además de la Constitución ¿hubo o no normas que compartieron con ella naturaleza? Aunque pueda parecerlo, plantear este tipo de cuestiones no es tarea en absoluto banal, toda vez que en otras latitudes, cual fue sobre todo la revolucionaria francesa, la Constitución simplemente recogió lo que el poder constituyente había hecho previamente. Y es que tal y como

[4] La cuestión de la historicidad o ahistoricidad del constitucionalismo moderno constituye una de las claves de lectura de algunos autores (Grimm, 2006; Fioravanti, 2009) cuyas propuestas metodológicas están en la base presente escrito.

[5] Como es bien sabido, la noción poder constituyente sigue llamando la atención entre los estudiosos, como bien pone de manifiesto la polémica obra de Antonio Negri (utilizo la edición de Marcial Pons: Negri, 2015).

[6] La cuestión de la "antigua constitución española" viene preocupando a los estudiosos desde hace ya varias décadas (Tomás y Valiente, 1997, pp. 4499-4557; Portillo, 2000; Lorente, 2013, pp. 67-80), aunque bien es verdad que fueron precisamente los contemporáneos los que se interrogaron sobre la existencia de una constitución (Portillo, 1988, pp. 545-585). En todo caso, y excepción hecha de la Constitución inglesa/británica, el análisis de las leyes fundamentales prerrevolucionarias, sobre todo las francesas, no sólo ha interesado desde antiguo a los historiadores preocupados por la revolución (Lemaire, 1907; Carcassone, 1970), sino a filósofos y pensadores de la talla de Michel Foucault, quien sugirió que en la defensa de la antigua constitución francesa podían localizarse las primeras formulaciones del racismo (Foucault, 2003).

se sostiene a lo largo de una extraordinaria monografía, la Constitución de 1791 no representa sino el final de un proceso cuyas piezas fundamentales habían sido aprobadas mucho antes de la promulgación de la primera norma francesa (Furet y Halevi, 1996).

A día de hoy, un buen número de historiadores convienen en que Francia no puede ser concebida como regla sino como excepción; sin embargo, los constituyentes gaditanos, al igual que todos aquellos americanos que aprobaron constituciones antes del 19 de Marzo de 1812[7], manejaban con mucha claridad los referentes foráneos en orden tanto a su asimilación cuanto a su rechazo. Es por ello que traducir al castellano el término constituyente, sin olvidar por supuesto que este se expresó con múltiples acentos, tantos como procesos revolucionarios/constituyentes hubo a ambos lados del Atlántico, ayuda no poco a comprender la naturaleza del primer constitucionalismo hispanoamericano (Breña, 2006). Ahora bien, esta complicadísima traducción requiere de un trabajo minucioso, toda vez que no cabe sino identificar y valorar lo que las diferentes Asambleas reunidas en uno y otro lado del Atlántico hicieron antes de aprobar y promulgar/publicar las distintas constituciones[8]. Muy a mi pesar, sin embargo, las presentes páginas sólo pueden ofrecer una valoración del proceso constituyente gaditano, o si se quiere, de la actividad normativa desarrollada por las Cortes desde su constitución el 24 de septiembre de 1810, hasta la aprobación/promulgación en la Asamblea de la primera norma gaditana el 19 de Marzo de 1812.

II. La instalación de las Cortes Generales y Extraordinarias: del juramento de los diputados a los juramentos recogidos en el Decreto I

Después de acordar que las Cortes se debían reunir en un solo cuerpo contradiciendo lo decretado por la Junta central sobre la convocación

[7] También hace ya algunas décadas que los historiadores convienen en que la crisis de la monarquía dio lugar a la apertura de varios procesos constitucionales que deben ser estudiados conjuntamente, con independencia de que el que culminó en Cádiz fuera a su vez causa de algunos en particular (Annino, 2008, pp. 179-227; Lorente y Portillo, 2012).

[8] José María Portillo es uno de los autores que más viene incidiendo en la necesidad de hablar de un constitucionalismo hispánico (Portillo, 2010, pp. 123-178), que entiende como un producto de la "Crisis Atlántica" (Portillo, 2006).

de los brazos de nobleza y clero, el Consejo de Regencia reguló breve y apresuradamente el ceremonial para la instalación de las Cortes. Según el Acta correspondiente, el 24 de septiembre de 1810 los diputados fueron congregados en Real Palacio de la Regencia, dirigiéndose desde allí a la iglesia Mayor junto con los miembros del Consejo para asistir a una misa del Espíritu Santo; tras escuchar el Evangelio y ser exhortados por el Obispo de Orense, prestaron los debidos juramentos y entonaron virilmente varios himnos religiosos. Finalizada la función, caminaron juntos a la sala de Cortes, donde los diputados ocuparon sus asientos y los Regentes el trono; minutos más tarde, el presidente del Consejo concluyó su discurso inaugural afirmando que "dejaba al discernimiento y luces de las Cortes la elección del Presidente y Secretarios", por lo que los Regentes se retiraron de la sala. Una vez solos, los Diputados no se contentaron con hacer uso de aquella facultad, sino que continuaron discutiendo una minuta de Decreto en cuyo primer párrafo se declaraba que la soberanía nacional residía en los Diputados que componían el Congreso, legítimamente constituidos en Cortes Generales y Extraordinarias (Lorente, 2015, pp. 223-233).

Antes incluso de sancionar esta norma, se acordó que se ordenara a la Regencia que debía prestar juramento de obediencia a las Cortes de la Nación, y una vez aprobado el Decreto, se trasladó inmediatamente al Consejo de Regencia para que procediera a su impresión, circulación y publicación en España, América y los demás dominios de la Monarquía. Desgraciadamente tenemos más noticias de ceremonias religiosas, salvas de cruceros o iluminación del puerto de Cádiz, que de las estrategias utilizadas por los diputados extremeños Muñoz Torrero y Luján, quienes supuestamente fueron los promotores del famoso Decreto I. El resumen que lo encabezó da cuenta de su relevancia:

"Declaración de la legitima constitución de las Córtes y de su soberanía: nuevo reconocimiento del Rey Don Fernando VII, y anulacion de su renuncia á la Corona: division de poderes reservándose las Córtes el legislativo: responsabilidad del executivo, y habilitacion de la Regencia actual, con la obligación de prestar el juramento á las Córtes: fórmula de este: confirmación interna de los tribunales, justicias y demás autoridades: inviolabilidad de los diputados" (24/9/1810).

El Decreto I marcó un antes y un después en la historia de las Asambleas hispánicas, ya que convirtió a las Cortes en ese innombrable poder/cuerpo constituyente al que más tarde se refirieron los diputados, aunque bien es verdad que no todos convinieron en que aquella norma había marcado un punto de no retorno. Pero más allá de los enfrentamientos políticos (Cortes y Regentes; liberales y serviles; peninsulares y americanos) lo cierto es que en la jornada parlamentaria de Septiembre se sentaron las bases de una contradicción que marcó a fuego la labor de las Generales y Extraordinarias. Y es que antes de constituirse como Cortes de la Nación, los diputados habían jurado (i) defender la santa religión católica sin admitir otra alguna, (ii) conservar la integridad de la nación española y de todos sus dominios para Fernando VII y sus legítimos sucesores; (iii) hacer cuantos esfuerzos fueran posibles para sacarlo del cautiverio y colocarlo en el trono; (iv) desempeñar "fiel y legalmente el encargo que la nación ha puesto a vuestro cuidado, guardando las leyes de España, sin perjuicio de alterar, moderar y variar aquellas que exigiese el bien de la Nación".

El orden de los juramentos fue (para los diputados) y es (para el historiador) tan o más revelador que sus propios contenidos, toda vez que mientras que la profesión de fe católica ocupó brutalmente el primer lugar, sólo el último abrió tímidamente la puerta al poder constituyente. No por casualidad, los enemigos de la soberanía nacional denunciaron lo que de incompatible tenían los juramentos con el Decreto I, siendo así que este fue uno de los principales argumentos utilizados en la famosa representación, que conocida como *Manifiesto de los persas*[9], algunos diputados realistas dirigieron a Fernando VII a la vuelta de su cautividad ("quién oirá sin escándalo que en la mañana del mismo día este Congreso había jurado á V.M. por Soberano de España sin condición, sin restricción, y hasta la noche hubo motivo para faltar al juramento"). Incluso en el caso de que el inconstitucional Fernando VII no lo necesitara, este texto sirvió para legitimar la regia decisión de declarar "por nula y de ningún valor ni efecto

[9] El verdadero título del Manifiesto de los Persas fue el siguiente: *Representación y Manifiesto que algunos diputados a las Cortes ordinarias firmaron en los mayores apuros de su opresión en Madrid para que la Majestad del Sr. D. Fernando el VII a la entrada en España de vuelta de su cautividad, se penetrase del estado de la Nación, del deseo de sus provincias, y del remedio que creían oportuno de firmado por varios diputados de las Cortes.*

la Constitución de las llamadas Córtes generales y extraordinarias de la Nación" (Real Decreto de 4 de Mayo de 1814). Por más que nos pese a algunos, los realistas no erraron en el diagnóstico: resultaba a todas luces contradictorio que el cuerpo constituyente que eran las Cortes estuviera limitado por los juramentos prestados voluntariamente por sus miembros. En resumen: los juramentos y el Decreto I marcaron los extremos del campo de juego de las Cortes, que se limitaron a gestionar la contradicción ya que fueron incapaces de disolverla.

Las primeras decisiones se situaron en el extremo constituyente: los términos soberanía nacional y separación de poderes no habían tenido cabida en el vocabulario político-jurídico de la Monarquía Católica. Aun cuando su significado concreto sólo puede reconstruirse partiendo de la obra completa de las asambleas reunidas bajo la vigencia de la primera norma doceañista, cabe sin embargo adelantar algunas consideraciones básicas. Y es que al igual que hubiera ocurrido previamente en otras latitudes, el Decreto I, de cuyo valor performativo no cabe dudar, no implicó que la soberanía nacional se reasumiera por una más que vaporosa nación, sino por un concreto grupo de Diputados de carne y hueso, los cuales, a pesar de las dificultades que habían rodeado su propia selección/elección, se creyeron habilitados para disponer en exclusiva de la herencia yacente en que se había convertido la quebrada Monarquía Católica. La proclamación de otros cuerpos soberanos al otro lado del Atlántico cuestionó violentamente la decisión gaditana (Chust, 2007), la cual, a su vez, estuvo estrechamente ligada al cumplimiento de los propios juramentos. Ahora bien, la nación soberana se topó con otra problemática cuestión que ya había visto la luz en el curso de las revoluciones americana y francesa, a saber: por mucho que cuajase la expresión en Declaraciones y Constituciones, los poderes no podían separarse sino en todo caso crearse (Vile, 1962; Clavero, 2007). Con todo, el Decreto I sentó las bases de una radical alteración de esa plurisecular comprensión del poder político y su gestión en términos jurisdiccionales que había caracterizado a la Monarquía Católica hasta el mismo momento de su crisis (Costa, 1969; Vallejo, 1992).

A la vez que las Cortes generales y extraordinarias fueron una consecuencia del Decreto I, esta norma prefiguró por completo la futura Constitución. No obstante, para ejercer realmente como cuerpo constituyente

las Cortes necesitaron del reconocimiento y/o sometimiento de los poderes o autoridades, que o bien habían sobrevivido al naufragio producido por la invasión francesa, o bien se habían constituido a causa de esta última. El instrumento utilizado para comprometer tal reconocimiento de nuevo fue el juramento de obediencia a unas Cortes, que, habiendo asumido el tratamiento de Majestad, lo exigieron tanto a los miembros de la Regencia como a todas las autoridades militares, civiles y eclesiásticas (25/9/1810). Para bien o para mal, las Cortes decidieron que la obligación política sólo podía nacer del instituto del juramento, el cual, una vez prestado, las habilitaba para exigir en último extremo la responsabilidad de quienes no cumplían las "órdenes superiores" (14/7/1811). Otras dos claves del constitucionalismo gaditano, el juramento y la reformulación en clave parlamentaria de la responsabilidad de las autoridades públicas, se hicieron presentes antes de que la Constitución fuera aprobada (Lorente, 1988).

III. El aprendizaje del parlamentarismo

La ausencia del Rey dotó a los cuerpos que lo sustituyeron de un enorme margen de maniobra. Según el Decreto I, las Cortes se reservaron el ejercicio del poder legislativo en toda su extensión, regulando con rapidez su propio funcionamiento mediante la aprobación de un Reglamento provisional para su gobierno interior (24/11/1810). Urgidas por una malintencionada Regencia, que se apresuró a preguntar cuáles eran sus facultades y obligaciones para no incurrir en responsabilidad, poco tiempo después aprobaron otro Reglamento provisional para el Poder Ejecutivo (16/1/1811). Finalmente, y a pesar de que algunos Diputados lo propusieron, el poder judiciario tuvo que esperar a la promulgación de la Constitución para ver fijado su estatuto: hasta entonces, las Cortes se limitaron a "confirmar por ahora todos los Tribunales y Justicias establecidas en el Reino" (Martínez, 1999).

Esta primera y provisional reglamentación resultó rápidamente insuficiente: las Cortes no sólo tuvieron que gestionar problemas concretos de enorme envergadura política (conflictos con los Regentes; inviolabilidad o inmunidad de los diputados; creación de tribunales de Cortes), sino que también se vieron forzadas a lidiar con antiguas dinámicas, que, reformuladas en términos parlamentarios, amenazaba con convertirlas

en una Cámara dispensadora de gracias o en un auténtico tribunal. A ello debe añadirse que el propio Consejo de Regencia se había negado previamente a atribuir la comprobación de los poderes de los diputados a la Cámara de Castilla, tal y como ésta lo había solicitado apoyándose en la tradición: por delegación de la Regencia, se formó una comisión de diputados (16/10/1810) cuya vida se prorrogó durante varios meses por causa del goteo continuo de diputados procedentes bien de los territorios ocupados, bien de los ultramarinos.

Los reglamentos fueron una necesaria consecuencia del Decreto I. Autonomía reglamentaria, inviolabilidad e incompatibilidades de los diputados, igualdad y libertad de los mismos a la hora de hacer proposiciones y publicidad de las sesiones de las Cortes constituyeron los elementos más relevantes de la revolución parlamentaria. Amén de obligar a la creación de un *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias* (Lorente, 1996, pp. 85-95), el capítulo de la publicidad generó una enorme expectación en la ciudad de Cádiz, sexo femenino incluido, al que sin embargo se le negó finalmente la entrada en las galerías. Los periódicos de la época dan cuenta no sólo del acaloramiento de muchas discusiones, sino de numerosos incidentes protagonizados por el público, que obligaron a los sucesivos Presidentes a levantar algunas sesiones públicas convirtiéndolas en secretas (Durán, 2016, pp. 59-106). Esta forma de sesionar se convirtió en permanente, lo que acarreó que muchas críticas, como las formuladas por el famoso Blanco White en *El Español*. Meses después de la promulgación de la Constitución, las Cortes aprobaron un nuevo Reglamento de régimen interior mucho más extenso, que entendieron como desarrollo del artículo 127 constitucional. En todo caso, la vida de las primeras Cortes de la Nación estuvo determinada por su aislamiento en el reducto gaditano, a la vez que la ciudad de Cádiz se convirtió en una suerte de apéndice de las Generales y Extraordinarias (Solís, 2012).

Las Cortes también reglamentaron la limitación y control del poder ejecutivo, cuyo titular provisional, el Consejo de Regencia, no pudo ni participar ordinariamente en las sesiones, ni proponer "proyectos de decreto extendido", ni dispensar de la observancia de las leyes o interpretarlas en los casos dudosos; en pocas palabras: todavía no hay atisbo alguno de lo que después se consolidará como poder reglamentario. Por el contrario,

facultad exclusiva de la Regencia fue la de nombrar a los Secretarios de Estado y del Despacho Universal, responsables sólo ante la misma, así como también la de hacer provisión de todos los empleos civiles y la presentación de los beneficios, dignidades y prebendas de patronato Real. No obstante, las Cortes buscaron controlar al Consejo en el ámbito hacendístico, recordándole que debía ajustarse a las leyes y decretos en todo lo que tuviera que ver con rentas y contribuciones, y prohibiéndole crear empleos o gravar con pensiones el Erario. En otro orden de cosas, también se prohibió a la Regencia interferir en cualesquiera negocios judiciales, así como deponer o trasladar a los jueces sin causa justificada, reservándose el derecho a declarar la guerra y ratificar los tratados con las potencias extranjeras. A pesar de que autorizaron al Consejo a tomar todas las medidas de seguridad interior o exterior que creyera conveniente, ello no significó que pudiese mandar más fuerza armada que la de su guardia ordinaria. El control del Ejecutivo por el Legislativo completó la revolución parlamentaria, por lo menos sobre el papel: poco antes de que se aprobara la Constitución, e inmediatamente después del nombramiento de un nuevo Consejo de Estado, que se entendió como un instrumento de la separación de poderes (22 de enero de 1812), el reglamento provisorio se sustituyó por otro más extenso y detallado (26 de enero de 1812), siendo así que su discusión se solapó con la de la misma Constitución.

Ahora bien, una cosa era declarar que las Cortes se reservaban "el poder legislativo en toda su extensión", y otra muy distinta dotar de significado concreto a la expresión. Sin embargo, solucionar esta cuestión no las abocó a reflexionar sobre la tipología normativa (Leyes, Decretos, Ordenes), sino por el contrario a enfrentarse a dos cuestiones, tan reales como espinosas, a saber: el uso, límites y alcance de la derogación (o si se quiere, la relación entre derecho viejo y nuevo) y el reconocimiento de la potestad reglamentaria (Garriga y Lorente, 2007). Si bien esta última encontró su lugar en la Constitución, aunque no sin problemas, la primera marcó a fuego la naturaleza de la obra normativa doceañista, Constitución incluida, toda vez que a pesar de proyectar un orden nuevo, aquella se inscribió en el viejo sin poder escapar a su dinámica. Y es que la normativa reglamentaria no pudo prever, ni mucho menos solucionar, uno de los problemas comunes a todas las Asambleas modernas, las cuales, inmediatamente después de

su constitución, se vieron inundadas por una avalancha creciente de peticiones, quejas, solicitudes, recursos, demandas… provenientes de los integrantes individuales o colectivos de esa Nación que se supone representaban (Garrido, 1993). En un principio, las Cortes gaditanas recordaron una y otra vez a sus representados que ni eran un tribunal, ni menos todavía un remedo de la antigua Cámara, por lo que se empeñaron en reglamentar qué memoriales o solicitudes debían ser conocidos por ellas (9/3/1811). Esta norma tuvo un éxito más que dudoso, ya que poco tiempo después tuvieron que aclarar que sólo el Consejo de Regencia podía pedir a las Cortes el indulto para los reos condenados a pena capital (12/5/1811). En resumidas cuentas, las Cortes fueron conscientes que debían/necesitaban responder a las demandas y denuncias de sus representados, lo cual explica que llegaran plantearse la creación de una comisión o tribunal que conociera incluso retroactivamente de los agravios cometidos por *todas las autoridades*, castigando y corrigiendo a los que, como dijera el diputado Gonzáles, "injustamente produzcan las quejas" (15/11/1810).

Aunque sea sólo en parte, esta problemática explica el confuso funcionamiento de las comisiones de Cortes, que, contempladas ya en el primer reglamento, tuvieron que ser sometidas a examen por una comisión cuyo mandato fue justamente el arreglo de las comisiones. Número, composición, emolumentos, atribuciones, funcionamiento… fueron cuestiones muy discutidas, pero cabe sospechar que la vida de las nuevas comisiones parlamentarias estuvo marcada por los modos de gestión de los asuntos propios de las Juntas o Consejos de la Monarquía. En efecto, la mayoría de las propuestas elevadas al pleno por las comisiones de las Cortes tuvieron en su origen un asunto/expediente particular, a lo que debe añadirse que pudieron ser consultadas a personas o instituciones extraparlamentarias a instancias de la comisión correspondiente. Las comisiones también pudieron sumar expertos externos a sus miembros, sin que ello redundase en la conclusión de propuestas generales sobre la "reforma" de la legislación heredada, ya que sólo la comisión de Constitución cumplió su encargo. En definitiva, la dinámica de la Asamblea solo puede explicarse como el resultado de la relación entre el trabajo de las comisiones y las intervenciones de los diputados en las sesiones plenarias, que si bien se ajustó *grosso modo* a los reglamentos aprobados por las Cortes antes de

sancionar la Constitución, fue alterándose y ajustándose en función de las presiones internas y externas a las que las Cortes se vieron sometidas.

A su vez, el funcionamiento del nuevo ejecutivo, la Regencia, fue todo menos que exitoso. Descontando el desleal comportamiento político de la mayoría de sus miembros, la(s) sucesivas Regencia(s) funcionaron como un Consejo, esto es, colegiadamente. En efecto, todos los asuntos eran sometidos a discusión, la decisión se adoptaba por la mayoría de votos, y todos eran igualmente responsables de cualquier providencia general o particular acordada por el Consejo. A la par, los Secretarios, sin poder decidir nada, no cumplieron otra función que la tramitación de expedientes, ya que su presencia en la Asamblea dependió de la decisión de esta última. Así las cosas, textos como el *Ensayo sobre la clasificacion de los ministros del despacho y otros puntos análogos á su organizacion y á la de las secretarías*, cuyo autor, Eusebio Bardaxí y Azara, fue Secretario de las Cortes y posteriormente Secretario interino de Guerra y Hacienda, Eusebio Bardaxí y Azara, si algo ponen de manifiesto es que la inercia en el manejo de expedientes se impuso. No es, pues, casualidad que todos denunciaran la inoperancia del sistema gubernativo, que volvió a reglamentarse en 1813 en consonancia con la Constitución.

La reforma del judiciario tuvo que esperar. El punto de partida no fue precisamente halagüeño: además del descrédito en el que cayeron de muchos de los miembros de los cuerpos superiores de justicia (Consejos, Audiencias, Chancillerías), la desaparición del titular de la Corona afectó a todo el edificio institucional generado en torno a ella en términos estructurales: en este exacto sentido, la crisis de la Monarquía convirtió en meros tribunales de justicia a todas las Audiencias y Chancillerías. Al mismo tiempo, la guerra interfirió en el multiforme universo judicial de la Monarquía, hasta el punto de que las Cortes se vieron obligadas a discutir un Reglamento para que "las causas criminales tengan un curso más expedito, no padezcan los reos más de lo justo, y se evite la arbitrariedad de los jueces" (19/4/1811) que no llegó a aprobarse ya que su discusión se solapó con la de la Constitución. Descontando la incorporación a la nación de la jurisdicción señorial, que cesó ipso facto a los jueces letrados nombrados por los señores, la comisión destinada al "arreglo" de la justicia no presentó proyecto significativo alguno, ocupada como estuvo en la

solución de expedientes: lo más parecido a una ley sobre el poder judicial, el Reglamento de las Audiencias y Juzgados de primera Instancia, se entendió ya como un desarrollo de la Constitución (9/19/ 1813) (Martinez, 1999).

IV. A pesar de todo, hubo grandes decisiones

Las divisiones de la Asamblea dificultaron, paralizaron y, en ocasiones, impidieron, la discusión y aprobación de grandes normas antes de la promulgación de la Constitución. De la misma manera que los realistas bloquearon la tramitación de muchas propuestas, argumentando que no podían adelantarse a la Constitución, los liberales metropolitanos utilizaron el mismo argumento para dilatar o impedir la adopción de medidas significativas –libertad de vientres; abolición del tráfico de esclavos, etc.- propuestas por los liberales americanos. Con todo, las Cortes aprobaron una serie de medidas verdaderamente constituyentes.

La "cuestión americana" tuvo mucho de poliédrica, toda vez que las reivindicaciones de los criollos y las de los indígenas y/o castas resultaban muchas veces incompatibles (Chust, 1999). Atemorizadas por los movimientos insurgentes, las Cortes se apresuraron a declarar genéricamente la igualdad de derechos entre españoles europeos y ultramarinos, ofreciendo de paso un general olvido a los insurrectos que reconocieran la autoridad de las Cortes (15 de octubre de 1810). Sin embargo, las cambiantes mayorías parlamentarias confirieron a la igualdad consignada en la norma un sentido metropolitano, frustrando una y otra vez las diferentes expectativas ultramarinas: lo limitado del Decreto de 9 de Febrero de 1811, en el que declarándose *algunos derechos* de los americanos dejó la espinosa cuestión de la igual representación para la Constitución, excluyendo además a las castas de sus beneficios. La insatisfacción de los representantes americanos fue aumentando a lo largo del periodo que nos ocupa, convirtiéndose finalmente en una mezcla de decepción y hastío una vez aprobada la Constitución, la cual no hizo sino articular en términos normativos esa miopía metropolitana que vio la luz embrionariamente en el curso de la discusión de las *Proposiciones que hacen al Congreso Nacional los diputados de América y Asia* (16 de diciembre de 1810).

El temprano planteamiento de la cuestión americana puso de relieve que no sólo resultaba muy difícil convertir en Nación un Imperio

(Fradera, 2015), sino que además el constitucionalismo gaditano ni podía, ni quería, fundamentarse en derechos individuales. Las Cortes no se plantearon siquiera la posibilidad de debatir algo similar a una Declaración de Derechos, siendo así que la raquítica declaración constitucional (Art. 4: "La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen"), en la que brilla con luz propia la ausencia de una referencia expresa a la igualdad, pone de relieve que el modo de hacer de las Cortes respondió a esa concepción anti-individualista de los derechos consignada ya en el Decreto I, a saber: era la Nación, y no sus integrantes, el verdadero sujeto de derechos y libertades (Portillo, 2000). Esta idea matriz tuvo como primera consecuencia la concesión/regulación legal de derechos segmentada personal y territorialmente: así se entienden disposiciones como la prohibición de las vejaciones a los indios primitivos (5 de marzo de 1811); la prohibición de la apertura general de cartas (15 de enero de 1811); la exención de tributos a los indios y a las castas (13 de marzo de 1811); o la abolición de la tortura judicial (22 de abril de 1811), de las pruebas de nobleza para la entrada en los Colegios militares (exclusivamente), del paso del estandarte real en las ciudades de América (7 de enero de 1812), de la pena de horca (24 de enero de 1812) o de la matrícula de mar en las provincias ultramarinas (14 de enero de 1812).

Presas de esta lógica, las Cortes tuvieron que seguir utilizando una vieja técnica normativa: la generalización de normas en principio particulares, a lo que debe añadirse que, como quiera que tampoco revolucionaron el proceloso campo de la derogación de las normas, el orden normativo heredado de la Monarquía se mantuvo, pugnando de continuo contra la muy particulariza obra de ese cuerpo constituyente que eran las Cortes (Lorente, 2001). La entrada en vigor de la Constitución no implicó grandes cambios en este orden (formal) de cosas, cuyos presupuestos básicos se habían venido asentando desde el mismo momento en el que se convirtieron en cuerpo constituyente. Por lo que se refiere al contenido material de las que vengo denominando grandes decisiones, tengo para mí que sólo haciendo hincapié en lo que desde hoy denominaríamos limitaciones, podemos medir y valorar su naturaleza constituyente. En este exacto sentido, tres son los ejemplos claves: libertad de imprenta, abolición del señorío jurisdiccional, y articulación del gobierno provincial.

La libertad de imprenta. Las Cortes declararon la libertad de imprenta, considerada por teóricos y políticos como uno de los requisitos básicos del nuevo parlamentarismo. Sin embargo, y más allá de la innegable ruptura con el pasado que supuso el Decreto IX sobre la libertad política de la imprenta (abolición de la autorización previa y de los juzgados de imprenta), en esta norma se hicieron presentes las consecuencias de esa contradicción entre juramentos y poder constituyente ya mencionada. Y es que no sólo se mantuvo la censura previa en materia de religión, lo que suponía situar lo dispuesto en el Concilio de Trento por encima de la producción normativa de las Cortes, sino que además aseguró una fuerte presencia de eclesiásticos en unas nuevas Juntas de censura, que, reguladas en el mismo Decreto, se supone debían asegurar la propia libertad de imprenta mediante el control de su abuso (Lorente, 2013, pp. 326-347).

La abolición del señorío. Algo similar puede decirse del trascendental Decreto LXXXII de 6 de agosto de 1811, sobre incorporación de los señoríos jurisdiccionales a la Nación, que junto con el decreto sobre la abolición del tributo de indios y castas, fueron considerados por las mismas Cortes precursores de la libertad (*Manifiesto de las Cortes a la nación con motivo de la promulgación de la Constitución,* 28 de Agosto de 1812). La discusión sobre la proposición presentada el mes anterior por García Herreros sobre la abolición de los señoríos en toda España, caracteriza como pocas otras la compleja naturaleza de la Asamblea gaditana. Y es que la discusión sobre la incorporación de los señoríos se expresó básicamente en términos histórico-jurídicos, con independencia de que defensores y detractores de la propuesta hicieran interpretaciones muy distintas del pasado. La justificación de abolición del señorío nada tuvo que ver con la igualdad, como bien puso de relieve el mismo decreto al señalar que su objeto no era otro que el de "remover los obstáculos que hayan podido oponerse al buen régimen, aumento de la población y prosperidad de la Monarquía". No entraré en pormenores, contentándome con recordar que el Decreto, al distinguir los señoríos jurisdiccionales, incorporables e indemnizables, y los territoriales o solariegos, no incorporables por entenderlos en clave de derecho de propiedad, creó una ficción que en buena medida determinó la naturaleza de la "revolución burguesa" española[10]. En definitiva, el Decreto

[10] La cuestión de la "revolución burguesa" estuvo en el centro de una discusión historiográfica en la que participaron innumerables estudiosos en las décadas finales

de 6 de Agosto de 1811, puso de nuevo en evidencia las consecuencias de esa contradicción que estaba en el origen mismo de unas Cortes, que, pretendiendo cambiar el orden de las cosas, buscaban desesperadamente hacerlo a través de la "reforma" de la antigua legislación en la que ya se habían sentado precedentes a la incorporación.

El gobierno provincial. Las Cortes aprobaron en Marzo de 1811 un trascendental Reglamento de Provincias, destinado no solo a regularizar el funcionamiento de las Juntas sino sobre todo a asegurar su subordinación a la representación nacional. Norma de circunstancias, el Reglamento avanzó sin embargo una concepción de las relaciones entre centro y periferia(s) que después se consagraría en la Constitución. En efecto, el reconocimiento o creación de una Junta superior en cada provincia, elegida por las mismas reglas de los diputados a Cortes, y presidida, si es que se diera el caso, por un capitán general de provincia, (pre)diseñó la institución de la Diputación constitucional (Bustillo). El Reglamento de 1811 imaginó que el gobierno de la Nación debía ser ejercido por un conjunto de cuerpos que, estructurados jerárquicamente, debía reconocer, obedecer y responder a la Nación representada, esto es, al cuerpo de las Cortes con el que los demás compartían legitimación. Con independencia de que el Reglamento respondiera punto por punto al estado de necesidad propio de los tiempos, marcado por las guerras y la falta de recursos, su apuesta por el gobierno colegiado, que a su vez implicaba elección de sus miembros, pone de relieve el rechazo al modelo de administración napoleónica que los invasores trataron de imponer, sin mucho éxito por cierto, en las provincias ocupadas. (Muñoz de Bustillo, 1998, pp. 179-214).

V. Recapitulación

Entre el 24 de Setiembre de 1810 y el 19 de Marzo de 1812, las Cortes Generales y Extraordinarias hicieron muchas más cosas que las comentadas hasta aquí. Interiorizando el tratamiento de Majestad, las Cortes concedieron indultos, cartas de naturaleza y títulos nobiliarios, alistaron

---

del pasado siglo. La superabundancia de títulos desaconseja tratar de consignar aquí una mínima selección. En todo caso, el iushistoriador español que más se destacó en el debate fue Bartolomé Clavero, cuyos escritos sobre el tema pueden encontrarse en https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=169746.

tropas, vendieron bienes de la Corona, habilitaron puertos, eximieron de requisitos a médicos y abogados, crearon y desmontaron juntas de confiscos, e, incluso, intervinieron en testamentos. Pero no sólo: como dijera Arguelles "las Cortes sucesivas no serán más que un Congreso legislativo, en el qual solo se ventilaran proyectos ó materias de ley, (…) no se erigirán en tribunal de justicia, en junta militar, en comisión gubernativa". Y es que según el diputado asturiano, las Cortes Generales y Extraordinarias, por mor de las circunstancias y del objeto que las había congregado, "entienden y pueden entender en todo" (12/9/1811). En esta simple expresión se condensan dos diferentes, aunque muy cercanas, cuestiones: además de ser un cuerpo constituyente, las Generales y Extraordinarias tuvieron algo, o quizás mucho, de gobierno de asamblea, con independencia, claro está, de que lo escaso de sus recursos impidiera el aprovechamiento de la ausencia de Rey, alejándolas así del referente convencional francés.

El vacío regio fue ocupado por los representantes de una nación que, al declararla soberana, se atribuyeron en exclusiva el poder constituyente: tal y como señaló Toreno en el curso de la discusión constitucional parafraseando a Sieyès, "la nación puede y debe todo lo que quiera". Ahora bien, ¿qué fue lo que realmente quiso la nación? El ejercicio del poder constituyente no llevó a las Cortes Generales y Extraordinarias, como lo hubiera hecho en Francia, a destruir tanto tradiciones constitucionales cuanto la propia idea de recurrir a ellas, sino que, bien por el contrario, el recurso a la historia/tradición se impuso como lenguaje constitucional legitimando de paso la persistencia de normas y dispositivos institucionales heredados (Garriga y Lorente, 2007). Entendida como reforma o adecuación de las antiguas leyes fundamentales (Garriga, 2011, pp. 99-162), la primera norma gaditana, como la francesa previamente, estuvo prefigurada en sus más importantes extremos por las decisiones adoptadas por las Cortes desde el 24 de septiembre de 1810 (Lorente, 2013, pp. 67-80).

La primera, sin duda, fue la de hacer una Constitución.

Referencias Bibliográficas

1. Annino, A. (2008). Imperio, constitución y diversidad en la América Hispana. *Historia mexicana*, LVIII (1) 179-227.

2. Bardaxi y Azara, E. (1811). *Ensayo sobre la clasificacion de los ministros del despacho y otros puntos análogos á su organizacion y á la de las secretarías*: Cádiz: Imprenta Real.

3. Breña, R. (2006). *El primer liberalismo español y los procesos de emancipación de América, 1808-1824. (Una revisión historiográfica del liberalismo hispánico)*. México: El Colegio de México.

4. Carcassone, E. (1970). *Montesquieu et le problema de la constitution française au XVIII siècle*, Paris: PUF.

5. Chust, M. (coord.) (2007). *1808 La eclosión juntera en el mundo hispánico*. México: FCE.

6. *Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde su instalación en 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811* (1811). Cádiz: Imprenta Real (http://www.cervantesvirtual.com/obra/coleccion-de-los-decretos-y-ordenes-que-han-expedido-las-cortes-generales-y-extraordinarias-desde-su-instalacion-en-24-de-septiembre-de-1810-hasta-igual-fecha-de-1811--0/).

7. Chust, M. (1999) *La cuestión nacional americana en las Cortes de Cádiz*. Valencia-México: UNED.

8. Clavero, B. (2007). *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*. Madrid: Trotta.

9. Costa, P. (1969). *Iurisdictio. Semantica del potere politico medioevale (1100-1433)*. Milán: Giuffrè.

10. *Crónicas de Cortes del Semanario Patriótico (1810-1812).* (2003) Edición, introducción y notas de Fernando Durán López, Cádiz: Fundación Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Cádiz.

11. *Diario de sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias (1810-1813).* Cádiz: editor no identificado (http://www.cervantesvirtual.com/obra/diario-de-sesiones-de-las-cortes-generales-y-extraordinarias--5/, *1810-1813).*

12. Durán, F. (2016). La opinión pública y la prensa liberal gaditana en el primer año de la constitución (abril de 1812-marzo de 1813). En Gonzalo Butrón Prida y Alberto Ramos Santana (eds.), *Cádiz, escuela política: hombres e ideas más allá de 1814*. Madrid: Sílex Ediciones, 59-106.

13. Durán, F. (2008). Diputados de papel: la información parlamentaria en la prensa de la etapa constituyente (septiembre de 1810-marzo de 1812). En Marieta Cantos Casenave, Fernando Durán López y Alberto Romero Ferrer (eds.), *La Guerra de Pluma. Estudios sobre la prensa de Cádiz en el tiempo de las Cortes (1810-1814). Tomo segundo: Política, propaganda y opinión pública*. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 37-285.

14. Fioravanti, M. (2009). *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las Constituciones*. Madrid: Trotta.

15. Foucault, M. (2003). *Genealogía del racismo*. Madrid: Akal.

16. Fradera, J.M. (2015). *La nación imperial: derechos, representación y ciudadanía en los imperios de Gran Bretaña, Francia, España y Estados Unidos (1750-1918)*. Barcelona: Edhasa.

17. Garriga, C. (2004). Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen. *Istor: Revista de Historia Internacional* (16) 13-44.

18. Garriga, C., Lorente, M. (2007). *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional, (con un epílogo de Bartolomé Clavero)*. Madrid: CEPC.

19. Garriga, C. (2011). Cabeza moderna, cuerpo gótico. La Constitución de Cádiz y el orden jurídico. *Anuario de Historia del Derecho Español* (81) 99-162.

20. Grimm, D. (2006). *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

21. Hespanha, A.M. (2000). Qu´est-ce que la 'Constitution' dans les Monarchies Ibériques de l'Époque Moderne?, Themis (I-2). 5-18.

22. Lemaire, A. (1907). *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime*. Paris: Fontemoing.

23. Lorente, M. (1988). *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*. Madrid: CEC.

24. Lorente, M. (1996). Los empleados de la redacción del Diario de Sesiones y de la Colección de Decretos de las Cortes Generales y Extraordinarias. *Revista de Estudios Políticos* (93) 85-95.

25. Lorente, M. (2001). *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889),* Madrid: CEPyC.

26. Lorente, M. (2013). De las leyes fundamentales de la monarquía católica a las constituciones hispánicas, también católicas. En Véronique Hébrard/Geneviève Verdo (coords.), *Las independencias hispanoamericanas: un objeto de historia*. Madrid: Casa Velázquez.

27. Lorente, M. (2013). *Catholic Constitutionalism in the Hispanic World (1808-1826). Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung Iuris*, (130) 326-347.

28. Lorente, M. (2014). Quiebra de la monarquía hispánica y constitucionalismo católico. En Miguel Revenga/Paloma Biglino, *Las huellas de la Constitución de Cádiz*. Valencia: Tirant lo Blanch, 39-78.

29. Lorente, M. (2015). Soberanía nacional y separación de potestades en el primer constitucionalismo hispánico. En VV.AA., *El Juez del Derecho Administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*. Madrid: CGPJ/UAM/Marcial Pons, 223-233.

30. Lorente, M., Portillo, J.M. (dirs.) (2012). *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico (1810-1826)*. Madrid: Congreso de los Diputados.

31. Garrido, M. (1993). *Reclamos y representaciones. Variaciones sobre la política en el Nuevo Reino de Granada, 1770-1815*. Bogotá: Banco de la República.

32. Martínez, F. (1999). *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*. Madrid: CEPyC.

33. Muñoz de Bustillo, C. (1998). Los ´otros´ celadores del orden constitucional doceañista: diputaciones provinciales y ayuntamientos constitucionales. En J.Mª Iñurritegui, J. Mª Portillo (eds.), *Constitución en España. Orígenes y destinos*. Madrid: CEPyC, 179-214.

34. Negri, A. (2015). *El poder constituyente ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Madrid: Marcial Pons.

35. Portillo, J.M. (1998). ¿Existía una antigua constitución española? El debate sobre el modelo inglés en España, 1808-1812. En Andrea Romano (ed.), *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell´area mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà dell´800. Atti del seminario internazionale di studi in memoria di Francisco Tomás y Valiente*. Milán: Giuffrè, 545-585.

36. Portillo, J.M. (2000). *Revolución de Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*. Madrid: CEPyC.

37. Portillo, J.M. (2006). *Crisis atlántica. Autonomía e Independencia en la crisis de la Monarquía española*. Madrid: Fundación Carolina/ Marcial Pons.

38. Portillo, J.M. (2010). La Constitución en el Atlántico Hispánico, 1808-1824. *Fundamentos* (6) 123-178.

39. Real Decreto de Fernando VII derogando la Constitución. Valencia, 4 mayo 1814. (http://www.cervantesvirtual.com/obra/real-decreto-de-fernando-vii-derogando-la-constitucion-valencia-4-mayo-1814/.)

40. *Representación y Manifiesto que algunos diputados a las Cortes ordinarias firmaron en los mayores apuros de su opresión en Madrid para que la Majestad del Sr. D. Fernando el VII a la entrada en España de vuelta de su cautividad, se penetrase del estado de la Nación, del deseo de sus provincias, y del remedio que creían oportunode firmado por varios diputados*

de las Cortes, Impresa por Real orden de Su Majestad, España, 1814 (https://es.wikisource.org/wiki/Manifiesto_de_los_Persas)

41. *Semanario patriótico* (1808-1812). (http://hemerotecadigital.bne.es/details.vm?q=id:0004036221&lang=en).

42. Solís, R. (2012). *El Cádiz de las Cortes. La vida cotidiana en la ciudad en los años de 1810 a 1813*. Madrid: Silex Ediciones.

43. Stourzh, G. (2007). Constitution: Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century. En Gerald Stourzh, *From Vienna to Chicago and Back: Essays on Intellectual History and Political Thought in Europe and America*. Chicago: University of Chicago Press.

44. Tomás y Valiente, F. (1997). Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución. En tomo V de sus *Obras Completas*. Madrid: CEPC, 4499-4557.

45. Vile, M.J.C. (1967). *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Oxford and London: Clarendon Press, Oxford University Press.

España: de la estabilidad política a la ingobernabilidad*

Roberto L. Blanco Valdes**

Sumario

I. Introducción: La España del último franquismo y la transición a la democracia. **II.** Limpieza electoral, participación popular y calidad del sistema democrático. **III.** Bipartidismo imperfecto, estabilidad política y gobernabilidad. **IV.** Defensa del sistema electoral español. **V.** Cambios en el sistema de partidos, deriva separatista y quiebra de la gobernabilidad.

I. Introducción: La España del último franquismo y la transición a la democracia

¿Por qué las dos únicas Constituciones democráticas de España, la vigente (1978) y la de la II Republica (1931), tuvieron una vida tan distinta? ¿Por qué la republicana se hundió a los cinco años, en medio de un trágico naufragio político y social que acabó en un golpe de Estado y una guerra fratricida, y la de 1978 ha operado desde entonces con total normalidad? El contraste entre el devenir de ambos textos constitucionales tuvo que ver, desde luego, con el hecho de que el de 1931 no fue fruto del consenso –muy probablemente porque no podía serlo en una Europa en plena convulsión por el ascenso de los totalitarismos–, mientras que el de 1978, aprobado en un contexto europeo radicalmente diferente, expresaría el más amplio acuerdo político que entonces era posible imaginar. Y tuvo que ver, también, con que la Constitución actual responde a la situación real del país

* Una primera versión de ese texto, ahora actualizado, vio la luz como uno de los capítulos de mi libro *Luz tras las tinieblas. Vindicación de la España constitucional*, Madrid, Alianza Editorial, 2018.

** Catedrático de Derecho Constitucional de Universidad de Santiago de Compostela.

en mucha mayor medida que respondió en su día la de 1931. Existe, sin embargo, otra razón, a mi juicio sustancial, que debe añadirse a las que acabo de apuntar para explicar el muy diferente *rendimiento histórico* de dos normas que, aunque parejas en calidad jurídica, se dirigieron –y ahí reside la cuestión– a dos sociedades totalmente diferentes. Al igual que aconteció en la mayor parte de los países europeos, la España del primer tercio del siglo XX, muy distinta a la del último tercio de la centuria, lo era, entre otros muchos motivos, por el grado en que, en contraste con la polarización extremista de los años veinte y treinta, habían penetrado en nuestro país, ya en el último franquismo, y pese a la abierta oposición de quienes mandaban en España, las bases nutricias de la idea democrática: igualdad, libertad, voluntad de concordia y respeto a la pluralidad. Un dato ese que debe considerarse decisivo pues, como ya dejó escrito Alexis de Tocqueville en 1835, refiriéndose a la Unión americana que entonces acababa de nacer, "la democracia es una manera de ser de la sociedad"[1].

Desde luego: no es sólo eso, pero es eso también sin posible discusión. La España que entre 1975 y 1977 salía de una larga dictadura había experimentado en la última fase del franquismo un cambio modernizador de gran profundidad en las esferas económica, social y cultural del que fueron factores principales las migraciones internas y exteriores, el fuerte proceso de urbanización producido desde comienzos de los años sesenta, la aparición de una amplia clase media, el nacimiento de una sociedad de consumo y una progresiva crisis de los valores tradicionales que se manifestó sobre todo en el inicio del que no tardaría en convertirse en un intenso proceso secularizador[2]. Debido a todo ello, y también, claro, a la creciente influencia europea en una sociedad más y más abierta pese a la cerrazón del régimen franquista, en sus momentos postreros de la dictadura la democracia representaba, aunque resulte paradójico, tanto una aspiración como, por ello, un incipiente sistema de valores. De hecho,

[1] Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, Madrid, Aguilar, 1988, Tomo I, p.47.

[2] José Félix Tezanos, "Modernización y cambio social en España", en José Félix Tezanos, Ramón Cotarelo y Andrés de Blás (edits.), *La transición política española*, Madrid, Sistema, 1989, pp. 63-115 y, dentro de la misma obra, Jorge Benedicto Millán, "Sistemas de valores y pautas de cultura política predominante en la sociedad española (1976-1985)", pp. 645-679.

sin tener en cuenta tal circunstancia parece imposible entender tanto el peculiar desarrollo de la transición como la rapidez y facilidad con que una vez consolidada, pasó a ser la democracia, por decirlo de nuevo con palabras del gran pensador y político francés, "el estado social"[3] de la España que emergía de la larga noche del franquismo. En la importancia de tal realidad insistirá el politólogo español José María Maravall: "En 1975 y 1976 empezó a evidenciarse que alrededor de tres cuartas partes de los ciudadanos apoyaban una opción democrática plena y sin límites respecto de la evolución política del país. Al mismo tiempo, es cierto también que estas opciones democráticas distaban de ser extremistas en sus orientaciones". Según los datos aportados el profesor Maravall, entre 1975 y 1976 el 74 por ciento de los españoles apoyaban la evolución hacia un sistema democrático; el 70 por ciento el sufragio universal; el 78 por ciento la representación democrática y el 61 por ciento que el cambio se produjese "poco a poco".[4] Fue de esa sociedad de la que surgieron las élites que situaron la negociación como el procedimiento para alcanzar el gran objetivo histórico de construir una democracia comparable a las que a finales de los años setenta existían en Europa. Y fueron esas élites las que convirtieron el consenso en la palanca del gran pacto nacional sobre el que se asentó el Estado constitucional más estable y duradero de toda nuestra historia. De hecho, los elementos esenciales de nuestro vigente sistema democrático –hoy, como veremos, en riesgo por los cambios que se han producido a partir de 2015 en nuestro sistema de partidos–, han sido durante casi cuatro décadas un patrimonio común que constituiría una descomunal irresponsabilidad echar alegremente por la borda. De su estudio, que realizaré a continuación, pueden extraerse enseñanzas para otras experiencias en las que construir una democracia de calidad sigue constituyendo un sentido anhelo y, al tiempo, un destacado desafío.

II. Limpieza electoral, participación popular y calidad del sistema democrático

La representación política es la clave de arco de cualquier sistema democrático: aquel donde unos pocos actúan en nombre de todos tras la

[3] Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, cit., p.47.

[4] José María Maravall, *La política de la transición. 1975-1980*, Madrid, Taurus, 1980, pp. 33-34 y cuadro 1.4.

manifestación de voluntad de los hombres y mujeres que, por su edad, pueden votar en libertad. Sin sufragio universal no existe democracia imaginable. Como tampoco sin un sistema representativo capaz de operar como fuente de legitimación de las decisiones de los representantes. Es por ello esencial que tal sistema funcione de forma adecuada, lo que exige que las elecciones a través de las cuales aquel se hace efectivo sean, en primer lugar y antes que nada, limpias y competidas. Es decir, que se celebren de modo que el cuerpo electoral pueda votar en libertad y puedan competir en pie de igualdad los candidatos. A ese respecto lo sucedido en España partir de 1977 constituye, sin posible discusión, un ejemplo de democracia sana y fuerte, sea cual sea la variable que se tome en consideración. Analizaré a continuación algunas, muy significativas, que expresan hasta qué punto el sistema representativo ha contribuido a consolidar nuestra democracia.

Desde que España recuperó la libertad ha vivido en un ininterrumpido proceso electoral: se han celebrado desde 1977 ocho elecciones europeas (1987, 1989, 1994, 1999, 2004, 2009, 2014 y 2019), quince generales (1977, 1979, 1982, 1986, 1989, 1993, 1996, 2000, 2004, 2008, 2011, 2015, 2016, 2019-abril y 2019-noviembre), 45 autonómicas en Comunidades de vía especial (País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía), 120 en Comunidades de vía general (Aragón, Asturias, Islas Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Comunidad Valenciana, Extremadura, La Rioja, Madrid, Murcia y Navarra)[5] y once locales en coincidencia, excepto en 1979, con los comicios autonómicos de vía general. Si a todas añadimos diez referéndums[6] el resultado es impresionante: en cuatro décadas hemos vivido 209 procesos electorales, es decir, una media de 5 cada año. Dado ese constante encadenamiento electoral –salvo en 2002 y 2013 ha habido entre 1977 y 2019 una o más consultas

[5] De esas 120 elecciones 118 se celebraron agrupadas, junto con las correspondientes municipales, para cada una de las Comunidades de vía general en 1983, 1987, 1991, 1995, 1999, 2003, 2007, 2011, 2015 y 2019. Además se celebraron elecciones en octubre 2003 en Madrid y en 2012 en Asturias.

[6] El de ratificación de la Constitución (1978), dos consultivos (el de la permanencia en la OTAN y el ratificación de la Constitución Europea, en 1986 y 2005), uno de ratificación de la iniciativa autonómica en Andalucía (1980), (cuatro de ratificación de los Estatutos vasco, catalán, gallego y andaluz: en 1979 los dos primeros y en 1980 y 1981 los dos últimos) y dos de ratificación de las reformas estatutarias en Cataluña y Andalucía: en 2006 y 2007.

populares anuales en la totalidad o parte del territorio nacional–, no puede dejar de subrayarse el hecho de que sólo tras una de ellas se produjese una disensión política significativa sobre el resultado de los comicios. Sucedió en las legislativas de 1989, cuando el PP e IU impugnaron el escrutinio en 18 de los 52 distritos en que se divide en generales el territorio nacional[7]. Ello dio lugar a que la votación de investidura del presidente del Gobierno se celebrase con tan sólo 332 de los 350 diputados del Congreso, al estar 18 actas pendientes de la resolución de los contenciosos-electorales que se habían planteado. Pero incluso en ese caso la situación se zanjó con un estricto procedimiento democrático: las impugnaciones fueron resueltas por los jueces y Felipe González, elegido presidente del Gobierno por mayoría simple el 5 de diciembre de 1989 en una cámara incompleta, planteo cuatro meses después una cuestión de confianza en la que refrendó, por mayoría absoluta, su previa investidura.

En todo caso, y más allá del lamentable episodio de 1989, las acusaciones que inevitablemente se cruzan los partidos en campaña sobre el cumplimiento de la normativa electoral han dado lugar, por supuesto, a protestas puntuales ante las juntas electorales, del mismo modo que las discusiones sobre el escrutinio han provocado impugnaciones ocasionales de los resultados en unas u otras mesas. Pero ni esas diferencias han afectado al desarrollo limpio y competido de las campañas, ni han pasado nunca a mayores respecto a los resultados de los comicios o referéndums, ni, en consecuencia, han afectado a la legitimidad de los más de doscientos procesos electorales celebrados en España. Y esto es lo realmente relevante. Como lo es que nunca haya habido que repetir una elección por falta de limpieza y solo una como consecuencia del comportamiento irregular de los representantes elegidos: así sucedido en el parlamento madrileño tras las elecciones regionales de 25 de mayo de 2003, cuando dos diputados tránsfugas del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) impidieron la elección del candidato de su partido, dando lugar a un escándalo político mayúsculo que desembocó finalmente en la *repetición* de los comicios el

[7] Véase el reportaje de Camilo Valdecantos para *El País*, de 13 de abril de 1993 (https://elpais.com/diario/1993/04/13/espana/734652002_850215.html) (consultado en 2018) y también *Wikipedia* :"Elecciones generales de España de 1989".

26 de octubre, que dieron la victoria al Partido Popular (PP) por mayoría absoluta[8].

A reforzar la legitimidad del mecanismo representativo contribuyó de forma decisiva la estricta garantía del carácter secreto del sufragio; la vigilancia por los partidos, mediante sus apoderados e interventores, de todo el proceso de votación y de escrutinio, que es, por cierto, muchísimo más rápido que en buena parte de las democracias de nuestro entorno; la presencia judicial en las juntas electorales: locales, regionales y central; y el control judicial –es decir, el llevado a cabo por una autoridad independiente– de los resultados electorales proclamados por las juntas. Pero a todas esas garantías jurídicas, que han hecho de las elecciones de la España constitucional un ejemplo de democracia en toda Europa, debe añadirse un dato más, extraordinariamente significativo: el de participación electoral, que, pese a sus inevitables oscilaciones, se ha movido siempre en elecciones nacionales en porcentajes demostrativos del alto grado de apoyo popular a nuestras instituciones democráticas.

Dejaré de lado los resultados autonómicos, dada la imposibilidad de analizar los datos de participación de más de un centenar y medio de elecciones, y me centraré sólo en las que han tenido carácter nacional. Comenzando por las elecciones generales, salvo en las del año 2016, en las que la participación se quedó en el 66,5 por ciento del censo, debido muy probablemente al cansancio del cuerpo electoral, que había sido llamado a elegir Cortes Generales solo medio año antes, el número de votantes ha oscilado en España en los comicios legislativos entre el 68 y el 70 por ciento en cinco convocatorias electorales (1979, 1989, 2000, 2011, 2015, 2016 y 2019-noviembre), entre el 70,1 y el 75 en tres (las de 1986, 2008 y 2019-abril) y entre el 75,1 y el 80 en cinco (1977, 1982, 1993, 1996 y 2004). Aunque un poco más baja, la media en municipales ha sido igualmente significativa de un claro apoyo al sistema, aunque en este caso las variaciones entre las distintas circunscripciones electorales son lógicamente superiores a las que se aprecian en las generales, dado el número de aquellas (medio

[8] Puede verse mi trabajo ”Transfuguismo y democracia en la Comunidad de Madrid”, en *Claves de Razón Práctica*, nº 135 (2003), pp. 444-452. La noticia en *El País*, de 1 julio de 2003 https://elpais.com/diario/2003/07/01/espana/1057010413_850215.html (consultado en 2018).

centenar en generales y algo más de ocho mil en municipales). La media de participación en comicios locales, nunca inferior al 60 por ciento, osciló entre ese porcentaje y el 65 en cinco convocatorias (1979, 1991, 1999, 2007 y 2015) y entre el 65,1 y el 70 por ciento en seis elecciones (1983, 1987, 1995, 2003, 2011 y 2019).

La situación cambia radicalmente en europeas, elecciones en las que, paralelamente a lo sucedido en la gran mayoría de los países de la UE, la participación ha sido en general muy inferior a la de los procesos de carácter nacional[9]: osciló entre el 40 y el 45 por ciento en dos convocatorias (2009 y 2014), entre el 45,1 y el 50 en 2004, entre el 50,1 y el 60 en 1994, entre el 60,1 y el 65 en 1999 y 2019 y sólo alcanzó la cifra del 68,5 por ciento en las primeras europeas, las de 1987. Por decirlo con claridad: la más alta participación en europeas ha sido siempre inferior a la más baja en generales y superado solo dos veces a la más baja en municipales[10]. El contraste entre elecciones de ámbito nacional y supranacional resulta más que llamativo porque demuestra el indudable apoyo a nuestras instituciones democráticas, cuya renovación ha movilizado a una mayoría muy sustancial del pueblo español. En ese sentido hay datos de gran importancia que suelen olvidarse pese a que sitúan a nuestro régimen democrático en un lugar mucho mejor que aquel en el que se empeñan a colocarlo quienes lo denigran. Mientras que en España la primera alternancia política tuvo lugar en 1982, tan solo cinco años después de la restauración democrática y cuando aun no habían transcurrido cuatro años desde la aprobación de la Constitución, la primera alternancia entre la derecha y la izquierda en la presidencia de la V Republica francesa se demoró 23 años[11], la llegada

[9] Sobre las particularidades de los comicios europeos J. Santamaría, J. M. Reniu y V. Cobos, "Los debates sobre el procedimiento electoral uniforme y las características diferenciales de las elecciones europeas", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 90 (1995), pp. 11-44.

[10] Los datos de participación en Ministerio del Interior. (http://www.infoelectoral.mir.es/min/home.html) (consultado en 2019) Un buen resumen, con datos procedentes de la misma fuente, en *La Vanguardia* de 22 de mayo de 2015 (http://www.lavanguardia.com/vangdata/20150522/54431790490/participacion-elecciones-espanolas.html) (consultado en 2019).

[11] La elección del socialista François Miterrand tuvo lugar en 1981, tras las de Charles de Gaulle en 1958, reelegido en 1965, Georges Pompidou en 1969 y Valérie Giscard d'Estaing en 1974.

de los socialdemócratas al poder en la República Federal de Alemania tras el final de la II Guerra Mundial tardó 20 años[12], y el primer presidente del Gobierno italiano no demócrata-cristiano, igualmente tras la segunda Gran Guerra, no entró en al Palazzo Chigi, sede del ejecutivo, hasta 1981, 35 años después de la constitución de la República[13]. Datos todos que hablan por sí mismos. Pero nuestra democracia no se ha caracterizado sólo por el buen funcionamiento del sistema representativo sino también por su gran estabilidad parlamentaria, que ha facilitado un alto grado de gobernabilidad.

III. Bipartidismo imperfecto, estabilidad política y gobernabilidad

Rompiendo con la dinámica de conflictos y enfrentamientos y, en suma, de ingobernabilidad, que marcó la etapa democrática española previa a la actual –la de la II República–, la estabilidad política, y la gobernabilidad, han sido dos de las señas de identidad de la España constitucional. La única excepción significativa a esa regla general se produjo entre 1979 y 1982, cuando dos de los cuatro principales partidos del sistema (Unión de Centro Democrático [UCD] y el Partido Comunista de España [PCE]) se vieron envueltos en gravísimas luchas intestinas que los condujeron al desastre. Traducidas en una cascada de abandonos y expulsiones de dirigentes que, pese a dejar sus partidos, optaron por aferrarse a sus escaños, supusieron el inicio del llamado *transfuguismo*[14]. UCD pagó al alto precio de

[12] Tras ocupar la cancillería varios líderes conservadores (Konrad Adenauer entre 1949 y 1962, a quien sucedió Ludwig Erhard entre 1963 y 1966 y Kurt Kiesinger entre 1966 y 1969) a finales de ese último año fue elegido por el *Bundestag* un presidente socialdemócrata: Willy Brandt, canciller entre 1969 y 1974.

[13] En 1981 fue nombrado primer ministro, en un gobierno del pentapartito con mayoría demócrata-cristiana, el líder del Partido Republicano, Giovanni Spadolini, quien sucedió a 14 presidentes demócrata-cristianos (De Gasperi, Pella, Fanfani, Scelba, Segni, Zoli, Tambroni, Leone, Moro, Rumor, Colombo, Andreotti, Cossiga y Forlani), que habían ocupado hasta 21 presidencias distintas con anterioridad.

[14] El fenómeno alcanzó su paroxismo en la segunda legislatura de las Cortes, cuando 50 parlamentarios abandonaron el grupo, y el partido, en cuyas listas había obtenido sus escaños. Paralelamente, también en ayuntamientos, diputaciones y parlamentos regionales los tránsfugas acabaron haciendo estragos en los partidos que los habían expulsado o que ellos habían decidido abandonar. Lo he analizado en mi libro *Las conexiones políticas. Partidos, Estado, Sociedad*, Madrid, Alianza

la autodestrucción los embrollos de sus familias ideológicas, los problemas de liderazgo y los conflictos nacidos de la complejísima tarea de dirigir la transición. Su debacle en las generales de 1982 fue realmente formidable: de 168 escaños en el Congreso pasó a 11, en lo que constituyó un paso previo para su desaparición como partido. En esas misma elecciones otra crisis, la del PCE, derivada de las luchas fraccionales que generó su debilidad frente al PSOE, redujo drásticamente (de 23 a 4 escaños) la presencia comunista en el Congreso. Mientras, el PSOE obtenía una victoria impresionante, avanzando de 121 a 202 escaños. El PP, por su parte, completando el nuevo panorama, se apoderaba de una buena parte del antiguo electorado de UCD y daba un gran salto: de 9 pasaba a 107. Nacía así un sistema bipartidista imperfecto diferente del surgido de las elecciones de 1977 y 1979, que, corregido sobre todo por la presencia de minorías nacionalistas, dominó la vida política nacional hasta que las elecciones generales de 20 de diciembre de 2015, primero, y las de 26 de junio de 2016, 28 de abril y 10 de noviembre de 2019, posteriormente, marcaron un cambio radical en el sistema de partidos español. Tanto que, tras dos elecciones sucesivas (2015 y 2016), a punto estuvo el Congreso de ser incapaz de investir a un presidente. Y tanto que no logró hacerlo tras las de 28 de abril de 2019, lo que provocó nuevas elecciones en noviembre de ese año. El cambio de tendencia resultaría, pues, realmente impresionante: después de muchos años de estabilidad, en tan sólo un cuatrienio (entre finales de 2015 y finales de 2019) se celebraron en España ¡cuatro elecciones generales!

Entre tanto, de 1982 a 2015 el domino bipartidista, corregido por la necesidad de contar en ocasiones con el apoyo de algunas minorías, presentó, en contraste, una muy notable solidez. Es verdad que en el Congreso obtuvieron representación otros pequeños partidos nacionales y regionales, pero también que el grado de apoyo de los dos grandes (PSOE y PP, antes Alianza Popular) les permitió controlar la cámara verdaderamente relevante de nuestro régimen político[15]: desde las generales de 1982 hasta las que dieron lugar en 2015 a la aparición de un nuevo sistema de

Editorial, 2001, pp. 198 y ss. También Jorge de Esteban, "El fenómenos del transfuguismo político y la jurisprudencia constitucional", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 70 (1990), pp. 7-32.

[15] Véase al respecto Roberto L. Blanco Valdés, *La Constitución de 1978*, Madrid, Alianza Editorial, 2ª edición, 2011, pp. 116-207.

partidos la suma de los escaños del PSOE y el PP osciló entre los 321 de 2008 (un 92% de los 350 del Congreso) y los 268 del año 1986 (un 77% del total), de forma que en cuatro elecciones su peso en la cámara baja se situó entre el 77% y el 82 % (1986, 1989, 1996 y 2011), en tres entre el 84% y el 88% (1982, 1993 y 2000) y en dos llegó a superar el 90% (2004 y 2008). Ese bipartidismo parlamentario se vio matizado por la presencia de otras fuerzas, cuya relevancia dependió de su capacidad para ayudar a conformar mayorías cuando el partido de gobierno no tenía la absoluta, tal y como sucedió, además de en 1977 y 1979 (UCD), en 1993 (PSOE), 1996 (PP) y 2004 y 2008 (PSOE).

Y es que, junto a los dos grandes partidos de la derecha y de la izquierda, además de los regionalistas y nacionalistas, existirán en España pequeñas fuerzas nacionales que, solo raramente, tuvieron una influencia políticamente relevante, al ser su capacidad de presión sobre el ejecutivo nula o muy escasa. El PCE, que impulsó en 1986 la creación de Izquierda Unida (IU), obtuvo representación en el Congreso desde 1977, pero ni aun cuando aquella fue significativa (23 diputados del PCE en 1979 y 21 de IU en 1996) consiguieron los comunistas o sus herederos condicionar la gobernabilidad. La única excepción se produjo durante la presidencia de José Luis Rodríguez Zapatero, quien cambió la política de alianzas que había impulsado Felipe González entre 1982 y 1996. Y ello por más que los resultados de IU y sus aliados fueran en 2004 y 2008 muy poco significativos. Tampoco Adolfo Suárez, que, tras la debacle de UCD creó un nuevo partido, el Centro Democrático y Social (CDS) (19 diputados en 1986 y 14 en 1989), pudo actuar como aliado de la mayoría parlamentaría socialista, absoluta en ambos casos. El posterior intento de Unión Progreso y Democracia (UPyD) (1 diputado en 2008 y 5 en 2011) no se vio, en fin, coronado por el éxito frente a las mayorías existentes a partir de 2008 (relativa del PSOE) y de 2011 (absoluta del PP).

Es este panorama, las auténticas fuerzas bisagra del sistema fueron los partidos nacionalistas de Cataluña y el País Vasco (Convergencia i Unió [CiU] y Partido Nacionalista Vasco [PNV], y Esquerra Republicana de Catalunya [ERC] en menor medida), sin cuyo papel no cabe entender la dinámica de nuestro sistema democrático. Por un lado, porque casi todas las mayorías han tenido como referente para sus pactos parlamentarios

–dirigidos a asegurar la gobernabilidad o a ampliar su apoyo en las Cortes– a las fuerzas del durante mucho tiempo llamado *nacionalismo moderado*: CiU y PNV. Por el otro, porque esos partidos, más ERC cuando apoyó a Rodríguez Zapatero, lejos de comportarse como leales socios de los ejecutivos que sostenían con sus votos lo hicieron como partidos *extractivos*, es decir como grupos de presión, que, sin entrar en el Gobierno y sin asumir, por tanto, responsabilidad en su gestión, ofrecían su apoyo parlamentario a cambio de contrapartidas políticas (más poder y competencias) y económicas (inversiones y mejor financiación) del Estado a favor de sus respectivas Comunidades Autónomas. Como no podía ser de otra manera, ello acabó constituyendo un gran problema en el desarrollo del proceso descentralizador[16].

Sea como fuere, y aun reconociendo la evidente influencia del sistema electoral en la configuración del mapa de partidos nacional, influencia que más abajo habré de analizar, lo que ahora me interesa es subrayar que nuestra democracia se ha basado en una razonable combinación de estabilidad y representatividad. Nunca como en la España constitucional el sistema político había funcionado con tanta normalidad y durante un período tan largo, según lo confirman todos los parámetros que pueden manejarse. Las diez elecciones generales celebradas entre 1979 y 2011 ofrecen un panorama que resulta, ya en sí mismo, altamente significativo: en la mitad de ellas el partido ganador logró mayoría absoluta en el Congreso (el PSOE en 1982, 1986 y, de facto, en 1989[17]; el PP en 2000 y 2011) y en tres más el primer partido, muy distanciado del segundo, se acercó a esa mayoría: UCD obtuvo 168 escaños en 1979 y el PSOE 164 en 2004 y 169 en 2008. De este modo, solo en dos elecciones el reparto de escaños acercó las posiciones del primer partido y el segundo y alejó al ganador de la mayoría absoluta (1993: PSOE 159 y 141 PP; 1996: 156

[16] He analizado la cuestión en mis libros *Nacionalidades históricas y regiones sin historia. A propósito de la obsesión ruritana*, Madrid, Alianza Editorial, 2005, pp. 67 y ss. y *El laberinto territorial español. Del Cantón de Cartagena al secesionismo catalán*, Madrid, Alianza Editorial, 2014, pp. 186 y ss.

[17] Aunque el PSOE obtuvo en 1989 175 diputados, uno menos de la mayoría absoluta, realmente contó con ella dada la ausencia de la cámara de los cuatro representantes de Herri Batasuna (HB), el frente político de la banda terrorista ETA, que no tomaron posesión de sus escaños.

PP y 141 PSOE) aunque tampoco tan escasa diferencia impidió la normal investidura del presidente del Gobierno.

Entre 1979 y 2011 tuvieron lugar en España once investiduras, una más que elecciones, tras la dimisión de Adolfo Suárez en 1981, a quien sustituyó otro militante de su partido, Leopoldo Calvo Sotelo, en la que sería la presidencia más breve de la democracia. El candidato a presidente fue investido en primera votación (por mayoría absoluta de 176 diputados o más) en nueve de esas once ocasiones, de modo que tan sólo en 1981, para elegir a Leopoldo Calvo Sotelo (169 votos en la primera ronda y 186 la en segunda) y en 2008, para elegir a José Luis Rodríguez Zapatero (168 y 169) se produjo la investidura en segunda votación. Y tuvo lugar por mayoría absoluta en diez de las once ocasiones: en 1979 (183 votos para Adolfo Suárez) y 1981 (186 para Leopoldo Calvo Sotelo); 1982, 1986, 1989 y 1993 (207, 184, 176 y 181 para Felipe González), 1996 y 2000 (181 y 202 para José María Aznar), 2004 (183 para José Luis Rodríguez Zapatero) y 2011 (187 para Mariano Rajoy). Únicamente José Luis Rodríguez Zapatero, en 2008 fue, por tanto, investido por mayoría relativa.

Tiene también gran interés otro dato: excepto en una investidura (la de José María Aznar en 1993, el 4 de mayo, dos meses después de las elecciones de 3 de marzo), ninguna de las restantes se dilató temporalmente. Así, el período transcurrido entre las elecciones y la investidura (única o primera) fue de poco más o menos un mes en las restantes nueve investiduras postelectorales: 1979 (elecciones el 1 de marzo e investidura el 30 de marzo), 1982 (28 de octubre y 1 de diciembre), 1986 (22 de junio y 23 de julio), 1989 (29 de octubre y 5 de diciembre), 1993 (6 de junio y 9 de julio), 2000 (12 de marzo y 26 de abril), 2004 (14 de marzo y 16 de abril), 2008 (9 de marzo y 11 de abril) y 2011 (20 de noviembre y 20 de diciembre). Por último, salvo Adolfo Suárez, que dimitió y fue sustituido por otro dirigente de UCD al frente del Gobierno, todos los restantes presidentes concluyeron, aunque no siempre los completaran, sus mandatos. De este modo, en el período que media entre la estabilización de nuestro sistema de partidos tras las elecciones de 1982 y el cuarenta aniversario de la Constitución, en 2018, hubo en España tan sólo cuatro jefes de Gobierno: Felipe González, José María Aznar, José Luis Rodríguez Zapatero y Mariano Rajoy. Una media de un presidente

cada nueve años, manifestación evidente de estabilidad y, al tiempo, de alternancia democrática.

El desarrollo de las legislaturas de las Cortes constituirá también un fiel reflejo de estabilidad, según lo demuestra el casi agotamiento de siete de los diez parlamentos elegidos entre 1979 y 20015. Más allá de pequeños adelantos para ajustar el calendario electoral y al margen de que casi todas las legislaturas finalizaron tras ejercer el presidente su facultad de disolución anticipada, lo cierto es que prácticamente se agotaron las legislaturas de 1982, 1989, 1996, 2000, 2004, 2008 y 2011. El desarrollo de la I legislatura, la de 1979, se vio gravemente alterado por la dimisión de Adolfo Suárez, el fallido golpe de Estado militar del 23 de Febrero de 1981 y la profunda crisis de UCD, que hizo insostenible la situación del Gobierno de Leopoldo Calvo Sotelo. La disolución anticipada de la de III legislatura, elegida en 1986, no tuvo que ver con la solidez del apoyo al Gobierno, pues el presidente González contaba con mayoría absoluta, sino con la celebración, el 12 de marzo de 1986, del referéndum sobre la permanencia de España en la OTAN. De este modo, sólo la disolución de la V legislatura, elegida en 1993, respondió a un genuino problema de falta de apoyos parlamentarios. Felipe González fue elegido presidente en julio de 1993, por cuarta vez y con una mayoría de 181 votos, fruto de la suma de 159 diputados socialistas, 17 de CiU y 5 del PNV. Pero cuando CiU decidió retirarle el apoyo rechazando el proyecto de ley de Presupuestos a finales de 1996, el presidente optó, sin más esperas, por anticipar las elecciones, en una situación de fuerte deterioro político, debido a los escándalos de corrupción y al caso de los Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL)[18], y económico, consecuencia de la profunda crisis en que vivía el país.

Junto a la escasa relevancia de la disolución anticipada, concebida en los regímenes parlamentarios como un instrumento esencial para salir del bloqueo derivado de la quiebra de la mayoría de gobierno, también carecieron de importancia, en la España constitucional, los otros dos mecanismos sobre los que reposan en nuestro régimen político las relaciones de

[18] Sobre este terrible episodio de la vida española véase la voz "Grupos Antiterroristas de Liberación" , en *Wikipedia* (https://es.wikipedia.org/wiki/Grupos_Antiterroristas_de_Liberaci%C3%B3n) (consultado en 2019).

colaboración y control entre los poderes ejecutivo y legislativo[19]: la cuestión de confianza y la moción de censura. En cuanto a la confianza, se debatieron en el Congreso tan sólo dos cuestiones en el período 1979-2015: una planteada por Adolfo Suárez en 1980 y otra por Felipe González en 1990, pero ninguna se dirigió a cohesionar la mayoría parlamentario-gubernamental[20], verdadera finalidad de esa institución. La finalidad de la primera, debatida entre el 16 y el 18 de septiembre, fue restaurar ante la opinión pública la imagen del Gobierno, desgastada por la moción de censura presentada cuatro meses antes por el PSOE contra Adolfo Suárez. Felipe González planteó, por su parte, una nueva cuestión de confianza una década después, en abril de 1990, pero no para compactar su mayoría, entonces fuerte y unida, sino para despejar cualquier sombra de duda sobre la legitimidad de su investidura, en la que, según se ha visto ya, no habían podido participar 18 diputados tras las reclamaciones presentadas al escrutinio electoral.

Por lo que se refiere a las mociones de censura, fueron dos también las presentadas entre 1979 y 2015 y, de igual manera que las cuestiones de confianza, ninguna persiguió el objetivo que la Constitución atribuye a la censura: conformar una nueva mayoría a partir de "una forma extraordinaria de investidura del presidente del Gobierno entre dos procesos electorales"[21]. Tanto la presentada en mayo de 1980 por los socialistas contra Adolfo Suárez como la planteada en marzo de 1987 por el Partido Popular contra Felipe González, a la sazón sostenido en una sólida mayoría absoluta, estaban condenadas al fracaso de antemano al no contar los candidatos alternativos (Felipe González en el primer caso y el político del PP Antonio Hernández Mancha en el segundo) con la mayoría absoluta exigida constitucionalmente para su aprobación. En 1980 Felipe González perseguía desgatar de Adolfo Suárez y las encuestas realizadas acreditaron la consecución de su objetivo. En contraste, Antonio Hernández Mancha, que no era diputado, fracasó, tan estrepitosamente en su intento de desgastar

[19] Me he referido a ello en mi libro *La Constitución de 1978*, cit., pp. 187-193.

[20] Sobre la significación de la mayoría parlamentario-gubernamental, Isidre Molas e Ismael E. Pitarch, *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de gobierno*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 179 y ss.

[21] Jordi Solé Tura y Miguel A. Aparicio Pérez, *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 212.

a Felipe González que, de hecho, el debate de investidura fue el canto del cisne del entonces recién elegido líder del PP.

En conclusión, sea contemplado nuestro *régimen parlamentario en la práctica*, por decirlo con el título de una célebre obra del gran jurista español Gumersindo de Azcarate[22], desde la perspectiva de la correlación de fuerzas entre mayoría parlamentaria y minorías, de la facilidad para investir presidente del Gobierno, de la propia continuidad de los presidentes en sus liderazgos parlamentarios, de la duración de las legislaturas, de la casi nula utilización de la cuestión de confianza como forma de cohesionar mayorías o de la moción de censura constructiva como forma de investidura extraordinaria, caben pocas dudas de que la nota dominante del parlamentarismo de la España constitucional ha sido su estabilidad y la consiguiente gobernabilidad. La forma en que se han conjugado en España las preferencias de los votantes con el sistema electoral ha combinado muy razonablemente estabilidad y representatividad. Por eso, ni comparto las crecientes críticas dirigidas contra tal sistema ni parece sensato suponer que el cambio del sistema partidos que se produjo en España después de 2015 aconseje su modificación. O no, cuando menos, en el sentido en el que con más frecuencia se ha apuntado: el de hacerlo más proporcional.

IV. Defensa del sistema electoral español

El sistema electoral vigente en España desde 1977 ha estado condicionado por dos elementos que tienen una notable influencia en el reparto final de los escaños. El primero se deriva de los principios fijados en la Constitución para distribuir los 350 diputados del Congreso[23] entre las provincias, territorios donde se traducen votos en escaños. El segundo, que se asentó en 1985 en la ley orgánica del régimen electoral general (LOREG), aunque estaba vigente desde 1977[24], no resulta menos relevante: consiste

[22] Gumersindo de Azcarate, *El régimen parlamentario en la práctica*, Madrid, Imprenta de Fontanet, 1885 (hay una edición de la Editorial Tecnos, publicada en 1978).

[23] El artículo 68.1 de la Constitución dispone que el Congreso se compondrá de un mínimo de 300 y un máximo de 400 diputados, pero desde las elecciones de 1977 ese número quedo fijado en 350.

[24] La LOREG de 1985 mantuvo la representación mínima inicial de dos diputados por provincia (salvo en Ceuta y Melilla) que ya había establecido el

en fijar en dos diputados la "representación mínima inicial" que para cada circunscripción provincial prevé la ley fundamental. La combinación de ambos elementos reduce la proporcionalidad del sistema electoral. Por un lado, dada la diferencia de población de las cincuenta provincias españolas (desde unos miles de habitantes hasta cientos de miles o incluso varios millones) su constitucionalización como circunscripción electoral significa que una treintena de ellas, por tener escasa población, reparten pocos escaños (seis o menos de seis), lo que se traduce en una notable desproporción entre el reparto de votos y de escaños, pues es conocida la regla[25] según la cual, en sistema proporcionales, como es el caso del español, la proporcionalidad aumenta a medida que lo hace el número de representantes a elegir. Pero, además, por otro lado, la proporcionalidad se ve igualmente limitada porque la asignación de dos escaños iniciales a cada circunscripción sobrerrepresenta a las que tienen menos población en la misma medida en que infrarrepresenta a las más pobladas. En suma, esa doble circunstancia (el hecho que tan solo 248 de los 350 diputados a elegir se repartan en función de la distribución provincial de la población[26], unida a las grandes diferencias demográficas interprovinciales) da lugar a una notable desproporción en el coste del escaño por distrito, desproporción que suele ejemplificarse con los casos extremos de las provincias de Soria y Barcelona.

El resultado de conjugar los cuatro principales elementos del régimen electoral español para el Congreso de los Diputados, la cámara baja de las Cortes Generales (circunscripciones provinciales, tamaño reducido del 65 por ciento de los distritos, formula D'Hondt y asignación inicial de dos escaños por distrito)[27] es fácil de enunciar: el sistema otorga en la

Rea Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales.

[25] Douglas W. Rae, *Leyes electorales y sistemas de partidos políticos*, Madrid, Editorial CITEP, 1977. En la importancia de esa regla insiste Dieter Nohlen: «Cuanto mayor es la circunscripción mayor es la proporcionalidad. Por el contrario la elección en circunscripciones pentanominales e, incluso, más pequeñas, es una elección mayoritaria», en *Sistemas electorales del mundo*, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 304.

[26] 248 escaños porque 2 se atribuyen inicialmente por la ley electoral a cada una de nuestras cincuenta provincias y uno más por la Constitución a las ciudades autónomas Ceuta y a Melilla situadas en el norte de África.

[27] Monserrat Baras y Joan Botella, *El sistema electoral*, Madrid, Tecnos, 1996.

mayoría de las circunscripciones una notable prima de ventaja a las candidaturas que ocupan la primera posición o la primera y la segunda. Y, en coherencia con ello, limita las posibilidades de los restantes partidos (los que ocupan la tercera posición y, en algunos casos, la tercera y la cuarta) para acceder a la representación parlamentaria. Tal situación ha provocado que nuestro régimen bipartidista sólo se haya visto corregido en realidad durante años por la presencia de partidos nacionalistas, que, lejos de estar primados por esa condición, como se afirma con tanta insistencia como falta de razón, han obtenido mayor representación en el Congreso que la de fuerzas nacionales con similar número de votos, por la sencillísima razón de que los partidos nacionalistas concentrado el total de sus votos en unos pocos distritos, alcanzando la primera o segunda posición en la mayoría de aquellos en los que competían. El mantenimiento desde 1977 de los elementos básicos del sistema electoral y la estabilidad del mapa de partidos entre 1982 y 2014 ayudaron a asentar la tesis de que el primero condicionaba la segunda hasta el punto de convertir su alteración en poco menos que imposible. Bastó, sin embargo, que los electores optaran por modificar sus preferencias en las diversas elecciones celebradas después de 2014 para que la tesis de que la estabilidad de nuestro sistema de partidos se derivaba sólo de la escasa proporcionalidad del sistema electoral saltase por los aires.

La transformación del sistema de partidos comenzó, tímidamente, en los comicios europeos de 2014, donde las denominadas fuerzas emergentes[28] *sacaron la cabeza* de una forma significativa aprovechando las ventajas del distrito nacional, que, en ese tipo de elección, iguala de salida a todos los competidores[29]. Podemos, inscrito en marzo como partido, obtuvo en las elecciones de mayo cinco escaños de 54, con el ocho por ciento de los votos, logrando rentabilizar el impulso del movimiento 15-M[30] que había estallado

[28] Véase mi trabajo "España: partidos tradicionales y fuerzas emergentes (entre la crisis política y la crisis económica)", en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, nº 3 (2015), pp. 761-798.

[29] J. Santamaría, J. M. Reniu y V. Cobos, "Los debates sobre el procedimiento electoral uniforme y las características diferenciales de las elecciones europeas", cit., pp. 11-44.

[30] Manuel Castells, *Redes de indignación y esperanza: los movimientos sociales en la era de Internet*, Madrid, Alianza Editorial, 2012; en especial, para el caso de España, pp. 115-155.

en 2011 como reacción a la crisis económica y al profundo malestar social que provocó. Por su parte, Ciudadanos, fundado en 2006 a partir de la plataforma cívica *Ciutadans de Catalunya*[31], había ido incrementando su presencia en el parlamento regional (3 escaños sobre 135 en 2006, 3 en 2010 y 9 en 2012) y decidió saltar a la arena nacional. Aunque su resultado no fue brillante (2 escaños con algo más del tres por ciento de los votos) supondrá el inicio de una remontada que, junto con la de Podemos, acabará por alterar profundamente el sistema de partidos español. La otra cara de la moneda la ofrecerán, claro, los dos grandes partidos nacionales que de obtener 44 escaños en las europeas de 2009 (23 el PP y 21 el PSOE) se quedarán tan sólo en 30: 16 el PP y 14 el PSOE.

Un año después, los comicios andaluces de marzo de 2015, probaron que el resultado de las europeas no era efecto de una esporádica coyuntura electoral, sino un fenómeno de fondo. En la única Comunidad en la que no se había producido alternancia política en todo el período autonómico, pues en ella gobernó siempre el PSOE, este partido volvió a ganar, repitiendo su número escaños: 47; el PP, con 33, experimentó un duro castigo, al perder 17 diputados; e IU sufrió un descalabro al pasar de 12 a 5 escaños. La entrada en el parlamento de Podemos y Ciudadanos, con 15 y 9 diputados, significaba que por primera vez desde 1982, y excepción hecha de lo que ya había sucedido, ocasionalmente en algún territorio, o era habitual en Cataluña y País Vasco, el bipartidismo había desaparecido. Es verdad que los dos grandes partidos (PSOE y PP) [32] lograban conservar el 62 por ciento de los sufragios, pero perdían mucho peso electoral y parlamentario como consecuencia de la aparición de dos nuevas fuerzas que sumaban el 24 por ciento de los votos. Las andaluzas supusieron un adelanto de lo que acontecería en las locales: el PSOE y el PP perdieron varios millones de votos (el PP pasó del 37 por ciento al 27 y el PSOE del 28 por ciento al 25) mientras Ciudadanos se hacia con

[31] Félix de Azúa, Albert Boadella, Francesc de Carreras, Arcadi Espada, Felix Ovejero, Vaxier Pericay y Fernando Savater, *Ciudadanos. Ser realistas: decid lo indecible*, Madrid, Triacastela, 2007.

[32] PP, PSOE e IU habían sumado en Andalucía el 86,9% de los sufragios en las autonómicas de 1986, el 84,3% en las de 1990, el 92,1% en las de 1994, el 91,8% en las de 1996, el 90,4% en las de 2000, el 89,5% en las de 2004, el 93,8% en las de 2008 y el 91,4% en las de 2012, porcentajes todos muy superiores al 68,9% de las autonómicas de 2015.

casi un millón y medio de sufragios (más del 6 por ciento) y Podemos obtenía un éxito notable a través de sus llamadas candidaturas de *unidad popular*, que pasaron a gobernar no sólo las dos mayores ciudades del país (Madrid y Barcelona) sino también capitales importantes: Zaragoza, La Coruña, Cádiz, Santiago de Compostela o Ferrol. De igual modo, en las autonómicas los dos grandes perdieron una parte de su apoyo en las trece Comunidades de vía general que celebraron entonces sus comicios, mientras las fuerzas emergentes consolidaban posiciones: Podemos –que no fue ni primera ni segunda fuerza en ninguna de las 13 Comunidades y alcanzó la tercera posición en nueve, la cuarta en tres y la quinta en una– se situó en el 17 por ciento de los escaños en diez Comunidades y solo superó, en menos de un punto, el 20 por ciento en tres: Aragón, Asturias y Madrid. Como consecuencia de ese éxito indudable logró entrar a formar parte en coalición, bajo presidencia socialista, de los gobiernos autonómicos de Aragón, la Comunidad Valenciana, Castilla-La Mancha, Extremadura y las Islas Baleares. Ciudadanos, por su parte, que fue cuarta fuerzas en siete Comunidades, quinta en dos, sexta en una, séptima en dos y octava en una, no alcanzó el 10 por ciento de los escaños en 8 Comunidades y lo superó ligeramente en cinco: Castilla y León, La Rioja, Madrid, Valencia y Murcia.

A la vista de todo ello escribí, poco después de que se produjeran las citas electorales de la primavera de 2015 que, vistos los resultados de Podemos y Ciudadanos en autonómicas, era razonable suponer que ambas fuerza accederían al Congreso en un número significativo de provincias. Que, además, era posible que llegaran no sólo a condicionar la política de una eventual mayoría del PP o del PSOE, sino que pudieran incluso, vetar la formación de un Gobierno, lo que podría generar un gravísimo problema de gobernabilidad. Y, en fin que resultaba "razonable predecir que, o mucho cambian las cosas, o en las próximas generales el partido que resultase más votado (fuera el PP, como parecía más probable, o el PSOE) y el que le siguiese se quedarían por debajo del resultado que ambos obtuvieron en 1993 (159 escaños el PSOE, 141 el PP) y en 1996 (156 el PP, 141 el PSOE). A ello hay que añadir algo nada irrelevante: que CiU, el principal socio del PSOE en 1993 y del PP en 1996, iba a convertirse, por su deriva secesionista, un socio político imposible" [33]. Tras el escrutinio de

[33] Roberto L. Blanco Valdés, "España: partidos tradicionales y fuerzas emergentes (entre la crisis política y la crisis económica)", cit., pp. 797-798.

los votos emitidos en las generales del 20 de diciembre de 2015, la España que amanecía el día 21 era política y parlamentariamente muy distinta, y mucho más compleja, que la que hasta la fecha, y con pocas variaciones desde 1982, habíamos conocido. El PP y el PSOE fueron abandonados por una gran parte de sus tradicionales electorales y con poco más 33 por ciento de los votos y algo menos del 21, obtuvieron respectivamente 123 y 90 diputados, 63 y 20 menos que en los comicios anteriores. La otra cara de la moneda de esa gran caída conjunta en votos y en escaños fue la irrupción espectacular de Podemos y sus llamadas confluencias políticas y de Ciudadanos, fuerzas que con más del 20 por ciento y casi el 14 de los sufragios alcanzaron, respectivamente, 69 y 40 escaños en la cámara.

Tales resultados suponían un rotundo mentís a la afirmación, repetida una y mil veces, de que con el sistema electoral español era casi imposible que partidos que no ocupasen el primero o segundo puesto alcanzasen representación parlamentaria en un alto porcentaje de circunscripciones, de hecho mayoritarias. Lo cierto, frente a tal tesis, es que Ciudadanos obtuvo diputados en 26 distritos y Podemos y sus confluencias en 36 (Podemos en 25, En Comú Podem en 4, En Marea en 4 y Compromís-Podemos en 3) de modo que sólo en 10 de los 33 distritos pequeños (de seis o menos de seis diputados) los escaños se repartieron en su totalidad entre el PSOE y el PP: Ávila, Cáceres, Ciudad Real, Cuenca, Jaén, Palencia, Segovia, Soria, Teruel y Zamora. Tal reparto demostraba que el dominio previo de los dos grandes partidos nacionales en los distritos de tamaño reducido se debía no sólo a las desviaciones del sistema electoral, sino también a un dato al que, con alguna notable excepción, no habíamos prestado la atención que se merece: la gran diferencia de votos entre el primer y segundo partido y todos lo demás, lo que otorgaba al PP y al PSOE una ventaja muy notable. Ya en 1996 subrayaba el politólogo Julián Santamaría el hecho de que la desproporcionalidad del sistema electoral se había visto "magnificada de forma extraordinaria por la enorme *distancia electoral* que separa a los dos primeros partidos" de todos los demás[34]. En el momento en que tal diferencia disminuyó de forma sustancial, que fue lo acontecido en las generales de 2015, se redujo también la ventaja nacida del sistema electoral, lo que

[34] Julián Santamaría, "El debate sobre las listas electorales", en Antonio J. Porras Nadales (editor), *El debate sobre la crisis de la representación política*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 241 (cursivas en el original).

dio lugar a la formación de un Congreso de composición muy distinta a todos los que desde 1977 lo habían precedido.

V. Cambios en el sistema de partidos, deriva separatista y quiebra de la gobernabilidad

La profunda alteración del sistema de partidos, analizada de forma tan sucinta, afectó de inmediato, como era inevitable, a la estabilidad y a la gobernabilidad del país. En efecto, la llamada *nueva política* nacida de la mano de los partidos emergentes (Podemos y Ciudadanos de forma muy destacada) y los profundos cambios que acabó induciendo en la realidad parlamentaria se tradujeron en un incremento de las dificultades para conformar una mayoría capaz de investir al presidente del Gobierno: a *nueva* política, pues, *viejos* problemas. Constituido el Congreso el 13 de enero del año 2016 y celebradas las correspondientes consultas por el Jefe del Estado se produjo la primera novedad respecto de lo que hasta entonces había venido aconteciendo: el Rey, tras la renuncia del líder del partido ganador de las elecciones, Mariano Rajoy del PP, a presentarse a la investidura al carecer de cualquier posibilidad de resultar elegido presidente, no propuso como candidato a presidente al líder del partido más votado, como había sido sucedido siempre previamente, sino al que ocupaba la segunda posición. Pedro Sánchez, secretario general del PSOE, acudió a la cámara a solicitar su confianza y ello dio lugar a la segunda novedad: por primera vez desde 1977 un candidato a presidente resultaba derrotado tanto en la primera como en segunda votación de investidura prevista en el artículo 99 de la Constitución. La tercera novedad, fue, en todo caso, la más trascendental: tras el rotundo fracaso de las negociaciones partidistas, se activó la disolución parlamentaria previsto en el citado precepto constitucional para el caso de que transcurridos dos meses desde la primera votación de investidura ningún candidato haya logrado obtener la confianza del Congreso. Y es que nunca, desde 1982, habían conformado los electores una cámara tan atomizada y nunca, hasta entonces, habían sido los partidos incapaces de configurar una mayoría e investir a un presidente para dirigir con su apoyo la acción política del poder ejecutivo[35].

[35] Me he referido a todo ello en mi trabajo "El año que vivimos peligrosamente: del bipartidismo imperfecto a la perfecta ingobernabilidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 109 (2017), pp. 63-96.

La disolución de las Cortes y la convocatoria de nuevas elecciones no fue, de todos modos, consecuencia únicamente del nuevo reparto de diputados en la cámara, que daba lugar a la sustitución de un sistema de partidos que pivotaba sobre dos grandes fuerzas nacionales y otras pequeñas fuerzas regionales, por otro basado en dos partidos más grandes, dos medianos y varios regionales. A ese cambio se añadieron otros, cualitativos, esenciales para entender la profunda alteración que sufrió en 2015 la forma de gobierno en España. En primer lugar, el giro hacía el radicalismo y el separatismo del otrora denominado nacionalismo moderado catalán (la antigua CiU), cuya apuesta secesionista[36] anulaba su capacidad para servir de apoyo parlamentario a uno de los dos grandes partidos nacionales. Aunque tras las elecciones de 2015 habría sido numéricamente posible investir a un presidente con los 177 diputados de centro derecha (PP, Ciudadanos, PNV y Democràcia i Llibertat), tal posibilidad no llegó siquiera a plantarse dada la deriva secesionista del nacionalismo catalán. Junto a ello, y en segundo lugar, debe destacarse también, en el terreno de los cambios cualitativos, la dificultad del PSOE para llegar a acuerdos con fuerzas situadas a su izquierda (con ERC por su impulso a la secesión y con Podemos y sus confluencias por su defensa del derecho de autodeterminación) dado el rechazo frontal que ello generaba entre la mayoría de los dirigentes territoriales del PSOE.

En tal compleja situación se celebraron nuevas elecciones el 26 de junio de 2016, pero sus resultados pronto demostraron que los viejos problemas de la ingobernabilidad, típicos del parlamentarismo de entreguerras y presentes en la actualidad en países como Bélgica o Italia, a los que acabará uniéndose Alemania, habían llegado a España para quedarse… al menos por un tiempo. El PP incrementó significativamente su presencia en el Congreso (de 123 a 137 diputados), el PSOE descendió ligeramente (de 90 a 85 escaños) al igual que Ciudadanos (de 40 a 32), Podemos apenas aumentó (de 69 a 71) y los partidos pequeños (ERC, la antigua CiU, Bildu y Coalición Canaria) repitieron representación, con la única excepción del PNV, que pasó de 6 a 5 diputados. La política española aparecía, por tanto, nuevamente bloqueada al estar dominada por las graves dificultades para que

[36] Puede verse al respecto mi libro *El laberinto territorial español. Del Cantón de Cartagena al secesionismo catalán*, Madrid, Alianza Editorial, 2014, donde se analiza con detalle el inicio de esa deriva secesionista del nacionalismo en Cataluña.

los dos primeros partidos formasen mayoría. De un lado, ni aun contando con el apoyo de Ciudadanos, el PNV y Coalición Canaria, estaba el PP en condiciones de lograr la investidura de su candidato a la presidencia del gobierno, que podría sumar en el mejor de los casos 175 diputados frente al veto de otros tantos. Del otro, la situación no era tampoco mejor para el PSOE, que sólo podía liderar una mayoría alternativa asumiendo los votos del secesionismo catalán y, claro, las exigencias políticas, inaceptables para los socialistas, que tal apoyo llevaba aparejadas.

Como no podía ser de otra manera, tal *equilibrio de debilidades* condujo a un auténtico impasse una vez que Sánchez descartó la única salida –la abstención de todos o una parte de los diputados socialistas– que podía evitar la repetición, por segunda vez, de las elecciones generales. Rajoy presentó, pese a ello, a principios de septiembre su candidatura a presidente y, confirmando lo que se sabía de antemano, no obtuvo la mayoría absoluta en la primera votación y fue derrotado en la segunda por de 180 contra 170 diputados. Tras un verdadero juego de presiones a favor y en contra de la abstención del grupo parlamentario socialista, origen de un gravísimo conflicto interno que supuso finalmente el abandonó del cargo de Secretario General de quien, Pedro Sánchez, había sido en el PSOE el más relevante valedor de la oposición radical a investir a un candidato del PP a través de su conocido lema "No es no", estuvo a punto de agotarse nuevamente el plazo de dos meses que, contados desde la primera votación de investidura, contempla la Constitución para la convocatoria de nuevas elecciones. En tal caso, ¡se habrían celebrado en doce meses tres elecciones generales! Para evitarlo, el PSOE pasó del no a la abstención, asumiendo por ello un coste altísimo, y Rajoy resultó finalmente investido cuando acababa el mes de octubre con 170 a favor (los del PP, Ciudadanos y Coalición Canaria), 68 abstenciones de los diputados socialistas que no eran seguidores de la postura de su ya entonces exsecretario general y 111 votos en contra, entre los que debían contabilizarse 15 de diputados del PSOE que no asumieron finalmente la posición de su partido. Habían transcurrido 315 días desde que el Gobierno entrara en funciones, sin duda otra relevante novedad en la historia democrática española desde 1977, que daba idea de hasta qué punto el nuevo mapa de partidos había cambiado la práctica de nuestro régimen parlamentario.

Pero no iban a terminar ahí las novedades respecto de un pasado que, como hemos visto, había estado marcado por la estabilidad y la gobernabilidad. Y es que tras jurar su cargo de presidente el 31 de octubre de 2016, Mariano Rajoy no iba a lograr mantenerse al frente del Gobierno más que 19 meses, pues a comienzos de junio de 2018 el PSOE presentaba contra él una moción de censura que acabaría por ser la primera en aprobarse desde la entrada en vigor de la Constitución. Con el sostén de Podemos y los partidos independentistas, Sánchez –cuyo grupo parlamentario estaba formado por 84 diputados sobre un total de 350– logró ser elegido nuevo presidente, aunque en una situación realmente endemoniada, pues gran parte de quienes apoyaron la censura anunciaron en el mismo momento de la votación que con ella no se manifestaban a favor del nuevo presidente elegido sino en contra del cesado, lo que hacía prever desde el principio de su mandato que el líder socialista iba a tener graves dificultades para ejercer la presidencia. Y así fue: a mediados de febrero de 2019, apenas nueve meses después de llegar a la Moncloa (el palacio presidencial) el proyecto de Presupuestos Generales del Estado presentado por el Gobierno fue rechazado por la mayoría del Congreso de los Diputados (158 votos a favor por 191 en contra) lo que, inevitablemente, llevó al país a unas nuevas elecciones generales, que, en efecto, tras disolver Pedro Sánchez anticipadamente las Cortes, tuvieron lugar el 28 de abril de 2019: una legislatura que debería haber durado cuatro años, se cerraba, de ese modo 20 meses después de su apertura, período durante el cual en España había, además, habido dos gobiernos[37].

La situación de bloqueo político e institucional del sistema parlamentario español iba a quedar plenamente confirmado por los resultados de las nuevas elecciones generales, que apuntaban, pese al cambio de mayoría, hacia las graves dificultades para salir del abismo de ingobernabilidad en el que el país se hundía desde 2015: el PSOE ganaba con una cortísima mayoría de 123 diputados (subiendo 38), el PP sufría un fuerte descalabro al pasar de 133 a 66 escaños, Ciudadanos se convertía en tercera fuerza del Congreso al incrementar su representación de forma extraordinaria (pasaba

[37] Un detallado e interesantísimo análisis del funcionamiento del sistema parlamentario español durante ese período de 20 meses puede verse en David Giménez Glück, *El gobierno hiperminoritario (y su relación con el parlamento)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

de 32 a 57 diputados), Podemos sufría un significativo retroceso (bajaba de 57 a 42 escaños) y por primera vez un partido de extrema derecha, Vox, entraba con fuerza al conseguir 24 asientos en la cámara. En cuanto a las minorías separatistas, ERC incrementaba con claridad su representación (al subir de 9 a 15 diputados) y el PNV pasaba de 5 a 6 asientos. Con esa distribución de fuerzas habrían sido posibles al menos tres mayorías diferentes, tanto para investir a Pedro Sánchez como para hacer posible luego la gobernabilidad: una gran coalición entre el PSOE y los partidos declaradamente constitucionalistas (PP y Ciudadanos), un pacto entre el PSOE y Ciudadanos y uno, en fin entre el PSOE y Podemos, que debería contar, para sumar la mayoría absoluta del Congreso (176 diputados) con el apoyo activo o la abstención de las fuerzas separatistas de Cataluña, algo políticamente muy complejo dada la situación de abierta insurrección del independentismo catalán tras la convocatoria de un referéndum ilegal de autodeterminación que había terminado con algunos de los principales dirigentes separatistas en la cárcel, condenados por sedición. Sin embargo, desde el primer momento, el líder de la nueva mayoría minoritaria socialista rechazó la primera y segunda opciones, que no contaban tampoco con el apoyo del PP o de Ciudadanos. Tras varias semanas sin tomar ninguna iniciativa, Sánchez se inclinó al fin por intentar formar una mayoría con Podemos, que exigía para ello un gobierno de coalición que el PSOE rechazaba. Aunque ambos estuvieron finalmente a punto de alcanzar un acuerdo para gobernar conjuntamente, esa posibilidad acabó por fracasar y ni siquiera entonces el líder socialista y presidente del Gobierno en funciones intentó abrir una vía real de acuerdo con los dos partidos situados a su derecha, a los que Sánchez exigía el apoyo o la abstención a cambio de nada, apoyo que ni el PP ni Ciudadanos decidieron otorgarle.

El final de la historia pareció estar escrito desde el principio: Sánchez presentó su candidatura a presidente a finales de julio de 2019, candidatura que fue rechazada tanto en la primera como en la segunda votación[38],

[38] El artículo 99 de la Constitución dispone que la investidura presidencial se producirá si el candidato propuesto por el Jefe del Estado obtiene en la primera votación la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados (176 votos) y la mayoría simple en la segunda votación, que deberá celebrarse 48 horas después de la primera. El precepto añade que en caso de no obtener el candidato la mayoría en la segunda votación, se propondrán, con el mismo procedimiento, sucesivos candidatos y que de no obtener ninguno de ellos la mayoría absoluta o

convirtiéndose así en el primer presidente en funciones de la democracia que se presentaba a la investidura y no la lograba. Tras la derrota de Sánchez se abría el período previsto en la Constitución para la disolución de las Cortes en el caso de que, transcurridos dos meses desde la primera votación de investidura, no consiga el Congreso de los Diputados investir a un presidente. El fracaso de Sánchez, que ya ni siquiera volvió a intentar ser propuesto candidato a la investidura, condujo otra vez a la disolución de las cámaras y a la convocatoria de nuevas elecciones generales a celebrar el 10 de noviembre de 2019. Del grado de inestabilidad que todo ello suponía deja constancia un dato, ya citado, que resume todos los que tan sucintamente he tratado de exponer: en el plazo de cuatro años (entre diciembre de 2015 y noviembre de 2019) los españoles éramos llamados 4 veces a las urnas en elecciones generales.

Pero, como ya habían apuntado a lo largo de los meses previos a la consulta la práctica totalidad de los sondeos electorales[39], los votantes decidieron no otorgar a ningún partido una clara mayoría parlamentaria, lo que afectó de forma primordial al partido del presidente en funciones –el PSOE–, pues Pedro Sánchez había optado finalmente por forzar unos nuevos comicios con el claro objetivo de obtener la "mayoría fuerte" que solicitó a lo largo de toda la precampaña y la campaña electoral. Los resultados del 10-N no respondieron, sin embargo, a tales expectativas: el PSOE no sólo no subió sino que descendió de 123 a 120 diputados, lo mismo que el socio con el que había intentado sin éxito formar gobierno tras las elecciones del 28 de abril, Unidas Podemos, que bajo de 42 a 35. Y aunque el Partido Popular obtuvo un ascenso significativo (pasó de 66 a 89 escaños) su avance no sirvió para que el centro y la derecha pudiesen ofrecer una alternativa, pues Ciudadanos se hundió literalmente al perder 47 de sus 57 diputados. La sorpresa electoral vino de la mano de un partido que pocos meses antes ni siquiera tenía representación parlamentaria, el ultraderechista Vox, que tras pasar de estar fuera del Congreso a obtener

relativa, las Cortes se disolverán transcurridos dos meses desde la primera votación de investidura. Puede verse al respecto mi libro *La Constitución de 1978*, Madrid, Alianza Editorial, 2ª edición, pp. 169 y ss.

[39] Puede verse en *Wikipedia* la voz "Elecciones generales de España de noviembre de 2019", en https://es.wikipedia.org/wiki/Elecciones_generales_de_Espa%C3%B1a_de_noviembre_de_2019#Encuestas

24 diputados en las elecciones del mes de abril, más que dobló, con 52 diputados, su representación en las de noviembre. El resultado final de lo apuntado iba a ser que, salvo una amplia coalición de los partidos constitucionalistas (PSOE, PP y Ciudadanos que sumaban una clarísima mayoría de 219 escaños sobre 350) –coalición que muy pronto quedaría descartada, como de inmediato se verá– ni la unión de las fuerzas de izquierda y la extrema izquierda (158 diputados en total, una vez sumados los diputados de candidaturas minoritarias), ni la de los partidos del centro, la derecha y la ultraderecha (153, también con la suma de alguna minoría) conseguía una mayoría factible para la investidura:178 diputados en primera votación y más votos a favor que en contra en la segunda. La otra cara de la moneda será, en consecuencia, que todo quedaba en manos de pequeños partidos regionalistas y nacionalistas, pero sobre todo de fuerzas separatistas catalanas, cuyos 21 diputados (13 de Esquerra Republicana de Catalunya y 8 de Junts per Catalunya) pasaban controlar la gobernabilidad del Estado. Es decir, el resultado de las elecciones arrojaba una trágica y sorprendente paradoja: que, de no conformarse una mayoría de los partidos constitucionalistas, el futuro de España quedaría en manos de quienes tienen como principal objetivo político acabar con la unidad del país y, por tanto con la propia Constitución.

La duda a ese respecto quedaría despejada de forma llamativa cuando aun no habían transcurrido 48 horas de la apertura de las urnas. En efecto, el martes 12 de noviembre al mediodía el presidente del Gobierno en funciones, Pedro Sánchez, y el líder de Unidas Podemos, Pablo Iglesias, que habían mantenido un muy agrío enfrentamiento durante los meses anteriores, hacían público el preacuerdo para gobernar en coalición que habían cerrado, en el más absoluto de los secretos, a lo largo de la jornada posterior a los comicios. De ese modo el pacto de gobierno que ambas fuerzas no habían logrado concluir durante los meses posteriores a las elecciones del 28 de abril se cerró en menos de 48 horas tras las que tuvieron lugar de noviembre, pese al hecho de que, al contrario de lo acontecido en abril, cuando el PSOE y Unidas Podemos fueron a las elecciones con la intención de gobernar después conjuntamente, en noviembre el objetivo del PSOE era del todo diferente: obtener la ya citada "mayoría fuerte" que debería permitirle un gobierno sin pactos ni hipotecas, lo cual llevó a Pedro Sánchez a realizar para las segundas elecciones de 2019 una precampaña y

campaña electoral mucho más moderada y por ello mismo muy crítica con Unidas Podemos. Sin embargo, y con pocos días de diferencia, el mismo Sánchez que había proclamado para justificar por qué después de abril los socialistas no habían cerrado un pacto de Gobierno con el partido de Pablo Iglesias –porque un acuerdo de tal naturaleza no le permitiría conciliar el sueño al presidente en funciones– decidió no sólo cerrar ese pacto que tan mal le parecía previamente sino entregarle a Iglesias la Vicepresidencia del Gobierno. Es decir, al mismo Iglesias a quien Sánchez había vetado con anterioridad, no ya como Vicepresidente, sino como simple miembro del Consejo de Ministros.

Tal operación de *travestismo* político, sobre todo por parte del PSOE, no resolvía, en todo caso, el problema de la gobernabilidad pues, como ya antes se apuntaba, la suma de las fuerzas de la izquierda y de la extrema izquierda, incluso agregando el apoyo de pequeños partidos regionalistas y nacionalistas del Congreso de los Diputados más atomizado de nuestra historia democrática desde 1977, no servía para alcanzar una mayoría en esa cámara sin contar con el apoyo activo o, en última instancia, la abstención, de los partidos separatistas catalanes, que tras haber organizado una insurrección secesionista, siguen manteniendo como objetivo primordial e irrenunciable la independencia de Cataluña. Por eso, en el momento en que se cierran este trabajo, siguen abiertas dos incógnitas esenciales sobre el futuro de la gobernabilidad e incluso sobre el futuro como Estado de la propia España, de esa España constitucional que ha asentado la primera democracia plena de nuestra historia, con elecciones limpias y competidas, con un sistema parlamentario perfectamente homologable a la de sus vecinos europeos y con alternancia nacida única y exclusivamente de la voluntad del cuerpo electoral: la primera de las dos incógnitas citadas se refiere a si el acuerdo de coalición del PSOE y Unidas Podemos será capaz de sumar a los partidos secesionistas catalanes, o al menos a ERC, indispensable no sólo para lograr la investidura de Pedro Sánchez como presidente del Gobierno sino también para que el presidente, ya eventualmente elegido, pueda gobernar, cosa imposible si el apoyo activo o la abstención separatista; el segundo interrogante, directamente relacionado con lo que acaba de apuntarse, no es otro que el del precio que, en su caso, tendría que pagar a los separatistas al presidente del gobierno en funciones, Pedro Sánchez, para seguir al frente del ejecutivo, primero, y poder gobernar, después.

Una cuestión esa especialmente importante y delicada dado la indudable posición de fuerza en que tras las elecciones de noviembre de 2019 se encuentra el secesionismo catalán. De hecho, sus exigencias de partida en la negociación –que se constituya una mesa de negociación en pie de igualdad entre el Gobierno de España y el gobierno regional catalán con la presencia de mediadores internacionales y para debatir sin líneas rojas, es decir, para hacerlo también de la autodeterminación de Cataluña– abriría, de ser aceptada finalmente por el presidente en funciones, una crisis política sin precedentes entre los dos partidos constitucionalistas (el PSOE y el PP) que se han alternado en el gobierno desde 1982 y que constituyen el sustento político esencial de sistema que hoy se enfrenta, como nunca antes desde 1977, a un desafío de extrema gravedad contra la unidad de España y la Constitución que la garantiza.

MISCELANEA

El control de convencionalidad de las excepciones en los procesos constitucionales

Berly Javier Fernando López Flores*

Sumario

I. Introducción. **II.** Desarrollo histórico legislativo de las excepciones en los procesos constitucionales. Planteamiento del problema. **III.** El conflicto entre la urgencia del proceso constitucional y el derecho de defensa del emplazado. **IV.** Conclusiones.

I. Introducción

A nivel doctrinario y jurisprudencial, poco o nada se ha estudiado sobre la temática de las excepciones en los procesos constitucionales y la pertinencia o no de ser incorporada en una norma procesal de tutela de derechos constitucionales de las personas, la que, por antonomasia, tiende a dispensar una tutela fulminante, rápida, urgente y oportuna.

Tal finalidad, se concreta a través de los institutos: inexistencia de etapa probatoria, gratuidad en la actuación del demandante, tramitación preferente, actuación inmediata de sentencia impugnada, prevalencia de sentencias constitucionales, ejecución de sentencia en el plazo de dos días de notificada, etc.[1]

* Profesor de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad de Piura (Campus Lima). Abogado de la Universidad de Piura. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional por la PUCP. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Correo electrónico: blopez911@icloud.com.

[1] López Flores, Berly Javier. Constitución y proceso: presuntos vicios de inconstitucionalidad en normas que regulan procesos constitucionales y ordinarios. En revista Gaceta Constitucional, Sección Doctrina Constitucional, Nº 52, p. 330.

Y no podía ser de otro modo. La persona, dada su preciada dignidad dotada de inteligencia y voluntad, se erige pues como el centro de regulación de todo el ordenamiento jurídico, y es derivado de ello, de su dignidad, que se constituye como centro de imputación de derechos de índole constitucional. De ahí la necesidad de que sus derechos constitucionales sean protegidos, de manera urgente, en sede judicial.

Empero, cómo se explica que en un cuerpo procesal constitucional, cuya finalidad es la de proteger de manera fulminante y urgente los derechos constitucionales de las personas, exista una institución procesal (la excepción) que so pretexto de proteger el derecho de defensa del emplazado contradiga dicha finalidad haciendo el proceso más complejo ¿Se desnaturalizaría la esencia de los procesos constitucionales? En modo alguno que no.

Al respecto, la incorporación de excepciones procesales no necesariamente y en todos los casos conlleva a vaciar de contenido la tutela de urgencia inherente a los procesos constitucionales. Pues, las instituciones procesales, consideradas de manera abstracta, por si solas no tienen la virtualidad de agredir algún principio o bien jurídico relevante. En este sentido, habrá que estar entonces a la regulación que realice el legislador sobre la institución procesal y a la aplicación de la misma por los operadores de justicia, para apreciar el efecto nocivo a la tutela de urgencia.

La excepción, como institución procesal, no escapa a dicha evaluación, pues habrá que estar a su definición y al procedimiento diseñado por el legislador para determinar si conspira en contra de la urgencia de los procesos constitucionales o de algún carácter inherente a ellos.

El presente trabajo se dirige en esta línea; pretende ofrecer una visión sucinta sobre cómo ha sido el desarrollo y funcionamiento de las excepciones en los procesales constitucionales, y si la regulación de las mismas, en uno u otro momento histórico, impidieron o no proteger de manera urgente los derechos constitucionales de las personas y/o agredieron algún derecho, bien o valor jurídico constitucionalmente relevante.

II. Desarrollo histórico legislativo de las excepciones en los procesos constitucionales. Planteamiento del problema

Primer momento: Ley Nº 25398 que complementó las disposiciones de la Ley Nº 23506 en materia de hábeas corpus y de amparo

> Artículo 13º.- (…) Las excepciones sólo podrán deducirse en la acción de amparo y como medio de defensa. De ellas no se correrá traslado y se resolverán en la resolución que pongan fin a la instancia.

Expedida esta norma, uno de los cuestionamientos suscitados durante los primeros años de vigencia de la Ley Nº 23506 fue la posibilidad de la parte demandada o emplazada de deducir excepciones aplicando supletoriamente las normas del Código Procesal Civil. Ello, en buena cuenta, no sería viable por la naturaleza especial del amparo y por la brevedad de los plazos para ser resuelto, los cuales no se condicen con un procedimiento de urgencia como el amparo[2].

Se buscaba con la dación de esta norma, un equilibrio entre la necesaria celeridad del proceso de amparo, y el ejercicio del derecho de defensa del emplazado manifestado en las excepciones[3].

De esta manera, en un afán de concretizar la tutela de urgencia inherente a los procesos constitucionales, la intención del legislador era que entre la interposición de la demanda y la expedición de la sentencia de primer grado, ocurra la menor cantidad de actos procesales del juez y de las partes y/o se impidiera la formulación de cuestionamientos incidentales; ello con la finalidad de resolver de manera pronta la incertidumbre constitucional planteada.

Segundo momento: Ley Nº 28237 Código Procesal Constitucional

> Artículo 10º.- Excepciones y defensas previas.
>
> Las excepciones y defensas previas se resuelven, previo traslado, en la sentencia. No proceden en el proceso de hábeas corpus".

---

[2] Abad Yupanqui, Samuel. El proceso constitucional de amparo, Gaceta Jurídica, 2004, Lima, p.178.

[3] Ibíd. loc. cit.

Artículo 53º.- Trámite.

Si se presentan excepciones, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, el juez dará traslado al demandante por el plazo de dos días. Con la absolución o vencido el plazo para hacerlo, quedan los autos expeditos para ser sentenciados".

Atendiendo a la literalidad de esta norma, el juez no debe esperar a que la excepción o defensa previa sea contestada, pues con o sin contestación las resolverá con la sentencia que emita en el proceso constitucional[4].

Se mantiene así el criterio de no generar incidentes especiales para el trámite de las excepciones, las cuales serán resueltas en la sentencia[5].

Si bien es cierto, esta nueva regulación procesal dista de la anterior en lo relacionado con el traslado al demandante de la excepción propuesta por el demandado, mantiene en esencia el criterio "urgente" en virtud del cual la excepción propuesta será resuelta con la sentencia, y que entre la demanda y ella no podrá emitirse acto procesal alguno del juez o las partes que perturben la expedición pronta de la misma.

Esta norma postulaba que entre la presentación de demanda y la expedición de sentencia, no existiera acto procesal alguno que generara algún cuestionamiento incidental y dilatara el proceso constitucional.

Tercer momento: Ley Nº 28946 que modificó el Código Procesal Constitucional

Artículo 10º.- Excepciones y defensas previas.

Las excepciones y defensas previas se resuelven, previo traslado, en el auto de saneamiento procesal. No proceden en el proceso de hábeas corpus".

[4] Castillo Córdova, Luis. Comentarios al código procesal constitucional, Tomo I, Palestra, 2006, Lima, p. 403.

[5] Abad Yupanqui, Samuel. op cit. p. 179.

> Artículo 53º.- Trámite.
>
> Si se presentan excepciones, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, el juez dará traslado al demandante por el plazo de dos días; con la absolución o vencido el plazo para hacerlo, dictará un auto de saneamiento procesal en el que se anule lo actuado y se dé por concluido el proceso, en el caso de que se amparen las excepciones de incompetencia, litispendencia, cosa juzgada y caducidad. La apelación de la resolución que ampare una o más de las excepciones propuestas es concedida con efecto suspensivo. La apelación de la resolución que desestima la excepción propuesta es concedida sin efecto suspensivo.

Lo más resaltante de esta norma, a diferencia de las anteriormente glosadas, es la incorporación obligatoria de un nuevo acto procesal (auto de saneamiento procesal) a ser dictado por el juez antes de que expida sentencia, con el fin de resolver la excepción planteada por el demandado o emplazado.

Surgen pues, serios cuestionamientos al procedimiento de tramitación actual de las excepciones procesales, relacionados con la razonabilidad y conveniencia de que el juez expida primero el auto de saneamiento procesal, y recién luego proceda a dictar sentencia, produciéndose en los hechos una demora o retardo en la tramitación del proceso constitucional, y una fragrante vulneración al recurso rápido y sencillo del amparo.

Conviene preguntarse a estos efectos si es que ¿resulta imprescindible dictar el auto de saneamiento procesal antes de que la sentencia sea expedida? ¿Qué bien jurídico constitucional se protege con el previo dictado del auto de saneamiento procesal? ¿se vulnera algún bien jurídico relevante cuando se demora la tramitación del proceso constitucional por el previo dictado del auto de saneamiento procesal?

III. El conflicto entre la urgencia del proceso constitucional y el derecho de defensa del demandado o emplazado

Como bien sabemos, la excepción es un instituto procesal a través del cual el emplazado ejerce su derecho de defensa denunciando la existencia

de una relación jurídica procesal invalida por omisión o defecto en algún presupuesto procesal, o, el impedimento de pronunciarse sobre el fondo de la controversia por omisión o defecto en una condición de la acción[6].

Estos presupuestos procesales son tres: la competencia del juez, la capacidad de las partes y los requisitos formales de la demanda. De otro lado, las condiciones de la acción son: el interés para obrar, la legitimidad para obrar y la voluntad de la ley"[7].

No es esta la ocasión para definir y estudiar con amplitud la naturaleza y alcances de las excepciones procesales, solo cabe destacar que, normativamente hablando, el artículo 446º del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente a los procesos constitucionales, recoge el catalogo de excepciones que pueden ser promovidas por el demandado o emplazado. Ellas son las siguientes:

1. Incompetencia.
2. Incapacidad del demandante o de su representante.
3. Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado.
4. Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.
5. Falta de agotamiento de la vía administrativa.
6. Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado.
7. Litispendencia.
8. Cosa juzgada.
9. Desistimiento de la pretensión.
10. Conclusión del proceso por conciliación o transacción.

[6] Monroy Gálvez, Juan. Temas de proceso civil, Studium, 1987, Lima, p. 102-103.

[7] Ibídem. p. 104.

11. Caducidad.

12. Prescripción extintiva.

13. Convenio arbitral.

Es pues dependiendo de la excepción deducida, y de ser estimada ésta, que se suspenderá el proceso constitucional (efecto dilatorio de la excepción) o se declarará la nulidad de todo lo actuado, determinando la conclusión del proceso constitucional (efecto perentorio de la excepción).

Consideramos, que la existencia misma de la excepción procesal y su incorporación en el Código Procesal Constitucional no debiera estar sometida a discusión constitucional alguna, pues es un mecanismo de defensa que tiene el emplazado o demandado en un proceso constitucional para denunciar la inexistencia de una relación jurídica procesal válida o de una condición de la acción; presupuestos éstos que existen en todo proceso civil, laboral, contencioso administrativo, incluido el constitucional (por ejemplo, el juez competente en el amparo: juez civil o mixto; el interés para obrar en el amparo: haber agotado la vía previa o los recursos procesales; legitimidad para obrar en el amparo: la tiene el afectado en un derecho constitucional; etc.)

Sin embargo, por el perjuicio que se genera al carácter urgente de los procesos constitucionales, ineludiblemente debe someterse a cuestionamiento constitucional el procedimiento actual de tramitación de las excepciones procesales, el cual, a diferencia de las anteriores regulaciones procedimentales, incorpora entre el momento comprendido a la interposición de la demanda y a la expedición de la sentencia, el dictado obligatorio de un nuevo acto procesal del juez: el auto de saneamiento procesal, y no difiere su dictado al momento posterior de la sentencia.

Habrá que analizar entonces qué bien jurídico constitucional se protege con el previo dictado del auto de saneamiento procesal; y consecuentemente, si se vulnera algún bien jurídico relevante cuando se retarda o demora la tramitación del proceso constitucional a raíz del previo dictado del auto de saneamiento procesal.

A estos efectos, el artículo 55º de la Constitución Política del Perú, establece que los tratados celebrados por el Estado y que se encuentran en vigor forman parte del derecho nacional. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, constituyen derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable y exigible al interior del Estado.

En virtud de ello, los derechos constitucionales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

A propósito de ello, el artículo 25º inciso 1) de la Convención Americana de Derechos Humanos, dispone que:

> Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que:

> "(...) el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, *como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales*. Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley" (Opinión Consultiva OC-9/87, párrafo 23).

Asimismo, la Corte ha afirmado que:

> "los Estados partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (artículo 25°), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción" (Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, Sentencias del 26 de junio de 1987, párrafos 90 y 92, respectivamente).

Atendiendo pues a tales premisas, la Alta Corte Constitucional ha tenido oportunidad de señalar en la STC Nº 02409-2002-AA/TC que detrás del establecimiento de los procesos constitucionales de la libertad, como el amparo o el hábeas corpus, se encuentra implícito el *derecho a la protección jurisdiccional de los derechos* o, lo que es lo mismo, *el derecho a recurrir ante un tribunal competente* frente a todo acto u omisión que lesione una facultad reconocida en la Constitución o en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Por lo tanto, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dicho derecho forma parte del catálogo de derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos y, en ese sentido, no podría obstaculizarse irrazonablemente su acceso o impedirse su goce y ejercicio. Tampoco, debiera pues sobrerregularse los procesos constitucionales haciéndolos más complejos y, como consecuencia de ello, más tardío o duradero, dificultándose la providencia de una tutela urgente y fulminante que restituya el ejercicio de un derecho constitucional vulnerado.

Mucho menos, debiera coberturarse la emisión de un número elevado de actos procesales, puesto que ello origina la posibilidad de que sean cuestionados o impugnados, generándose incidentes complejos que se tramitan por cuerda separada al proceso principal.

Sin embargo, el procedimiento actual de tramitación de las excepciones procesales, no se condice con el recurso rápido y sencillo en los propios términos establecidos por la Convención Americana de Derechos Humanos.

En efecto, la Ley Nº 28946, que modificó el Código Procesal Constitucional en lo relacionado al procedimiento de tramitación de las excepciones establece lo siguiente:

> Artículo 10º.- Excepciones y defensas previas.
>
> Las excepciones y defensas previas se resuelven, previo traslado, en el auto de saneamiento procesal. No proceden en el proceso de hábeas corpus.
>
> Artículo 53º.- Trámite.
>
> Si se presentan excepciones, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, el juez dará traslado al demandante por el plazo de dos días; con la absolución o vencido el plazo para hacerlo, dictará un auto de saneamiento procesal en el que se anule lo actuado y se dé por concluido el proceso, en el caso de que se amparen las excepciones de incompetencia, litispendencia, cosa juzgada y caducidad. La apelación de la resolución que ampare una o más de las excepciones propuestas es concedida con efecto suspensivo. La apelación de la resolución que desestima la excepción propuesta es concedida sin efecto suspensivo.

Teniendo en cuenta la tramitación descrita, se aprecia pues que en el proceso constitucional, entre la etapa postulatoria (demanda) y la decisoria (sentencia), mediará un acto procesal del juez que declarará la existencia o inexistencia de una relación jurídica procesal válida. Esta decisión, como bien sabemos, podría ser estimatoria o desestimatoria de la excepción propuesta por el demandado, lo cual, en uno u otro caso, tendrá una incidencia directa en la duración (carácter urgente) del proceso constitucional, por tener que pronunciarse el juez primero por la excepción propuesta y luego recién por la sentencia.

Y decimos que tendrá una incidencia directa en la duración (carácter urgente) del proceso constitucional, porque de ser estimatoria la excepción

propuesta (perentoria) y apelada dicha decisión, ello conllevará ineludiblemente a que la tramitación del fondo de la litis constitucional planteada se *paralice* hasta que se resuelva en forma última y definitiva la excepción propuesta, la que incluso puede llegar a conocimiento del Tribunal Constitucional para su pronunciamiento, habiendo transcurrido hasta ese momento meses sino años, sin que al menos siquiera en una instancia se haya emitido pronunciamiento sobre el fondo de la litis constitucional (sentencia fundada o infundada).

La situación de demora se agrava aún más y se vuelve perniciosa, cuando el incidente de excepción llega a conocimiento del Tribunal Constitucional en última y definitiva instancia. Éste, prudentemente, solo deberá pronunciarse por la excepción propuesta, y de ser desestimatoria la misma, dispondrá que el juez de primera instancia continúe con la tramitación del proceso constitucional; más no podrá pronunciarse sobre el fondo de la litis constitucional, toda vez que no existe una denegatoria de fondo (sentencia o auto de primera y segunda instancia que declare improcedente o infundada la demanda constitucional). Ello, evidentemente, tiene efectos fatales en la duración tolerable de un proceso constitucional, por el reenvío obligatorio de los actuados al juez de primera instancia.

Cierto es que el procedimiento de tramitación de las excepciones procesales está regulado en la Ley Nº 28946, y cualquier ley puede llegar a limitar un derecho constitucional, siendo que dicha limitación estaría justificada cuando resulta razonable, esto es, cuando la lesión que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo[8].

Empero, también es cierto que no encontramos razonabilidad alguna a la exigencia de que, previamente al dictado de la sentencia, el juez emita el acto procesal de saneamiento, puesto que tal acto puede ser dictado conjuntamente con la sentencia sin que se vulnere el derecho de defensa del demandado o emplazado. En nada se vulnera pues, el derecho

[8] Naranjo De La Cruz, Rafael. Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe. Madrid: Boletín Oficial del Estado. 2000. p. 75.

de defensa del demandado o emplazado, si la excepción propuesta por él se resuelve en la sentencia misma.

Pacífico es sostener también que toda ley, como por ejemplo la cuestionada Ley Nº 28946, que ataque o vulnere algún derecho constitucional, para ser considerado válida, debe estar revestida de una misma jerarquía o importancia jurídica fundamental, pues la *ponderación* implica un equilibrio en el plano abstracto: en principio, han de ser todos del mismo valor, pues de otro modo no habría nada que ponderar; sencillamente, en caso de conflicto se impondría el de más valor[9]. Y es que ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (…) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor[10].

Advertido del procedimiento actual de tramitación de las excepciones procesales, vemos que la misma entraría en conflicto con el recurso rápido (sumario y urgente) y sencillo (no complejo) del amparo.

Y es que en el carácter sumario, urgente y sencillo del amparo, subyace el valor jurídico *protección urgente y fulminante de los derechos constitucionales*. Es así que toda la regulación incorporada en el Código Procesal Constitucional, ha sido diseñada para alcanzar, promover y reivindicar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales. Pero en los hechos, dicha finalidad se desdice con la tramitación compleja de las excepciones procesales, lo cual produce demora en la dispensa de tutela al interior del proceso constitucional, vulnerándose el derecho constitucional al recurso rápido y sencillo del amparo.

¿Esta vulneración al derecho constitucional al recurso rápido y sencillo del amparo es lícita o legítima? Evidentemente que no, pues detrás de la tramitación compleja de las excepciones procesales -al expedirse el auto de saneamiento procesal antes que la sentencia- no subyace ningún bien o valor jurídico relevante, como por ejemplo el derecho de defensa del demandado o emplazado, sino que por el contrario, subyacen simples razones de despacho judicial, en el sentido de evitar a toda costa

[9] Prieto Sanchís, Luis. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Lima: p. 128-129.

[10] Ibídem. p. 129.

desarrollar actividad jurisdiccional ociosa con la emisión de la sentencia, si de antemano se presume que la demanda constitucional no cumpliría con los presupuestos procesales o las condiciones de la acción.

En consecuencia, creemos que en la tramitación compleja de las excepciones procesales -al expedirse el auto de saneamiento procesal antes que la sentencia- no viene revestida por ningún contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa del demandado o emplazado.

Por lo tanto, estándose ante la presencia de un derecho constitucional: el recurso rápido y sencillo del amparo, y de una regla procesal hueca carente de contenido constitucional: el dictado del auto de saneamiento procesal antes que la sentencia, entonces no existe nada que ponderar, pues ambas gozan de distintas *jerarquías,* una superior, el derecho constitucional al recurso rápido y sencillo, la otra inferior, la regla procesal que recoge la tramitación compleja de las excepciones, por lo que la regla procesal debe ser declarada inaplicable para el caso concreto.

IV. Conclusiones

En aplicación del artículo 25º inciso 1) de la Convención Americana de Derechos Humanos, los órganos judiciales encargados de la tramitación de procesos constitucionales pueden decretar válidamente la inaplicación de la Ley Nº 28946 que regula de manera compleja el trámite de las excepciones procesales, disponiendo que las mismas sean resueltas con la sentencia, y no en el acto procesal de saneamiento.

Referencias Bibliográficas

1. ABAD YUPANQUI, Samuel. El proceso constitucional de amparo, Gaceta Jurídica, 2004, Lima

2. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Comentarios al código procesal constitucional, Tomo I, Palestra, 2006, Lima,

3. LÓPEZ FLORES, Berly Javier. Constitución y proceso: presuntos vicios de inconstitucionalidad en normas que regulan procesos

constitucionales y ordinarios. En revista Gaceta Constitucional, Sección Doctrina Constitucional, Nº 52.

4. MONROY GÁLVEZ, Juan. Temas de proceso civil, Studium, 1987, Lima.

5. NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe. Madrid: Boletín Oficial del Estado. 2000.

6. PRIETO SANCHÍS, Luis. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Lima.

¡Que locura enamorarme de ti!: El reconocimiento del derecho de amar como derecho fundamental

Félix Enrique Ramírez Sánchez*

"No sé de qué están hechas las almas pero la mía y la suya son una sola"

(ANNA TODD. After. Amor Infinito)

Sumario

I. A manera de introducción. **II.** La relación existente entre el derecho y el amor. **III.** Reconocimiento del derecho al amor en los distintos ordenamientos constitucionales latinoamericanos. **IV.** El derecho al amor como derecho fundamental en el sistema constitucional peruano. 4.1. El proceso penal seguido contra Sebastián de Peña y María Astete de Castillo por el delito de doble adulterio (1917): El derecho de amar y la infidelidad. 4.2. Exp. No. 875-2000-PA/TC (Caso Maribel Alina Carranza Rodríguez): No son sancionables disciplinariamente las relaciones extramatrimoniales. 4.3. Exp. No. 1184-2001-PA/TC (Caso Jhons Humberto Arroyo Amao): El derecho al amor no discrimina. 4.4. Exp. N° 2868-2004-PA/TC (Caso José Antonio Álvarez Rojas): El derecho al amor en el marco de las relaciones homosexuales. 4.5. Exp. N° 1575-2007-PHC/TC (Caso Marisol Elizabeth Venturo Rios): El derecho al amor de los internos y la exigencia de las visitas íntimas. 4.6. Exp. N°3485-2012-AA/TC (Caso Keith Carlos Enrique Mamani Ticona y Lid Beatriz Gonzales Guerra): El derecho al amor de los funcionarios públicos y la relación con el derecho a la intimidad. 4.7. El informe técnico No. 773-2013-SERVIR/GPGSC: ¿Puede sancionarse a dos personas por mantener una relación sentimental laborando en una misma entidad estatal? **V.** A modo de reflexión.

* Master por la Universidad de Jaén (España) en la especialidad de Género. Juez Civil del Módulo Básico de Justicia de la Esperanza (La Libertad). Miembro Ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

I. A manera de introducción

Empiezo a escribir estas líneas en una noche de aquellas en las que el pensamiento se entrelaza con el corazón; acompañado de una copa de vino, cuya denominación de origen es "***Amarone della Valpolicella***", elaborado –según los catadores– en uno de los valles de Verona, Italia, lugar donde se desarrolló una de las más grandes historias de amor, la de Romeo y Julieta, escrita por William Shakespeare.

Es en este escenario que siento que toma sentido lo afirmado por Dante Alighieri: "*el vino siembra poesía en los corazones*", pues me permite inspirarme en esta travesía de escribir y abordar el estudio del sentimiento humano más puro como es "el amor", pero desde la óptica del Estado democrático y del derecho constitucional - propio del siglo XXI, -el cual reposa en la idea central del respeto de la persona humana y su dignidad. En ese sentido iniciaré por explicar la relación umbilical existente entre el Derecho y el Amor, para luego analizar ciertos sucesos en los que se ha visto irracionalmente privada o limitada su expresión, ya sea por el accionar del Estado o por los particulares, pero a pesar de dichas situaciones limitativas impuestas legalmente, el ser humano a expresado su amor libremente, constituyendo dichos episodios de rebeldía como actos de locura o suicido personal-, lo que ha conllevado en gran medida a que los afectados en nombre del amor judicialicen dichos conflictos, exigiendo tutela al garante de los derechos fundamentales: El Juez, quién ha dado respuesta, amparando en algunos casos y en otros no las pretensiones de protección solicitada.

A partir del contexto descrito, surge -como es innato para todo escritor- la necesidad de asignarle un nombre al presente artículo que encierre el sentido del mismo; razón por la cual me permito tomar prestado la nominación de la canción interpretada por primera vez en el año 1986 por el salsero Eddy Santiago: ***¡Que locura enamorarme de ti!***[1], pues creo que

[1] Dicha canción es interpretada actualmente en versiones distintas a la original, como es la realizada por el tenor lírico Manuel Arvelaiz (ver https://www.youtube.com/watch?v =HozILhaZ2u4), o el cantante Patricio Arellano (ver https://www.youtube.com/watch?v=Tb51St2iYqU), como Gomba Jahbari (https://www.youtube.com/watch?v=lYanC53ODqI), entre otros

ella describe precisamente los actos de locura que significa materializar las expresiones de amor en un panorama donde el sistema imperante impone limitaciones a la misma y que trajo consecuencias sombrías para los actores de dichas relaciones sentimentales; quienes exigen una protección por parte del Derecho y, en especial, por el derecho constitucional, que reconocen actualmente que dichas expresiones de amor, constituyen expresiones que pueden ser objeto de tutela constitucional.

II. La relación existente entre el derecho y el amor

Nadie puede negar que el amor es una vivencia que ronda la existencia de los seres humanos, constituyendo esa fuerza irresistible que surge a partir de la atracción entre dos personas y gira como elemento de felicidad y desarrollo personal. El hombre siempre está ligado al amor, por ser parte de su naturaleza misma, para demostrarlo de manera periférica es suficiente dar una mirada histórica a la época antigua, específicamente a Grecia y Roma, que fueron las culturas más resaltables de aquel período de desarrollo de la humanidad; quienes incluso personificaron al amor bajo forma de dioses, como son: Eros, Afrodita, Cupido y Venus, considerándoles Dioses del Amor, lo que demuestra la importancia que tenía dicho sentimiento en aquella época.

La importancia del amor en la vida de las personas se ha visto reflejado en las líneas de este estudio, ya que es analizado por diversas disciplinas, como son la sociología, filosofía o la psicología; como también por el derecho mismo, en la medida que sus expresiones se materializan a través de comportamientos humanos, los cuales han sido objeto muchas veces de regulaciones por parte del Estado y en otros casos, han merecido pronunciamientos judiciales al respeto, pese a existir un vacío normativo sobre dichos comportamientos. El derecho nunca fue ajeno al amor, por el contrario siempre lo afrontó.

En el plano académico se han germinado estudios al respecto –derecho de amar-, pues distintos juristas lo abordan, desde el marco de las libertades y derechos de las personas. A modo de ejemplo tenemos el libro titulado "***Libertad de Amar",*** cuyo autor es el maestro Luis Jiménez de Asúa, el cual tuvo seis ediciones -siendo la última la del año ***1946***, y entre sus páginas ratifica la existencia de la libertad de amar como un derecho

amplio, pero reconociendo a su vez que su desenvolvimiento se realiza en un contexto de limitaciones previstas por el orden legal, como ocurrió en la existente Rusia de la década de los 30, así reproducimos lo expuesto por el citado autor:

> *La libertad de amar significa que los Estados no tienen para qué mezclarse en los sentimientos y emociones espirituales de los humanos. La amistad entre las personas del mismo sexo o de naturaleza heterosexual tiende entre los individuos lazos que a menudo son eternos, crea deberes que se cumplen sin coacciones legales y es fontana de abnegados episodios. El Estado no regula las amistades ni prescribe la perfección de un contrato para que dos hombres [entiéndase personas] se sientan unidos por simpatía recíproca.*

En la literatura jurídica moderna tenemos la obra "***Derecho de amor***", escrita por el profesor emérito de la Universidad de Roma "Sapienza", Stefano Rodotá, obra traducida al español por José Manuel Revuelta y editada en el año ***2019*** por la editorial española Trotta. En ella se analiza con mucha agudeza el derecho de amar, e inicia con una reflexión a partir de la inquietud planteada por él mismo: ¿*Si el derecho y el amor son compatibles o están enfrentados*?, en esa línea, analizó históricamente dicha relación, e indicó que tradicionalmente el derecho ha encasillado al amor en un único parámetro legítimo del matrimonio, institución que ha sido vigilada por el Estado, y reconocida como única forma válida y concedida a ciertos grupos de personas, desconociendo otras formas de expresión de amor, como la misma convivencia e incluso las convivencias que se dan entre personas del mismo sexo, las cuales se sustentan en la autodeterminación de las personas que la conforman y en la búsqueda del desarrollo personal, afirmando que el amor necesita amplio reconocimiento jurídico y criticó ciertas decisiones jurisdiccionales que la desconocen, y reflexionó que el derecho debe acercarse más al amor, abandonando toda pretensión de dominio sobre él y transformarse técnicamente en un discurso abierto, capaz de captar y aceptar la contingencia, la variabilidad y hasta la irracionalidad de la misma. Lo cierto es que reconoce en dicho libro al derecho de amor como un derecho fundamental y justifica su existencia, afirmando lo siguiente:

> *Se trata de una cuestión muy abierta [en referencia a la relación de pareja] a la que se intenta dar una respuesta, no ligada a ninguna preferencia ética, aunque tampoco indiferente al marco de los principios en cuyo seno debe instalarse el derecho de amor. Esta es la razón de la constante y, en definitiva, obligada insistencia en la igualdad y en la libertad, en la solidaridad y en la dignidad, que concurren unidas para definir el alcance de la autodeterminación y que reclaman la necesidad del respeto recíproco como componente del derecho de amor, haciendo de esta manera emerger con claridad su obvio carácter relacional*[2].

Por otro lado, se ha demostrado históricamente en el ámbito del derecho vivo (jurisprudencial) que se vienen germinando sucesos y conflictos que surgieron y surgen en el marco de las expresiones de lo que ahora conocemos como el derecho de amar, y que incluso han sido resueltos en el plano judicial, mediante pronunciamientos jurisdiccionales que demuestran claramente la relación existente entre el derecho (Themis) y el amor (Eros), la cual no siempre fue perfecta, como en antaño, donde se dio una conflictividad entre ambos y -por qué no decirlo- de tiranía por parte del derecho, que encerró al amor o sus expresiones, en ciertos parámetros morales o de fe, subordinándolo e incluso limitándolo o prohibiéndolo, actos de sometimiento que mantienen vestigios hasta la actualidad; sin embargo también se dieron y vienen dándose algunas decisiones judiciales que han reconocido el derecho de amor como un derecho fundamental, haciéndolo incluso prevalecer. Sólo a manera de referencia, en la historia del Perú, observamos que en la época del Virreinato, en el siglo XVII, donde ni remotamente se hablaba de derechos humanos o derechos fundamentales, se generó un caso judicial -que pareciera haber sido extraído de una obra literaria escrita por Gabriel García Márquez[3]-, ocurrido en la ciudad

[2] Se precisa que existen muchos trabajos a nivel de la doctrina que abordan el tema del derecho de amar, el cual es muy amplio, que por cuestión de espacio no los desarrollamos, sólo a manera de cita tenemos: i) el trabajo del profesor Legaz Lacambra titulado "El Derecho y el amor". Edit. Bosch, Barcelona, 1976; ii) el artículo de Gregorio Peces-Barba Martínez "El Derecho y el amar: sus modelos de relación"; iii) o el artículo de Emiliano Gareca "Eros y Temis: el amor ante el derecho", entre otros.

[3] Gabriel García Márquez describía en su novela *"El amor en los tiempos del cólera",* un amor intenso, el cual no se perturbaba por el tiempo y por el contrario describía un amor para la vida, incluso en la senectud y hasta la muerte, ello

de Cajamarca, proceso iniciado el 20 de diciembre de año 1782, y cuyo demandante, don Ciriaco de Urtecho, quien era un hombre libre, de edad avanzada, desafió al sistema legal e incluso al social imperante en aquel entonces -donde aún existía la esclavitud- y *exigió* judicialmente la libertad de su musa, Dionisia Masferrer, una esclava a quién amaba desde antaño y con quién se había casado hace bastante tiempo. Pretendió con aquel proceso judicial, que el amo y dueño de la libertad de su amada, don Juan de Dios Cáceres, le otorgué la libertad tan ansiada -a través de la pérdida del derecho de patronato y dominio que ejercía el demandado, que en esa época se conocía como el derecho de propiedad sobre un esclavo-, para vivir los últimos días de su vida con ella. El conflicto se centró en el valor de la esclava, y el órgano jurisdiccional determinó que el pago ofrecido por Ciriaco era un pago justo, por ende, ordenó que el demandado y dueño de la esclava, otorgue la escritura de libertad correspondiente. Esta es una historia de lucha por un derecho tan humano que reviste gran intensidad: el amor; que fuera recogida por Fernando de Trazegnies Granda, que reprodujo textualmente dicho proceso judicial, tal y como se encuentra en el expediente mismo, dando forma a su obra titulada ***"Ciriaco de Urtecho: Litigantes por Amor***", inmortalizando así esta historia de amor y su relación con el derecho en el Perú de aquellos años[4].

personificado en la vida de su personaje Florentino Ariza, quién promete y espera más de medio siglo a su amada Fermina Daza, para estar juntos. Así transcribimos un extracto de la parte final de la obra que describe este amor intenso : *"Había vivido justo lo bastante para darse cuenta de que el amor era el amor en cualquier tiempo y en cualquier parte, pero tanto más denso cuando más cerca de la muerte"*

[4] Alfredo Bullard, comentó la obra de Ciriaco de Urtecho: litigante por amor, refiriéndose a la importancia que tenía el proceso judicial de aquel entonces, señalando lo siguiente: *"Sorprende, también, que un país en el que nos quejamos que los derechos no valen nada, se encuentre una historia de más de 200 años atrás en que se desafían los prejuicios de base sobre los que se ha construido una sociedad. Ciriaco lucha por lo que hoy llamaríamos derechos humanos cuando nadie hablaba de ellos. No tiene el beneficio de declaraciones universales o tratados internacionales. Ni siquiera tiene una Constitución que invocar ni un Tribunal Constitucional al cual acudir. No hay una ONG que financie su aventura legal ni redes sociales para armar una campaña. Desafía al derecho usando el mismo derecho y el amor hacia su mujer".* Ver Alfredo Bullard *"Perú: litigante por amor"* en http:// www.americaeconomia.com/analisis-opinion/peru-litigante-por-amor

Una primera conclusión a la que podemos arribar en este momento, es que el amor es un fenómeno humano, universal, atemporal y muchas veces ha tenido repercusiones jurídicas, cuya manifestación se ha dado en todas las culturas y en todas las épocas, por tanto, siempre estuvo ligado al derecho, con quien entabla una relación recíproca e indisoluble[5], siendo que históricamente pasamos de una relación inquisidora del derecho sobre dichas manifestaciones, a una relación actual y moderna, donde el derecho complementa al amor, reconociendo y garantizando sus manifestaciones por ser parte del núcleo duro de la *dignidad humana*, tal es así que actualmente el amor viene siendo reconocido a nivel de los distintos sistemas jurídicos modernos, como un derecho fundamental y como expresión clara de la dignidad humana, ello a partir de la visión humanista del derecho que surge luego de la segunda post guerra, y genera decisiones jurisdiccionales que lo reconocen como tal y le otorgan categoría constitucional, jerarquía que permite, como consecuencia de ello, darle una connotación distinta a las instituciones jurídicas existentes relacionadas al amor, como son el matrimonio, el divorcio, la familia, entre otros.

Actualmente, en nuestro país, poco o nada se ha desarrollado desde una perspectiva jurídico-académica sobre el derecho de amar, pese a existir algunos indicadores jurisprudenciales que demostraba su reconocimiento y existencia como derecho fundamental a nivel constitucional; es por ello que las páginas sub siguientes pretende hacer partícipes a los lectores, de ciertas reflexiones sobre los misterios del amor y sus implicancias legales, así como demostrar palmariamente que ya existe un reconocimiento a nivel jurisprudencial de la libertad de amor como derecho, asignándola una categoría privilegiada como es el de ser considerado un derecho

[5] Autores como Lutero o el mismo Carl Schimit propugnaban desde el punto de vista filosófico, que existía una radical separación entre el Derecho y el amor, afirmando que son totalmente excluyentes; afirmación que resultaba más alejado de la realidad misma ya que el hombre o mujer son una unidad biopsiquica que entablan relaciones afectivas y cuyas manifestaciones de dicha afectividad, están ligadas con el derecho por regular relaciones humanas; por tanto dicha posición ortodoxa de los citados autores resultan como lo afirma Gregorio Peces Barba Martínez una posición insostenible "tanto por no ajustarse a la realidad como por contener gérmenes éticos-negativos". Ver PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, *"El Derecho y el amor: sus modelos de relación"* en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Compultense; España; 1982; pág. 69.

constitucional y fundamental que ostente toda persona humana; por lo que sin más preámbulos pasamos a desarrollar el estudio de este derecho fundamental y su reconocimiento en los sistemas democráticos y constitucionales de Latinoamérica y dentro de ellos, el nuestro, claro ésta de una manera muy focalizada, ya que es casi imposible a través de estas líneas abarcar toda la complejidad que emerge de esta relación inusitada y natural entre el Derecho y el amor.

III. Reconocimiento del derecho al amor en los distintos ordenamientos constitucionales latinoamericanos

Como anteriormente referimos, en la antigüedad existía una asimetría muy marcada entre el derecho y el amor mismo, donde este último se encontraba incluso negado por el derecho, tal es así que los legisladores imponían categorías jurídicas que se alejaban de la realidad y de la vida misma, era una especié de miopía jurídica, como por ejemplo el reconocimiento del "matrimonio arreglado", que consolidaba una práctica social que –como lo describe Stefano Rodotta[6]– garantizaba intereses diversos en los que el amor no tenía cabida, y muchos menos importaban los sentimientos o la autodeterminación de las personas (quienes eran obligados a contraer matrimonio), reduciendo aquello a una dimensión estrictamente patrimonial y de reconocimiento social. Dicha contradicción entre amor y derecho todavía subsiste en algunos pasajes del mundo; como lo sucedido en Israel en el año 2011 – ya que según el Comité de Naciones Unidas- que dispuso a través del Ministerio del Interior que si un trabajador extranjero se involucra en una relación amorosa o romántica con un connacional, se le negaría su visa de trabajo, ello materializa la imposición de impedimento a dichos migrantes a enamorarse, pues impone una sanción en caso se manifieste dicha relación amorosa, restringiéndoles a ser meros objetos de trabajo. Estas categorías jurídicas alejan al derecho de la realidad y de la propia vivencia de las personas a interrelacionarse afectivamente en su ámbito social, transformándose incluso en un factor de conflicto continuó ya que ello niega la vida misma.

[6] Ver RODOTÁ, Stefano. *"Derecho de amor" (Diritto d´amore).* Edit. Trotta; Madrid, España; pág. 28.

Sin embargo, en el mundo occidental y en especial los países de América Latina, han venido experimentando cambios transcendentales después de la segunda guerra mundial, sobre todo en lo que al derecho consiste, transformándose de un derecho rígido a un derecho más antropocéntrico, en la medida que el derecho mismo se ha inclinado a reconocer el predominio de los elementos inherentes a la persona humana, como la dignidad humana[7], y los derechos personalísimos como la felicidad e incluso el amor, catalogándolos como derechos fundamentales, con reconocimiento positivo[8] y tácito - vía interpretación[9] - en los ordenamientos constitucionales vigentes, lo que evidencia claramente la necesidad de protección, garantía y tutela, que le otorga el estar en la cúspide de todo ordenamiento jurídico como es la Constitución misma; ya que le otorga un nivel supralegal que vincula todo el orden jurídico existente y todo acto de poder sea público o privado[10].

[7] Miguel Rojas explica que "El reconocimiento de la dignidad humana, es considerada hoy en día el punto de partida y principal fundamento del derecho internacional de los derechos humanos e inspiración del constitucionalismo moderno. La dignificación de la persona humana, constantemente destacada como principal fundamento del régimen constitucional, refleja la concepción antropocéntrica de la sociedad y el Estado, en virtud de la cual los fines sociales y estatales giran en torno a la persona". Ver ROJAS GOMEZ, Miguel Enrique. *"Eficacia de la prueba obtenida mediante irrupción de la intimidad".* Editado por la Universiad Externado de Colombia; Bogotá, Colombia; 2011; pág.27 y 28

[8] Sólo a modo de información sobre la extensión de dicha corriente antropocéntrica en el Mundo, tenemos como ejemplo a Japón y Corea del Sur que reconoce el derecho a la felicidad como derecho fundamental en sus Constituciones.

[9] Así tenemos la decisión arribada por el Supremo Tribunal Federal de Brasil en el juicio conjunto de ADPF 132 y ADI4277, en el cual el Ministro Celso de Mello, en su voto, dijo que: "el derecho a la búsqueda de la felicidad es un verdadero principio constitucional implícito", demostrándose el reconocimiento de categorías personalísimas, vinculadas al amor, como derechos fundamentales, siguiendo así esta corriente antropocéntrica antes referida.

[10] Un ejemplo claro de esta tendencia humanista, es que el 19 de junio del 2011 se llevó a cabo la 109 sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas – ONU, en la que se acordó reconocer que la búsqueda de la felicidad constituye un derecho fundamental, para lo cual expidió la Resolución 65/309 titulada "La felicidad: hacia un enfoque holístico del desarrollo", en la cual acuerdan que la felicidad es un "objetivo y aspiración universal".

Gustavo Adolfo García Arango acertadamente revela este fenómeno, pues refiere que los aspectos emocionales que garantizan el bienestar emocional de las personas están siendo considerados como parte del derecho mismo, para ello afirma que se viene dando una *"avalancha de normatividad nacional e internacional y jurisprudencia que ha empezado a reconocer los sentimientos jurídicamente y a ser tomados como base para definir el derecho, presentándose un acercamiento de lo legal con las cosas propiamente humanas: el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad, el derecho a expresar los sentimientos, el derecho al amor (…), el derecho a buscar la felicidad (Naciones Unidas, 2011), por ejemplo"*[11] (el subrayado es nuestro). De ello podemos colegir que el reconocimiento de la complementariedad entre el Derecho y el amor es nada más que el producto del reconocimiento de la dignidad humana misma[12].

En estos tiempos se investiga si el derecho al amor –tema de debate contemporáneo– constituye o no un derecho fundamental y si se encuentra reconocido expresa o tácitamente en los ordenamientos constitucionales en este lado del continente, en la medida que estos últimos han sido renovados o han sufrido recientes transformaciones constitucionales (modificaciones constitucionales), ello dentro del marco de la evolución y acondicionamiento de los derechos humanos y fundamentales en dichos ordenamientos supralegales[13]. Entre las referidas investigaciones, tenemos la realizada por Gustavo García Arango, quien publicará su trabajo:

[11] GARCIA ARANGO, Gustavo Adolfo. *"La perspectiva jurídica del Amor a la naturaleza y las cosas en Colombia"* en AA.VV. Revista *"Estudios de Derecho"*. Edit. por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Vol. LXX N° 155. Medellín, Colombia; Junio del 2013; pág. 22.

[12] Gregorio Peces-Barba afirma sobre este punto: "(…) Yo diría incluso que es en el ámbito de los derechos fundamentales donde más claramente aparece la complementariedad entre el derecho y el amor, porque se regulan jurídicamente ideales que expresan la dignidad humana, que son expresión del valor moral de cada persona, fin en sí, y del respeto y la fraternidad con el otro". Ver PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio *Op.cit.* pág. 78.

[13] Sólo a modo de referencia tenemos el artículo de Gaspar Emilio Hernández Camaño con su trabajo "El amor, derecho social fundamental: la tutela por el amor" (the love, social fundamental right: the guardianship for the love); Gaspar Hernández Camaño con su artículo "Tutela por Amor: Derecho de la Niñez Colombiana", Julieta Lemaitre Ripoll "El amor en los tiempos del cólera: Derechos LGTB en Colombia", Gustavo García Arango con su investigación "El derecho de

"***El derecho al amor en las constituciones de los países de América Latina***"; en él realizó inicialmente una búsqueda normativa en 20 Constituciones del término *amor,* ampliada incluso a otros términos similares y afines, como son cariño, ternura, afecto, sentimiento, y, en revisión de su jurisprudencia a través de los portales web de los países citados; en ella se extrajo varias conclusiones que resultan importante resaltarlas[14]: sólo tres de las veinte constituciones revisadas incluyen de manera expresa el término "amor", pero en contextos distintos, porque en dos de ellas (la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos[15] y la Constitución Venezolana), hacen referencia al "amor a la patria" pero como un deber de todo ciudadano, más no como un derecho; tan solo la Constitución de Colombia reconoce textualmente al amor como un derecho fundamental (dotándola de jerarquía constitucional) pero sólo para el caso de los niños, así se aprecia de la lectura de su artículo 44°, que***:***

> *Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separada de ella, el cuidado y el amor* (…) (El subrayado es nuestro).

Lo resaltable de la norma constitucional colombiana es que en ella, se le reconoce al amor la categoría jurídica de derecho, pero no cualquiera, sino que lo clasifica dentro la categoría más importante, el de ser considerado un derecho fundamental, lo que genera que sea exigible ante

---

amar en el sistema jurídico colombiano" financiada por el Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica del Oriente", entre otros.

[14] Ver GARCIA ARANGO, Gustavo Adolfo. *"El Derecho al amor en las Constituciones de los países de América Latina (The Right to love in the constitutions of the countries of Latin American)"* en AA.VV. Revista digital *"Derechos a pensar"*. Vol. 1 No. 01, editada por la Universidad Popular del César; Julio –Diciembre 2014; Colombia. En http://revistas.unicesar.edu.co/index.php/derechoapensar/article/view/65/54.

[15] Artículo 3 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.- *"La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria, el respeto a los derechos humanos y a la conciencia de la solidaridad internacional"*

las distintas autoridades estatales, recayendo su protección sobre el grupo vulnerable como es la niñez[16].

Por su parte, la Constitución Ecuatoriana hace mención al ***afecto emocional*** como derecho (siendo una de sus expresiones el amor), el cual está previsto en el artículo 44 de la misma, que a la letra dice:

> *(….) Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a un desarrollo integral, entendiendo como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas, intersectoriales nacionales y locales.*

En cuanto a las demás Constituciones de los países latinoamericanos, éstas no hacen referencia alguna al amor o al afecto o emociones en general; sin embargo, la tendencia es que este derecho sea reconocido vía interpretación constitucional a través de distintos fallos judiciales, al considerarlo como un derecho implícito o que emerge como expresión de otros derechos o conceptos, los cuales sí están positivizados a nivel constitucional, entre ellos tenemos: el desarrollo integral, la dignidad de la persona humana, la libertad de expresión, el derecho a la intimidad, a la sexualidad y el vivir bien, y, finalmente, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, dejando extensivo que no sólo está refiriéndose al derecho de amar en la relación padres e hijos, sino en un sentido mucho más amplio, entendido como el originado entre seres humanos de manera afectiva, nos referimos el amor recíproco.

Sólo a modo de ejemplo, tenemos la sentencia T-686/16 emitida por la Corte Constitucional Colombiana, que resolvió una tutela de derechos (proceso constitucional semejante al amparo) promovida por una interna del Complejo Carcelario y Penitenciario de Ibagué Picaleña

[16] Se precisa que existe una herramienta jurídica internacional que si bien no es vinculante por no estar contenido en un Tratado o convención, esta puede ser aplicable -a criterios de los jueces de los países miembro de Naciones Unidas, donde reconoce también, como la Colombiana, el derecho al amor como un derecho de los niños, niñas y adolescentes, nos referimos al principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño.

"Coiba" cuyas iniciales son LCCG, y que cumplía una pena privativa de libertad, inicialmente una resolución administrativa le autorizaba ejercer su derecho de visita íntima con el recluso C.H.V.A.; sin embargo, producto de varios inconvenientes con su pareja, decidió terminar la relación y no hacer uso de la visita íntima; con el paso del tiempo, entabló una nueva relación sentimental con otro interno de iniciales S.D.T., de quién se había enamorado, por lo que hasta en 2 oportunidades solicitó el permiso anterior y que se le autorice compartir la visita íntima con su nueva pareja (en el marco de su derecho a la intimidad desarrollo de la personalidad y sexualidad). Empero, el establecimiento penitenciario denegó dicha solicitud, bajo el argumento que: "*Para poder dar trámite a su solicitud de anulación de su visita íntima con el señor C.V.A.S, debe anexar manifestación escrita por parte de su compañero sentimental con firma y huella a fin de soportar la decisión de mutuo acuerdo de la petición realizada*". En suma, denunció que el Estado limitó el ejercicio de su derecho a la intimidad y sexualidad supeditando el mismo a la decisión de un tercero. Dicha tutela constitucional fue amparada, y estableció que el requerimiento de la autorización por un tercero por parte del establecimiento penitenciario para acceder a su derecho a la visita íntima, constituiría un requisito irrazonable y arbitrario que transgrede el derecho fundamental a la intimidad, el cual es expresión del derecho al libre desarrollo de su personalidad y sexualidad, en su expresión a la libre determinación que tiene la persona (incluido aquella privada de su libertad) de decir con quién tener o no una relación afectiva, a quién o no amar. La Corte Constitucional concluyó de manera clara y contundente en el caso concreto en que:

> *La esfera íntima de los reclusos incluye autonomía, independencia y libertad para escoger la persona con quien desean relacionarse íntimamente. Es un aspecto personalísimo que debe ser respetado por las autoridades públicas, salvo que sea para exigir el cumplimiento de las condiciones de salubridad y seguridad que la norma prevé. La realización personal involucra el derecho a elegir con quien relacionarse emocional y sexualmente y decidir cuándo termina el vínculo, en razón a que el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad personal se encuentran directamente relacionadas con la visita íntima a la que tienen derecho los reclusos.*

Para ello, aclara dicha Corte que el derecho a la visita íntima de las personas privadas de su libertad es un derecho de carácter constitucional que tiene relación directa con otras garantías constitucionales como son la intimidad personal y el libre desarrollo de la personalidad ***en su faceta de libertad de sostener relaciones sexuales***, en cuanto al derecho a la sexualidad.

En otra sentencia, la Corte Constitucional Colombiana recaída en la T-2-2018 sobre un tema también referido a las visitas íntimas de los presos, reafirmó este criterio de relación entre intimidad, sexualidad, libre desarrollo de la personalidad y amor, ya que invoca como justificación que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su jurisprudencia, ha vinculado la visita íntima con la sexualidad, en la medida en que ésta se considera como parte esencial del desarrollo humano, y, por tanto, pasa a ser protegida por el contenido y alcance del derecho a la salud, sobre el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; pero más adelante invoca en dicha sentencia, que la Declaración Universal de los Derechos Sexuales que se adoptó en el 14º Congreso Mundial de Sexología realizado en Hong Kong, es más precisa, al hacer referencia a la relación entre la sexualidad y el derecho al amor en pareja, así reproducimos dicha declaración:

> *La sexualidad es una parte integral de la personalidad de todo ser humano. Su desarrollo pleno depende de la satisfacción de las necesidades humanas básicas como el deseo de contacto, intimidad, expresión emocional, placer,* ***ternura y amor*** (el negreado y subrayado es nuestro).

En suma, la jurisprudencia internacional viene reconociendo de manera implícita, el derecho al amor como un derecho fundamental, al establecer que una de sus expresiones es el derecho a la libertad sexual, como también del derecho la intimidad personal y al libre desarrollo de la personalidad[17].

[17] Se puede consultar otras sentencias extranjeras como la sentencias de la Corte Constitucional Colombiana contenida en la T-926/99, T-269/02T-465/02,C-355/06. T732/09; como también la expedida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México en la Amparo Directo de Revisión 183/2017, cuyo contenido resulta interesante al reconocer que la infidelidad es

IV.- El derecho al amor como derecho fundamental en el sistema constitucional peruano

Una idea fundamental de la que debemos partir en este acápite, es que los derechos fundamentales constituyen condiciones necesarias y básicas que tiene todo ser humano para el desarrollo de su personalidad dentro del marco de la convivencia humana; por lo tanto, también son considerandos *estándares mínimo* que el Estado y la Sociedad están obligados a garantizar[18]; cohesionando así –en términos actuales– una relación indisoluble entre derechos fundamentales y las garantías para su protección[19]; siendo claro que todo derecho fundamental ha sido incluido en el orden constitucional, otorgándose así la fuerza de norma supra-legal y fundamentadora de todo orden legal o ejercicio de poder existente. Gustavo Zabrabelski precisa que "la constitucionalización de derechos fundamentales es el factor que mayor peso ha jugado en el proceso de transformación del Estado de Derecho en Estado Constitucional"[20].

De otra parte, cabe añadir que estos últimos años, se ha venido consolidando la clasificación de los derechos fundamentales en nuestro sistema constitucional, según su fuente u origen, así tenemos la siguiente clasificación (i) *Los denominados derechos fundamentales expresos o nominales*, son los que se encuentra taxativamente reconocidos a lo largo del

---

un acto de manifestación de la autodeterminación de la persona como expresión de sentimientos y que no genera el pago de daños y perjuicios.,

[18] Gerardo Eto Cruz señala que *"Podemos partir por definir los derechos fundamentales como bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad"*. Ver ETO CRUZ, Gerado. *"Derecho Procesal Constitucional: Su interpretación y desarrollo jurisprudencial"*. Volumen I. Edit. Grijley. Sexta Edición; Lima, Perú; 2019; pág. 342.

[19] El Tribunal Constitucional precisa en la STC No. 05374-2005-PA/TC *"Los derechos fundamentales y las "garantías para su protección" se han constituido como institutos que no pueden entenderse de modo aislado, pues tales derechos solo podrían realizarse en la medid que cuenten con mecanismos "rápidos", "adecuados" y "eficaces" para su protección. Los derechos y sus mecanismos procesales de tutela se constituyen así en el presupuesto indispensable para un adecuado funcionamiento del sistema democrático"*.

[20] Cit. por CORREA HENAO, Magdalena. *"Limitación de los derechos fundamentales"*. Edit por el Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Bogotá, Colombía; pág. 19.

contenido de nuestra Constitución como tales, dejando claro que no sólo son los previstos en el artículo 2 de la Constitución, sino también incluye aquellos diseminados a lo largo de la Constitución; sin embargo, debe precisarse que es la propia Constitución la que le asigna un *nomen iuris* determinado; (ii) *Los derechos fundamentales implícitos*, que son aquellos derechos fundamentales que no se encuentran de manera nominativa en la Constitución, pero que emergen a través de una interpretación extensiva de los derechos fundamentales ya establecidas positivamente, por ser -en gran medida- parte de sus expresiones, así, sin lugar a dudas las decisiones de los jueces a través de la jurisprudencia constituye su fuente de origen; y (iii) finalmente, los nominados *derechos fundamentales nuevos*, que son aquellos que se incorporan al plexo de derechos ya existente, pero son expresiones de la dignidad humana que permiten la realización de todo ser humano y tienen una autonomía propia, siendo también llamados derechos fundamentales no enumerados[21].

Formuladas las precisiones sobre los derechos fundamentales-constitucionales y su acogimiento en nuestro sistema jurídico, paso a precisar cómo se viene incorporando y reconociendo el derecho al amor como un derecho fundamental constitucionalizado, como condición necesaria para garantizar la dignidad y el desarrollo de las personas. A nuestro juicio y conforme hemos desarrollado líneas arriba, el sistema constitucional peruano no dista del tratamiento que se le da al derecho al amor en los demás sistemas jurídicos latinoamericanos: se caracteriza al igual que el resto por la ausencia de una norma expresa o nominativa en nuestra Constitución que lo reconozca como derecho fundamental; sin embargo, siguiendo con la nueva tendencia, se abre paso a reconocer dicho derecho al amor como derecho fundamental a través de dos vías: (i) la primera, *legal a nivel infraconstitucional*, ya que el Estado regula las relaciones amorosas y afectivas, cuando éstas se materializan y transciende en el mundo externo,

[21] Luis Saenz precisa que los derechos no enumerados *"se nos presentan como aquellos atributos fundamentales de la persona que, al margen de no encontrarse objetivamente incorporados en el contenido de la Constitución, su existencia se desprende de aquellos principios esenciales que el ordenamiento constitucional reconoce como cláusulas abiertas"*. Ver SAENZ DAVALOS, Luis "Los derechos no enumerados y sus elementos de concretización" artículo contenido en AA.VV. *"Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional"*. Edit. Gaceta Jurídica, Lima, Perú; 2009; pág. 18.

mediante la institución por excelencia -y que no es la única que encierra el mundo afectivo-, como es el matrimonio o cuando se regula el derecho a recibir afecto [entiéndase amor] del niño[22]; y (ii) el segundo, *a nivel jurisprudencial*, vía interpretación, pues los jueces y en especial el propio Tribunal Constitucional Peruano han desentrañado el sentido de la propia Constitución y han reconocido la condición de derecho fundamental y constitucional al amor a partir de la solución de conflictos surgidos de las relaciones sentimentales, estableciendo reglas jurídicas como los contenidos y límites del derecho del amor[23].

Una idea preliminar, en términos globales, es que tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional Peruano, prácticamente han establecido, a través de decisiones jurisdiccionales, que no podemos negar el amor en nuestra vida personal, por el contrario, debemos reconocer su presencia y su impacto en el plano de las relaciones interpersonales; por ejemplo, en la relación de pareja, de padres a hijos y viceversa, por sus familiares, amigos, por alguien; constituyendo una categoría valorativa elevada a la de un derecho fundamental con rango constitucional[24]. Sólo

[22] Ver el artículo 3-A de la Ley No. 27337 Código del Niño y Adolescentes, modificado por Ley 30403 publicado con fecha 30.12.2015.- *"Los niños y adolescentes, sin exclusión alguna, tiene derecho al buen trato, que implica recibir cuidados***, *afecto,** protección, socialización y educación no violentas, en un ambiente armonioso, solidario y afectivo, en el que se le brinde protección integral, ya sea por parte de sua padres, tutores responsables o representantes legales, así como de sus educadores, autoridades administrativas, públicas o privadas, o cualquiera otra persona. (…)"*

[23] No olvidemos que la función que cumplen los Tribunales Constitucionales en todo sistema democrático va más allá de corregir los errores individuales de los tribunales menores en el caso de los procesos de la libertad, es mucho más amplia: ejercer una acción correctiva de todo el sistema en el marco de la propia Constitución a partir de casos determinados, procurando cerrar la brecha entre el derecho y a la sociedad y proteger a la democracia misma, la cual exige el respeto irrestricto de los derechos fundamentales que permiten el desarrollo de todo ser humano. En suma, sus decisiones tienen una importancia para comprender y establecer parámetros de actuación del propio Estado como de la sociedad misma para con el ser humano, por ello que resulta importante los contenidos de sus decisiones jurisdiccionales en referencia al derecho de amar. Ver BARAK Ahoron. *"Un Juez reflexiona sobre su labor: El papel de un Tribunal Constitucional en una democracia".* Edic. Corunda SA, México; 2008; pág. 1

[24] Desconocer la presencia del amor en nuestra sociedad y su impacto en las relaciones jurídicas, no sólo es incoherente sino contraevidente, basta con observar

a modo de ejemplo tenemos la sentencia contenida en el Exp No. 01817-2009-PHC/TC, en la que el Tribunal Constitucional aborda al amor como un derecho del niño:

> *En virtud de este derecho, la familia y, en su defecto, el Estado, la sociedad y la comunidad, asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. La eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección* ***y amor*** *a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos. De ahí que la unidad y estabilidad familiar sean indispensables para el desarrollo armónico e integral del niño, así como la presencia activa, participativa y permanente de los padres. Por ello, el* ***cuidado y amor*** *que los padres le prodigan y el respeto a sus cualidades, defectos y talentos especiales, aseguran que el derecho del niño a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material sea satisfecho*[25]

En esta ocasión, centraré este estudio al derecho de amar que se genera entre dos personas (pareja) basada en vínculos afectivos, abordándolo a partir del estudio hermenéutico de las decisiones jurisdiccionales emitidas por la justicia constitucional peruana al momento de resolver conflictos de índole amoroso. Pretendemos con ello encontrar respuestas a las inquietudes que brotan con naturalidad en este momento, como son: ¿Qué entendemos por el derecho fundamental de amar? ¿Es un derecho implícito o es un derecho no enumerado? ¿Cuáles son sus manifestaciones? ¿Cómo ha protegido el derecho peruano a este tipo de relaciones humanas?

Es a partir estas inquietudes, que me trae a la mente el recuerdo de aquella interpretación magistral realizada por el cantante salsero Alex León,

---

fenómenos como el matrimonio, la unión solemne, los divorcios, la adopción, el aborto, la eutanasia y el maltrato animal, que apelando a valores de diversa índole para su justificación o rechazo, se han desarrollado también a partir de premisas sobre el amor propio, amor a las demás personas, amor a la naturaleza, amor a una concepción particular de la vida, o amor a una idea. Ver la sentencia de tutela 129-15 emitida por la Corte Constitucional Colombiana.

[25] Siguiendo esa línea tenemos la sentencia del Tribunal de Familia de Costa Rica (2008) que consagra para el niño *"el derecho a una relación continua con ambos padres y a la libertad para recibir y expresar amor a ambos"*

en el tema titulado ***"El Amor"***, y cuya letra expresa lo difícil que puede ser para toda persona enamorada definir o comprender los misterios o expresiones del amor, la cual reproduzco apasionadamente a modo de reflexión:

> *Cuántas veces se escribió sobre el amor, mil poetas intentaron definir y hasta hoy no ha existido el inventor, que nos cuenten los misterios del amor (…) Cuatro letras tan sencillas de escribir, sin embargo, que difícil encontrar, puede estar en una esquina o puede ser, que lo encuentres en cualquier amanecer. (…) A mis amigos de bohemios, ni de copas, ya no queda nada más para cantar y termino aquí estos versos, estas coplas, pues el amor nadie lo puede explicar.*

Retomando el tema que nos convoca en esta oportunidad -en cuanto a buscar respuestas a las primeras preguntas que hemos formulado sobre el contenido del derecho de amar y si este constituye o no un derecho fundamental nominativo implícito o no enumerado-, tenemos que ello no es una tarea fácil. No existe norma jurídica en nuestro ordenamiento constitucional ni infraconstitucional que lo defina, siendo un concepto totalmente impreciso que debe aclararse, debiendo partir de la definición lexical del Diccionario de la Real Academia Española, que señala es: «*Sentimiento que mueve a desear que la realidad amada, otra persona, un grupo humano o alguna cosa, alcance que se juzga su bien, a procurar que ese deseo se cumpla y a gozar como propio el hecho de saberlo cumplido*".

La respuesta clara a estas interrogantes la encontramos en el pronunciamiento emitido por nuestro máximo intérprete constitucional, en la STC 03901-2007-PA/TC (Caso Victoria Elva Contreras Siaden), el cual constituye un caso emblemático ya que parte del estudio de un conflicto amoroso originado por una estudiante de la Escuela Militar de Chorrillos, Victoria Elva Contreras Siadén, cadete, quién mantuvo una relación sentimental con otro cadete fuera del ámbito de la Escuela, ello motivó que la Comandancia General del Ejercito del Perú la sancionara con la pena máxima: la separación definitiva de la citada Escuela Militar, bajo la imputación de haber cometido la falta prevista en el Reglamento Interno de la Escuela Militar de Chorrillos que prohíbe en forma expresa en mantener relaciones amorosas y sexuales con otro cadete dentro o fuera de la Escuela, calificada como falta grave. En suma, se sancionó una conducta amorosa, proscribiendo el sentimiento natural y humano mismo,

en una de sus expresiones. En dicha oportunidad, el TC declaró fundada la demanda de amparo, partiendo de la idea clara que el derecho al amor es una expresión del derecho a la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad, garantizó así la libertad personal de decidir con quién mantener una relación sentimental; y lo consideró un derecho fundamental implícito. Por tanto, interpretó que la prohibición del Reglamento de la Escuela Militar de Chorrillos citado, debe ser entendida como una prohibición a las expresiones de amor dentro del recinto militar y no a las realizadas fuera de aquel, ya que es parte de la autonomía personal de cada ser humano decidir con quién mantener o no una relación amorosa. Así, reproducimos extracto de dicha sentencia donde aborda directamente el derecho al amor:

> *Al respecto se ha determinado que las relaciones amorosas y sexuales se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad, siendo ésta una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y realización de la vida privada de una persona, propia de su autonomía y dignidad, de modo que se garantiza la facultad de determinar con quién se ha de mantener dichas relaciones concluyéndose que el Estado, ni ninguna institución a su nombre, pueden, por más fundamento disciplinario en que se sustente, prohibir en abstracto a una persona el tener este tipo de relaciones con determinadas personas, ni adjudicar consecuencias por haberlas mantenido con determinadas personas concluyéndose que la disposiciones reglamentarias que proscriban dichas relaciones no superan el test de idoneidad* (subrayado nuestro).

Este razonamiento constitucional originado por el ejercicio de la potestad disciplinaria de las Escuelas Militares a toda relación amorosa entre cadetes, so pretexto de que en las fuerzas armadas debe primar el orden y la disciplina militar, ha sido repetitivo a nivel de la historia de nuestra jurisprudencia constitucional. Subsecuentemente, se ha privilegiado la interpretación de reconocer al derecho al amor como un derecho humano y fundamental, con ello, el Estado o institución a su nombre o cualquier persona privada debe garantizar también, como toda libertad, *"la facultad de determinar con quién se ha de mantener dichas relaciones"*, prohibiéndose toda sanción a las relaciones amorosas, salvo que se trate

de manifestaciones de amor dentro del claustro militar[26]. Y, con particular importancia, debo precisar categóricamente que esta interpretación vía regla normativa es parte del bloque de constitucionalización en la medida que es considerada "*doctrina vinculante*", por encontrarse al alcance del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional[27], ya que son interpretaciones claras emitidas de manera reiterada por parte de la máximo interprete constitucional[28]; así tenemos: (i) la STC N° 02098-2010-PA/TC (Caso Eladio Óscar Iván Guzmán Hurtado), donde la Escuela Militar de Chorrillo le impuso como medida disciplinaria darle de "Baja" por mantener una relación amorosa con una cadete de años inferiores; y (ii) la STC N° 00855-2016-PA/TC (Caso Julio Guillermo Mejía Lazo),

[26] El TC precisó: *"Por otro lado en lo que respecta a la exteriorización del sentimiento amoroso dentro de la Escuela (Norma 2), este Colegiado estima, prima facie, que constituye un límite razonable al derecho al libre desarrollo de la personalidad en pro del logro de una convivencia armónica y ordenada al interior de la institución en la que de manera especial se busca inculcar la disciplina y la jerarquización en el alumnado, que supondrá la interiorización de comportamientos de autocontrol y orden, sobre todo si dichas manifestaciones son sancionadas con cierto rigor pues se realizan dentro de la escuela (STC 2098-2010-PA/TC)".*

[27] Artículo VI del T.P. del Código Procesal Constitucional.- *"Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribual Constitucional".*

[28] El concepto de doctrina constitucional se entiende aquellas interpretaciones dadas de manera reiterativa y uniforme por parte el máximo intérprete de la Constitución que vinculan a todos los órganos jurisdiccionales. El Tribunal Constitucional ha definido a la doctrina vinculante en la STC No. 04853-2004-AA/TC *(Caso Dirección Regional de Pesquería La Libertad),* de la siguiente manera: *"Por doctrina constitucional debe entenderse en este punto: a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por este Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad. En este caso, conforme lo establece el artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal, no puede ser inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso, a menos, claro está, que el Tribunal sólo se haya pronunciado por su constitucionalidad formal; c) las proscripciones interpretativas, esto es las "anulaciones" de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución. Se trata en este supuesto de las sentencias interpretativas, es decir las que establecen que determinado sentido interpretativo de una disposición legislativa resulta contrario a la Constitución, por lo que no debe ser usado por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les corresponde".*

donde la Escuela Nacional de Marina Mercante Almirante Miguel Grau le impuso una medida disciplinaria dándole baja por mantener relación amorosa con otro cadete.

Esta regulación legislativa de proscripción a las relaciones sentimentales no sólo se da en el ámbito militar, sino también ante otros supuestos, por ejemplo, el artículo 42 de la Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial que establece prohibiciones de matrimonio y unión de hecho entre magistrados con servidores jurisdiccionales y entre personal administrativo, situación similar respecto de los magistrados del Ministerio Público previsto en el artículo 47° del Dec. Leg. 052, Ley Orgánica del Ministerio Público (normas que analizaremos más adelante bajo el marco del principio de proporcionalidad). Además, esta vulneración no se limita al actuar en el sector público, sino también en las relaciones interprivatos (entre privados), como se observa los reglamentos internos de algunas entidades financieras, bajo el pretexto de autoridad y de seguridad de datos financieros.

De la lectura de lo desarrollado por el TC como doctrina vinculante en las sentencias contenidas STC 03901-2007-PA/TC, 02098-2010-PA/TC y 00855-2016-PA/TC, brota una idea clara y precisa en cuanto al contenido del derecho fundamental de amar y de lo protege la Constitución en sí, y es que en estricto se puede afirmar que no tendría cabida dentro de su contenido, los sentimientos en sí (como aquella sensación de estar enamorado de la otra persona) en la medida que ello radica en el fuero íntimo de la persona[29], y que más bien el núcleo duro de este derecho, su incidencia y protección se dan de manera directa en las expresiones o materializaciones de dicho sentimiento a través de una relación amorosa y afectiva con otra persona; en otras palabras cuando el sentimiento transciende al mundo externo (besar, acariciar, mantener relaciones sexuales, tomarse de la mano, compartir momentos, cuidar y velar por la otra persona, contraer

[29] El sentimiento ensimismo no tiene efectos legales: el sentir que estar enamorado de otra persona, el anhelar que la otra persona se enamore y esté junto a uno, como lo describe la canción *"De mi enamórate"* interpretada por Tito Nieves al señalar "*Mira que el día que de mí, te enamores yo voy a ser feliz y con puro amor (…) Cuando te enamores de mí el hombre más feliz seré (…)"*, no puede afectar a persona alguna ya que no escapa de la esfera íntima de la persona, por tanto no necesita protección.

matrimonio, unirse fácticamente con una idea de una vida juntos, etc.)[30]; es por ello que el máximo intérprete constitucional utiliza la expresión "*relaciones amorosas"* para referir al ámbito de protección constitucional del derecho de amar al ser considerado un derecho fundamental "implícito" que surge del libre desarrollo de su personalidad y de su propia autonomía o autodeterminación, en tanto constituye en sí un acto totalmente libre que tiene toda persona de determinar con quién o no mantener una relación de tipo "amorosa", garantizando así el principio-derecho de la dignidad de toda persona.

En rigor el perímetro constitucional del derecho del amor se sustenta claramente en el libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación de toda persona, convirtiéndose aquello en una barrera infranqueable, donde el Estado o la sociedad no pueden penetrar, salvo las excepciones constitucionalmente válidas, que más adelante precisaremos, ya que no existe derechos absolutos, para lo cual detallaremos cada uno de ellos:

(i).- *El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad* se encuentra consagrada en el artículo 2, inciso 1 de nuestra Constitución, que a su vez está ligada umbilicalmente con la dignidad humana y a la autodeterminación personal, ya que no puede hablarse de libre desarrollo si no se reconoce el poder de gobernar cada uno se propia vida. Este derecho es un derecho personalísimo, que permite a cada persona elegir libre y conscientemente su propia opción de vida privada y social (proyecto de vida), así como decidir sus metas y objetivos de acuerdo con sus valores, creencias, ideas, expectativas, etc.; consecuentemente, tenemos entre sus manifestaciones de dicho proyecto de vida: la libertad de elegir que estudiar, de cómo vestirse o que apariencia personal quiere tener, que actividad laboral realizar, o también que opción sexual tener, el de tener amigos o tener una relación sentimental, de contraer matrimonio o no, etc.; ya que a través de ello se logrará la felicidad y el pleno desarrollo como persona.

[30] SORDO IÑIQUEZ, José Antonio. *"El amor y su relación con el derecho"* en la revista digital Capitel, haciendo referencia a las protección de las expresiones de amor señala: *"Cabe señalar que el Estado no regula propiamente al amor como sentimiento, ya que éste radica en la conciencia de las personas, y la libertad de convicciones éticas y de conciencia son derechos humanos, más el Estado regula las relaciones amorosas y afectivas, cuando éstas se materializan y trascienden al mundo externo".* Ver: https://capitel.humanitas.edu.mx/el-amor-y-su-relacion-con-el-derecho/

En suma, este derecho constituye una cláusula general de libertad de carácter relacional, lo que obliga tanto al Estado como a la sociedad misma a proteger aquellas decisiones de las personas que están enfocadas a la realización personal del mismo individuo y a su propio y autónomo desarrollo, privilegiando la autonomía, siendo un principio fundacional que se convierte en el reconocimiento del poder de gobernar cada uno su propia vida[31].

La decisión personal que realiza toda personas respecto a mantener una relación amorosa con otra persona y expresar dicho sentimiento, se inspira justamente en la atracción emocional y sexual que le causa la otra persona y que genera la necesidad de establecer un vínculo afectivo y, subsecuentemente, compartir una vida en común, siendo dicha proyección parte del proyecto de vida que se genera por dicho sentimiento de amor en el transcurso de la vida misma de toda persona. Por tanto, al ser decisiones enfocadas a la felicidad misma, asumidas como parte de la realización personal que tiene dicha persona, estas requieren protección por parte del Estado y la sociedad, estando prohibida a intervenir o interferir en dicha esfera privada, ya que es un ámbito de por sí impenetrable en primer orden[32]; así reproducimos lo afirmado por nuestro Tribunal Constitucional en la STC No. 3901-2007-PA, quien precisó que:

> *Al respecto se ha determinado que las relaciones amorosas y sexuales se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad, siendo ésta una actividad estrictamente privada,*

[31] Nuestro Tribunal Constitucional ha sido claro sobre este derecho fundamental al sostener en la STC No. 2860-2004-AA/TC lo siguiente: "*El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres*".

[32] En la STC No. 02868-2004-PA/TC se afirma que: *"La consecuencia importante del reconocimiento de este derecho fundamental constituye la prohibición del Estado de intervenir en esta esfera o adjudicar consecuencias a los actos o conductas que en ese ámbito impenetrable tienen lugar. En tal sentido las conductas que se encuentran bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento "constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra".*

> *consustancial a la estructuración y realización de la vida privada de una persona, propia de su autonomía y dignidad, de modo que se garantiza la facultad de determinar con quién se ha de mantener dichas relaciones concluyéndose que el Estado, ni ninguna institución a su nombre, pueden, por más fundamento disciplinario en que se sustente, prohibir en abstracto a una persona el tener este tipo de relaciones con determinadas personas, ni adjudicar consecuencias por haberlas mantenido con determinadas personas concluyéndose que las disposiciones reglamentarias que proscriban dichas relaciones no superan el test de idoneidad.*

(ii).- *La autodeterminación* o *autonomía de la voluntad* como también se conoce constituye un principio fundacional y transparente en el derecho de amar que deriva de la propia dignidad humana, en tanto permite reconocer la libertad plena y consciente que tiene toda persona para decidir sobre algo en específico en el marco de relaciones personales, sea bueno o no[33]. Este principio, como lo señala la Corte Suprema de México, "no es otra cosa que la facultad inherente al ser humano de decidir libremente sobre sí mismo y sobre las condiciones en que se desea realizar su propia vida, en todos los ámbitos de su existencia: es el reconocimiento de su derecho humano de autodeterminación individual"[34].

Jorge Adame indica sobre la autodeterminación que: *"cada persona debe tener la posibilidad, de acuerdo con su desarrollo, a tomar sus propias decisiones, de ejercer su voluntad libremente y encaminar y vivir su vida conforme a los dictados de su conciencia. También expone que la persona —bajo el aspecto de la capacidad de autodominio, de su dignidad o superioridad— aunque pueda estar condicionada por causas externas de todo tipo (físicas, biológicas, sociales) actúa finalmente por elección y decisión propia. En este sentido afirma*

---

[33] Stefano Rodotá menciona sobre la presencia de la autodeterminación en el derecho de amar, así tenemos: *"Se amplía, pues el perímetro constitucional en el que puede instalarse el amor. Ahora ya no constrictivo ni delimitado por barreras infranqueables, sino basados en un conjunto de puntos de referencia que progresivamente converge hacia el reconocimiento del derecho a la autodeterminación de la persona, de su derecho a gobernar libremente la propia vida y el propio cuerpo. La lógica de la soberanía queda cancelada. Soberana lo es solo la persona"*. Ver RODOTÁ, Stefano. *Op.cit.* pág. 62.

[34] Ver amparo directo en revisión No 183/2017.

que la dignidad de la persona se muestra en que ella es autónoma y es causa de su propio actuar"[35]

La esfera de decisión consciente de estar o no estar con alguien en una relación amorosa y de expresar dicho amor a través de conductas, le compete en exclusiva a la decisión libre que asuma dicha persona, decisión que se manifiesta en el marco de su autodeterminación; la que permita lograr fines de felicidad como proyecto de vida misma.

Por otro lado -ya en términos globales- podemos precisar que dicho derecho al amor no constituye *per se* un derecho absoluto ya que tiene límites, impuesto por el respeto de los derechos de los demás y los impuestos por el ordenamiento jurídico, siempre y cuando estos sean constitucionalmente válidos utilizando para ello sobretodo criterios de interpretación como son el de proporcionalidad y razonabilidad. Es justamente aceptable la existencia de limitaciones a dichas manifestaciones de amor que se presentan en el marco de una relación de pareja, tal como sucedió en el caso contenido en la STC 2098-2010-PA/TC, en el cual el TC consideró como un límite razonable la prohibición de la exteriorización del sentimiento amoroso "dentro" de la escuela militar, por tanto es constitucionalmente válido la prohibición de las expresiones de amor entre cadetes como abrazarse, besarse, cogerse de la mano, intimar sexualmente, etc, en el recinto militar; ya que ello se justifica en el marco de garantizar también el principio de orden y disciplina que debe primar en el fuero castrense, más si consideró inconstitucional sancionar las conductas de mantener relaciones amorosas entre cadetes y que estos se exterioricen en el ámbito externo; así tenemos un extracto de la sentencia misma:

> *Por otro lado en lo que respecta a la exteriorización del sentimiento amoroso dentro de la Escuela (Norma 2), este Colegiado estima, prima facie, que constituye un límite razonable al derecho al libre desarrollo de la personalidad en pro del logro de una convivencia armónica y ordenada al interior de la institución en la que de manera*

[35] Cit. por MAGALLON GOMEZ, María Antonieta. *"La dignidad del matrimonio en el siglo XXI: Amor como paradigma"* en AA.VV. "Boletín Mexicano de Derecho Comparado". Año XLVI, Núm. 138; editado por el Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM; septiembre-diciembre de 2013; México pág. 1030.

> *especial se busca inculcar la disciplina y la jerarquización en el alumnado, que supondrá la interiorización de comportamientos de autocontrol y orden, sobre todo si dichas manifestaciones son sancionadas con cierto rigor pues se realizan dentro de la escuela; sin embargo dado que el proceso administrativo sancionador adoleció de vicios que afectaron al debido proceso y al derecho de defensa, no resulta posible realizar un análisis de la aplicación de este contenido normativo de la disposición analizada al caso concreto.*

Establecidos los parámetros inquebrantables del derecho de amor en el marco de el derecho al libre desarrollo de la personalidad y autodeterminación, reafirmamos que sus manifestaciones se dan en positivo y negativo. La primera se entiende como la decisión libre de tener una relación amorosa con otra persona, y la segunda -negativa-, es su correlato de la primera, y se entiende como la facultad misma de dejar de amar a la misma persona e incluso –pero no necesariamente- de volver a enamorarse de otra persona, siendo un derecho con características propias de relatividad. En ese sentido, una vez extinguido el amor, no se puede obligar a amar a una persona y a cumplir las decisiones propias de la voluntad libre que tuvieron al unirse en una relación de pareja, como es: exigencia de solidaridad, ayuda mutua, respeto, comprensión, fidelidad, cohabitación, etc. Roto el vínculo sentimental se extingue naturalmente algunas obligaciones como es la cohabitación, entre otros, lo contrario implicaría invadir libertades personales y sancionar dichas conductas propias del amor, lo cual sería contradictorio con un Estado Constitucional de Derecho que respeta la dignidad del ser humano donde Estado está para garantizar el libre desarrollo de la personalidad y no interferencias en dichos ámbitos: el estar y no estar. Es tan legítimo y legal el inicio como el fin del amor. Para finalizar este punto, debemos reproducir lo dicho por Stefano Rodotó "El derecho ha de ser consciente de que el derecho de amor es un derecho de libertad y no el logro de una concesión".

Por otro lado, tenemos que las manifestaciones de este derecho fundamental se ven envueltos y ligados directamente con otros derechos (intimidad, libertad sexual, libertad de expresión, etc), es por ello que seguidamente amerita describir algunos *misterios del amor* -como diría Alex León en su canción "El amor"-, en referencia a las manifestaciones del

derecho de amar como parte de la dinámica de los afectos, pero analizados desde un punto de vista hermenéutico, en la medida que dichas situaciones fueron judicializadas a nivel constitucional, ratificando así su condición de derecho fundamental. A continuación, algunas decisiones jurisdiccionales emitidas al respecto:

4.1. El proceso penal seguido contra Sebastián de Peña y María Astete de Castillo por el delito de doble adulterio (1917): El derecho de amar y la infidelidad

La sentencia a la que nos referiremos data del 29 de diciembre de 1917, emitida por el Juzgado de primera instancia de Huánuco, por el Juez Enrique López Albujar[36], la misma que marcó un hito histórico y de gran importancia, por dos motivos: (i) por el contenido de la sentencia misma ya que aplicó control difuso en defensa del derecho de amor en el marco de la intimidad y libertad personal y (ii) por la época en que se dictó, pues existía una sociedad conservadora y moralista, donde muchas de las instituciones jurídicas estaban sometidas a dichas ideas moralistas, sumado el hecho que no se había desarrollado en aquella época el concepto de derechos fundamentales y peor aún conceptos como el derecho al amor.

El proceso se inicia contra Sebastián de Peña y María Astete de Castillo, por el delito de doble adulterio: ella era una mujer casada y mantenía –según la imputación- una relación sentimental y sexual contra el otro procesado. En ese tiempo estuvo vigente el Código Penal de 1862, y en su artículo 264 prescribía: *"La mujer que cometa adulterio será castigada con reclusión en segundo grado. El codelincuente sufrirá confinamiento en el mismo grado"*; en suma era norma que penalizaba la infidelidad de una mujer casada con pena privativa de la libertad.

El Juez, utilizando el principio de supremacía constitucional –no desarrollado aún en aquella época– absolvió a los imputados por el delito de adulterio, porque consideró que pese a la inmoralidad de la infidelidad y del adultero, ello no puede ni debe generar sanciones penales, pues aquella

[36] Enrique López Albujar no sólo desarrollo la pasión por la poesía y la literaria, también tuvo pasiones por la justicia, ello por su formación humanista, siendo un juez visionario. Fue nombrado Juez de primera instancia de Huánuco por el Presidente del Perú José Pardo en febrero del año 1917.

regla contenida en el artículo 264 del Código Penal es *"anacrónica y fruto de los prejuicios de las sociedades educadas en el concepto erróneo de la expiación del delincuente y en el sacramental del matrimonio"*, dada la naturaleza privada e intíma de la infidelidad. Bajo esa consigna, el juez López Albújar señaló que es *"deber del juez no aplicar [el delito de adulterio] para que así se derogue y se imponga la necesidad de su reforma"*, es decir inaplicó una norma en el marco de una interpretación constitucional. Así reproducimos dichos fundamentos:

> *Que si el fin de la penalidad es el restablecimiento del orden social perturbado, cuando el hecho que se juzga no lo perturba en realidad, la aplicación de la pena carece de objeto y se toma injusta; que como en el presente caso el hecho de que se trata es un adulterio -hecho que por su naturaleza a un orden privado e íntimo- invocar esa perturbación como fundamento de castigo sería incurrir en una inconsecuencia y en una ironía.*
>
> *Debido a que no puede haber alteración del orden social ahí donde el hecho que se juzga es tan común que a nadie escandaliza y de cuya complicidad o tolerancia todos son responsables; que si el fin del matrimonio es hacer vida en común y reproducir la especie humana mediante un compromiso legal basado en la felicidad, el mejor medio de solución no es la pena sino el rompimiento del pacto o perdón del ofendido, pues con aquella se mata toda esperanza de reconciliación –prevista por la ley-se destruye de hecho un hogar y se infama no solamente al culpable sino también a los hijos, que han de ver en todo momento en uno de sus padres de causa de su infamación, lo que es profundamente inmoral y disociador; que si el único perjudicado y directamente ofendido por el adulterio es el cónyuge del adúltero, razón por la que el ministerio público, personero de la sociedad, no interviene en esta clase de hechos, su comprobación no debería tener más fin que la indemnización de una obligación de hacer, contraída en virtud del contrato civil, tácitamente celebrado, ella no puede ser materia de una sanción penal sino de la responsabilidad prevista en el artículo 213 del Código Civil; que desde que la prescripciones de nuestro Código Penal sobre el adulterio son anacrónicas, parciales y fruto de los prejuicios de las sociedades educadas en el concepto erróneo de la expiación del delincuente y en el sacramental del matrimonio, es deber del juez no aplicarlas para que así se deroguen*

y se imponga la necesidad de su reforma; que si tratándose de la pena de muerte, la práctica de nuestro tribunales de justicia, inspirados indudablemente en el sentimiento público, ha concluido por abrogar, tratándose de la que le corresponde al adulterio no hay razón para no hacer con ella lo mismo; que la circunstancia de ser este delito redimible por el agraviado demuestra claramente que la sociedad no tiene mayor interés en castigar a los culpables; el juez, en todo caso no debe mostrarse más interesado que la sociedad misma, ni debe olvidar que el espíritu humano es un compuesto de flaquezas; que por último, si en los retrasos e intolerables tiempos de la predicción evangélica del hombre más grande y más justo de la humanidad acogió y perdonó públicamente a las pecadoras a las adúlteras, condenarlas en estos tiempos de radiante civilización, en que todo se discute y se impugna, sería pretender enmendar la obra de Jesús y ofender el espíritu de justicia y de tolerancia del siglo.

Lastimosamente, dicha sentencia fue apelada, posteriormente revocada y luego de interpuesto recurso de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia, éste máximo Tribunal estimó que el Juez López Albujar prevaricó por ir en contra del sentido de la ley que penalizaba la infidelidad, siendo apartado de la judicatura por noventa días como sanción, tiempo en el que escribió "Cuentos Andinos", publicado dos años después, y que reflejó el dolor por dicha sanción impuesta[37].

[37] Escribió la siguiente dedicatoria a sus hijos en dicha obra: *"Estos cuentos fueron escritos en horas de dolor. Un grito de rebeldía de mi conciencia puso corazón entre el engranaje de la disciplina jurídica y durante 90 días tuve que soportar el suplicio de la trituración y el asqueroso gesto de malicia con que las gentes ven siempre a los que yerran o caen. ¿Mi culpa? Una prevaricación. En la alternativa de condenar una falta (¿Por qué delito?) que todos los hombres honrados comenten diariamente, sin por ello la estimación pública y de absolver, para tranquilizar mi consciencia, no vacilé en apartarme voluntariamente del camino que me indicaba la ley. Preferí ser hombre a ser Juez. Preferí desdoblarme para dejar a un lado al Juez y hacer que el hombre con un sólo un poco de humanismo salvara los fueros del ideal. Y aunque el sentido común –ese escudero importuno de los que llevamos un pedazo de Quijote en el alma – me declamó por varios días sobre los riesgos que iba a correr en la aventura judicial, opté por taparme los oídos y seguir los impulsos del corazón. Tal vez os parezca extraño mañana, cuando os deis cuenta de mi aventura, que un Juez tenga corazón. Parece que la ley, mejor dicho, nuestra ley, no permite esta clase de entrañas en los encargados de aplicarla …. ¿Hice bien? Don Quijote diría que sí. Panza diría que no…. al meditar sobre las bellas locuras de nuestro padre, os estremeceréis al ver cómo una rebeldía suya estuvo a punto de truncar su porvenir y a echarnos a perder el pan*

Lo cierto es que dicha sentencia afirmó algo interesante desde el punto del humanismo y es que el acto mismo de infidelidad se encontraba en la esfera de lo privado de cada persona, y su reproche moral no justificaba tratativa judicial y mucho menos penal, ello a la luz de la libertad personal. Era claro que la tipificación del delito de adulterio de la mujer casada era una fórmula legal que vedaba el amor a las mujeres fuera del sacrosanto recinto matrimonial, y a la vez un acto de discriminación respecto del hombre, ya que a él sí se le permitía ser infiel en el matrimonio, siempre y cuando no sea notorio.

Es necesario detenerse en este punto, para resaltar lo positivo de esta sentencia, y es que nuestro Juez López Albújar fue pionero y futurista en el desarrollo de los derechos de la persona, ya que en la misma época de los 60 y 70, otros países europeos -como Italia-, también regulaban esa fórmula legal que penalizaba con reclusión la infidelidad de la mujer casada, la cual estaba contenida en el artículo 559° de su Código Penal; sin embargo, el Tribunal Constitucional de Italia emitió la sentencia del 19 de diciembre del año 1968 a través de la cual declaró inconstitucional dicha norma por discriminatoria[38]. Por lo tanto, podemos decir que 50 años antes el Perú ya había declarado inconstitucional dicha fórmula legal a través de esta emblemática sentencia.

La infidelidad demuestra simplemente una falta de amor o -mejor dicho- el desamor respecto de la pareja con quien se contrajo matrimonio, pues supone romper un deber jurídico personalísimo de fidelidad y un ejercicio de la libertad sexual como expresión del libre desarrollo de la persona con una tercera persona (distinta al esposo o esposa). Por tanto, la consecuencia sólo debe recaer en el ámbito civil: la disolución del vínculo conyugal y no podría recaer el ámbito penal, ya que es parte del ejercicio de su libertad y autodeterminación. Al respecto y a modo de mayor abundamiento de ello, tenemos lo señalado recientemente en la sentencia de

---

que oscuramente ganaba para vosotros …. – oíd bien – el ideal es lo único que dignifica la vida, y los principios, lo único que salva a los pueblos. Firma vuestro padre".

[38] Entre los fundamentos expuestos por el TC Italiano, es *"la discriminación, lejos de ser útil, constituye un grave impedimento para la concordia y la unidad familiar, la ley, al no considerar relevante el adulterio del amrido y castigando sin embargo el de la mujer, coloca en situación de inferioridad a esta última, ofendida en su dignidad y forzada a soportar la infidelidad y la injuria"*

amparo directo en revisión No 183/2017 emitida por parte de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que a la letra dice:

> *En otras palabras, el matrimonio no anula la autodeterminación personal en relación con esos derechos, es decir, el matrimonio no confiere a los cónyuges un derecho o un poder coactivo sobre el cuerpo y los actos del consorte en el ámbito sexual, pues aceptar que la voluntaria constitución del estado matrimonial conlleva la declinación de la libre autodeterminación sexual, trastocaría la propia dignidad humana. Aun dentro del estado marital, los miembros de la pareja conservan la facultad de decidir sobre el ejercicio de su sexualidad, pues son dueños de sus cuerpos y tienen libre albedrío para utilizarlo con el fin del placer sexual, desde luego, asumiendo las consecuencias que traerá a la relación matrimonial el propio comportamiento.*

4.2. Exp. No. 875-2000-PA/TC (Caso Maribel Alina Carranza Rodríguez): No son sancionables disciplinariamente las relaciones extramatrimoniales.

En el presente caso, Maribel Alina Carranza Rodríguez (efectivo policial) denunció verbalmente ante el Ministerio Público a su jefe inmediato superior, don Juan Emeterio Ari Mendoza, quién tenía orden de detención, por el delito contra la libertad sexual. Producto de dicha denuncia, ante el fuero policial, se aperturó proceso penal contra la denunciante precedente, por el delito contra el honor, decoro y deberes militares, pese a ello, fue absuelta. Sin embargo, fue sometida a un procedimiento disciplinario y posteriormente sancionada mediante Resolución Regional No. 502-96-VIIR.PNP/EMRIOR, que dispuso su pase a situación de disponibilidad, bajo el argumento que dicha policía supuestamente tuvo "*relaciones extramatrimoniales con otro miembro de la Policía Nacional del Perú que fue su jefe superior Juan Emeterio Ari Mendoza*", hecho que, a juicio de la entidad policial, *"[...] pone en riesgo el prestigio institucional [...]"*, con *"[...] el agravante de que ambos tienen compromisos e hijos, lo que evidencia sus escasos valores morales y una falta de respeto a la Institución [...]"*; y configura *"[...] graves faltas contra la moral policial y contra la disciplina [...]"*.

La sanción fue recurrida hasta llegar al TC, en el proceso de amparo. La demanda fue estimada, se dejó sin efecto la sanción impuesta y se ordenó

que la amparista sea repuesta a la situación de actividad de la sanidad de la Policía Nacional del Perú. El máximo órgano constitucional argumentó en puridad que la entidad no fue objetiva en el proceso disciplinario ya que distorsionó los hechos pues advirtieron ilogicidad en su razonamiento, en tanto y en cuanto por un lado en el proceso penal seguido a don Juan Emeterio Ari Mendoza se estableció que dichas relaciones extramatrimoniales no fueron consentidas y en el proceso disciplinario contra la accionante pareciera que si fueron consentidas, imputándole que dicha relación extramatrimonial constituía una falta disciplinaria en la medida que pone en riesgo el prestigio institucional. Los fundamentos del colegiado constitucional fueron los siguientes:

> *Y es que una cosa es que se mantengan relaciones extramatrimoniales y esas relaciones obedezcan a la voluntad de quienes lo realizan, y otra muy distinta es que tales relaciones hayan sido producto de la afectación de la libertad de uno de ellos. Si, en tesis que no comparte el Tribunal Constitucional, la primera de las opciones pudiera afectar el prestigio o la buena imagen de la institución policial y, por tanto, ameritar la imposición de una sanción administrativa; resulta evidente que no sucede lo mismo tratándose del segundo supuesto, donde la supuesta infracción no sólo no es imputable a la demandante, sino que incluso se practicó contra su voluntad. El prestigio de una institución no se encuentra por encima de los derechos fundamentales de sus integrantes, sino más bien se confirma cuando los respeta, y sanciona ejemplarmente a quienes lo transgreden.*

Dentro de dichos fundamentos quedó clara como regla jurídica referida al derecho a amor, que es inconstitucional e irracional sostener que las relaciones extramatrimoniales de dos efectivos policiales entre sí, basados en decisiones libres y no coaccionadas, constituyan en sí mismo una afectación al prestigio institucional policial y mucho menos que ello sea considerado una falta disciplinaria o un ilícito en el marco del derecho, en la medida que dicha relación sentimental se encuentra dentro del ámbito del fuero interno y de dignidad de decidir tener o no una relación amorosa extramatrimonial; dejando claro que dicha regla no es aplicable al caso mismo, ya que es por el contrario un hecho de violencia contra la mujer.

4.3. Exp. No. 1184-2001-PA/TC (Caso Jhons Humberto Arroyo Amao): El derecho al amor no discrimina

El presente trata de un caso complejo a través del cual Jhons Humberto Arroyo Amao, efectivo policial, cuestionó una decisión administrativa de traslado de la dependencia policial de Cuzco donde laboraba a Puerto Maldonado dispuesto por el mando policial, ello a raíz de una denuncia de su esposa contra otros efectivos policiales por abuso de autoridad; sin embargo, luego dicho efectivo policial fue sancionado por mantener relaciones convivenciales con una persona que registra antecedentes policiales e ingreso a un penal (ex –reclusa) y justamente fue quién denunció a los otros efectivos policiales, ya que ello constituye una falta a la moral policial. El Tribunal Constitucional advierte que en el fondo el presente proceso trata de la imposición de una sanción por la relación amorosa (convivencia) del efectivo policial, inmerso en una prohibición directamente a dicha relación afectiva, como si se tratará de un ilícito administrativo, invadiendo de esta manera el Estado, el fuero interno y la voluntad consciente de toda persona a decidir con quién estar o no, y con quién convivir, ello en el marco de una relación afectiva de vida en común. No olvidemos que las personas tienen el derecho a elegir libremente y construir su personalidad en plena libertad, por ello resulta interesante reproducir los fundamentos por dicho órgano constitucional:

> *En lo que respecta a la Orden de Sanción de 10 días de arresto simple adoptada por faltas contra la moral policial, con fecha 20 de setiembre de 2000, el Tribunal advierte que no contiene ningún sustento de razonabilidad o sentido común, en tanto que no puede considerarse una falta o infracción una conducta propia del comportamiento humano, tan elemental como las relaciones afectivas y las consecuencias derivadas de ellas. Sostener que se desprestigia a la institución por el hecho de que un efectivo policial convive con una persona que en algún momento de su vida pudo tener problemas legales, supone no sólo negar la capacidad de autodeterminación personal de cada individuo, con la consiguiente negación de su dignidad humana, sino también la transgresión del derecho de toda persona, en algún momento condenada, a reeducarse, rehabilitarse y reincorporarse al seno de la sociedad, como se propugna desde la propia Constitución. Se ignora incluso, y 1o que es más grave, que la relación*

> *entablada por el recurrente comprende la existencia y protección de una menor, a quien no se puede desconocer. Una cosa es que la institución policial requiera afianzar su imagen sobre la exigencia de determinados valores morales en sus efectivos y en las relaciones que en su condición de autoridades mantienen con la colectividad, y otra, totalmente distinta, que se les pretenda negar las libertades esenciales a que como seres humanos tienen derecho, En esta dicotomía, la única alternativa compatible con el Estado de Derecho y el cuadro de valores materiales que éste propugna, sólo puede ser aquella que compatibilice, en forma razonable, la existencia y características propias de la institución policial con las condiciones de realización propias de cada ser humano. De allí la necesidad de proscribir comportamientos que, so pretexto de una equivocada concepción de la disciplina, pretendan en el fondo vaciar de contenido los derechos elementales del ser humano, incluso los del policía, que, no por serlo, deja de ser lo primero.*

El dilema humano descrito es una clara muestra de la relación entre el derecho al amor y el principio de igualdad y no discriminación, ya que no puede el Estado invadir el fuero de decisión personal por la condición de que la otra persona sea o no reclusa en un penal; el amor no discrimina[39].

4.4. Exp. N° 2868-2004-PA/TC (Caso José Antonio Álvarez Rojas): El derecho al amor en el marco de las relaciones homosexuales

De la lectura de dicha sentencia se puede extraer que don José Antonio Álvarez Rojas era un efectivo policial que laboraba en Pomabamba – Áncash, y que cometió falta contra el decoro y espíritu policial, por tanto la entidad policial le impuso inicialmente la sanción de diez días de arresto simple y luego de pase al retiro, justificando dichas sanciones en

[39] Rodotá haciendo referencia a la relación del derecho de amar con la de igualdad, señala "*Al cambiar el paradigma de referencia, la dimensión de los derechos fundamentales asume la necesidad de conectar los derecho del amor, con el principio de igualdad y con el respeto integral a la dignidad de la persona, que no puede renunciar a la importancia de su voluntad. La autonomía de las personas se expande, permite la construcción de modelos diversos de convivencia, ya no considerados por el derecho como un estado transitorio, una especie de preparación más o menos larga al matrimonio en el que necesariamente debe desembocar la convivencia*". Ver Stefano Rodota; *Op.cit*. pág. 66.

dos razones fácticas: (i) no haber cursado la solicitud correspondiente ante la Superioridad pidiendo autorización respectiva para contraer matrimonio con la Sra. Keli Micheli Rojas Minchola. (ii) que el matrimonio se efectuó con una persona de su mismo sexo, ya que dicha persona habría cambiado sus nombres de pila, adulterando sus documentos personales, manteniendo el mencionado efectivo PNP relaciones de convivencia en forma sospechosa con el referido civil, pese a haberse percatado y tenido conocimiento, en su condición de auxiliar de enfermería, de las anomalías físicas que presentaba en sus órganos genitales, ya que era hermafrodita. La pretensión planteada por el accionante fue declarada fundada, se dejó sin efecto dichas sanciones y se dispuso su reincoporación al seno policial, siendo los fundamentos del TC los siguientes:

> *El Tribunal Constitucional considera que dicha sanción viola el principio de legalidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.*
>
> *A) En primer lugar, afecta el principio de legalidad, pues, como antes se ha expuesto, el ius connubis está sujeto a la exigencia del literal a), inciso 24 artículo 2°, de la Constitución. Y, por tanto, no se puede sancionar a un servidor público por no haber solicitado su autorización, como se ha hecho con el recurrente.(…) En efecto, tales dispositivos legales no fueron de aplicación al caso del recurrente, dado que la persona con la que se casó no era extranjera, y tampoco se le impuso la sanción de pase al retiro por medida disciplinaria, porque sencillamente no era una norma aplicable.*
>
> *B) En segundo lugar, el Tribunal considera que se ha violado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, puesto que así se hubiese satisfecho el principio de legalidad, la exigencia de contarse con una autorización de la PNP para que uno de sus efectivos contraiga matrimonio constituye una intolerable invasión de un ámbito de libertad consustancial a la estructuración de la vida privada del recurrente. Este último, como todo ser humano, es libre de decidir con quién contrae matrimonio y cuándo lo celebra, sin que para ello requiera el visto bueno de un órgano estatal, por más que se preste servicios en dicha institución.*

En suma, entre los argumentos de justificación de la decisión, recogemos la imposibilidad de sancionar a una persona y, en específico, a un

efectivo policial, por entablar una relación sentimental o matrimonio de tipo homosexual, ya que ello es parte de la esfera íntima de toda persona y de la decisión libre que tiene de decidir entablar una relación de tipo sentimental con quién desee, sea ésta hetero u homosexuales, en la medida que el derecho de amar tampoco distingue en función a opciones sexuales. Así transcribimos dicho fundamento:

> *De ahí que cuando el Estado, a través de uno de sus órganos, sanciona a un servidor o funcionario por tener determinado tipo de relaciones con homosexuales o, como en el presente caso, con un transexual, con independencia de la presencia de determinados factores que puedan resultar lesivos a la moral o al orden público, se está asumiendo que la opción y preferencia sexual de esa persona resulta ilegítima por antijurídica. Es decir, se está condenando una opción o una preferencia cuya elección solo corresponde adoptar al individuo como ser libre y racional.*

Precisamos que la relación concreta fundada en el amor es la institución jurídica del matrimonio, pero dejando sentado el hecho que no es la única, ya que también existen otras formas de uniones de hechos propias e impropias, hetero u homosexuales, las cuales son consecuencia del ejercicio libre de amar y de la decisión de formar un vínculo, o una sociedad de ayuda mutua entre dos personas, como parte del proyecto de vida familiar común[40]. En el caso peruano sólo le son permitidas el matrimonio -en apariencia- a las relaciones heterosexuales; sin embargo, no se puede seguir marginando y estigmatizando con esta institución a una minoría sexual en beneficio de las orientaciones discriminatorias de una eventual mayoría; situación que exige ser corregida en el nombre del amor y de la autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad que lo sustenta, dejando de lado situación de índole moral, religiosa o tradicional, en aras de homogeneizar los derechos que les asiste a un matrimonio heteresexual. Es necesario una metamorfosis del derecho mismo en este punto.

[40] Históricamente se ha consagrado al matrimonio como única instancia en la que se podía dar legitimidad institucional al amor, lo cual es totalmente errado, ya que existe otras formas como la convivencia misma en referencia a relaciones heterosexuales como homosexuales, ya que la característica común es que se sustentan en la autonomía de las personas, ello se da en el marco de la lógica de los sentimientos

4.5. Exp. N° 1575-2007-PHC/TC (Caso Marisol Elizabreth Venturo Rios): El derecho al amor de los internos y la exigencia de las visitas íntimas

En esta sentencia se observa la historia de doña Marisol E. Venturo Rios, recluida en el Establecimiento Penitenciario de Máxima Seguridad de Chorrillos, cumpliendo una condena de pena privativa de la libertad, y gozaba del beneficio penitenciario de visita íntima. A partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N.° 927, el Establecimiento Penitenciario en que se encontraba recluida le cursó el Oficio N.° 276-2006-INPE-07, en el cual le suspendió y negó la concesión del beneficio penitenciario citado, bajo el argumento de que las reclusas condenas por el delito de terrorismo no tienen derecho a acceder a dicho beneficio penitenciario. Ello le motivó a interponer demanda de amparo en busca de tutela constitucional para solicitar se le conceda el derecho a dicho beneficio penitenciario. En dicha sentencia el Tribunal Constitucional establece que el derecho de amar se materializa a través del derecho a la visita íntima que tiene todo recluso(a) con su esposa o conviviente, constituyendo un bálsamo (alivio) para la tristeza del citado recluso(a), siendo considerado una compensación por el deterioro de su integridad producido por la limitación de su libertad personal, por tanto el Estado debe garantizarlo en su integridad, salvo que exista razones constitucionalmente válidas; así lo fundamenta:

> *El Estado, al permitir y garantizar la visita íntima a los internos, coadyuva decisivamente en la consolidación de la familia en el proceso de resocialización del reo, pues las condiciones de hacinamiento e higiene de los establecimientos penitenciarios generan en éste un deterioro de su integridad física, psíquica y moral que frecuentemente sólo pueden ser* ***compensados con el amor que brinda la familia*** *[en referencia a uno de los integrantes que es la pareja] (resaltado nuestro).*

Aclara más adelante el TC que el Estado no puede prohibir la visita íntima de un recluso(a) bajo el argumento de haber sido sentenciado por delito de terrorismo, ya que ello contribuye al debilitamiento de la institución de la familia en la medida que dichas visitas íntimas constituyen espacios que se comparte en pareja, siendo necesario para fortalecer sus vínculos afectivos, ya que, una vez fortalecida la relación de pareja, se facilita la relación armónica con los hijos, tal como lo afirma:

> *La relación sexual entre el interno y su pareja es uno de los ámbitos del libre desarrollo de la personalidad que continúa protegido aún en prisión, a pesar de las restricciones legítimas conexas a la privación de la libertad. Y es que, tratándose de personas privadas de la libertad, se hace esencial para los internos y su pareja el poder relacionarse en el ámbito sexual ya que este tipo de encuentros, además de tener como sustrato un aspecto físico, trasciende al psicológico y al ser positivo repercute en el estado de bienestar de la pareja.*

Con esta sentencia se confirma y ratifica el derecho al amor del prisionero a mantener contacto afectivo en el marco de la intimidad y libertad sexual con su pareja, pese a la limitación de su libertad, siendo ello una expresión de aquello, con el cual hay vinculo directo.

4.6. Exp. N°3485-2012-AA/TC (Caso Keith Carlos Enrique Mamani Ticona y Lid Beatriz Gonzales Guerra): El derecho al amor de los funcionarios públicos y la relación con el derecho a la intimidad

En su momento, esta sentencia desató gran polémica, por la relación directa entre el derecho a la intimidad de los funcionarios públicos y el derecho de amar en sí mismo, ya que a partir de aquella se desarrollaron sus alcances y límites en referencia a la libertad sexual, como expresión de áquella[41]. La historia tiene su origen a partir de una grabación no autorizada realizada a dos fiscales en el marco de la intimidad, manteniendo relaciones sexuales en una habitación de hotel, la misma que fuera divulgada a través de un correo anónimo a los correos institucionales, siendo que a partir de ello la Oficina Desconcentrada de Control Interno del Ministerio Público del Distrito Judicial de Puno les inició procedimiento sancionador tipificando

[41] García de Arango, en referencia al amor de pareja como sexualidad, describe que el *"referente más común del amor es el de la pareja, expresando en la mayoría de veces en el aspecto sexual, el amor de los sexos como lo denominada Schopenhauer (1978, p. 12) (….). No obstante, en la actualidad es clara la vocación del sexo, pero con amor, enmarcado en las relaciones afectivas de pareja. Por ello, el derecho al amor también se concreta en los derechos sexuales y reproductivos sobre los cuales ya se ha pronunciado uniformemente la Corte Constitucional colombiana (T-926/99, T-465/02, C-355/06, t-732/09, entre otras)"* Ver. GARCÍA ARANGO, Gustavo Adolfo. *"El derecho a estar solo, a la pareja, a la familia y al amor en Colombia y algunos países de Latinoamérica"* en Revista de la Facultad de Derechos y Ciencias Políticas. Vol. 42. B, 116; Colombia; 2012; pág. 32

la falta como una conducta deshonrosa en su vida de relación social que involucran la supuesta existencia de una doble relación sentimental, en suma por actos de infidelidad. Ante ello, los implicados interpusieron su demanda de amparo y solicitaron que se deje sin efecto dicha resolución de apertura de investigación, toda vez que se inició en el marco de una prueba ilícitamente obtenida que vulneró de manera directa su derecho a la intimidad: la grabación se realizó en el ámbito privado y sin autorización alguna, así como también alega transgresión a los principios de tipicidad, derecho de defensa y debido proceso.

En la sentencia, el TC reconoce que los funcionarios públicos tienen también derecho a la intimidad; sin embargo, es mucho más restringido respecto del que ostentan las demás personas, ello debido a su condición de funcionarios públicos; por tanto sus actos íntimos tendrán importancia para transparentarse, cuando estos estén referidos a su actividad pública, caso contrario, dicha esfera íntima debe estar protegida.

En ese sentido mantener relaciones sexuales en pleno ejercicio de su libertad sexual entre dos fiscales fuera de los ambientes de trabajo, se encuentra dentro del marco de su autodeterminación y la libertad de poder elegir con quién mantener relaciones sexuales o no, por tanto se encuentra conexo con el derecho a proteger dicha esfera íntima, donde el Estado no puede interferir, salvo que ello tenga incidencia en el ejercicio de la función de desempeñada; consecuentemente, la resolución de inicio fue rechazada habida cuenta que implicó una intromisión en la vida privada de dos personas y en decisión libre de expresar su amor a través de su libertad sexual, ya que el intimar sexualmente es parte de ella. Aquí un extracto de dicha sentencia y sus argumentos:

> *16.- Por ende, la comprensión de la referencia a «vida de relación social», hecha en una norma como el artículo 23 inciso g) del Reglamento interno del Ministerio Público [que tipifica la falta], debe ser entendida no solamente como resultado de las actividades extra profesionales que desarrollen los fiscales en el ámbito público, y que, además, afecten la imagen institucional del Ministerio Público. Deben también tomar otros recaudos.*
>
> *17.- En ese sentido, un fiscal que participe en tumultos, o que se presente alcoholizado en reuniones públicas, por describir solo algunos supuestos,*

incurriría en una conducta reprochable bajo la figura en cuestión, pues además resulta claro que perjudica la imagen institucional. La eventual sanción a aplicarse deberá ser evaluada a la luz de su gravedad en las concretas circunstancias de cada caso.

18.- Ahora bien, conviene aquí preguntarse, qué es lo que ocurre si los actos de los fiscales imputados que tiene que ver con el ejercicio de sus derechos a la libertad sexual y a la intimidad. Esos actos, en cambio, no pueden ser objeto de sanción ni considerarse parte de la «vida de relación social» a la que hace referencia la disposición del literal g) del artículo 23 de la Resolución 071 -2005-MP-FN-JFS que se cuestiona.

19.- Conviene entonces anotar que este Tribunal Constitucional ya tiene resuelto que « ... uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es la libertad sexual. En efecto, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional «las relaciones amorosas y sexuales (...) se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad (.. .) se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y realización de la vida privada(...) de una persona, propia de su autonomía y dignidad [Exp. N. 0 03901- 2007-PA/TC, FJ 13 y Exp. N. 0 01575-2007-PHC/TC FJ 13]» (STC 00008-2012- AIITC, Fundamento Jurídico 20).

20.- En ese sentido, resulta evidente que los actos de la vida privada de cada quien (e incluso de los funcionarios y funcionarias públicas, quienes también cuentan con intimidad y vida privada), y en particular, las preferencias y actividades sexuales de la persona que son llevadas a cabo en esa intimidad, no pueden ser sancionables, ello en mérito a que constituyen claras manifestaciones de la vida privada, salvo que se acredite fehacientemente que esta conducta, vinculada a la intimidad, tenga directa incidencia en el ejercicio de la función desempeñada.

4.7. El informe técnico No. 773-2013-SERVIR/GPGSC: ¿Puede sancionarse a dos personas por mantener una relación sentimental laborando en una misma entidad estatal?

Punto aparte, merece mención el informe de servir en referencia, que data del 10 de diciembre del 2013, toda vez que, si bien no es una decisión jurisdiccional en estricto, alimenta y consolida la idea de cómo deben interpretarse las normas jurídicas en el marco del derecho al amor, con la clara intención de no afectar totalmente el mismo a partir de las relaciones afectivas que se entabla entre servidores de una misma institución y que claman un reconocimiento de ese proyecto de vida en común (como son el matrimonio o las uniones de hecho); sin embargo, tiene una limitación en apariencia -la prohibición de que los servidores públicos que laboren en una misma dependencia pública puedan contraer matrimonio o convivir por tener intereses en conflicto-.

Tanto el matrimonio como la unión de hecho, son sólo manifestaciones del derecho de amar, porque ellos se fundan en actos conscientes y libres que asume una persona respecto de una relación y vida en común, por tanto, el matrimonio en si es la forma jurídica a través de la cual el derecho reconoce la unión que nace del sentimiento y proyecto de vida en común de ambas personas[42]. El artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos y el artículo 4 de la Constitución reconocen al matrimonio como un derecho humano, y, como precisa la profesora María Magallón, ello deriva de las libertades fundamentales de todas las personas, quienes -sin restricción alguna- tienen derecho a contraerlo; es decir, no debe negársele tal derecho a nadie, por motivos de raza, preferencias sexuales, religión, nacionalidad, costumbres, antiguas leyes, ni prácticas ancestrales; y, por el contrario, debe permitirse su celebración, siempre y cuando: i) medie el libre y pleno conocimiento de los futuros esposos, y que ii) hayan

[42] Presentar un papel que diga que están casados, es hoy en día una obligación legal como una necesidad social. Para esto sirve los papeles o el reconocimiento de dicha comunidad de amor o el derecho mismo; la ley está para servir y no para ser servida. Si alguien pide que su amor sea reconocido documentariamente, la ley no puede hacer otra cosas que no sea registra ese hecho y ratificarlo. La ley abusará de su poder siempre que se comporte como si la persona que tiene adelante no existe. Negar un documento y el casarse, de alguna forma, es negar el derecho a la vida misma.

alcanzado ya sea la edad núbil o su capacidad de goce y ejercicio; con la precisión de que no vulneren los impedimentos matrimoniales legislados[43].

El informe se origina a partir de la consulta técnica realizada a Servir por parte del Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de Ventanilla, quien consultó de manera general: si existe algún tipo de incompatibilidad y/o prohibición cuando (02) funcionarios designados por el titular del pliego (cargo considerado de confianza), que laboran para una misma entidad, ya sea del Gobierno Nacional o gobiernos regionales o locales, contraen matrimonio con posterioridad a su designación y continúan laborando en dicha entidad. Sobre el tema, afirma dicho órgano técnico que tanto el Decreto legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa, el Decreto legislativo N°. 1057, y el TUO del Decreto legislativo N°. 728 no han establecido limitaciones y/o prohibiciones que impidan que dos servidores públicos que contraen matrimonio cuando vienen laborando en ella, continúen laborando en la misma entidad; salvo algunas regulaciones particulares, como las establecidas por la Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial (artículo 42°) y el Decreto legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público (artículo 47°), que establecen que en el Poder Judicial y en el Ministerio Público, respectivamente, se presenta incompatibilidad por razón de matrimonio entre el personal administrativo perteneciente al mismo distrito judicial, así como otros supuestos (entre el personal administrativo y el personal jurisdiccional, entre el personal administrativo y los fiscales perteneciente al mismo distrito judicial).

Dentro de su razonamiento se indica que *no existe per se una prohibición general que impida que dos servidores públicos que contraen matrimonio continúen laborando en la misma entidad*; sin embargo, concluye que en dichas situaciones, deben adoptarse las medidas orientadas a evitar la generación de conflictos de intereses, lo que podría ocurrir, por ejemplo, en caso que uno de los cónyuges tuviera una relación de dependencia jerárquica respecto del otro, ya que rompería el principio de autoridad y de eficacia del servicio.

El conflicto de intereses se encuentra reconocido en el numeral 1 del artículo 8 de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, Ley

[43] Ver MAGALLON GOMEZ, María Antonieta. *Op.cit* pág. 1029

No 27815, allí se estableció que el servidor público está prohibido de mantener relaciones o de aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimento de los deberes y funciones a su cargo.

Ergo, lo que está prohibido es aquellas relaciones que pongan en juego el cumplimiento de los deberes y funciones del cargo mismo, en ese supuesto, no se aceptará una relación sentimental de pareja, donde uno de ellos pueda ejercer dominio o control sobre los derechos y funciones del otro, ello importa que, a sentido contrario, si no está en ese marco de dependencia dentro de la estructura organizativa de la entidad si puede contraer matrimonio.

En suma, podemos afirmar que la interpretación de Servir es que el acto de matrimonio o de una unión de hecho realizada con posterioridad al inició de la relación laboral de ambos, constituye una conducta libre que no puede ser materia de regulación sancionadora en los términos del derecho de amar, dado el alto grado de intervención en el derecho al libre desarrollo de la personalidad que supone el establecimiento de dicha prohibición, cuya limitación clara es que la labor que ambos realizan no se vea afectada en el cumplimiento de sus funciones o que uno tenga el dominio del trabajo del otro. Por ejemplo, es permitido que contraigan matrimonio o existe una unión de hecho si uno de contrayentes labora como vigilante en un local X y el otro contrayente labora como asistente en trámite documentario de una unidad contable que funciona en un local Y de la misma institución no existe conflicto de intereses ya que su rango de acción y de decisión en la labor misma no tiene relación con el desarrollo de la labor del otro.

Ahora surge la interrogante en el supuesto fáctico que exista un conflicto de intereses: *¿qué sucede si dos servidores públicos permanentes que laboran en una misma institución se enamoran y deciden contraer matrimonio, sin embargo existe entre ellos una labor de dependencia funcional uno respecto del otro?.* Ello está en conflicto directo con el interés del buen funcionamiento institucional, siendo varias las salidas que presenta el derecho: (i) la primera, es que se disponga la extinción de la relación laboral de uno de ellos a través de la destitución, imputándole la falta de infracción al Código de Ética de la –función pública conforme lo establece el artículo 11° del

Reglamento del Código de Ética; sin embargo, esta medida es gravosa ya que implica un injerencia directa y penalización del amor mismo; y (ii) la segunda salida al problema, es imponer una medida menos gravosa al derecho al amor que garantice el principio del buen funcionamiento de la entidad estatal y es que la entidad disponga un traslado de uno de los servidores públicos a una unidad distinta del propio ente estatal en la que el otro servidor no tenga injerencias directa o indirectamente sobre la labor desempeñada. Esta segunda solución se da aplicando principios de proporcionalidad y razonabilidad, respecto a este último el TC ha precisado:

> *La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y ésta en la esencia misma del Estado constitucional. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en la facultad discrecional, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. Como lo ha sostenido este Colegiado, esto «implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos.*

Esta última es -a nuestro criterio- la solución válida a dicha problemática desde el ámbito del Estado Constitucional de Derecho, antes de imponer y penalizar los sentimientos humanos, salvo excepciones como podría darse con un funcionario público que tenga marco de acción general sobre toda la entidad pública y no exista cabida para que se excluya del ámbito de dicho dominio e interés. En este caso el acto del matrimonio en sí, de manera excepcional, obligaría a la extinción de uno de los miembros de esa comunidad de amor.

En suma, el establecimiento de las disposiciones sancionatorias, tanto por entidades públicas como privadas, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que se debe efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer la falta, como la ponderación de los derechos e intereses en juego. El resultado de esta valoración llevará a adoptar una decisión razonable y proporcional.

Bajo esta misma lógica deben interpretarse los artículos 42° de la ley 29277 - Ley de la Carrera Judicial y el artículo 47° del Decreto

legislativo N° 052 -Ley Orgánica del Ministerio Público, en la medida que debe ponderarse razonablemente cada caso en particular a nivel de dichas instituciones, permitiendo el ejercicio pleno del amor y el reconocimiento de ello como es el matrimonio y las uniones de hechos cuando no exista conflicto de intereses entre ellos.

Para concluir respecto de este relato hermenéutico, el amor es una búsqueda de felicidad y el derecho de amor es un instrumento particular gracias al cual la búsqueda puede seguir avanzando en aras de materializar del desarrollo de la personalidad, por tanto, emerge de nuestra Constitución un mandato de respeto al derecho de amar, el cual no es más un conjunto de palabras retóricas, sino un mandato de optimización, una pauta de conducta, un precepto que obliga a que toda norma precedente o sobrevenida deba estar acorde con la defensa férrea y garantía de este derecho, y cuyas interpretaciones no la contravengan; debiendo aplicar criterios de razonabilidad y ponderación al momento de analizar cada caso concreto en las dinámicas de los conflictos originados por las relaciones sentimentales.

V. A modo de reflexión

Juan Pablo II señaló magistralmente en su primera encíclica *Redemptor hominis* (1979) que *"el hombre no puede vivir sin amor; sería un ser incomprensible, su vida no tendría sentido sino le es revelado el amor, sino se encuentra con él, sino lo experimenta, sino participa vivamente de él"*, con ello, reconoció la invocación fundamental e innata de todo ser humano; por tanto, en el marco de dicha dinámica es que se reconoce que el derecho debe garantizar sus expresiones, siempre y cuando no afecten a terceros, debiendo abrir dicho discurso y aceptar formas actuales de expresión. Es por ello que he abordado a partir de la justicia constitucional peruana casos que desarrollan aquel derecho vía interpretación constitucional, con la finalidad de reconocer que el derecho de amor es un derecho fundamental y constitucional. Tal vez algunos lectores coincidan con lo desarrollado en estas líneas y muchos la critiquen; sin embargo, es claro que es un tema que debe ser abordado a partir de una interpretación constitucional y plantear la modificación, extinción normas en detrimento y, por el contrario introducir y fomentar algunas reglas normativas vía legislativa o vía interpretación por parte de los jueces, que permitan libremente al ser humano desarrollar su personalidad

con tan intenso sentimiento en busca de la felicidad, sin perjuicio de desarrollar y determinar sus límites constitucionales. Hans Kelsen afirmaba que un orden justo es aquel que garantiza a todos la felicidad y "el amor es la más importante fuente de felicidad"[44]

Ello me hace recordar la reflexión realizada por Enrique Varsi Rospigliosi y Mariana Graves en un artículo periodístico titulado "La Felicidad en las relaciones de familia: La libertad de amar" al señalar: *"El amor y la felicidad son fuentes sobre las cuales se construyen las relaciones humanas, la ley debe tener esto en cuenta. Buscar, delinear y lograr el proyecto de vida es quehacer diario de toda persona y el derecho no puede ser ajeno a ello. Es momento de construir una legislación con una base sólida de amor y felicidad"*[45].

Termino de escribir estas páginas, conjuntamente con el último sorbo del vino con el que inicié estas reflexiones sobre el amor y el derecho, divisando la extinción de la noche y avizorando un nuevo amanecer, pero convencido que todos los seres humanos somos capaces de amar y ser amados, considerando a éste, un derecho universal y fundamental que consolida nuestra dignidad humana y nuestra libertad como una cualidad inmanente, que sustenta su presencia en nuestras vidas en base al proyecto de vida y la libertad. Por lo tanto, cualquier limitación irrazonable a este derecho quebrantaría nuestra dignidad humana al anular o menoscabar nuestros derechos y libertades. Los seres humanos en algún momento nos proyectamos a vivir y afrontar una vida en común con otra persona con la cual los une el sentimiento sublime llamado amor, con el imaginario y la seguridad de que sea *por siempre*; y, como lo diría Paulo Coelho en su obra "Brida", ese amor debe encontrarse en esta vida o en la otra.

[44] KELSEN, Hans. *Was ist gerechigkeit? ("¿Qué es la justicia?")* traducido por Ernesto Garzón Valdez. Vigésima primera reimpresión. Edit. por Fontamara SA; México; 2008; pág. 10

[45] Ver el especial del suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano de fecha 14 de febrero del 2017.

La laicidad del Estado peruano

Javier Ferrer Ortiz*

Sumario

I. Estado laico y laicidad del Estado**. II.** La laicidad del Estado en el magisterio pontificio**. III.** La laicidad del Estado peruano**.** 3.1. El principio de laicidad en la Constitución. 3.2. El principio de laicidad en la doctrina. 3.3. El principio de laicidad en las sentencias del Tribunal Constitucional. **IV.** Consideraciones finales.

I. Estado laico y laicidad del Estado

La laicidad, como elemento definidor del Estado y principio inspirador de su actitud ante el fenómeno religioso, es un término equívoco. El *espíritu laico* surge al final de la Baja Edad Media y se desarrolla durante la Edad Moderna, en el marco del proceso de secularización de la cultura, del pensamiento y de las ideas, pero también de las instituciones y estructuras de la sociedad. A lo largo del siglo XIX y en el marco del Estado liberal se extiende el uso del adjetivo *laico* como antónimo de *confesional*, para referirse al Estado y a otras instituciones –sobre todo las educativas–. De tal manera que *el Estado laico* y *la enseñanza laica,* expresiones contrapuestas al Estado confesional y a la enseñanza confesional, asumen un claro matiz de exclusión, cuando no de animadversión y hostilidad hacia lo religioso en general y hacia lo católico en particular[1].

El ejemplo por antonomasia del Estado laico, también calificado como *Estado separatista iluminista,* será el que surge de la Revolución francesa, realizada frente al Estado absoluto confesional y, en cierto

* Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad de Zaragoza, España.

[1] Cfr. E. MOLANO, *La laicidad del Estado en la Constitución española,* Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado II (1986) 240-242.

modo, también frente a la Iglesia católica. Entre sus características cabe señalar la concepción negativa de la libertad religiosa, reducida al ámbito privado y reconocida como un derecho cultural más que cultual[2]; así como la firme voluntad de proceder a una laicización del matrimonio (reducido a un mero contrato civil), de la escuela, de la asistencia y de la beneficencia y, en suma, del ámbito institucional y del ordenamiento jurídico. También cabe añadir intervenciones del Estado típicamente jurisdiccionalistas, como la sistemática expoliación del patrimonio de la Iglesia católica y de sus entes, y los controles impuestos a su libre desenvolvimiento en la sociedad civil.

Junto a esta versión, otra más moderada, será la del *Estado separatista plural* surgido de la Revolución de las colonias en Norteamérica, respetuoso primero con la pluralidad cristiana[3] y luego religiosa de la sociedad, y caracterizado también por favorecer la iniciativa social y apoyarse en las estructuras privadas[4].

Sin embargo, a mediados del siglo XIX, una nueva corriente doctrinal, que responde al pluralismo político y a la libertad de los grupos en un Estado democrático, devuelve a los términos *laicidad* y *laico* su significado etimológico[5], haciéndolos compatibles con una valoración positiva del factor religioso por parte del Estado, mediante un régimen

[2] «Nadie será inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, siempre que su manifestación no altere el orden público establecido por la ley» (art. 10 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, 1789).

[3] «Que la religión, o el deber que tenemos con nuestro Creador, y la manera de cumplirlo, sólo puede regirse por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; y por consiguiente todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión, de acuerdo con los dictados de su conciencia; y que es deber recíproco de todos practicar la benevolencia cristiana, el amor y la caridad hacia los otros» (art. 16, Declaración de Derechos de Virginia, 1776).

[4] Para un exposición más detallada de estas dos versiones del Estado laico, cfr. C. CARDIA, «Stato laico», en AA. VV., *Enciclopedia del Diritto,* XLIII, Varese 1990, 875-881.

[5] El término original griego, del que procede *(**λαος -ου**)* significa pueblo, que con el sufijo (*-ικος*) indica relación con la base derivativa. De ahí pasó al latín (*laicus, -i*) y de éste al español (*laico, ca*). Este es el sentido que tiene en el lenguaje jurídico-canónico tanto para designar a los fieles cristianos que no son clérigos (sentido amplio), como a los que ni son clérigos ni han adoptado alguna de las formas de vida consagrada, asociadas o no, o a ellas equiparadas, es decir, a los fieles corrientes (sentido estricto).

efectivo de libertad religiosa. Esto conduce a la ruptura de las sinonimias entre *laico y laicista, laicidad y laicismo,* reservando los segundos términos de cada uno de estos binomios para designar una actitud negativa hacia la religión. Esta evolución y replanteamiento de la laicidad ha ido intensificándose durante el último cuarto del siglo XX y, en el momento presente, en el siglo XXI, puede afirmarse que, aunque la laicidad no aparece expresamente mencionada en la inmensa mayoría de los textos constitucionales, ha sido implícitamente adoptada por la mayoría de los Estados democráticos como uno de los principios inspiradores de su actitud ante lo religioso.

En cambio, resulta llamativo que los pocos Estados que se declaran expresamente *laicos* en sus Constituciones, como Francia[6], México[7] y Turquía[8], en realidad emplean el término como equivalente a *laicista*, lo que les lleva a adoptar una concepción reductiva de la libertad religiosa, ya sea en el plano individual, colectivo o institucional, o en todos ellos a la vez. Esto supone que, en caso de colisión, aparente o real, entre entre la libertad religiosa y el principio de laicidad, éste prevalece sobre aquella, produciéndose una singular inversión de los términos, porque en lugar de estar la laicidad del Estado al servicio de los derechos de las personas y sus grupos, resulta que éstos quedan supeditados a aquel. Por eso cabe afirmar que las Constituciones que afirmar el carácter *laico del Estado,* en realidad están afirmando *el Estado laicista* y sostienen una visión limitada de la libertad religiosa.

En Francia, el origen inmediato de la laicidad negativa o *laicitè du combat* se remonta a la III República y se materializó en la Ley de separación de 1905, que redujo el hecho religioso a la esfera privada, eliminó la ayuda financiera a las confesiones religiosas, nacionalizó los edificios de

[6] Artículo 1 Constitución de 1958: «Francia es una República indivisible, laica, democrática y social que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión, y respeta todas las creencias. (…)».

[7] Artículo 40 de la Constitución de 1917, reformada en 2012: «Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal…».

[8] Artículo 2 de la Constitución de 1982: «La República de Turquía es un Estado democrático, laico y social de Derecho…».

culto y denunció el Concordato de 1801[9]. No obstante, a partir de 1920 se inició una etapa más distendida, que permitió el restablecimiento de las relaciones diplomáticas con la Santa Sede en 1921 y el gradual reconocimiento del fenómeno religioso en la sociedad. De todos modos, el modo de entender la laicidad en Francia no renuncia a sus orígenes, como lo demuestra la firme prohibición del uso del hiyab en la escuela pública[10] y la más reciente prohibición del burkini en las playas, aunque en este caso, la medida fue posteriormente revocada[11].

En México son evidentes y conocidas las limitaciones que impuso la Constitución de 1917 en su redacción original, acusadamente laicista,

[9] Cfr. A. TORRES GUTIÉRREZ, La Ley de Separación de 1905: luces y sombras en la génesis de la laicidad en Francia, Anuario de Historia de la Iglesia 25 (2016) 165-192.

[10] Para garantizar la identidad laica de la escuela pública francesa se aprobó la Ley 2004/228, de 15 de marzo de 2014, que introduce un nuevo párrafo en el artículo L.141-5 del Código de la Educación: «En las escuelas, los colegios y los liceos públicos está prohibido llevar signos o vestimentas mediante las cuales los alumnos manifiesten ostensiblemente su pertenencia religiosa. El reglamento interior establecerá que cualquier medida disciplinaria será precedida de un diálogo con el alumno». Así pues, entra dentro del ámbito de la norma el velo de las musulmanas, la *kippá* de los judíos y la cruz de los cristiano de cierto tamaño; pero no incluye símbolos discretos. De todos modo, conviene no olvidar que la finalidad próxima de la norma fue impedir que las alumnas musulmanas que lo deseen puedan llevar el velo en de los centros públicos no universitarios que las identifica como tales.

[11] El burkini es un traje de baño, que surge en 2003 y que consta de pantalones largos, vestido y capucha, pero que deja el óvalo de la cara a la vista. La polémica surgió en julio de 2016, inmediatamente después de los atentados terroristas perpetrados en Niza y Saint-Etienn-du-Rouvray, cuando los Ayuntamientos de Cannes y Villeneuve-Loubet, en la Costa Azul, y de Cisco, en Córcega, emanaron de inmediato sendas ordenanzas prohibiendo el uso en sus zonas de playa de atuendos contrarios, entre otras razones, al principio de laicidad. Más en concreto, la Ordenanza de 5-VII-2016 de Villeneuve-Loubet vedaba el uso de vestimentas contrarias a las buenas costumbres, al principio de igualdad y que no respeten las reglas de higiene y seguridad en el baño adecuadas al dominio público marino. La norma fue recurrida y confirmada por el Tribunal Administrativo de Niza, mediante sentencia de 22 de agosto de 2016. Un nuevo recurso, esta vez al Consejo de Estado, fue estimado por este el 26 de agosto, decretando la suspensión de la prohibición. Cfr. M. T. ARECES PIÑOL, *El Consejo de Estado francés anula la prohibición del burkini,* Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 42 (2016), 1-27.

donde más que de libertad religiosa habría que hablar de mera tolerancia. La reforma constitucional de 1992 acometió la modernización de la libertad religiosa y de las relaciones entre el Estado mexicano con la Iglesia católica y las demás confesiones, modificando los artículos 3, 5, 24, 27 y 130 de la Constitución. Y, aunque supuso una mejora, los postulados laicistas siguen presentes en ellos[12], así como en la Ley de Asociaciones religiosas y

[12] El artículo 3.I mantiene que la educación «será laica y, por tanto, se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa», aunque en su fracción V reconoce que «los particulares podrán impartir educación en todos sus tipos y modalidades».

En el artículo 5 desaparece la prohibición expresa de las órdenes monásticas y del voto religioso, aunque ahora puede entenderse implícitamente contenida en el mismo precepto.

El artículo 27.II suprime la prohibición de que las asociaciones religiosas puedan intervenir en el tráfico jurídico, pero precisa que «tendrán capacidad para adquirir, poseer o administrar, exclusivamente, los bienes que sean indispensables para su objeto, con los requisitos y limitaciones que establezca la ley reglamentaria». De igual modo, el artículo 27.III elimina la prohibición de que las corporaciones e instituciones de beneficencia pudieran estar bajo el patronato, dirección, administración, cargo o vigilancia de corporaciones o instituciones religiosas, de ministros de los cultos o de sus asimilados», pero mantiene la restricción de que «no podrán adquirir más bienes raíces que los indispensables para su objeto inmediato o directamente relacionado a él, con sujeción a lo que determine la ley reglamentaria».

El artículo 24 reconoce la libertad religiosa, pero añade que «los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria». En cualquier caso la libertad religiosa y, en conexión con ella, el principio de igualdad y no discriminación por razón de religión, aparece limitados en varios preceptos. Así, por ejemplo, los artículos 55 y 58 determinan, respectivamente, que para poder ser diputado o senador se requiere «no ser ministro de algún culto religioso», y el artículo 82 exige «no pertenecer al estado eclesiástico ni ser ministro de algún culto» para poder ser Presidente de la República».

De especial significado es el artículo 130, que regula la dimensión colectiva de la libertad religiosa inspirándose en «el principio histórico de separación del Estado y las iglesias», y que alterna el reconocimiento de algunos ámbitos de libertad (personalidad jurídica de las Iglesias y agrupaciones religiosas, y respeto a su vida interna) con las prohibiciones a los ministros de culto (no podrán desempeñar cargos públicos, ni ser votados, ni asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido, asociación política alguna, ni oponerse a las leyes del país o a sus instituciones en reunión pública, en actos del culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso) e incluso a sus ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges, así

culto público de 1992 y en su Reglamento de 2003[13]. Más recientemente, se han aprobado dos nuevas reformas constitucionales en la materia: una, en 2012, introdujo en el artículo 40 una declaración expresa de que la República de México *es laica,* algo que se daba por supuesto; y otra, en 2013, dio una nueva redacción al artículo 24.1, reconociendo con mayor amplitud el derecho de libertad religiosa[14]. El carácter antagónico que les dieron sus respectivos promotores, unos para subrayar la identidad laica (*rectius,* laicista) y otros para describir con mayor precisión el contenido de la libertad religiosa, explica que en el fondo la situación haya quedado como estaba, es decir, prevaleciendo la laicidad del Estado sobre la libertad religiosa de las personas y de las confesiones[15].

El caso de Turquía difiere de los anteriores porque en su Constitución no se limita a declararse *Estado laico* (art. 2), sino que su artículo 4 afirma tajantemente:

> La disposición del artículo 1 de la Constitución que establece la forma del Estado como República, *las disposiciones del artículo 2*

como las asociaciones religiosas a que aquellos pertenezcan (que serán incapaces para heredar por testamento, de las personas a quienes los propios ministros hayan dirigido o auxiliado espiritualmente y no tengan parentesco dentro del cuarto grado). También queda estrictamente prohibida la formación de toda clase de agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación cualquiera que la relacione con alguna confesión religiosa, así como la celebración de reuniones de carácter político en los templos.

[13] Me remito a la breve exposición y a la bibliografía citada en J. FERRER ORTIZ, La Ley orgánica de Libertad Religiosa de 1980 y su proyección en Iberoamérica, en J. DEL PICÓ RUBIO (coordinador), Derecho de la libertad de creencias. Estudios en conmemoración del décimo aniversario de la entrada en vigencia de la Ley N.º 19.638, sobre Constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas ("Ley de Cultos"), Abedelo Perrot, Santiago de Chile 2010, 60-64.

[14] «Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado. Esta libertad incluye el derecho de participar, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. Nadie podrá utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política».

[15] Cfr. J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ, La reforma al artículo 24 constitucional de 2013 o el parto de los montes, Ars Iuris 49 (2013) 289-304.

> *sobre las características de la República* y la disposición del artículo 3 [relativa a la integridad del Estado su idioma oficial, bandera, himno nacional y capital] *no se enmendarán, ni se propondrá su enmienda.*

Esto significa que el carácter laico de Turquía es constitucionalmente irrevocable. Y se justifica por la necesidad de garantizar la democracia en el país frente a la amenaza de posturas religiosas radicales. Esto explica que, con cierta frecuencia, el Tribunal europeo de derechos humanos al pronunciarse sobre las demandas presentadas contra Turquía por restringir determinadas manifestaciones públicas de religiosidad, considere que están justificadas porque salvaguardan la laicidad, incluso en casos de disolución de partidos políticos o de purgas de oficiales del ejército[16]. Ya se comprende que la situación es del todo excepcional, aunque sirve para mostrar que el *Estado laico (laicista)* limita la libertad religiosa de sus ciudadanos y de los grupos en que se integran.

A la vista de todo lo anterior se puede concluir que, aunque se observa un tránsito del Estado laico a la laicidad del Estado, esta última expresión no ha terminado de liberarse del sentido negativo que adquirió en la Edad Moderna, de ahí que en ocasiones el término *laico* sigue empleándose como sinónimo de *laicista* y el término *laicidad* como sinónimo de *laicismo*. Esto hace que exista cierto escepticismo acerca de la idoneidad del término recuperado –*laicidad*– para referirse a un rasgo distintivo del Estado democrático contemporáneo y que sea conveniente precisar que se trata de una *laicidad positiva*: que reconoce la dimensión individual, colectiva e institucional del fenómeno religioso, que se asienta en la autonomía e independencia mutuas entre el Estado y las confesiones, y que favorece la existencia de relaciones de cooperación con ellas, teniendo en cuenta su relevancia social.

Y es que, como ha escrito con agudeza Navarro-Valls, la laicidad «para unos se ha convertido en una noción *redundante,* precisamente porque la laicidad es una nota implícita en la noción misma de Estado; para otros es una noción *ambigua,* una mera entidad nominalística; en todo caso se destaca su sentido *no unívoco*, e, incluso, se la tacha de noción

[16] Cfr. R. NAVARRO-VALLS y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia,* Iustel, Madrid 20122, 322-324.

inútil, al faltarle aquella claridad y univocidad de significado que exige el rigor jurídico»[17]. Todo lo cual puede trasladarse con mayor motivo al término *laico*, de ahí que su mención explícita en las Constituciones de los países hoy en día no ofrece ninguna ventaja y sí presenta importantes inconvenientes al reconocimiento real y efectivo de la libertad religiosa.

II. La laicidad del estado en el magisterio pontificio

La Iglesia católica, por su parte, también ha asumido la distinción entre el *laicismo,* que se realiza en un espíritu de hostilidad del Estado en relación a la religión y, más todavía, hacia la presencia de las confesiones en la sociedad civil; y la *laicidad,* como ámbito propio de las realidades temporales regidas por principios específicos, que se manifiestan en el riguroso respeto de la competencia de las autoridades, civiles y religiosas, en sus respectivos campos, con el fin de garantizar la independencia y la soberanía de cada una en su propia esfera de actuación[18]. Así se comprende que, ya en 1958, Pío XII hablara de una *legittima sana laicità dello Stato*[19], como uno de los principios de la doctrina social de la Iglesia, fundada sobre el dualismo cristiano[20] y que, más tarde, el Concilio Vaticano II sentara sus bases en torno al principio de la autonomía de lo temporal[21].

Por su parte, Juan Pablo II se refirió en diversas ocasiones a la laicidad. Unas veces en relación con el principio de cooperación con las

[17] R. NAVARRO-VALLS, *Los Estados frente a la Iglesia,* Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado IX (1993) 29-30.

[18] Cfr. L. SPINELLI, Problematica attuale nei rapporti tra Chiesa e Stato, Modena 1970, 15-16 y 31.

[19] Cfr. PÍO XII, *Discorso alla colonia delle Marche a Roma,* 23-III-1958, Acta Apostolicae Sedis L (1958) 220.

[20] El cristianismo superó el monismo, propio del mundo antiguo, en el que no se distinguía el poder temporal del espiritual, lo político de lo religioso; y lo hizo a partir de las palabras de Jesucristo, recogidas en el Evangelio: «Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios» (Mateo XXII, 21; Marcos XII, 17; y Lucas XX, 25).

[21] Cfr. CONCILIO VATICANO II, *Constitución Gaudium et Spes,* 7-XII-1965, nn. 36 y 76.

Iglesias y las organizaciones religiosas[22], recordando que «en las relaciones con los poderes públicos, la Iglesia no pide volver a formas de Estado confesional. Al mismo tiempo, deplora todo tipo de laicismo ideológico o separación hostil entre las instituciones civiles y las confesiones religiosas»[23]. Abundando en esta idea, en otras ocasiones precisó el sentido y alcance de los términos laicidad y laicismo:

> Se invoca a menudo el principio de la laicidad, de por sí legítimo, si se entiende como la distinción entre la comunidad política y las religiones (cf. *Gaudium et spes*, 76). Sin embargo, distinción no quiere decir ignorancia. Laicidad no es laicismo. Es únicamente el respeto de todas las creencias por parte del Estado, que asegura el libre ejercicio de las actividades del culto, espirituales, culturales y caritativas de las comunidades de creyentes. En una sociedad pluralista, la laicidad es un lugar de comunicación entre las diversas tradiciones espirituales y la nación[24].

Particularmente significativas fueron las palabras que, refiriéndose en concreto a la situación española, pronunció Juan Pablo II en 2004:

> En el ámbito social se va difundiendo también una mentalidad inspirada en el laicismo, ideología que lleva gradualmente, de forma más o menos consciente, a la restricción de la libertad religiosa hasta promover un desprecio o ignorancia de lo religioso, relegando la fe a la esfera de lo privado y oponiéndose a su expresión pública. Esto no forma parte de la tradición española más noble, pues la impronta que la fe católica ha dejado en la vida y la cultura de los españoles es muy profunda para que se ceda a la tentación de silenciarla. Un recto concepto de libertad religiosa no es compatible con esa ideología, que a veces se presenta como la única voz de la racionalidad. No se puede cercenar la libertad religiosa sin privar al hombre de algo fundamental[25].

---

[22] Cfr. JUAN PABLO II, *Exhortación apostólica Ecclesia in Europa,* 28-VI-2003, n. 114.

[23] *Ibidem,* n. 117.

[24] IDEM, Discurso al Cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede, 12-I-2004, n. 3.

[25] IDEM, Discurso a los Obispos españoles en visita "ad limina", 24-I-2005, n. 4.

Benedicto XVI también se manifestó sobre la laicidad en varias ocasiones, distinguiéndola del laicismo y calificándola de *sana laicidad* y de *laicidad positiva.* En unos casos sus intervenciones tuvieron lugar en un marco de clara significación política, al pronunciarse sobre las exigencias propias de la laicidad del Estado en países como Italia[26], México[27], Estados Unidos[28] o Francia[29]. En otros casos fueron intervenciones en foros académicos, como su Mensaje en el Encuentro sobe *Libertad y laicidad*[30], o su discurso en un Congreso sobre *La laicidad y las laicidades,* donde constató que en el mundo de hoy existen muchas maneras –a veces opuestas e incluso contradictorias– de entender y vivir la laicidad, estando bastante extendida una acepción ideológica –opuesta a la que tenía en su origen–, que la concibe como «exclusión de la religión y de sus símbolos de la vida pública mediante su confinamiento al ámbito privado y a la conciencia individual»[31]. El Papa se detuvo en precisar sus manifestaciones, entre las que mencionó la total separación entre el Estado y la Iglesia, que niega a ésta cualquier posible intervención en temas relativos a la vida y a la conducta de los ciudadanos; la citada exclusión de símbolos religiosos de los lugares destinados al desempeño de las funciones propias de la comunidad política: oficinas, escuelas, tribunales, hospitales, cárceles, etc.; los denominados pensamiento laico, moral laica, ciencia laica, política laica.

De todos modos, el Papa no se limitó a describir los rasgos negativos de esta perversión de la laicidad, sino que señaló los perfiles propios de la *legitima sana laicidad del Estado*:

---

[26] BENEDICTO XVI, Discurso durante la visita al Presidente de Italia en el Palacio del Quirinal, 24-VI-2005.

[27] IDEM, Discurso al Embajador de la República de México ante la Santa Sede, 23-IX-2005.

[28] IDEM, Conferencia de prensa durante el vuelo hacia Washington, 15-IV-2008.

[29] IDEM, Discurso en el encuentro con las autoridades del Estado en el Palacio del Elíseo, 12-IX-2008.

[30] IDEM, Carta al Presidente del Senado italiano, con motivo del encuentro de Nursia sobre "Libertad y laicidad", 15-X-2005.

[31] IDEM, Discurso al 56.º Congreso nacional de la Unión de juristas católicos italianos, sobre "La laicidad y las laicidades", 9-XII-2006.

> Implica que las realidades terrenas ciertamente gozan de una autonomía efectiva de la esfera eclesiástica, pero no del orden moral. Por tanto, a la Iglesia no compete indicar cuál ordenamiento político y social se debe preferir, sino que es el pueblo quien debe decidir libremente los modos mejores y más adecuados de organizar la vida política. Toda intervención directa de la Iglesia en este campo sería una injerencia indebida.
>
> (...) Implica que el Estado no considere la religión como un simple sentimiento individual, que se podría confinar al ámbito privado. Al contrario, la religión, al estar organizada también en estructuras visibles, como sucede con la Iglesia, se ha de reconocer como presencia comunitaria pública. Esto supone, además, que a cada confesión religiosa (con tal de que no esté en contraste con el orden moral y no sea peligrosa para el orden público) se le garantice el libre ejercicio de las actividades de culto –espirituales, culturales, educativas y caritativas– de la comunidad de los creyentes.
>
> A la luz de estas consideraciones, ciertamente no es signo de sana laicidad, sino su degeneración en laicismo, la hostilidad contra cualquier forma de relevancia política y cultural de la religión; en particular, contra la presencia de todo símbolo religioso en las instituciones públicas.
>
> Tampoco es signo de sana laicidad negar a la comunidad cristiana, y a quienes la representan legítimamente, el derecho de pronunciarse sobre los problemas morales que hoy interpelan la conciencia de todos los seres humanos, en particular de los legisladores y de los juristas[32].

Asimismo el Papa Francisco se ha pronunciado sobre esta cuestión en varias ocasiones, aunque más brevemente. Así, por ejemplo, lo hizo en Río de Janeiro en 2013:

---

[32] «En efecto –aclaró–, no se trata de injerencia indebida de la Iglesia en la actividad legislativa, propia y exclusiva del Estado, sino de la afirmación y de la defensa de los grandes valores que dan sentido a la vida de la persona y salvaguardan su dignidad. Estos valores, antes de ser cristianos, son humanos; por eso ante ellos no puede quedar indiferente y silenciosa la Iglesia, que tiene el deber de proclamar con firmeza la verdad sobre el hombre y sobre su destino» *(Ibidem).*

> La convivencia pacífica entre las diferentes religiones se ve beneficiada por la laicidad del Estado, que, sin asumir como propia ninguna posición confesional, respeta y valora la presencia de la dimensión religiosa en la sociedad, favoreciendo sus expresiones más concretas[33].

Y unos años después, en mayo de 2016, en una entrevista concedida al diario francés *La Croix* a la pregunta de cómo es, un su opinión, una buena laicidad, respondió diciendo:

> Un Estado debe ser laico. Los Estados confesionales terminan mal. Eso es contrario a la historia. Creo que una laicidad acompañada de una ley sólida que garantice la libertad religiosa ofrece un marco para avanzar. Somos todos iguales, como hijos de Dios o con nuestra dignidad personal; pero cada uno debe tener la libertad de exteriorizar su propia fe. (…) Se debe poder profesar la propia fe no al lado sino en el seno de la cultura. La pequeña crítica que yo le haría a Francia al respecto es que exagera la laicidad. Eso proviene de una manera de considerar las religiones como una subcultura y no como una cultura de pleno derecho. Temo que todavía persista este enfoque, comprensible dado el legado de las Luces. Francia debería avanzar un paso en este tema para aceptar que la apertura a la trascendencia sea un derecho para todos[34].

Y ese mismo año en otra entrevista, esta publicada en el semanario belga *Tertio,* al ser preguntado acerca de si en tiempos de secularización la religión tiene que ser reservada a la vida privada, el Papa contestó:

> Hay una sana laicidad, por ejemplo, la laicidad del Estado. En general, el Estado laico es bueno. Es mejor que un estado confesional, porque los estados confesionales terminan mal. Pero una cosa es laicidad y otra cosa es laicismo. Y el laicismo cierra las puertas a la

[33] Francisco, Discurso en el encuentro con la clase dirigente de Brasil, con ocasión de la XXVIII Jornada Mundial de la Juventud, 27-VII-2013, n. 3.

[34] IDEM, *Entretien exclusif Pape François,* La Croix, 17-V-2016, 2-5; traducción española en http://www.elpapaenlaprensa.com/2016/06/ (última visita el 14-XII-2018).

trascendencia: a la doble trascendencia, tanto la trascendencia hacia los demás como, sobre todo, la trascendencia hacia Dios[35].

En definitiva, se advierte que los Pontífices se inclinan por precisar los contornos de la laicidad del Estado y, conscientes, de la posible confusión del término con el *laicismo*, la distinguen de este y, por si fuera poco, precisa que se refieren a la *sana laicidad del Estado*, la que en otros lugares se denomina *laicidad positiva.* En cambio son muy pocas las ocasiones en que emplean la expresión *Estado laico*, lo que resulta lógico, pues resulta equívoca y, tal y como hemos visto en el epígrafe anterior, cuando figura expresamente en las Constituciones políticas se convierte en sinónimo de *Estado laicista* o, cuando menos de Estado que antepone su concepción del principio de laicidad al de libertad religiosa.

III. La laicidad del Estado peruano

Después de llevar a cabo en los dos epígrafes anteriores una imprescindible aproximación a la formación, evolución y significado de los conceptos fundamentales, es el momento de abordar la laicidad del Estado en la Constitución, en la doctrina y en las sentencias del Tribunal constitucional del Perú.

3.1. El principio de laicidad en la Constitución

La Constitución Política de 1993 sienta las bases del tratamiento del factor social religioso fundamentalmente en dos preceptos[36], en los que es posible identificar, respectivamente, los principios de libertad e igualdad religiosa, y los principios de laicidad del Estado y de cooperación con las confesiones.

---

[35] IDEM, *Intervista del Santo Padre Francesco al settimanale cattolico belga «Tertio»,* Bolletino Sala Stampa Santa Sede, 7-12-2016, accesibles la versión original en español y la traducción al italiano en https://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2016/12/07/0882/01951.html (última visita el 14-XII-2018).

[36] Hay otras referencias, que pueden entenderse como proyecciones de la libertad religiosa, en el artículo 14 («la educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias») y en el artículo 37 («no se concede extradición si se considera que ha sido solicitada con el fin de perseguir o castigar por motivo de religión»), que así quedan apuntadas.

En efecto, en primer lugar el artículo 2 reconoce de una parte que *toda persona tiene derecho a la libertad de religión, individual y asociada*, añadiendo que «no hay persecución por razón de ideas o creencias», que «no hay delito de opinión» y que «el ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público» (párrafo 3). Es lo que en el ámbito del Derecho eclesiástico comparado se denomina principio de libertad religiosa. Y de otra parte, y estrechamente ligado a éste, el mismo artículo 2 formula el principio de igualdad religiosa, proclamando que toda persona tiene derecho «a *la igualdad ante la ley*» y que «*nadie deber ser discriminado por motivo de [...] religión*» (párrafo 2). El precepto es muy similar, incluso idéntico en algunas frases, a su precedente: el artículo 2 de la Constitución de 1979.

Y, en segundo lugar, el artículo 50 fija la posición del Estado peruano respecto al reconocimiento de la dimensión colectiva e institucional del factor religioso:

> Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración.
>
> El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas.

Los términos empleados son muy semejantes a los del artículo 86 de la Constitución de 1979[37], ya que la Comisión de Constitución y Reglamento en su 52.ª sesión, celebrada el 3 de mayo de 1993, aprobó por unanimidad mantenerlo[38]. Así que pasó al texto definitivo con el numeral 50, sin cambios significativos, salvo la adición de la afirmación de que *el Estado respeta otras confesiones*. Por este motivo, para captar el origen y alcance del precepto vigente es preciso remontarse al debate constitucional de 1979.

---

[37] «Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú. Le presta su colaboración.

»El Estado puede también establecer formas de colaboración con otras confesiones».

[38] Cfr. Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento, tomo IV, Lima 1993, 2188.

Además fue entonces cuando se produjeron los cambios más significativos en la materia, al derogar la Constitución de 1933, que aunaba el reconocimiento de la libertad de conciencia y de creencia con una declaración de protección de la Iglesia católica, fundada en la realidad sociológica del país[39]. La Constitución de 1979 reconoció con mayor amplitud la libertad religiosa y declaró la aconfesionalidad o laicidad del Estado con una fórmula positiva, al afirmar *la autonomía e independencia de la Iglesia y del Estado*[40]. Junto a este principio fundamental, incluyó a renglón seguido el principio de cooperación con la Iglesia católica, a la que menciona con su nombre y apellido[41], y con otras confesiones sin especificar[42].

[39] En efecto, de una parte el artículo 59 disponía: «La libertad de conciencia y de creencia es inviolable. Nadie será perseguido por razón de sus ideas»; y, de otra, el artículo 232 afirmaba: «Respetando los sentimientos de la mayoría nacional, el Estado protege la Religión Católica, Apostólica y Romana. Las demás religiones gozan de libertad para el ejercicio de sus respectivos cultos». Disponía también que «las relaciones entre el Estado y la Iglesia Católica se regirán por Concordatos celebrados por el Poder Ejecutivo y aprobados por el Congreso» (art. 234, redacción de 1940). Este panorama general se completaba con el Patronato Nacional del Estado sobre la Iglesia católica (art. 233).

[40] Estas palabras recuerdan a las contenidas en el número 76 de la Constitución Apostólica *Gaudium et Spes,* del Concilio Vaticano II (7-XII-1965): «La comunidad política y la Iglesia son independientes y autónomas, cada una en su propio terreno. Ambas, sin embargo, aunque por diverso título, están al servicio de la vocación personal y social del hombre. Este servicio lo realizarán con tanta mayor eficacia, para bien de todos, cuanto mejor cultiven ambas entre sí una sana cooperación habida cuenta de las circunstancias de lugar y tiempo».

[41] Esta colaboración se materializó de forma prácticamente inmediata con la firma del Acuerdo concordatario de 19 de julio de 1980, elaborado al mismo tiempo que la Constitución de 1979, y aprobado por Decreto-Ley número 2311. Estuvo precedido por el Decreto-Ley número 23147, derogatorio del Decreto dictatorial de 27 de enero de 1880 sobre el Patronato nacional, que dejó expedito el camino a un nuevo sistema de relaciones institucionales entre el Estado peruano y la Iglesia católica. El canje de los instrumentos jurídicos de ratificación, tuvo lugar una semana después, el 26 de julio de 1980. Los términos en que está redactado el artículo 1 del Acuerdo están en sintonía con los del artículo 86 de la Constitución de 1979: «La Iglesia Católica en el Perú goza de plena independencia y autonomía. Además, en reconocimiento a la importante función ejercida en la formación histórica, cultural y moral del país, la misma Iglesia recibe del Estado la colaboración conveniente para la mejor realización de su servicio a la comunidad nacional».

[42] En cuanto a las confesiones minoritarias conviene destacar años más tarde, estando en vigor la Constitución de 1993, su activa intervención en los trabajos

El precepto se comenzó a gestar en la 10.ª sesión de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente, celebrada el 2 de noviembre de 1978, a la que fue invitado Mons. José Dammert Bellido, Presidente de la Conferencia Episcopal peruana, para conversar sobre las relaciones entre la Iglesia y el Estado[43]. Posteriormente, el 19 de julio de 1978, la Conferencia Episcopal peruana propuso a la Asamblea Constituyente la fórmula que, con ligeros cambios, se incorporó al texto final[44].

El Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente muestra el grado de aceptación del que terminó convirtiéndose en el artículo 86 de la Constitución de 1979. Así por ejemplo, el Sr. Townsend (APRA) destacó en su intervención que el precepto sentaba la nueva posición de Estado con relación a la Iglesia y consagraba el principio de separación en términos de amistad y armonía, abierto a la colaboración con otras confesiones. El Sr. Arana Quiroz (APRA), miembro del Concilio Nacional Evangélico del Perú, alabó el tránsito de la tolerancia a la libertad religiosa, la separación entre la Iglesia y el Estado, la cooperación con las confesiones y, en definitiva, *el trato progresista y democrático a tan importante asunto.* El Sr. Cornejo Chávez (Democracia Cristiana) manifestó que la mención explícita de la Iglesia católica y de su aportación al país es justa, no solo porque en ella no hay nada que agravie a la libertad de conciencia, sino porque *no es más que el reconocimiento de un hecho histórico y objetivamente cierto.* Finalmente, el Sr. Diez Canseco (Unidad Democrático-Popular) admitió que se reconoce la libertad de culto y la independencia y autonomía del

que concluyeron en la Ley N.º 29635 de Libertad religiosa, de 21 de diciembre de 2010, y su posterior Reglamento, de 27 de julio de 2011, sustituido por un nuevo en 2016. El principio de cooperación cobró una especial relevancia al incluir la ley la posibilidad de que el Estado estipule Convenios de colaboración sobre temas de interés común con las confesiones inscritas en el Registro de Entidades Religiosas que hayan adquirido notorio arraigo con dimensión nacional y ofrezcan garantías de estabilidad y permanencia por su número de miembros y actividades (cfr. art. 15).

[43] Cfr. Diario de los Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978, tomo I, 137-150, en especial 139.

[44] Cfr. J. J. RUDA SANTOLARIA, *Los Sujetos de Derecho Internacional. El Caso de la Iglesia Católica y del Estado de la Ciudad del Vaticano,* Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, Lima 1995, 316-317; y L. A. CARPIO SARDÓN, *La libertad religiosa en el Perú, Derecho Eclesiástico del Estado,* Universidad de Piura, Piura 1999, 126-127.

Estado y las Iglesias, pero manifestó que la relación del Estado con una de ellas no puede ser privilegiada y cuestionó que el Estado deba prestar colaboración a las confesiones en general o a una en particular, porque afectaría a la libertad de culto[45].

3.2. El principio de laicidad en la doctrina

Pasando al plano doctrinal, destacaría la valoración positiva del artículo 86 realizada por de Ruda Santolaria[46]. Afirma que se inspira en el principio de libertad religiosa y delinea una separación entre la Iglesia y el Estado sin connotaciones rupturistas, abierto a la colaboración en razón del reconocimiento del aporte pasado y presente de la Iglesia católica al Perú. Añade que una de las fuentes del precepto es el artículo 16.3 de la Constitución española de 1978:

> Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

De la comparación entre ambos textos cabe destacar que la norma peruana es más precisa en la formulación del principio de aconfesionalidad o laicidad del Estado y más generosa en el reconocimiento de la aportación de la Iglesia católica a la sociedad, mientras que la norma española destaca porque enuncia el principio de cooperación, situando más claramente en un plano de igualdad a todas las confesiones, y conectándolo con la presencia de las creencias religiosas en la sociedad. En el caso español la mención expresa de la Iglesia católica, respaldada por los diputados constituyentes, se justifica también como la constatación del hecho de su importancia en

---

[45] Para el examen de estas y todas las intervenciones sobre el entonces artículo 74, que tuvieron lugar en la 33.ª sesión, celebrada en 24 de abril de 1979, cfr. Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente 1978, tomo VI, 251-293. Vid. la interesante síntesis de L. A. CARPIO SARDÓN, *La libertad religiosa en el Perú, Derecho Eclesiástico del Estado,* cit., 113-125.

[46] Cfr. J. J. RUDA SANTOLARIA, Los Sujetos de Derecho Internacional, cit., 317-319; e IDEM, Relaciones Iglesia-Estado: reflexiones sobre su marco jurídico, en M. MARZAL, C. ROMERO y J. SÁNCHEZ (editores), La religión en el Perú al filo del milenio, Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, Lima 1995, 60.

el pasado y en el presente del país[47]. En el plano doctrinal Viladrich ofreció una interesante interpretación, al decir que con dicha mención la Iglesia católica se convierte en ejemplo constitucional o *paradigma extensivo del trato específico del factor religioso*, en beneficio de las demás confesiones: «es decir, que *de tanta libertad y de tanto reconocimiento jurídico de su especificidad diferencial como goce la Iglesia católica* –la de mayor arraigo y complejidad orgánica en la sociedad española–, *de otro tanto podrán gozar el resto de las confesiones»*[48].

Volviendo sobre el texto constitucional peruano, la doctrina consideró en su inmensa mayoría que la redacción del artículo 86 de la Constitución de 1979 era satisfactoria y que permitía inaugurar una nueva etapa en las relaciones entre la Iglesia y el Estado, y en el tratamiento del fenómeno

[47] Significativa y concluyente fue la intervención del Sr. Carrillo (Partido Comunista): «Si nosotros hemos votado el texto del dictamen, no es porque estemos dispuestos a dar ningún privilegio particular a la Iglesia Católica, ni porque creamos que es una forma vergonzante o solapada de afirmar la confesionalidad del Estado. (…) No hay ninguna confesionalidad solapada». Y concluyó diciendo: «Lo que hay, me parece, de una manera muy sencilla, es el reconocimiento de que en este país la Iglesia Católica, por su peso tradicional, no tiene en cuanto fuerza social ningún parangón con otras confesiones igualmente respetables, y nosotros, precisamente para no resucitar la cuestión religiosa, precisamente para mantener ese tema en sus justos límites, hemos aceptado que se cite a la Iglesia católica y a las demás confesiones en un plano de igualdad» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, n. 106, de 7 de julio de 1978, 3994).

[48] P. J. VILADRICH y J. FERRER ORTIZ, *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español,* en J. FERRER ORTIZ (coordinador), *Derecho eclesiástico del Estado español,* Eunsa, Pamplona 2012, 6.ª ed., 103. No se trata de un paradigma unificador o uniformador, que proporcione un único status y un mismo contenido al reconocimiento de todas las confesiones, sino de máxima atención a *la singularidad de cada una*, porque todas tienen derecho al reconocimiento de su *especificidad diferencial* en la misma paridad de calidad y respeto que la Iglesia católica; eso sí, siempre que se trate de confesiones *presentes en la sociedad española,* porque de lo contrario no formarían parte del *factor social real,* el único que puede y debe *ser tenido en cuenta* por los poderes públicos (cfr. *Ibidem,* 103-104). Una exposición ligeramente más extensa del argumento se encuentra en la primera versión del capítulo de P. J. VILADRICH, *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español,* en J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE *et alii, Derecho eclesiástico del Estado español,* Eunsa, Pamplona 1980, 292-294.

religioso en el Perú[49]. Esto explica que en el precepto pasara pacíficamente a la nueva Constitución de 1993, que ofrece una versión mejorada en el artículo 50 con la mención expresa del respeto del Estado a las confesiones minoritarias[50].

Sin embargo, esto no quita que en los últimos años se hayan presentado dos proyectos de ley, uno en septiembre de 2016 y otro en abril de 2017, para reformar la Constitución en cuanto al modo de concebir el principio de laicidad del Estado peruano, haciéndolo más explícito y alterando el contenido que le dieron los constituyentes. El primero de estos proyectos, impulsado por el congresista Pacori Mamani, propuso modificar el artículo 50 de la Constitución de 1993 para incorporar expresamente el reconocimiento del Perú como Estado laico y eliminar la referencia a la aportación de la Iglesia católica a la formación histórica, cultural y moral del país[51]. Unos meses después, el congresista Arana Zegarra y otros propusieron un nuevo proyecto de ley, de más amplio espectro, dirigido a modificar los artículos 6, 9, 13 , 43 y 50 de la Constitución, para explicitar el principio de laicidad del Estado y su proyección[52]. Ninguna de las iniciativas prosperaron.

[49] Cfr. L. A. CARPIO SARDÓN, *La libertad religiosa en el Perú, Derecho Eclesiástico del Estado,* cit., 126-131. Además de analizar el contenido del precepto constitucional y de sus consecuencias, entre las que destaca la renuncia del Perú al ejercicio del Patronato, en coherencia con la nueva etapa de independencia y autonomía instaurada, recoge las opiniones de diversos autores.

[50] Cfr. S. MOSQUERA MONELOS, El derecho de libertad de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico peruano, Palestra Editores, Lima 2005, 196-197.

[51] Nueva redacción: «Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado se reconoce como Estado laico y actúa de forma neutral en materia religiosa. El Estado respeta todas las confesiones religiosas». Como se advierte fácilmente, la expresión *Estado laico* resulta desacertada por redundante, pues ya está contenida en la afirmación inicial de *independencia y autonomía*, y porque se presta a ser interpretada en clave laicista, en daño al reconocimiento del principio y derecho de libertad religiosa. Además suprimir la mención expresa al legado de la Iglesia católica puede crear problemas donde no los había, pues podría ser percibida por la mayoría de la población como un desaire, mientras que mantenerla es constatar un hecho incontrovertible, que no comporta discriminación alguna.

[52] Su objetivo es mucho más ambicioso, pues la pretendida laicidad, que fácilmente se convertiría en laicismo, se proyectaría sobre todo el ordenamiento jurídico peruano. Así se entiende que los preceptos cuya redacción se pretende

En el plano doctrinal se puede distinguir dos posiciones principales: la de aquellos autores que consideran que la redacción del artículo 50 es satisfactoria y debe mantenerse, aunque pueden diferir en algunos de sus alcances; y la de quienes estiman que es desafortunada y debería eliminarse.

Entre los primeros se encuentra Mosquera Monelos, que afirma la actual *identidad no confesional* del Perú como un hecho, en contraste con el pasado y sin que haya sido necesario emplear la expresión Estado laico[53]. También considera que la mención específica de la Iglesia católica no contradice ni el principio de no confesionalidad ni el de igualdad, que autoriza «el trato diferenciado para aquello que es en efecto diferente» y tampoco desconoce «la realidad sociológica del país y la posición que el factor religioso ocupa como elemento de cohesión social»[54]. Asimismo, explica que la doble formulación y en párrafos separados del principio de cooperación, con la Iglesia católica y con otras confesiones sin especificar, no altera su contenido: «en ambos casos se trata de una opción que los poderes públicos pueden ejercer para colaborar de modo más eficaz con las

modificar afirmarían que *la política nacional de población es laica* (art. 6), que el poder ejecutivo diseñaría y conduciría *de forma plural, laica y descentralizada la política nacional de salud* (art. 9), que *la educación pública es laica* (art. 13) y que *el Estado es laico*, uno e indivisible (art. 43). Con esos presupuestos, se comprende que la redacción propuesta para el artículo 53 parece condescendiente al disponer:

> «Dentro de un régimen de igualdad, laicidad y libertad religiosa, el Estado reconoce a las iglesias, confesiones y comunidades religiosas prestándolas su colaboración de acuerdo a la ley. El Estado reconoce el importante rol histórico, cultural y moral de la Iglesia Católica y de otras confesiones en la formación histórica del Perú».
>
> Sin embargo, que a nadie lleve a error: la mención de las cuatro principios en el primer inciso de este artículo pierde fuerza respecto a los otros artículos cuya modificación se pretende, pues sentarían sin ninguna duda el predominio del laicismo del Estado sobre todo lo demás, con la reiterada afirmación de que será laica la política nacional de población y de sanidad, y la enseñanza. Como ya vimos, el Derecho comparado nos enseña que cuando un Estado se declara expresamente laico, lo que está diciendo es que es laicista y que esa concepción negativa de la laicidad prevalece sobre la libertad religiosa. En un tono menor, situar en el mismo plano el reconocimiento del legado de la Iglesia católica y de las demás confesiones, sin especificar, resulta engañoso y confuso.

[53] Cfr. S. MOSQUERA MONELOS, El derecho de libertad de conciencia y de religión…, cit., 203-204.

[54] *Ibidem*, 205.

confesiones religiosas en cuestiones comunes» y señala que así lo demuestra el notable incremento de la actividad legislativa peruana en asuntos interconfesionales en los últimos años[55].

Abundando en estas ideas, la misma autora ha escrito más recientemente que el modelo peruano de relaciones Iglesia-Estado descrito en el artículo 50 considera de modo positivo la religión y por eso establece un modelo de cooperación plural con las confesiones religiosas; y, a propósito de la laicidad del Estado peruano, enfatiza el hecho de que el tránsito de un Estado confesional a un Estado aconfesional, no es automático en el orden práctico, sino un proceso que exige tiempo[56]. Es lo que, en el caso de España, fue calificado en su momento como *un Estado en proceso de desconfesionalización*[57].

En una línea similar se mueve Oporto Patroni, que aboga por una Estado «que no prefiera ninguna religión, pero que respete la relevancia que ella tiene en su construcción y en la de la sociedad peruana»[58]. Y, a propósito del artículo 50, manifiesta que de su primera frase puede inferirse que adopta el modelo de separación, aunque a continuación afirma el modelo cooperacionista, «pues no se mantiene ajeno al fenómeno religioso (como sí lo haría un Estado separatista) pero tampoco brinda preferencia a ninguna religión (pues especifica que colaborará con todas las confesiones)»[59]. Sin embargo, recela de la mención constitucional de reconocimiento de la importancia de la Iglesia católica en la vida de la nación que, «si bien

[55] *Ibidem,* 208.

[56] Cfr. S. MOSQUERA MONELOS, *Símbolos religiosos en espacio bajo administración del Estado,* Gaceta Constitucional 40 (2011), 123 y 125.

[57] Cfr. J. J. AMORÓS AZPILICUETA, *La libertad religiosa en la Constitución Española de 1978,* Editorial Tecnos, Madrid 1984, 172-176 y, en especial, 173. Se trata de una expresión afortunada para calificar al Estado español en la etapa inmediatamente posterior a la promulgación de la Constitución de 1978. Era evidente que, desde el punto de vista formal, el Estado dejó de ser formalmente confesional de la noche a la mañana, pero no desde el punto de vista material, y bastantes normas debieron ser reformadas.

[58] G. J. OPORTO PATRONI, Simbología de origen religioso, Estado laico y derechos fundamentales. Comentarios a la STC Exp. N.º 06111-2009-PA/TC, Revista Jurídica del Perú 123 (2011) 74.

[59] Ibidem, 75.

no determina la confesionalidad del Estado peruano, introduce una serie de interrogantes»[60]. Y por eso discrepa de los argumentos empleados por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 06111-2009-PA/TC para justificar la no retirada de símbolos de origen religioso de determinados espacios públicos[61].

Algo parecido sucede con Revilla Izquierdo en su exposición de los principios del Derecho eclesiástico peruano[62]. Recuerda que el principio de laicidad, asumido cada vez por más Estados, se incorpora por primera vez a la Constitución peruana de 1979 y de ahí pasa a la de 1993. Explica que en ocasiones se le conoce también como principio de neutralidad o aconfesionalidad, caracterizado por la inexistencia de una confesión oficial, lo cual no significa que el Estado adopte una posición contraria a la religión (laicismo), que viola la libertad religiosa, sino que la laicidad del Estado garantiza aún más la libertad religiosa. Firme lo anterior, la autora considera que el cambio constitucional del Estado peruano no hizo *tabula rasa* de la confesionalidad previa y que todavía se conservan restos del sistema anterior, que conviene superar.

Para concluir las referencias, necesariamente limitadas, a esta orientación doctrinal debo referirme a la monografía de Rodríguez Ruiz, con un título principal original y sorprendente: *El Estado peruano, ni confesional ni laico,* que el subtítulo se encarga inmediatamente de aclarar: *El régimen de laicidad del Perú: Autonomía e independencia y mutua cooperación,* al mismo tiempo que brinda una ajustada síntesis del contenido del artículo 50 de la Constitución[63]. Su tesis de fondo es que la expresión *Estado laico* resulta confusa y se presta a ser interpretada en clave laicista, de ahí la afirmación inicial del título de rechazo de la expresión. Por esta razón,

[60] Ibidem.

[61] Cfr. *Ibidem,* 79-80.

[62] Cfr. M. A. REVILLA IZQUIERDO, El sistema de relación Iglesia-Estado peruano: Los principios constitucionales del derecho eclesiástico del Estado en el ordenamiento jurídico peruano, en Pensamiento Constitucional 18 (2013) 455-458; e IDEM, Derecho eclesiástico del Estado peruano, Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, Lima 2017, 32-36.

[63] Cfr. J. R. RODRÍGUEZ RUIZ, El Estado peruano, ni confesional ni laico. El régimen de laicidad del Perú: Autonomía e independencia y mutua cooperación, Konrad Adenauer Stiftung & Instituto de Estudios Social Cristianos, Lima 2018.

proclamar la autonomía e independencia recíprocos, del Estado y de las confesiones religiosas, así como señalar la existencia de campos de interés común, que propician su cooperación mutua en servicio de las personas, es mucho más expresivo y preciso para referirse al modelo real de relaciones existentes entre ellos.

En el volumen, especialmente en el primer capítulo, el autor explica por qué es preferible hablar de *laicidad del Estado* o, simplemente, de *aconfesionalidad del Estado*, pero precisando su alcance[64]. Y es que, como explica más adelante:

> La laicidad y el laicismo son incompatibles radicalmente y de ambos se deriva como un adjetivo –Estado laico–, que prescinde de la dimensión religiosa de los ciudadanos a quienes representa, expresando de este modo, la absolutización de una libertad que en definitiva rechaza las libertades intrínsecas de la persona humana[65].

Otros autores se muestran críticos con el artículo 50 de la Constitución. Es el caso de Rey Martínez, para quien «el Estado peruano es un Estado laico débil, o en otras palabras, de laicidad difícil»[66], por las siguientes razones: porque se obliga a colaborar con la Iglesia católica, mientras que puede colaborar con las demás confesiones; porque establece un *favor religionis,* al considerar la libertad religiosa como algo valioso en las esferas social y

[64] «Aconfesionalidad expresa una doble actitud, una de signo positivo y otra de signo negativo. En cuanto a la primera, la aconfesionalidad del Estado, supone la atención a las confesiones religiosas, ya que el Estado debe cuidar dos niveles de su función, el orden público y el bien común, mientras que, en la de signo negativo, el Estado no debe perseguir el ejercicio de los cultos, ni transgredir la tolerancia, ni la libertad religiosa y menos asumir una postura de absentismo, dado que el Estado debe tutelar, proteger y mantener el justo orden público, que es el respeto de los derechos de todos; la sana moralidad pública y la pacífica convivencia social» (*Ibidem,* 30).

[65] Ibidem, 59.

[66] F. REY MARTÍNEZ, Símbolos religioso en espacios públicos (del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Tribunal Constitucional Peruano, en M. P. VILCAPOMA IGNACIO (presentación), Memoria X Congreso Nacional de Derecho Constitucional & III Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional -"Néstor Pedro Sagüés-, Empresa Editora Agencia de Publicidad Creative, Huancayo 2011, 24.

pública; y porque incluye una cláusula de arraigo católico, que a su juicio va más allá de un reconocimiento *ad honorem* y sin eficacia práctica[67].

Ya se advierte que frente a esa *laicidad débil,* más conocida como *positiva*, la *laicidad fuerte*, también denominada negativa o *laicitè du combat,* se identificaría con el laicismo, como lo demuestran las objeciones el autor. Desde esa posición resulta difícil entender la lógica de que las Constituciones de 1979 y 1993 mencionen a la Iglesia católica y se refieran genéricamente a otras confesiones, y que respecto a la primera se establezca un deber de cooperación por parte del Estado y a las segundas una posibilidad de hacerlo. Es una consecuencia de la realidad social del país, que era mayoritariamente católico entonces y lo sigue siendo hoy[68] y de la propia laicidad del Estado que no justifica una obligación de cooperar con todas las confesiones sin tener en cuenta su presencia real en el país. Igualmente considerar criticable, como hace el autor citado, que la libertad religiosa en el Perú es algo valioso en lo social y público, ofrece una visión reductiva de dicha libertad que mal se compadece con la Constitución y con los textos internacionales de derechos humanos, que reconocen su dimensión pública[69]. En cambio, comparto la apreciación de Rey de que la cláusula de reconocimiento de la aportación de la Iglesia católica al Perú, no solo es la constatación de un hecho, sino también una prueba constitucional de su arraigo en el país; pero discrepo de él porque no me parece que sea un *agujero negro* a favor de ella, donde tienen cabida la protección del patrimonio eclesiástico o la presencia de la religión católica

[67] Cfr. *Ibidem,* 24-25.

[68] Según los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) sobre el Censo Nacional 2017, el último realizado hasta ahora, el 76% de los peruanos profesa la religión católica. En segundo y tercer lugar figuran, con un 14,1% los que se declaran evangélicos y con un 5,1% los que declaran no profesar religión alguna; y a continuación vienen los que se declaran cristianos (1,64%), adventistas (1,52%), testigos de Jehová (0,75%), mormones (0,49%) y otros (0,40%). Cfr. INE, *Resultados definitivos de los Censos Nacional de 2017,* Lima 2018, 58.

[69] Así, el artículo 3 de la Constitución de 1993 dispone que «el ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público», y la Declaración universal de derechos humanos (art. 18) y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (art. 18.1) reconocen la libertad de manifestar la religión o creencia «tanto en público como en privado».

en el currículo escolar[70]. El pretendido problema se desvanece aplicando el principio de igualdad y no discriminación para que las demás confesiones religiosas con notoria presencia en la sociedad, puedan gozar de esa misma protección y reconocimiento, también en otras materias que pertenecen a su propia especificidad, como las prescripciones alimenticias de judíos y musulmanes.

En un nivel de mayor discrepancia respecto a la laicidad del Perú, aunque desde una perspectiva diferente, se encuentra Abad Yupanqui. A su juicio, la cuestión principal no es tanto el tenor de las normas vigentes, sino la presencia que tiene la Iglesia católica en el país: y no solo a través de algunas cuestiones de origen religioso o como institución, sino sobre todo a través de la actuación de las personas que pertenecen a ella o que se inspiran en sus enseñanzas[71]. De todas modos, se advierte claramente que su postura está condicionada por el prejuicio de considerar que el principio de laicidad implica necesariamente que el Estado debe reconocer los derechos sexuales y reproductivos, entre los que incluye la píldora postcoital y el aborto, a los que considera derechos constitucionales implícitos[72].

En el fondo se trata del manido argumento que reduce la defensa del derecho a la vida humana en todas sus etapas a una cuestión religiosa para, a continuación, decir que no puede imponerse a quienes no creen o no profesan las mismas creencias. Es el modo habitual de negar que el respeto de la vida humana forma parte de la dignidad de la persona, con independencia de las convicciones que cada una tenga y que a todos incumbe. Desde luego, la conclusión 8 de su monografía no deja margen de duda de que invocar la laicidad del Estado tiene poco que ver con la defensa la píldora postcoital y el aborto:

---

[70] Cfr. F. REY MARTÍNEZ, Símbolos religioso en espacios públicos…, cit., 25.

[71] Cfr. S. B. ABAD YUPANQUI, ¿Es Perú un Estado laico? Análisis jurídico de los derechos sexuales y reproductivos, Católicas por el Derecho a Decidir - Perú, Lima 2012, 89 y 99.

[72] Cfr. S. B. ABAD YUPANQUI, ¿Es Perú un Estado laico?, cit., 125-143. Bien significativo de su planteamiento de fondo resulta el subtítulo elegido y el hecho de que el objeto principal lo alcance en el apartado 4, titulado: *El Estado laico y los derechos sexuales y reproductivos.*

> El grado de laicidad del Estado se encuentra íntimamente relacionado al reconocimiento y garantía de los derechos sexuales y derechos reproductivos, en tanto que estos implican consideraciones éticas y morales diversas que varían de acuerdo a cada sistema de creencias. En efecto, cada religión plantea un sistema de creencias distinto que valora de manera diversa las relaciones personales, estableciendo códigos morales. Es por ello que la laicidad del Estado es una condición necesaria para procurar el desarrollo pleno de los derechos sexuales y los derechos reproductivos, atendiendo a un enfoque de derechos humanos[73].

Retomando el debate propiamente dicho sobre el artículo 50, Marciani Burgos se muestra contraria a la laicidad del Estado peruano y a sus efectos. Parte de la concepción de la laicidad y neutralidad del Estado, propios del liberalismo, y rechaza la laicidad que se basa en una concepción positiva de la libertad religiosa y de lo religioso por su trascendencia cultural o social[74]. Ya se comprende que desde estos presupuestos el Estado se convierte en un mero espectador y que queda oscurecida su tarea de hacer que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, o su deber de tener en cuenta la realidad social. En esta misma línea no cause extrañeza que sitúe como ideal una laicidad que no se confundiría ni con el laicismo ni con la laicidad positiva[75], ignorando que este último término, como ya vimos, surge precisamente ante la equivocidad de los términos laicidad y laico, para indicar precisamente que se hace preciso distinguir la laicidad negativa (laicismo) de la laicidad positiva (o laicidad sin más). El concepto de laicidad que defiende la autora deja poco margen para el principio de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas. Por lo demás, la mayor parte de sus críticas al modo de entender la laicidad gira en torno al debate sobre signos religiosos y tradiciones culturales, para cuya solución propone «atender al nivel de incidencia que tiene el mensaje religioso en el caso concreto, y eso supone una valoración que no puede ser sino particular y contextual»[76]. Lo cual deja un amplio margen a la interpretación, donde

[73] S. B. ABAD YUPANQUI, ¿Es Perú un Estado laico?, cit., 149.

[74] B. MARCIANI BURGOS, Los dilemas de la laicidad positiva: un análisis a partir del caso peruano, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho 38 (2015) 237.

[75] Cfr. *Ibidem,* 256.

[76] Cfr. *Ibidem,* 257.

deben primar la atención de las circunstancias de cada caso concreto y el peso de los argumentos empleados, sin olvidar que la laicidad del Estado no es un fin en sí mismo sino un medio para reconocer y garantizar los derechos y libertades fundamentales de las personas.

Mucho más crítico se muestra Huaco Palomino, conocido defensor de que la Constitución afirme expresamente que el Perú es un Estado laico, y contrario al principio de cooperación entre el Estado y las confesiones:

> En nuestro propio ordenamiento jurídico dicho principio en realidad es una reformulación –sin variación de contenido– del principio de monoconfesionalidad católica del Estado. Por ende, de existir como principio, en todo caso sería uno de raigambre preconstitucional y de índole inconstitucional, y por tanto incompatible con el derecho de libertad religiosa[77].

Soria Luján se adhiere a la postura del anterior, para rechazar el principio de cooperación:

> La acción de apoyo del Estado a las iglesias, especialmente a la Iglesia Católica, no es un asunto relacionado a la promoción de derechos (en este caso la libertad religiosa) sino al carácter laico del Estado Democrático de Derecho. No apoyar no es sinónimo de atacar o intentar suprimir a una confesión religiosa. Mantenerse neutral no es sinónimo de agnosticismo o ateísmo institucional. No hacer no es sinónimo de prohibir[78].

También comparte la defensa acérrima de reformar la Constitución para afirmar el Estado laico, vinculándolo al respeto de la libertad religiosa y de las minorías, al enfoque de la ideología de género en la educación, para concluir con una frase rotunda y reveladora de que entiende el Estado laico en clave laicista:

---

[77] M. HUACO PALOMINO, Objeción de conciencia a rendir pruebas académicas en días de reposo. Las inconsistencias conceptuales del Tribunal Constitucional en materia de laicidad y libertad religiosa, Actualidad Jurídica 239 (2013) 169.

[78] D. SORIA LUJÁN, *El Estado laico en el Perú: un camino largo y sinuoso,* Gaceta Constitucional 108 (2016) 249.

Es pues importante que los ciudadanos y ciudadanas que creemos en el Estado Democrático de Derecho, laico e inclusivo, demos la batalla hasta el final contra las corrientes oscurantistas que pretenden imponer una moral pública única, contraria a la libertad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, tanto en el foro congresal como en los ambientes académicos, en los medios de comunicación y en las organizaciones de la sociedad civil»[79].

3.3. El principio de laicidad en las sentencias del Tribunal Constitucional

Desde el comienzo de su andadura hasta nuestros días el Tribunal Constitucional peruano, reunido en sesión de Pleno Jurisdiccional, se ha manifestado en diversas ocasiones sobre el principio de laicidad del Estado[80].

Es obvio que el Alto Tribunal no pretende a través de sus sentencias ofrecer una exposición teórica y sistemática de dicho principio, porque no es la tarea que tiene encomendada. Sin embargo no es menos evidente que cuando la resolución de los casos que se le plantean exigen la aplicación del

[79] *Ibidem,* 252-253.

[80] La fuerza que tienen las sentencias del Pleno del Alto Tribunal explica que no me detenga en la Sentencia del 25 de enero de 2017, pronunciada por la Sala Segunda, que se hizo pública el 13 de diciembre de 2018. Se trata de un pronunciamiento sobre el cese de una profesora estatal, que laboraba en un Colegio parroquial. Motu proprio, sin que sea objeto del *petitum,* la Sala se pregunta si la ayuda financiera que el Estado presta a los Centros Educativos de Acción Conjunta Iglesia católica-Estado peruano es conforme a la laicidad (nn. 2, 6 y 8), y ofrece una amplia digresión sobre el régimen de laicidad peruano en general (nn. 10-40) y en particular respecto a esos centros (nn. 57-69). Las afirmaciones de la sentencia sobre la laicidad, entendida como separación y neutralidad, no ofrecen reparos; pero la situación cambia cuando, a propósito del principio de colaboración invoca el principio de igualdad entre las confesiones, reduciéndolo a uniformidad de trato. Todo ello para concluir diciendo que el actual sistema de financiación parcial del Estado a los Colegios parroquiales es incompatible con el principio de laicidad, así como los servicios prestados en ellos por trabajadores públicos. De esta forma el principio de laicidad queda desvirtuado y se convierte en una fácil excusa para rechazar lo que contraría el propio gusto. En este sentido resulta rechazable propuesta de la sentencia de que el Ministerio de Educación suspenda el financiamiento a favor de los Centros de Educativos de Acción Conjunta, que cumplen una función en benefico de toda la sociedad; mientras que sería razonable la propuesta alternativa de que el sistema se amplíe a todos los centros educativos privados, con reglas claras y precisas (n. 68).

principio de laicidad, ofrece una cualificada interpretación del sentido que debe dársele a la laicidad tal y como viene formulada en el artículo 50 de la Constitución en términos de autonomía e independencia entre el Estado y las confesiones religiosas, y en relación con el principio de cooperación, igualmente constitucional, que contiene dicho precepto[81].

En las líneas que siguen, me ocuparé de ofrecer una visión panorámica, sustancialmente completa, de las afirmaciones más significativas sobre el principio de laicidad del Estado realizadas por el supremo intérprete de la Constitución en sus sentencias.

La primera es la STC 3283-2003-AA/TC, caso *Taj Mahal Discoteque y otra,* pronunciada el 15 de junio de 2004, en sesión de Pleno Jurisdiccional[82]. La propia naturaleza de la cuestión de fondo planteada, que aquí no corresponde abordar, explica que las referencias a la laicidad sean pocas y formuladas en conexión con el principio de cooperación con las confesiones religiosas, pero no por eso menos claras:

Dentro de un Estado *aconfesional* la relación entre el cuerpo político y las iglesias surgidas del reconocimiento al pluralismo religioso se rige por el *principio de incompetencia recíproca*; vale decir que, de un lado, el Estado reconoce la existencia de "espacios" en la vida de las personas en los que le está vedado regular y actuar. De manera concordante, las Iglesias aceptan como valladar ético y jurídico la intervención institucional en asuntos propiamente estatales» (n. 22).

«La lectura sistémica de la Constitución no deja duda alguna de que el Estado disocia los asuntos temporales de los asuntos espirituales; es

[81] En esta materia resulta especialmente recomendable la consulta de O. DÍAZ MUÑOZ, G. ETO CRUZ y J. FERRER ORTIZ (coordinadores), *El derecho fundamental de libertad religiosa: jurisprudencia y doctrina constitucional,* Tribunal Constitucional & Centro de Estudios Constitucionales, Lima 2014. Se trata de un volumen que reúne las sentencias del Alto Tribunal sobre libertad religiosa, pronunciadas entre 1996 y 2013, acompañadas de comentarios doctrinales a cargo de especialistas en la materia, profesores de Universidades peruanas y españolas.

[82] Cfr. G. FLORES SANTANA, Orden público y celebraciones religiosas. Comentario a la STC 3283-2003-AA/TC, en O. DÍAZ MUÑOZ, G. ETO CRUZ y J. FERRER ORTIZ (coordinadores), *El derecho fundamental de libertad religiosa,* cit., 165-175.

decir, que los aspectos vinculados con la fe trascendente y la moral están librados única y exclusivamente a la conciencia de cada persona" (n. 23).

A continuación, el Alto Tribunal se refiere a la Iglesia católica en particular y distingue lo que el Estado puede y no puede hacer para conjugar el respeto al principio de cooperación y al principio de aconfesionalidad (laicidad), así como al principio y derecho de libertad religiosa:

> [E]l deber de colaboración estatal a favor de la Iglesia Católica como reconocimiento del importantísimo papel que tuvo en la formación histórica, cultural y moral del país, no supone que se permita la invasión a la esfera de otras creencias o maneras de pensar, pues de ser así no tendría sentido que la propia Constitución proclame una libertad que luego se esforzaría en neutralizar (n. 24).
>
> Este Colegiado considera que, aun cuando existiesen costumbres religiosas arraigadas en nuestra colectividad, ello no significa que el Estado, en sentido lato, esté facultado para establecer prohibiciones a conductas no compatibles con los dogmas y ritos católicos; claro está, siempre que tales comportamientos no ofendan a la moral pública ni transgredan el orden público (n. 25).
>
> Por ello, si algún organismo del Estado prohibiera a las personas que actúen según las exigencias derivadas de sus costumbres religiosas, estaría violentando el principio de inmunidad de coacción y, por ende, transgrediendo el derecho a la libertad de conciencia y de religión (n. 26).

El siguiente pronunciamiento es la STC 5680-2009-PA/TC, *caso Félix Wagner Arista Torres,* dictada el 28 de octubre de 2010, en sesión de Pleno Jurisdiccional[83]. El tema planteado gira en torno al derecho de libertad religiosa, pero en relación a él se contienen interesantes reflexiones sobre sus relaciones con otros principios constitucionales, como los de laicidad y cooperación:

[83] Cfr. M. RODRÍGUEZ BLANCO, El contenido del derecho fundamental de libertad religiosa. Comentario a la STC 5680-2009-PA/TC, en O. DÍAZ MUÑOZ, G. ETO CRUZ y J. FERRER ORTIZ (coordinadores), El derecho fundamental de libertad religiosa, cit., 41-81.

> En el contexto señalado y si la libertad religiosa es asumida a título de atributo fundamental, cabe preguntarse cómo es que se conciben sus alcances en el contexto de un modelo constitucional como el peruano, en el que, como ya se ha consignado, existe un Estado Laico, garante de dicha libertad, y un compromiso de cooperación de dicho Estado específicamente en favor de la religión católica (n. 19).

A este respecto, el Colegiado señala que la mención expresa de la Iglesia católica en el artículo 50 de la Constitución debe interpretarse sin menoscabo del reconocimiento de la libertad religiosa (cfr. n. 20) ni del principio de cooperación con otras confesiones, también incluido en dicho precepto. En consecuencia explica dicha referencia diciendo:

> Se trata, en otras palabras, de un reconocimiento especial que hace el Estado en tanto la misma ha coadyuvado a la realización de los propios valores que nuestra Constitución Histórica ha venido proclamando. Sin embargo, de allí a pensar que las convicciones católicas deben determinar el comportamiento de las personas, como incluso, el de las autoridades, obligando a que las funciones o competencias tengan que subordinarse a los postulados de dicha fe, resulta, a todas luces, ilegítimo en un Estado donde el pluralismo de creencias religiosas constituye un componente esencial derivado, tanto del principio de primacía de la persona humana como del sustento democrático (n. 21).

En el mismo sentido reconoce el arraigo del catolicismo en la sociedad y su condición de confesión mayoritaria en el país, y concluye diciendo:

> Sin perjuicio de que las mismas sean mantenidas o legítimamente respetadas y sin que ello suponga negar la indudable incidencia de la fe católica en nuestra historia, hay que saber respetar el derecho de quienes no comparten dicha fe y, por tanto, garantizar la plena autodeterminación de cada persona según sus propias convicciones. No en vano, y como enfatiza la propia norma fundamental, el reconocimiento y la colaboración a la Iglesia Católica es sin perjuicio del respeto por otras confesiones y sin la negación de vínculos o fórmulas de apoyo en torno a ellas (n. 21).

De especial interés es la STC 6111-2009-PA/TC, caso *Jorge Manuel Linares Bustamante,* pronunciada el 7 de marzo de 2011, en sesión de Pleno Jurisdiccional[84]. Es una de las sentencias que más se extiende sobre el sentido y alcance del principio de laicidad del Estado, en sí mismo considerado o en relación a otros principios constitucionales.

Respecto a la primera cuestión, nos encontramos con un apartado que lleva por título: El principio de laicidad del Estado y que agrupa los números 23 a 28. Entre ellos cabe empezar por la singularidad del modelo peruano de relación entre el Estado y las confesiones, que contrasta con los Estados confesionales sustentados en una religión:

> Nuestro Estado se encuentra formalmente separado de toda confesión religiosa, y por lo tanto, no proclama como oficial religión alguna, consagrando, en el citado artículo 50º de la Constitución, el *principio de laicidad del Estado*, conforme al cual el Estado declara su *"independencia y autonomía"* respecto de la Iglesia católica o cualquier otra confesión religiosa. Se trata, por consiguiente, de un Estado típicamente laico o aconfesional, en el que si bien se proclama y garantiza la libertad religiosa, no se asume postura a favor de ninguna confesión en particular (n 24).

Esta afirmación, como se explica más adelante, no queda menoscabada por el reconocimiento del importante papel desempeñado por la Iglesia católica en la formación del Perú:

> Interrogarse en torno del porqué de tal proclama no es, por otra parte, intrascendente, habida cuenta de que desde los inicios de nuestra vida republicana (e incluso antes) la religión católica ha sido decisiva en el proceso de construcción de muchos de nuestros valores como sociedad. Sólo así se explica que buena parte de nuestra Constitución Histórica coincida con referentes notablemente desarrollados por el pensamiento católico (como ocurre con la dignidad, por ejemplo) (n. 26).

[84] Cfr. J. FERRER ORTIZ, La presencia de símbolos de origen religioso en el espacio público y la libertad de no declarar la propia religión. Comentario a la STC 6111-2009-PA/TC, en O. DÍAZ MUÑOZ, G. ETO CRUZ y J. FERRER ORTIZ (coordinadores), El derecho fundamental de libertad religiosa, cit., 83-134.

La sentencia continúa diciendo:

> Que exista un reconocimiento expreso en torno a la importancia indudable que ha tenido la religión católica en el desarrollo de nuestras tradiciones como nación no impide, sin embargo, que desde el Estado se proclame el pluralismo religioso, pues, como ya se ha señalado, nuestro modelo constitucional ha optado por la aconfesionalidad, lo que supone no sólo una postura neutral sino, y por sobre todo, garantías en igualdad de condiciones para todas las confesiones religiosas y para quienes comulguen con ellas (n. 27).

La compatibilidad entre la mención de la Iglesia católica y el principio de laicidad se hace expresa en el siguiente fundamento, que contiene una interesante precisión sobre el alcance que debe darse a dicho principio:

> Ahora bien, esta radical incompetencia del Estado ante la fe no significa que, con la excusa de la laicidad, pueda adoptar una actitud agnóstica o atea o refugiarse en una pasividad o indiferentismo respecto del factor religioso, pues, en tal caso, abandonaría su incompetencia ante la fe y la práctica religiosa que le impone definirse como Estado laico, para convertirse en una suerte de Estado confesional no religioso. Así, tanto puede afectar a la libertad religiosa un Estado confesional como un Estado "laicista", hostil a lo religioso (n. 28).

Que se trata de una laicidad positiva (y no negativa o laicismo) se pone de manifiesto a propósito del principio de colaboración del Estado con las confesiones, expresión de que «la Constitución considera importante el componente religioso perceptible en la sociedad peruana» (n. 29); además, «eleva a rango constitucional la existencia de relaciones entre el Estado y las confesiones, y define la naturaleza de esas relaciones mediante el concepto de *colaboración*» (n. 30). El modelo queda así nítidamente perfilado:

> El término "colaboración" que emplea la Constitución indica que nuestro modelo constitucional no responde ni a los sistemas de unión, ni a los sistemas de separación absoluta entre el Estado y las confesiones. La colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas es un lugar de encuentro equidistante de la unión y la incomunicación entre ellos (n. 31).

A renglón seguido, el Alto Tribunal cita los convenios de colaboración entre el Estado y las confesiones «como la forma más importante de materializar el principio de colaboración» (n. 32), no solo con la Iglesia católica, sino con otras confesiones religiosas y menciona el ejemplo de España, que desde 1992 cuenta con convenios de cooperación con la la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Judías de España y la Comisión Islámica de España, que se suman a los acuerdos de cooperación firmados con la Santa Sede en 1979 (cfr. n. 33).

Más adelante, la sentencia vuelve ocasionalmente sobre el principio de laicidad. Por ejemplo, cuando afirma.

> No es extraño, sino, más bien, bastante frecuente, que determinadas costumbres de base esencialmente religiosa hayan terminado por consolidarse como parte de la identidad que como país nos caracteriza. (…). La fusión de tales elementos con lo que representa el Estado no hace otra cosa que reflejar parte de un decurso histórico imposible de ignorar por más neutralidad que se quiera predicar (n. 38).

Abundando en esta consideración, el Tribunal Constitucional incide una vez más sobre el sentido del principio de laicidad o neutralidad:

> La laicidad es incompatible con un Estado que se considere defensor o protector de una determinada confesión, pero también lo es con un Estado que promueva el ateísmo o el agnosticismo o el destierro del ámbito público de toda expresión de origen religioso. La incompetencia del Estado ante la fe y la práctica religiosa no significa la promoción del ateísmo o agnosticismo con la eliminación de símbolos religiosos de la esfera pública o la imposición de una ideología antirreligiosa, ignorando las tradiciones que responden a la formación histórica, cultural y moral del Perú (n. 49).

Y, a continuación, retoma la misma idea, conectándola con la libertad religiosa y con el principio de no discriminación:

> No debe perderse de vista que nuestro sistema constitucional no es de aquellos que conciben el derecho de libertad religiosa como el

> derecho a liberarse de la religión y a recabar del Estado una acción institucional en tal sentido. Es evidente que este tipo de sistema no es de libertad religiosa, sino de libertad privilegiada del ateísmo y de intolerancia discriminatoria hacia lo religioso, lo que resulta claramente contrario al artículo 50º de la Constitución (n. 50).

El siguiente fallo es la STC 3372-2011-PA/TC, caso *Lucero Robert Tailor Moreno Cabanillas,* pronunciada el 19 de marzo de 2013, en sesión de Pleno Jurisdiccional[85]. Contiene bastantes consideraciones sobre la laicidad del Estado y en varias ocasiones (cfr. nn 13, 15 y19, entre otros) cita en apoyo de su línea argumental textos de la sentencia anterior. Esto resulta propiciado por el hecho de que esta ocasión la demanda gira en torno a la declaración del Señor de los Milagros, símbolo de origen y/o naturaleza religiosa como *Patrono del Perú.* Y tampoco es de extrañar que en sus fundamentos se incluyan, por vía de ejemplo, referencias a casos sobre símbolos solventados por Tribunales extranjeros.

El Alto Tribunal cita una sentencia del Tribunal Constitucional español sobre si vulnera el principio de laicidad el hecho de que el Colegio de Abogados de Sevilla disponga en sus Estatutos que *por secular tradición tiene por Patrona a la Santísima Virgen María en el Misterio de su Concepción Inmaculada.* En particular, tras reproducir los números 48 y 49 de la STC 6111-2009-PA/TC declara:

> Coincidimos por ello con el Tribunal Constitucional español cuando afirma: "es obvio que no basta con constatar el origen religioso de un signo identitario para que deba atribuírsele un significado actual que afecte a la neutralidad religiosa que a los poderes públicos impone el art. 16.3 CE. La cuestión se centra en dilucidar, en cada caso, si ante el posible carácter polisémico de un signo de identidad, domina en él su significación religiosa en un grado que permita inferir razonablemente una adhesión del ente o institución a los postulados religiosos que el signo representa" (STC 34/2011, de 28 de marzo, FJ 4) (n. 20).

[85] Cfr. M. VINCES ARBULÚ, El Señor de los Milagros: religión y cultura. Comentario a la STC 3372-2011-PA/TC, en O. DÍAZ MUÑOZ, G. ETO CRUZ y J. FERRER ORTIZ (coordinadores), El derecho fundamental de libertad religiosa, cit., 135-164.

Y más adelante, vuelve sobre el particular:

> Luego de concluir que los colegios profesionales (corporaciones de derecho público) han de ser, como todas las instituciones públicas, ideológicamente neutrales (cfr. STC 34/2011, de 28 de marzo, FJ 4), el mencionado Tribunal afirma que *"cuando una tradición religiosa se encuentra integrada en el conjunto del tejido social de un determinado colectivo, no cabe sostener que a través de ella los poderes públicos pretendan transmitir un respaldo o adherencia a postulados religiosos; concluyéndose así que, en el presente caso, el patronazgo de la Santísima Virgen en la advocación o misterio de su Concepción Inmaculada, tradición secular del Colegio de Abogados de Sevilla, no menoscaba su aconfesionalidad" (STC 34/2011, de 28 de marzo, FJ 4) (n. 28).*

En la misma línea, de distinguir entre origen religioso o significado predominantemente religioso de un símbolo el Alto Tribunal también recuerda, citando la STC 6111-2009-PA/TC, el pronunciamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en *Marsh vs. Chambers* (463 U.S. 783 [1983]):

> Considerar conforme con la Constitución norteamericana (Primera Enmienda, sobre libertad religiosa) que en la apertura de las sesiones parlamentarias se diga una oración pública por un capellán remunerado con fondos estatales, por ser una práctica de más de 200 años sin interrupciones, que se ha convertido en parte del tejido social (cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 48) (n. 21).

Por esta misma razón, el Tribunal Constitucional peruano para distinguir situaciones diferentes, junto con reiterar que la declaración del Señor de los Milagros como *símbolo de religiosidad y sentimiento popular del Perú* no es contrario al principio de laicidad del Estado, explica que sí lo sería hoy consagrar el Perú al Sagrado Corazón de Jesús[86]:

> Consagrar, en su acepción pertinente, es "dedicar, ofrecer a Dios por culto o voto una persona o cosa", con lo cual es claro el contenido o significado religioso de la consagración, que (…) no puede tener

[86] No se trata de un ejemplo tomado al azar, sino que el Alto Tribunal tiene presente el intento de consagrar el Perú al Sagrado Corazón de Jesús que tuvo lugar en mayo de 1923, a instancia del entonces arzobispo de Lima, Emilio Lisson.

cabida en el contexto de un Estado laico o aconfesional como el diseñado en la vigente Constitución de 1993 (cfr. artículo 50º) (n. 30).

Cabe hacer una salvedad al hecho de que, cuando en 2013 se resolvió el proceso de amparo contra el Proyecto de Ley N.º 4022-2010-PE para declarar al Señor de los Milagros como *Patrono del Perú,* ya había aprobado y publicado la Ley N.º 29602, con un texto diferente. En efecto, como la misma sentencia hace constar, dicha ley declara *Patrono de la Espiritualidad Religiosa Católica del Perú y símbolo de religiosidad y sentimiento popular* al Señor de los Milagros. Sin embargo, el Tribunal Constitucional consideró entonces que el cuestionamiento de inconstitucionalidad formulado por el recurrente contra la propuesta inicial del Proyecto, de nombrar *Patrono del Perú* al Señor de los Milagros, debía entenderse subsistente pero referido a la nueva declaración como *símbolo de religiosidad y sentimiento popular*, y esto es lo que constituye el objeto de su pronunciamiento (cfr. nn. 1-10)[87].

IV. Consideraciones finales

La Constitución Política del Perú de 1993, como ya sucediera con la precedente Constitución de 1979, no contiene en ninguno de sus preceptos

[87] Partiendo de la base de que el Tribunal Constitucional no consideró que se hubiera producido la sustracción de la materia, bien podría haberse pronunciado sobre la primera de las dos declaraciones de la Ley a favor del Señor de los Milagros: me refiero a su nombramiento como *Patrono de la Espiritualidad Religiosa Católica del Perú*. A mi juicio es ésta y no la segunda (relativa a su condición de *símbolo de religiosidad y sentimiento popular*) la que puede resultar contraria al principio de laicidad del Estado, salvo que fuera previamente pactada con la Iglesia católica. Por eso comparto la crítica formulada por Vinces Arbulú: «la declaración del Señor de los Milagros como *Patrono de la Espiritualidad Religiosa Católica del Perú* supone una injerencia del Estado en una cuestión que concierne propiamente a la Iglesia católica. El Estado no puede ni debe arrogarse una representación del Catolicismo en el Perú, que no le corresponde. Lo que resulta explicable en un contexto de Estado confesional, no se aviene con el solemne reconocimiento de la *independencia y autonomía* entre la Iglesia y el Estado que proclama el artículo 50 de la CPP. Sí habría resultado coherente con el principio de laicidad la declaración contenida en el Proyecto de Ley N.° 4022/2009-PE, del Señor de los Milagros simplemente como *Patrono del Perú,* porque ello sí que entra dentro de las competencias del Estado peruano, como sucedió en la declaración de Santa Rosa de Lima como Patrona de la Policía Nacional del Perú, en virtud del Decreto Supremo N.° 0027-89-IN» *(Ibidem,* 164).

la expresión *Estado laico* como fórmula de definición del Estado en materia religiosa. Con este modo de proceder el Perú se suma a la corriente mayoritaria en el mundo occidental, donde los países no consideran necesario emplear esos términos porque se prestan a la confusión y a servir de excusa para reducir el reconocimiento real y efectivo de la libertad religiosa.

Como es obvio, eso no significa que esos países no asuman el principio de laicidad del Estado como uno de los principios inspiradores de su posición respecto al fenómeno religioso como factor social específico, empleando fórmulas como «ninguna confesión tendrá carácter estatal» (art. 16.3, Constitución española de 1978), «no existirá Iglesia del Estado» (art. 137.1 Constitución de Weimar de 1919, que forma parte de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949) o «el Estado y la Iglesia Católica son, cada uno en su propio orden, independientes y soberanos» y «todas las confesiones religiosas son igualmente libres ante la ley» (arts. 7 y 8 de la Constitución italiana de 1949).

En esta línea la afirmación del artículo 50 de la Constitución de que existe un *régimen de autonomía e independencia*, pero también de colaboración, y no solo respecto a la Iglesia católica sino también a las demás confesiones, perfila claramente el principio de laicidad positiva. Más todavía si se completa con el principio de igualdad y no discriminación por motivo de religión (art. 2.2) y con el amplio reconocimiento de la libertad religiosa, individual y asociada, y de su ejercicio público (art. 2.3).

A su tiempo, el Tribunal Constitucional por medio de sus sentencias ha confirmado la existencia de estos principios y de su alcance. Por eso, sintetizando su labor en la interpretación y aplicación de la Constitución se ha podido escribir:

> El TC ha reconocido y desarrollado la autonomía de la libertad religiosa (respecto a la libertad de conciencia y de pensamiento), sus límites, sus dos dimensiones (subjetiva y objetiva) y sus respectivos contenidos, así como los principios de laicidad y colaboración, concluyendo que nuestro modelo constitucional se encuentra equidistante de la unión y de la separación absoluta entre el Estado y las

confesiones religiosas, en lo que se ha venido a denominar *laicidad positiva*[88].

Como es lógico, y así ha sido debidamente apuntado *supra,* esto no significa que no haya que seguir avanzando en el asentamiento y, sobre todo, en la proyección práctica de los principios del Derecho eclesiástico del Estado[89]. No podemos olvidar que el tránsito de la confesionalidad del Estado a la aconfesionalidad o laicidad lleva su tiempo y que no se reduce a sustituir una Constitución por otra, sino que es de la mayor importancia su desarrollo legislativo y reglamentario. En este contexto, la Ley de Libertad religiosa (2010) y su Reglamento (2016) están llamados a desempeñar un papel decisivo en el reconocimiento de la singularidad y especificidad de las confesiones, distintas de la Iglesia católica, presentes en el país[90].

En esta línea, la firma de convenios de colaboración entre el Estado y algunas confesiones sea posiblemente una de las medidas más interesantes y relevantes para implementar el modelo constitucional de relaciones entre el Estado y las Iglesias en el Perú. E igualmente también lo sería en su caso revisar, dentro del mismo marco constitucional de laicidad positiva, el Concordato con la Santa Sede. Una mirada al Derecho comparado nos enseña que en ocasiones es conveniente y necesario actualizar sus disposiciones, lo que justamente sirve para confirmar su utilidad y explica por qué cada vez son los países que recurren a él.

Todo lo anterior no impide que a la hora de invocar el principio de laicidad en la resolución de algunos asuntos, puedan surgir algunas discrepancias acerca de su interpretación y alcance. En cualquier caso no se puede obviar, como viene haciendo el Tribunal Constitucional peruano, la letra de la Carta Magna, que consagra una laicidad positiva, como

---

[88] G. ETO CRUZ y O. DÍAZ MUÑOZ, El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, en O. DÍAZ MUÑOZ, G. ETO CRUZ y J. FERRER ORTIZ (coordinadores), El derecho fundamental de libertad religiosa, cit., 38.

[89] Cfr. la exposición de los principios de M. VINCES ARBULÚ, *El Señor de los Milagros: religión y cultura,* cit., 142-149.

[90] Para un examen pormenorizado de la ley me remito a C. R. SANTOS LOYOLA (coordinador), *Estado y Religión. Comentarios a la Ley de Libertad Religiosa,* Juristas Editores, Lima 2018.

hemos tenido ocasión de analizar por extenso. Por eso resulta inapropiado pretender escudarse en la invocación de dicho principio para dotarle del contenido que mejor se adecúe a los prejuicios de parte o, sencillamente, a los propios gustos o preferencias.

Y en todo caso, ante las posibles antinomias entre libertad e igualdad religiosas o entre laicidad del Estado y colaboración con las confesiones, conviene tener presente que esos principios específicos que regulan el factor religioso y la posición que el Estado adopta ante él deben ser considerados como formando parte de un sistema en el que se relacionan, limitan y completan mutuamente[91]. Y de que, a la hora de interpretar el derecho de libertad religiosa, es el Estado el que debe estar al servicio de la persona y no al revés[92].

[91] Cfr. J. FERRER ORTIZ, Los principios constitucionales del Derecho eclesiástico como sistema, en A. DE LA HERA, E. MOLANO y A. ÁLVAREZ DE MORALES (presentación), Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía, Universidad Complutense de Madrid, Universidad de Navarra y Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1989, 309-322.

[92] En el caso español la STC 154/2002, de 18 de julio, afirma: «En su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 CE: por un lado, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; por otro lado, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas Iglesias» (FJ 6). De este modo el Tribunal Constitucional español confirma la primacía del principio de libertad religiosa, del que hace derivar los principios de cooperación y de laicidad, y termina subrayando el significado de está como *aconfesionalidad o laicidad positiva*, recogida previamente en la STC 46/2001, de 15 de febrero (FJ 4).

Una mirada comparada para un problema ancestral. Sextorsión: Más allá de la extorsión sexual.

Martha C. Paz*

Sumario

I. Introducción. **II.** Marco legal. **III.** Leyes anticorrupción y abuso de poder. **IV.** Lenguaje amplio con respecto al abuso de autoridad o abuso de confianza. **V.** Lenguaje que exige el pago de dinero o de cualquier otra clase de "*bienes*". **VI.** Leyes y jurisprudencia sobre acoso sexual. **VII.** Leyes sobre violencia de género. **VIII.** Normas éticas y códigos de conducta profesional. **IX.** La *sextorsión* en el marco del conflicto. **X.** Legislación internacional. **XI.** Casos de *sextortion.* 11.1. Profesor australiano exigió favores sexuales a estudiantes mujeres extranjeras a cambio de notas aprobatorias en su clase. 11.2. Agentes de policía argentinos arrestaron a una pareja por exceso de velocidad y exigieron favores sexuales a la novia del conductor a cambio de dejarlos libres. 11.3. Joven mujer acusa a su jefe de pedirle favores sexuales. 11.4. Funcionario canadiense de inmigración condenado a 18 meses de prisión por tratar de obtener por la fuerza relaciones sexuales a cambio de aprobar la solicitud de asilo de una mujer. 11.5. Profesores Kenianos les piden a los estudiantes favores sexuales a cambio de calificaciones

* Ex Magistrada Auxiliar de la Corte Constitucional Colombiana , cargo que desempeñó por 20 años; es Master en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid (España); Especialista en Gestión Pública de la universidad de los Andes en Bogotá; egresada del Programa P.I.L. de la Universidad de Harvard en Derecho Constitucional y Jurisprudencia, con estudios de Maestría en Filosofía de la Universidad Javeriana de Bogotá, Diplomada en Argumentación jurídica en perspectiva de género del Instituto Flacso de México, Diplomada en Dirrito Comparato de la Universidad de Bologna (it), Especialista en Justicia Constitucional de la Universidad de Pisa (Italia) y en la Universidad de Salamanca (España), Docente en la Universidad del Rosario en Bogotá en el área de interpretación constitucional y líneas jurisprudenciales.Actualmente abogada en ejercicio y Miembro de la Asociación Internacional de Juezas (IAWJ) desde 2014. Autora de innumerables artículos en derecho constitucional y filosofía del derecho.

favorables. 11.6. Político mexicano pide favores sexuales a cambio de cargos partidistas. 11.7. En Taiwán, el Fiscal General obligó a un testigo a tener relaciones sexuales. 11.8. Estudiantes de Uganda son violados por sus profesores. 11.9. Hombre fue condenado por pedir favores sexuales a cambio de no publicar montajes pornográficos de una mujer a través de redes sociales. 11.10. *Sextortion* en el Reino Unido. **XII.** Desafíos para sancionar la *sextorsión.* Conclusión.

I. Introducción

El anglicismo *sextortion* se emplea comúnmente para hacer referencia a una práctica en la cual una persona es chantajeada con una imagen o vídeo de sí misma, desnuda o realizando actos sexuales, que normalmente ha sido previamente compartida mediante *sexteo* y aparece en las noticias en frases como «*Lo más visto: sextortion, la nueva arma de cibercriminales*» o «*'Sextortion': ¿cómo evitar el chantaje sexual por internet?*». En español, este término puede ser traducido por el sustantivo *sextorsión*, que recoge el mismo sentido del vocablo inglés, al ser un derivado, morfológicamente bien formado de *sexo* y *extorsión*.

Muchas compañías de seguridad en internet utilizan el término *sextorsión* para referirse al chantaje que realiza un usuario malintencionado al robar contenido privado de otro usuario amenazando con hacerlo público, si no recibe un pago o cualquier otro tipo de compensación por parte de la víctima. En Estados Unidos, por ejemplo, la *sextortion depende* de en qué Estado se produzca y así puede ser catalogada como pornografía infantil, acoso, extorsión o hacking.

Sin embargo, en lo que interesa a este artículo, el alcance del término es el que ha analizado a profundidad un estudio denominado «*A Comparative Study of Laws to Prosecute Corruption Involving Sexual Exploitation*» utilizado por la Asociación International de Juezas (IAWJ) que lo define como el abuso de poder para obtener un beneficio o ventaja sexual; una forma de corrupción en la cual, las relaciones sexuales, y no el dinero, son la vía del soborno. La *sextorsión* no se limita a ciertos países o sectores, sino que ocurre en todo el mundo cuando aquellos a los que se les ha confiado una cuota de poder, carecen de integridad y tratan de explotar sexualmente a quienes se encuentran en estado de vulnerabilidad y subordinación. Si

bien se ha reconocido que también afecta a los hombres en situaciones de vulnerabilidad, la mayoría de las víctimas suelen ser mujeres.

Lo que distingue a la *sextorsión* de otros tipos de conductas sexuales abusivas, es su naturaleza bifronte: en una cara tiene un componente sexual y en la otra, un ingrediente de corrupción; la doctora Nancy Hendry, abogada de la Universidad de Harvard, Senior Advisor for the International Association of Women Judges[1], ha sostenido en diferentes foros que "*la sextorsión es una forma de explotación sexual en la cual la corrupción -en tanto abuso de autoridad más que fuerza física- se utiliza para extorsionar a través de favores sexuales; es una forma de corrupción en la cual el sexo, más que el dinero, es la moneda de cambio*".

Dos son los ingredientes más destacados de la *sextorsión*:

1. **Un componente sexual:** la *sextorsión* involucra una solicitud -ya sea implícita o explícita- para participar en cualquier tipo de actividad sexual indeseada, desde relaciones sexuales hasta exponer partes del cuerpo privadas.

2. **Un componente de corrupción:** la persona que exige el favor sexual debe ocupar un cargo de autoridad del cual abusa al tratar de exigir, o al aceptar, un favor sexual en contraprestación del poder que se le ha confiado, es decir, el autor ejerce autoridad para su propio beneficio. Este componente de corrupción conlleva un (i) *Quid pro quo* en tanto el sujeto activo exige o acepta un favor sexual a cambio de un beneficio que está facultado para negar o conceder, y (ii) una coacción sicológica: la *sextorsión* se basa en la presión coercitiva y no en la violencia física para obtener favores sexuales.

Ejemplos de *sextorsión* se pueden encontrar en la vida cotidiana: el docente que le exige favores sexuales a un estudiante para que obtenga una beca, una nota aprobatoria o un grado; el empleador que le pide relaciones

[1] The International Association of Women Judges (IAWJ) is a non-profit, non-governmental organization whose members represent all levels of the judiciary worldwide and share a commitment to equal justice for women and the rule of law. Created in 1991, the IAWJ has grown to a membership of over 4700 in 75 countries.

sexuales al empleado a cabio de darle un contrato, favorecer un ascenso etc, o el funcionario público que pide favores sexuales a cambio de permisos, licencias, oportunidades laborales, entre otros. Así entonces, cuando casos más tradicionales de corrupción ocurren, los fiscales y jueces tienen a menudo pruebas sólidas y leyes anti-corrupción claras para acusarlos. Cuando la forma del soborno son las relaciones sexuales, y no el dinero, las leyes son inciertas, la evidencia ambigua y las víctimas renuentes a presentarse, haciendo el enjuiciamiento más caótico.

En el caso colombiano, la *sextorsión* se ha circunscrito al ámbito de presiones sexuales a través de las tecnologías de la información y la comunicación como redes sociales y correos electrónicos. En la legislación colombiana, no se encuentra tipificado este delito de manera autónoma, por lo que los casos que se han presentado han sido encausados como extorsión[2] y por ese conducto, se judicializan las amenazas o chantajes de tipo sexual que una persona hace a otra con la publicación de imágenes o videos con contenido sexual de la víctima.

II. Marco legal

Aunque la *sextorsión* es un nombre nuevo para un fenómeno antiguo, ninguna de las jurisdicciones estudiadas en el documento elaborado por la Asociación Internacional de Juezas (Uganda, Kenia, Tanzania, Taiwán, Brasil, EEUU, Argentina, México, Reino Unido, Australia y Canadá) ha adoptado normas con el término *sextorsión* o por lo menos que apunten a la explotación sexual por medio del abuso de poder (opuesta a otras formas de corrupción o abuso sexual) y alcancen la amplia variedad de escenarios (gobierno, empresa privada, inmigración, educación, colegios, empleos, conflicto armado) en los que ésta podría ocurrir. Pese a ello, debido a que la *sextorsión* ocurre de manera fronteriza con la corrupción y la explotación sexual, podría ser sancionada, bien de acuerdo a las leyes que tratan la corrupción y el abuso de poder, o bien por las leyes sobre acoso sexual y violencia de género.

[2] Ver al respecto, la Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Radicado No. 38840 del 23 de mayo de 2012, M. P. José Luis Barceló Camacho.

Algunas jurisdicciones prevén leyes anticorrupción que podrían ser interpretadas de manera suficientemente amplia para abarcar también aquellos sobornos que utilizan de anzuelo los favores sexuales. Sin embargo, muchos países tienen estatutos sobre corrupción que se concentran únicamente en los sobornos financieros y por tanto no se extienden a actos de *sextorsión*, amén de que en su mayoría están limitados a funcionarios públicos. Por otro lado, algunas leyes sobre abuso sexual y violencia de género a menudo tocan precisamente el tipo de abuso que está involucrado en la *sextorsión* y usualmente su cobertura llega hasta los autores de este acto distintos de los funcionarios públicos. No obstante, como se trata de leyes diseñadas para tratar formas de explotación sexual y no de corrupción, generalmente no son redactadas con el ingrediente de *sextorsión* en mente. Como consecuencia, es posible que las disposiciones sobre violencia de género no contemplen situaciones en las cuales la víctima cede, aunque no voluntariamente, al poder de una autoridad corrupta.

Si bien el acoso sexual involucra el mismo intercambio de poder por sexo que caracteriza a la *sextorsión*, cuando un empleador ofrece a un empleado un aumento de salario a cambio de un favor sexual -o amenaza con despedirla o despedirlo si ella o él no accede-, no es sólo acoso sexual lo que acaece sino también *sextorsió*n lo que habría que analizar. Repárese en que las leyes de acoso sexual suelen estar limitadas a contextos laborales y la *sextorsión* no se refiere únicamente a los abusos de poder intercambiados entre empleadores y empleados, sino por igual a aquellos que se manifiestan entre funcionarios públicos y ciudadanos, entre profesores y estudiantes, entre autoridades de inmigración e inmigrantes, y entre actores del conflicto y las víctimas, por citar algunos escenarios recurrentes.

Muchas leyes de violencia de género exigen evidencia del uso de violencia física o negativa de la víctima, lo cual ha sido considerado como un obstáculo significativo para sancionar la *sextorsión*. En Australia[3], por ejemplo, el Parlamento reconoció y adoptó medidas para tratar este problema cuando modificó el artículo 65A de la Ley Penal para incluir la

[3] Parliamentary Hansard Legislative Assembly 29 October 1987, consulted in: https://www.parliament.nsw.gov.au/Pages/PageNotFoundError.aspx?requestUrl=https://www.parliament.nsw.gov.au/prod/parlment/hanstrans.nsf/V3ByKey/LA19871029/$file/483LA100.pdf.

conducta intimidatoria o coercitiva que no involucra una amenaza del uso de la fuerza. De hecho, la intervención ante el Parlamento describió un escenario de *sextorsión* que mostraba a una mujer inmigrante amenazada con la pérdida de su sustento sino accedía a una exigencia de favores sexuales.

Dada la imperiosidad de la prueba del perjuicio financiero al sancionar la *sextorsión* como un delito de corrupción, y el obstáculo del consentimiento al enjuiciarla como un delito sexual, en muchas jurisdicciones son las normas relativas al abuso de autoridad y las leyes sobre el abuso de confianza, las que mejor captan las diversas aristas de la *sextorsión*. Generalmente, según estas disposiciones, una persona a la que se le ha confiado autoridad o confianza, puede ser sancionada por conducta indebida, y ello puede tener visos de *sextorsión*. En este sentido, estas normas no son estrechamente confinadas como muchas leyes anticorrupción, y a menudo contemplan el abuso sexual incluido por las leyes de acoso sexual y violencia de género.

La investigación de marras también encontró, que los códigos profesionales de conducta y otras normas y regulaciones éticas, podrían ser adecuados para tratar la *sextorsión* a través de recursos administrativos. Por ejemplo, los códigos de ética y conducta de Uganda[4] para los funcionarios públicos y docentes, han sido útiles para combatir la *sextorsión* respecto de quienes parecen ser los mayores responsables en ese país. Si bien el acceso limitado o la falta de jurisprudencia relevante hace difícil determinar si estas leyes y regulaciones se pueden aplicar en forma general a todos los hechos de *sextorsión*, por lo menos países como Australia, Canadá, Reino Unido, Kenia y Taiwán han sancionado exitosamente casos de *sextorsión* de acuerdo a algunos de estos estatutos[5].

III. Leyes anticorrupción y abuso de poder

Como se ha expuesto, los esfuerzos anticorrupción tradicionalmente se han dirigido a las irregularidades financieras, tales como el soborno, las

[4] The Code of Conduct and Ethics for Uganda Public Service, and The Code of Conduct and Ethics for Ugandan Teachers ("CCEUT") Part V and VI.

[5] These jurisdictions (ie, Australia, Canada, United Kingdom, Kenya) and Taiwan) have successfully processed sextortion cases under some of these statutes.

comisiones ilícitas y la malversación de fondos, y no a las faltas sexuales. Sin embargo, la mayoría de los estatutos de ese tenor, podrían ser usados para sancionar la *sextorsión* bien sea porque están redactados en términos lo suficientemente amplios para cobijar también los sobornos que toman la forma de "*ventajas "o "beneficios*" no pecuniarios, o porque se centran en el abuso de poder o el abuso de confianza sin exigir un incentivo específico.

El lenguaje "*sextorsión*" es un elemento axial en esta figura. Puede constatarse que varias regulaciones anticorrupción usan un lenguaje lo suficientemente amplio para abarcar incentivos no financieros como los favores sexuales. En Canadá[6], por citar uno de los países estudiados, la Ley para la inmigración y los refugiados, en el artículo 129(1) (a), considera como delito que un funcionario o empleado de inmigración del gobierno federal, acepte o exija un pago ilícito u *"otro beneficio"*. Los tribunales canadienses han castigado a los culpables de *sextorsión* de acuerdo a este estatuto, al entender que su lenguaje incluye las actividades sexuales.

Por su parte, el marco jurídico anticorrupción de Taiwán se refiere a un pago ilícito o a un "*enriquecimiento indebido*", y la Corte Suprema de ese país ha dispuesto que ello significa "*cualquier interés tangible e intangible que pueda satisfacer las necesidades propias o satisfacer el deseo propio",* lo cual podría extenderse a favores sexuales. Igualmente, el término "*beneficio*" en la Ley anticorrupción y de delitos económicos de Kenia y las palabras *"cualquier forma de gratificación para sí mismo"* en la Ley anticorrupción de Uganda, podrían ser similarmente interpretados para incluir favores sexuales.

IV. Lenguaje amplio con respecto al abuso de autoridad o abuso de confianza

Algunos Códigos Penales contienen delitos más amplios, tales como el abuso de confianza, que no requieren un beneficio o incentivo específico, pero según los cuales una persona a la que se le ha confiado autoridad puede ser procesada por conducta indebida, y ello podría aproximarse a los contornos de la *sextorsión*. En Canadá, el Artículo 122 del Código Penal,

[6] The Criminal Code Section 129(1) (a) "offences relating to officers". Of the Immigration and Refugee Protection Act – have been relied on by Canadian courts to prosecute offenders for sextortion.

que castiga el abuso de confianza por parte de un funcionario público, ha sido el más aplicado en los casos de *sextorsión*; dice este precepto, que todo funcionario que en relación con los deberes de su cargo, cometa fraude o abuso de confianza es culpable de un delito . El propósito de esta regulación es prohibir, entre otros, el aprovechamiento de una situación de poder propia dentro del servicio público para el fomento de fines particulares, o para obtener directa o indirectamente algún beneficio.

En el Reino Unido, si la legislación anticorrupción existente es insuficiente para incluir un delito, los tribunales pueden excepcionalmente acusar en virtud del delito consuetudinario de Conducta Indebida en Cargo Público, el cual exige que el funcionario público actúe de manera indebida deliberadamente a tal grado que equivalga a un abuso de la confianza que los ciudadanos le dieron para ostentar el cargo.

En Brasil[7], la Ley sobre abuso de autoridad penaliza al funcionario público que, extralimitando su cargo de autoridad, realiza una acción perjudicial para el honor o la dignidad de una persona. La amplitud de estas palabras permitiría llegar a los delitos de *sextorsión* que de otra manera quedan fuera de los más estrechos confines de las leyes anticorrupción que exigen perjuicio/beneficio financiero en ese país.

En Australia, varios tribunales que juzgan delitos de corrupción, han considerado los casos de *sextorsión* y aplicado la prohibición general al comportamiento corrupto y al abuso de confianza pública por parte de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones públicas.

En Colombia, la normatividad sobre los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción, al tenor de lo establecido en el artículo 404[8] del Código penal que define el delito de concusión,

[7] The Criminal Code penalizes with up to two (2) years imprisonment sexual exploitation arising from the abuse of a dominant position "where the agent avails himself of his high-ranking status or the seniority inherent to his employment, position or function".

[8] El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e

penaliza al servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriñe o induce a alguien a dar o prometer al mismo servidor dinero o cualquier otra "*utilidad indebidos*"; atendiendo a este delito se han sancionado a servidores públicos que solicitan favores de índole sexual para tomar alguna decisión en el ejercicio de sus funciones.

Se destaca el caso de un juez del municipio del Espinal (Departamento del Tolima, Colombia), que le exigió favores sexuales a una mujer a cambio de favorecer al compañero permanente de ésta en un proceso de revisión de cuota alimentaria adelantado en su despacho, motivo por el cual la Corte Suprema de Justicia lo condenó como autor del delito de concusión[9]. De esta manera se evidencia cómo a través de esta figura, (la concusión), se persigue penalmente en Colombia a aquellos servidores públicos que piden favores sexuales para realizar alguna actividad en el campo de sus funciones.

V. Lenguaje que exige el pago de dinero o de cualquier otra clase de "*bienes*"

Muchos de los regímenes anticorrupción revisados hacen de las ganancias obtenidas o del perjuicio financiero un elemento del delito de corrupción y por lo tanto no abarcan actos de *sextorsión*. Por ejemplo, en Argentina[10], las leyes anticorrupción y de ética pública no incluyen los *"favores sexuales"* como instrumento del soborno. Si bien estos estatutos usan un lenguaje amplio como "*beneficio, favores, promesas y ventajas",* los tribunales argentinos han interpretado estos términos de manera restringida para excluir los sobornos sexuales.

En Brasil y México, el lenguaje de los principales estatutos anticorrupción está enfocado exclusivamente en los sobornos financieros, los cuales exigen la negociación de dinero a cambio del ejercicio del poder público.

---

inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

[9] Ver Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia - Sala de Casación Penal. Radicado No. 36570 del 8 de junio de 2011. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

[10] The Argentine Public Ethics Act ("PEA"), enacted by Law No. 25,188, published November 1st, 1999.

VI. Leyes y jurisprudencia sobre acoso sexual

Si bien las leyes anticorrupción ofrecen algunas bases para sancionar la *sextorsión*, las leyes sobre discriminación y acoso sexual con frecuencia apuntan precisamente al tipo de abuso que está involucrado en la *sextorsión*. Por ejemplo, el jefe que abusa de su autoridad para obtener por la fuerza relaciones sexuales con los empleados, quienes que a su vez, para evitar ser despedidos, participan en acoso sexual *quid pro quo* y *sextorsión*.

El problema con la confianza en las leyes sobre acoso sexual, sin embargo, es que muchas de las revisadas están restringidas a los entornos laborales e involucran sólo sanciones civiles o administrativas. En Kenia, los casos de *sextorsión* que ocurren dentro de las relaciones laborales son sancionados como acoso sexual según la Ley Laboral de Kenia[11]. El acoso sexual según ésta ley ocurre cuando un compañero de trabajo, un patrono o quien lo represente *"directa o indirectamente le solicite al empleado encuentros sexuales, contacto sexual o cualquier otra forma de actividad sexual que contenga una promesa implícita o expresa de (i) amenaza de trato desfavorable en el trabajo o (ii) amenaza con respecto a la situación laboral actual o futura del empleado".*

La Ley laboral de Uganda[12] contiene una medida de acoso sexual casi idéntica (a la de Kenia), siendo identificada como la principal fuente legal para sancionar la *sextorsión* en el lugar de trabajo. Asimismo, Uganda tiene además una Ley especial sobre violencia doméstica que se aplica a las relaciones del servicio doméstico entre un trabajador doméstico y un empleador. Algunas jurisdicciones tienen leyes sobre acoso sexual más amplias que van más allá del entorno laboral.

Según el Código Penal Federal de México[13], por ejemplo, el acoso sexual ocurre cuando una persona, con fines libidinosos, repetidamente acosa a otra persona de cualquiera de los dos sexos *"sobre la base de su*

---

[11] Statute: Employment act of 2007; Section 6.

[12] Statute: The Employment Act 2006; Part Ii, Section 7 And the Statute: The Regulation of Employment (Sexual Harassment) Of 2012; Part I, Section 1.

[13] Código Penal Federal de México. Recuperado de: https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-penal-federal/

posición obtenida a través de un tipo de relación laboral, académica, doméstica o de cualquier otro tipo que implique subordinación". Las soluciones, sin embargo, se limitan a una multa, a no ser que el responsable sea un funcionario público que se aprovecha de su autoridad para cometer el delito, en cuyo caso, puede ser removido de su cargo.

En pocas jurisdicciones, las leyes sobre acoso sexual incluyen sanciones penales. Por ejemplo, en Brasil[14], el Código Penal[15] castiga hasta con dos (2) años de prisión la explotación sexual que proviene del abuso de una posición dominante *"en la que el funcionario se aprovecha de su alto rango y condición o de su antigüedad en el trabajo, su cargo o función".* La Ley de prevención del acoso sexual de Taiwán[16] igualmente tipifica como delito el acoso sexual que ocurre no sólo en el lugar de trabajo, sino también en la educación, la capacitación, los servicios u otras actividades.

En el Reino Unido[17], el acoso es tanto un delito como un proceso civil según la Ley de protección al acoso de 1977 (con siglas en inglés PHA), y puede incluir el acoso sexual, las proposiciones sexuales indeseadas, las solicitudes de favores sexuales y otros tipos de acoso verbales o físicos de carácter sexual. Las sanciones penales incluyen prisión de hasta seis (6) meses, una multa o ambos; y las soluciones civiles incluyen indemnizaciones y/o un requerimiento judicial en contra del responsable. En Argentina, existe un marco legal, previsto por el Código Penal, que habla de abuso sexual y de sus agravantes, aunque la figura de acoso sexual no está aún tipificada como un delito autónomo en el ordenamiento penal de ese país.

[14] Delmanto, Celso. Código Penal Comentado. 7ª ed. Edição Renovar, 2008.

[15] Statute: Criminal Code, Title XI, Chapter I, Article 312.

[16] Statute: Sexual harassment prevention act; 147 article 2. Sexual harassment in the act refers to the sexual statements or sexual behaviour violating another person's wishes and also to the following situations: a. if a person's obedience to or rejection of another's sexual advances become a condition of obtaining, losing or reducing their rights and interests in work, education, training, services, plans or activities.

[17] Protection from Harassment. (PHA), Act 1977 (statutory offense).

La Corte Constitucional Colombiana, mediante la Sentencia T-265 de 2016[18], estudió el caso de un presunto acoso sexual al interior de una dependencia de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en la que el subgerente financiero de la entidad, le pide favores sexuales a una subordinada con el fin de obtener ciertas ayudas en el ámbito laboral. La Corte analizó las conductas omisivas de las autoridades administrativas a las que la quejosa acudió, evidenciando que éstas no realizaron un análisis de fondo sobre el asunto y concluyeron, sin la debida motivación, que la falta disciplinaria investigada no implicaba una vulneración al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Corte reiteró que es obligación del Estado garantizar una adecuada labor probatoria en los casos de acoso sexual y como consecuencia, ordenó practicar las pruebas suficientes que permitieran esclarecer los hechos puestos en conocimiento por la accionante, por cuanto la falta disciplinaria endilgada, a juicio de la Corte, sí constituía una vulneración al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El alto tribunal concedió la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación y al debido proceso y como consecuencia ordenó a las autoridades distritales emitir nuevo pronunciamiento en el cual la víctima de acoso fuera reconocida como sujeto procesal dentro del proceso disciplinario.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia colombiana - Sala de Casación Penal- en pronunciamiento reciente, connota muchos de los rasgos de la *sextorsión* en la figura del acoso sexual señalando, que se trata de un delito de resultado en lo que al cometido sexual respecta, toda vez que se consuma al margen de que se logre o no la finalidad perseguida. En esa línea, sostuvo que el acto o acceso sexual que se produce como consecuencia del acoso, puede ser efecto de un «*abuso de poder*», expresión que en el artículo 212A[19] del Código Penal colombiano se traduce expresamente en violencia. Sentado esto, indicó que las reflexiones sobre la figura también

[18] Ver Sentencia de la Corte Constitucional con Ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio.

[19] Artículo 212A. Violencia. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por violencia: el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento.

permiten afirmar que el acoso sexual se manifiesta por lo general como un «*abuso de poder*» dirigido a afectar con actos persistentes, incesantes y continuos el consentimiento de la "*victima*". En este sentido, concluyó, que cuando el consentimiento es libre y la subordinación laboral no media en la aprobación del trato sexual, no se configura ningún delito[20].

Lo propio sostuvo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, en sentencia del 31 de enero de 2018[21], al resolver un caso relacionado con el acoso sexual en el lugar del trabajo; señaló la Sala, (también con pinceladas de *sextorsión*) que el acoso sexual en el ámbito del trabajo, corresponde a uno de los problemas de discriminación de género más frecuentes, siendo una forma específica de violencia contra las mujeres, cuya visibilización, erradicación y reparación le corresponde asumir a todas las sociedades que se aprecien de justas.

VII. Leyes sobre violencia de género

La conducta sexual involucrada en la *sextorsión* la sitúa al alcance potencial de muchos estatutos de violencia de género que proscriben diferentes tipos de comportamientos sexuales. Aunque algunos de estos estatutos incluyen un lenguaje que puede limitar su eficacia para sancionar los casos de *sextorsión*, otros tratan específicamente los delitos sexuales por parte de personas con cargos de autoridad. Por ejemplo, como parte de los delitos contra la moral, el Código Penal de Taiwán[22] expresamente tipifica como delito el abuso de autoridad para obtener relaciones sexuales en diversos contextos, con inclusión de relaciones oficiales, laborales, educativas etc.

Cabe advertir que, en algunas de las jurisdicciones revisadas, los estatutos de desfloración podrían ser usados para sancionar a los profesores que negocian relaciones sexuales por notas con menores de edad y las leyes de violación que reconocen este acto mediante coerción podrían contemplar la indemnización de las víctimas. Una muestra es el Código Penal

[20] Ver al respecto, Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Radicado No. 51870 del 23 de mayo de 2018, M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

[21] Ibídem.

[22] Statute: Criminal code of Taiwan; 142 articles 121, 123, 131.

de Uganda[23] según el cual el delito de violación expresamente incluye las *"relaciones sexuales ilícitas"* de una mujer o niña *"con su consentimiento, si el consentimiento se obtiene por la fuerza o mediante amenazas o intimidación de cualquier tipo o por miedo de daño físico, o por medio de falsas manifestaciones con respecto a la naturaleza del acto".* Como se dijo, la *sextorsión* que involucra a menores de edad también puede ser sancionada bajo la norma de desfloración del Código en mención.

En otras jurisdicciones, las leyes sobre abuso sexual o agresión sexual ofrecen una posible indemnización para las víctimas de *sextorsión*. Según el Código Penal de Argentina[24], el abuso sexual incluye expresamente formas no físicas de coerción y se extiende a las relaciones oficiales, institucionales y laborales. Además, según lo interpretado por la mayoría de los tribunales penales argentinos, el delito no exige resistencia activa o física como una manifestación de la ausencia del consentimiento de la víctima.

Igualmente, en Australia, los elementos de la *sextorsión* pueden recogerse según las leyes de agresión de cada Estado y Territorio. Por ejemplo, según la Ley Penal 1900 de Nueva Gales del Sur[25], podría estimarse que una persona no ha consentido las relaciones sexuales si éstas están mediadas por *"una conducta intimidatoria o coercitiva, u otra intimidación, que no involucra la amenaza del uso de la fuerza"*, o *"el abuso de una posición de autoridad o de confianza".*

En la Ley 1257 de 2008[26], -de la legislación colombiana- se reconocen componentes de la *sextorsión* al definir la violencia contra la mujer como "*una acción u omisión que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad."* De igual forma en el Código Penal Colombiano, en el artículo 210ª se señala que, dentro de los actos sexuales abusivos está inmerso el acoso sexual que podría entenderse como la conducta punible más próxima

[23] Law of the Penal Code of 1950, Chapter XIV Cap. 120 - Offenses against morality.

[24] Código Penal de la Nación Argentina artículos 119, 256, 256bis, y 257.

[25] Penal Code 1900 ((Nueva Gales del Sur). Sección 611.

[26] Artículo 2º de la Ley 1257 de 2008.

a la *sextorsión*, puesto que se describe como quien a través de su posición de autoridad ya sea por la edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económico acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos a otra persona.

Es posible que varias de las leyes sobre violencia de género revisadas en esta investigación no sean útiles para sancionar la *sextorsión*, por cuanto los delitos exigen la fuerza física y/o una negativa de la víctima. Desde la óptica de violencia de género, un caso en el cual una persona con un cargo de poder ofrece negociar ese poder a cambio de un favor sexual puede ser desestimado por ser *"consensual"* (y por tanto no violento). En México[27], las normas sobre abuso sexual exigen evidencia de que esa relación sexual fue indeseada, lo cual hace que el consentimiento de la víctima sea un asunto probatorio; demostrarlo, es claramente un obstáculo insalvable para sancionar la *sextorsión* según ciertos estatutos sobre violación y abuso sexual.

VIII. Normas éticas y códigos de conducta profesional

Al igual que el abuso de autoridad, la *sextorsión* involucra una violación fundamental de los parámetros éticos por parte de aquellos a los que se les ha *"conferido poder"*. Algunas normas éticas, códigos de conducta u otras regulaciones que rigen una profesión determinada, pueden proscribir el tipo de abuso de conducta involucrado en la *sextorsión*.

La aplicación de estos códigos y normas se realiza con frecuencia a través de organismos administrativos y no por tribunales . Aunque los primeros pueden no ser capaces de sancionar penalmente, sí tienen la autoridad de imponer una suspensión del cargo, revocar una licencia o destituir de un cargo. En algunos casos, las normas éticas y los códigos de conducta profesional, ofrecen un camino alternativo para indemnizar. En Australia, por ejemplo, según el Código de Conducta Policial de Nueva Gales del Sur[28], las relaciones íntimas o personales entre un instructor y

[27] El Código Penal Federal y el artículo 176 del Código Penal del Distrito Federal regulan el abuso sexual. Los elementos de esta ofensa criminal difieren de la sextorsión en que no incluyen una posición subordinada a la autoridad, y requieren evidencia de que la actividad sexual fue no deseado, lo que hace que el consentimiento de la víctima sea un problema probatorio.

[28] The New South Wales Police Code of Conduct.

un estudiante son consideras inadecuadas, en cuanto pueden volverse fácilmente propensas al abuso. La fuerza policial de Nueva Gales del Sur ha aplicado este Código como parte de investigaciones que involucran distintas formas de conductas indebidas, las cuales incluyen las amenazas de los instructores para evitar que los estudiantes aprueben, a menos que de por medio existan favores sexuales.

En Uganda, los funcionarios públicos y los maestros son vistos como los principales responsables de *sextorsión*, y los códigos de conducta y ética de este país pueden ser una herramienta útil para combatirla en el sector público y en las escuelas. En este sentido, el Código de Conducta y Ética de Uganda[29], le prohíbe a un funcionario público someter a otro o ser sometido a *"conductas de naturaleza sexual que afecten su dignidad, sean indeseables, no razonables y ofensivas para el destinatario".* Las sanciones por la violación de este código pueden incluir suspensión, compensación a la víctima y remoción del cargo.

En otras jurisdicciones, las normas éticas y los códigos de conducta profesional pueden ayudar a llenar las lagunas existentes en el marco legal vigente y a mejorar aquello que en caso contrario no tendría corrección normativa ni social. En el caso de México, v.gr. la mayoría de las leyes no parecen adecuadas para sancionar la *sextorsión*, y por ello, los esfuerzos más notorios para prevenir la conducta que involucra esta actividad, han sido realizados por parte de los órganos administrativos a través de la promulgación y aplicación de códigos de conducta y protocolos éticos que buscan prevenir el abuso sexual por parte de los funcionarios públicos.

IX. La *sextorsi*ón en el marco del conflicto

Al celebrar el Día Internacional de la Eliminación de la Violencia Sexual en el marco del Conflicto, el 19 de junio de 2019, la doctora Nancy Hendry [30] volvió sobre el tema de la *sextorsi*ón, ésta vez desde lo que sucede en tiempos de conflicto y post conflicto; reveló el estudio en

[29] The Code of Conduct and Ethics for Uganda Public Service; Clauses 2 And 4.4.

[30] http://www.iawj.org/international-day-for-the-elimination-of-sexual-violence-in-conflict/

líneas generales, que se trata de espacios en los cuales aumenta la vulnerabilidad de las mujeres y los niños a la explotación sexual, no solo por parte de los combatientes, sino también por los responsables de protegerlos y cuidarlos: personal de mantenimiento para la paz, trabajadores de ayuda humanitaria y personal del campo de refugiados. Lamentablemente, sostuvo el estudio, se trata igualmente de una explotación sexual generalizada que ni se informa ni se procesa.

Precisó la disertación, que si bien las Naciones Unidas y otros proveedores de ayuda humanitaria pueden tener una política de tolerancia cero frente a la explotación sexual y el abuso en sus operaciones, sigue existiendo una incidencia alarmante de *sextorsión.* Las épocas de conflicto y post conflicto, exacerban la vulnerabilidad de las mujeres y niños al desplazar a las personas, aislarlas de las redes de apoyo comunitarias y familiares, privarlas de oportunidades económicas y educativas, aumentar su dependencia de la ayuda humanitaria para las necesidades básicas, socavar la disponibilidad y la eficacia de las protecciones legales e interrumpir las normas y prohibiciones sociales. En resumen, crean las condiciones para que la *sextorsi*ón florezca en los campamentos de refugiados y en las áreas afectadas por conflictos.

Recientemente, una investigación de siete meses en cinco países [31] reveló informes indicativos de que el personal de ACNUR exigía sobornos por todo, desde referencias médicas hasta raciones de alimentos y asistencia para el reasentamiento. Para las mujeres, reveló, los favores sexuales eran la forma de pago. En Siria, BBC News [32] informó que esta modalidad de explotación sexual está tan extendida, que las mujeres se negaban a asistir a los centros de distribución por temor a que otras asumieran que se habían deshonrado a cambio de cualquier ayuda recibida. El fondo de Población de las Naciones Unidas, por su parte, emitió un informe, titulado «Voces de Siria 2018», que concluye que la explotación sexual por parte de trabajadores humanitarios fue comúnmente citada como un riesgo que enfrentan las mujeres y las niñas cuando intentan acceder a la ayuda:

---

[31] https://www.nbcnews.com/news/world/asylum-sale-refugees-say-some-u-n-workers-demand-bribes-n988351

[32] https://www.bbc.com/news/world-middle-east-43206297

> Los participantes describieron escenarios en los cuales los hombres en posiciones de poder abusan de su autoridad para hacer avances sexuales en mujeres y niñas a cambio de bienes o servicios necesarios para la supervivencia. Las mujeres describieron cómo la sugerencia de explotación sexual les haría sentir vergüenza e incomodidad y temer las repercusiones si negaran la solicitud. Las mujeres declararon que algunas evitarían el acceso a los servicios por temor o para evitar la explotación sexual (pág. 30).

Estos hallazgos no son nuevos aseveró el documento; hace más de veinte años, las directrices de ACNUR sobre la violencia sexual y los refugiados reconocieron que los trabajadores refugiados internacionales podrían estar extorsionando favores sexuales a cambio de asistencia. En 1999, Human Rights Watch informó sobre la explotación sexual generalizada en los campos de refugiados de Guinea. En 2007, la U.N. adoptó una resolución sobre la Estrategia integral de las Naciones Unidas sobre asistencia y apoyo a las víctimas de explotación y abuso sexual por parte del personal de las Naciones Unidas y el personal relacionado. Sin embargo, el problema persiste y existe una sensación de urgencia insuficiente para abordarlo.

El primer paso para tratar el problema, resaltó la profesora Hendry, es darle un nombre. Es difícil discutir y analizar un tópico que no pueda nombrarse. Por esta razón, la Asociación Internacional de Juezas, acuñó el término *sextorsi*ón para describir el amplio patrón de abuso de poder a cambio de sexo. El término, como ya se ha expuesto, significa tanto una forma de explotación sexual como una forma de corrupción.

Todas las preocupaciones inherentes a la *sextorsión,* que más adelante las expondremos por igual, (renuencia a denunciarlo, temor a represalias, falta de pruebas, etc.) se activan en las situaciones posteriores al conflicto, donde los sobrevivientes no tienen acceso a un mecanismo de denuncia seguro y confidencial, carecen tanto de servicios de apoyo, como de un sistema de justicia estable y eficaz. Para romper la cultura del silencio que rodea a la *sextorsión,* es fundamental adoptar un enfoque centrado en el sobreviviente que asegure que quienes experimentan el maltrato, reciben el apoyo que necesitan para avanzar y acabar con la impunidad de los perpetradores.

Sostuvo la propuesta de las juezas por el mundo, que no es suficiente prohibir el intercambio de asistencia por sexo, si esa política es poco entendida y aplicada. Si alguien sostiene un cuchillo en la garganta de una mujer y la viola, todos lo ven como un acto de violencia sexual. Pero cuando la desesperación lleva a una mujer o un niño a acceder a las demandas sexuales, este «*sexo de supervivencia*» es una forma de violencia sexual distinta, con consecuencias de largo alcance y perjudiciales para las víctimas.

En 2015, una investigación de la U.N. encontró una confusión generalizada sobre el sexo consensuado y la explotación. En Haití, por ejemplo, donde más de 225 mujeres se involucraron en relaciones sexuales con el personal de la ONU de mantenimiento para la paz buscando obtener alimentos y medicamentos, el informe señaló la preocupación por la afirmación de que la gente en el marco del conflicto debía pensar y tener «*derechos románticos*» para sobrevivir.

Que una persona llegue a confundir la *desesperación* con el *romance*, dice mucho sobre la necesidad de confrontar y cambiar actitudes sociales y culturales tan arraigadas que hacen que las personas ignoren o trivialicen el daño que provoca la *sextorsión.* De hecho, el precio de pagar un soborno sexual, es mucho mayor que el costo de pagar un soborno en efectivo, ya que no se mide en términos financieros, sino en daños físicos, psicológicos, estigmas, vergüenzas, vidas alteradas, oportunidades perdidas y asalto frontal a la dignidad humana.

X. Legislación internacional

Aunque los convenios internacionales no usan el término *"sextorsión",* algunos de ellos incluyen medidas que están dirigidas precisamente al tipo de abuso de autoridad por beneficios sexuales que caracteriza a esta figura. Por ejemplo, según la Declaración de la Eliminación de la Violencia Sexual contra las Mujeres, (con sigla en inglés DEVAW), en el Artículo 1 de 1993 (A/RES/48/104), la definición de *"violencia contra las mujeres"* abarca el tipo de daño psicológico y la presión coercitiva que caracteriza a la *sextorsión*. Asimismo, el Artículo 4 de la Convención de la

Unión Africana[33] para Prevenir y Combatir la Corrupción señala que la corrupción incluye no sólo "*bienes monetarios*", sino también otros tipos de *"beneficio", "favor"* o *"ventaja"* términos que podrían incluir el beneficio sexual en un caso de *sextorsión*.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[34] colombiana al resolver un caso de acoso sexual en el trabajo, (mencionado *ut supra*) se apoyó igualmente en los siguientes tratados internacionales; Estrategias de Nairobi orientadas hacia el Futuro para el Avance de la Mujer – 1985; Resolución sobre Igualdad de Oportunidades e Igualdad de Tratamiento para el Hombre y la Mujer en el Empleo -1985; Estudio General de Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones sobre el convenio N° 111-1988; Reunión Tripartita de Expertos sobre Medidas Especiales de Protección para Mujeres e Igualdad de Oportunidades en el trato – 1989; Coloquio Tripartito sobre Igualdad de Oportunidades y Trato para Hombres y Mujeres en el empleo de los países industrializados -1990; Resolución relativa a la Acción de la OIT para las Mujeres Trabajadoras -1991; Recomendación General 19 de la CEDAW- 1992; Plataforma de la Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing) -1995 y el Estudio a Fondo Sobre Todas las Formas de Violencia Contra la Mujer-2006.

Estas medidas ayudan a resaltar que la noción y los matices conceptuales de la *sextorsión* se incluyen en el marco de la conducta que la comunidad internacional condena como una forma de corrupción y de violencia de género, y pueden ayudar a resolver los interrogantes de los estatutos nacionales según los cuales, los eventos de *sextorsión*, *contrario sensu*, podrían ser pasados por alto. En Uganda, por ejemplo, parece que el enjuiciamiento regularmente invoca la legislación internacional en los casos de derechos humanos de ese país con poca oposición del poder judicial. En este sentido, las cortes internas pueden confiarse en la legislación

[33] African Union Convention on Preventing and Combating Corruption. Consulted in: https://au.int/en/treaties/african-union-convention-preventing-and-combating-corruption

[34] Ver al respecto, Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Radicado No. 55122 del 31 de enero de 2018, M. P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

internacional como una ayuda en la interpretación de leyes nacionales, que por lo demás, son ambiguas para penalizar y sancionar la *sextorsión*.

XI. Casos de *sextortion*

Lo interesante de este vasto estudio, es que en la mayoría de las jurisdicciones citadas, los expedientes de *sextorsión* sí están siendo juzgados, aunque bajo un nombre diferente. Por tanto, aun sin estatutos, los enjuiciamientos ocurren al amparo de una amplia variedad de teorías jurídicas. Algunos de estos casos son fructíferos y terminan en condenas, otros, acentúan los s que quedan al obtener indemnización por la *sextorsión*.

Los siguientes casos atrajeron especial atención:

11.1. Profesor australiano exigió favores sexuales a estudiantes mujeres extranjeras a cambio de notas aprobatorias en su clase

La Comisión de Corrupción y Crimen de Australia Occidental[35] investigó acusaciones de un profesor (Dr. Ali) cuando abusó de su cargo al obtener favores sexuales de sus estudiantes a cambio de trato más favorable. Efectivamente, una estudiante internacional de China afirmó que el Dr. Ali le sugirió que necesitaría de su ayuda para ganar la materia. Según la estudiante, el Dr. Ali le dijo que pasara la noche en su casa para satisfacerlo, a cambio de subir su nota académica y darle la hoja del examen y las respuestas. La estudiante no se reunió con el Dr. Ali y como consecuencia, no aprobó el curso. La Comisión encontró que el docente incurrió en "*conducta indebida*" según el artículo 4(b) de la Ley 2003 de la Comisión de Corrupción y Crimen (con siglas en inglés "CCCA") porque corruptamente sacó ventaja de su cargo como funcionario público para obtener un beneficio para sí mismo al buscar favores sexuales de la estudiante a cambio de conceder puntajes académicos más altos.

[35] West Australian Corruption and Crime Commission Report on the Investigation of Alleged Public-Sector Misconduct by Dr. Nasrul Ameer Ali as a Sessional Academic Employed by Curtin University of Technology (2 September 2010). consulted in: http://www.parliament.wa.gov.au/publications/tabledpapers.nsf/displaypaper/3812425a89afb0f0788ec4da482577970028e5a4/$file/tp2425.pdf.

En otro caso, ABC News Australia informó que a mujeres dentro del Centro de Detención de Inmigrantes de Nauru[36] regularmente se les exigía que se desnudaran e intercambiaran favores sexuales con sus guardias para que pudieran tener acceso a las duchas, cuyo uso estaba restringido debido a que en la isla no era abundante el suministro de agua.

11.2. Agentes de policía argentinos arrestaron a una pareja por exceso de velocidad y exigieron favores sexuales a la novia del conductor a cambio de dejarlos libres

La *sextorsión* en Argentina es un problema advertido esencialmente dentro de la fuerza policial, no sólo con respecto a la relación de la policía con la comunidad sino también dentro de la estructura jerárquica misma. Por tal motivo, los informes y los datos que evidencian dichos sucesos y los resultados de cualquier acción disciplinaria relacionada, son difíciles de encontrar ya que son investigados y procesados internamente; no obstante, en el estudio que se analiza pudieron citarse algunas historias de casos que han sido divulgados en los medios, aunque con pocos detalles.

En 2013, en la ciudad de Tucumán, Argentina[37], una joven pareja estaba de regreso de un club nocturno cuando un carro de la policía los hizo detenerse. Los agentes le dijeron al conductor que llevaba exceso de velocidad y lo llevaron a la estación de policía. Al mismo tiempo, otros policías que estaban en el lugar se llevaron a la joven en otra patrulla y le pidieron un favor sexual a cambio de la libertad de su novio. La mujer se negó a cumplir la petición de los agentes y solo después de tocarla, la llevaron a la estación de policía. La pareja fue dejada en libertad unas horas después de que el padre del muchacho pagó un soborno por su libertad. Posteriormente, la mujer trató de presentar una denuncia, pero tenía que

[36] ABC - Australian Broadcasting Corporation. Nauru detention centre: Labor, Greens demand investigation into claims of sexual abuse against women and children. By political correspondent Emma Griffiths and the National Reporting Team Sam Clark Update 30 Sep 2014, 9:40 am. consulted in: http://www.abc.net.au/news/2014-09-30/greens-leader-milne-says-female-asylum-seekers-at-nauru-fear-ra/5778788.

[37] Infobae. Argentina. (2013, febrero 7) "Escándalo policial en Tucumán: golpean a una pareja y abusan de la mujer" Recuperado de: https://www.infobae.com/2013/02/07/695287-escandalo-policial-tucuman-golpean-una-pareja-y-abusan-la-mujer/

acudir a la misma estación donde la pareja había sido arrestada, y los agentes que estaban en servicio se negaron a tramitarla. Finalmente, la denuncia fue presentada ante la Secretaría de Derechos Humanos Provincial, y con la ayuda de un reconocido fiscal, los agentes involucrados fueron acusados formalmente y sancionados bajo los cargos de detención ilegal, malos tratos, robo y violación a los deberes de un funcionario público.

11.3. Joven mujer acusa a su jefe de pedirle favores sexuales

El Vice-Mariscal de la policía de Neuquén (Argentina), fue acusado por una joven agente de la policía de pedirle favores sexuales a cambio de concederle su solicitud de traslado a otra jurisdicción. El informe indica que la mujer estaba casada y tenía un niño pequeño, y por tanto pedía un traslado del distrito capital de la Provincia a la ciudad de Chos Malal, a 400 km al norte de Neuquén, donde vivía su familia. Unos pocos días después de que la mujer reportó el incidente, la denuncia fue tramitada por el Fiscal de Neuquén para los Delitos Graves contra la Gente.

11.4. Funcionario canadiense de inmigración condenado a 18 meses de prisión por tratar de obtener por la fuerza relaciones sexuales a cambio de aprobar la solicitud de asilo de una mujer

Una joven mujer de Corea del Sur había presentado una solicitud para obtener la condición de refugiada en Canadá. Su caso fue examinado por Steve Ellis, un funcionario de inmigración y exconcejal de Toronto. Semanas después de la audiencia, Ellis acordó reunirse con la mujer en una cafetería y le exigió favores sexuales a cambio de una decisión favorable sobre su solicitud de asilo. El novio de la joven grabó a escondidas la reunión y le llevó la grabación a la policía. Ellis fue acusado de abuso de confianza según el Código Penal y de violar la Ley de protección a los refugiados e inmigrantes[38].

Este caso, aunque no clasificado como *sextorsión*, es un claro ejemplo de dicha conducta. En la fase de apelación, el asunto planteó importantes interrogantes acerca de la pertinencia de la posición social, la situación

[38] The most publicized Canadian case that, though not labeled as sextortion, is a clear example of such conduct is R. v. Ellis (2013).

laboral y la atención del público para condenar los casos de *sextorsión*. Aunque Ellis no es el único funcionario público que abusa de su autoridad para tratar de exigir favores sexuales, es limitada la jurisprudencia canadiense disponible públicamente con respecto a situaciones con los elementos de la *sextorsión*.

Además de esta jurisprudencia, los informes noticiosos incluyeron acusaciones por la conducta del investigador federal, John Donaldson, que pudo incurrir en *sextorsión*. En 2002, Donaldson fue acusado de explotar sexualmente a una mujer que buscaba protección ante su esposo abusivo. La mujer había contactado al departamento de inmigración en el 2001 pidiendo la deportación de su esposo quien era un inmigrante de Guyana. Donaldson era parte del equipo de trabajo al que se le pidió que tratara el asunto. La mujer declaró que ella y Donaldson comenzaron una relación sexual y que Donaldson le había prometido protegerla de su esposo. Donaldson negó las afirmaciones, pero admitió que la relación sexual que él sostenía era consentida[39]. El Departamento de Inmigración lo trasladó a un trabajo de oficina y ordenó una investigación. Como estos ejemplos sugieren, el contexto de inmigración es uno en el que las mujeres pueden ser vulnerables a la *sextorsión*.

11.5. Profesores Kenianos les piden a los estudiantes favores sexuales a cambio de calificaciones favorables

En 2011, el Secretario Permanente de Salud de Kenia creó un Sistema de Evaluación de Desempeño del Sistema de Formación Sanitaria de Kenia y dejó al descubierto el hecho de que los tutores de las instituciones de formación médica de Kenia estaban exigiendo relaciones sexuales a cambio de calificaciones favorables en la evaluación[40]. Como resultado de la denuncia, la Universidad de Nairobi y la Universidad de Kenia – dos de las más antiguas instituciones de educación superior – comenzaron a desarrollar una política ética laboral para los profesores.

---

[39] Ottawa Citizen, "Official Accused of sexual exploitation: Immigration enforcer admits to affair with woman who sought protection", June 21, 2002.

[40] AllAfrica (24 September 2006) "Kenya: When Students at University Trade Sex for Marks with Their Teachers". By Billy Muiruri ad Olivia Owuor. Consulted in: http://allafrica.com/stories/200609240233.html.

11.6. Político Mexicano pide favores sexuales a cambio de cargos partidistas

En abril de 2014, Cuauhtémoc Gutiérrez de la Torre, presidente del Partido Revolucionario Institucional (PRI) para el Distrito Federal, fue acusado de desviar recursos públicos para financiar una supuesta red de prostitución y favores sexuales[41]. Según los informes de los medios de comunicación, utilizó su cargo político para pedirles favores sexuales a jóvenes mujeres y, en contraprestación les daba un cargo dentro del partido.

En respuesta a este caso, el Partido de la Revolución Democrática (PRD) presentó un proyecto de ley ante el Congreso del Distrito Federal proponiendo que se introdujera una pena adicional al Código Penal para el Distrito Federal, en la cual los funcionarios públicos que acosan, amenazan y aplican cualquier tipo de violencia económica contra una víctima a cambio de favores sexuales sean penalizados con prisión de 2 a 4 años.

11.7. En Taiwán, el Fiscal General obligó a un testigo a tener relaciones sexuales

Wu Jie-Ren se aprovechó de su cargo como Fiscal General coaccionando a la testigo de un caso para que accediera a tener relaciones sexuales con él. A cambio prometió que los documentos judiciales no serían enviados a casa de la testigo y así su familia no se enteraría de que estaba involucrada en el caso. El fiscal fue sentenciado a 7 años[42] según la Ley Anticorrupción y su apelación fue negada. Jie-Ren había sido acusado de acoso sexual a otras mujeres en dos oportunidades anteriores, pero no pudo ser procesado debido a que la Ley de prevención del acoso sexual no estaba vigente en ese momento.

---

[41] El País. (2014, abril 2). *El PRI retira a su jefe en DF por un escándalo de prostitución*. Recuperado de: https://elpais.com/internacional/2014/04/02/actualidad/1396472085_746258.html

[42] Corrupt prosecutor sentenced to 7 years after forced witness into sex. http://www.youtube.com/watch?v=IJKcSshpVhQ

11.8. Estudiantes de Uganda son violados por sus profesores

Según un estudio de 2008 financiado por el Banco Mundial, el 4% de las estudiantes de los últimos años de la escuela primaria en Uganda habían sido violadas por sus profesores[43]. El informe muestra que las niñas son inducidas a las relaciones sexuales con sus profesores de todas las formas posibles, incluidas las promesas de regalos y las buenas calificaciones. Sulaiman Madada, diputado de Bbaale County, señaló que las niñas usualmente cedían a las exigencias sexuales de los profesores porque temían por las consecuencias de su negativa. Martha Muhwezi[44], Coordinadora Nacional del Foro de Mujeres Educadoras Africanas[45], indicó que, como resultado de la desfloración, las niñas terminaron quedando embarazadas, abandonando la escuela o siendo infectadas con VIH.

11.9. Hombre fue condenado por pedir favores sexuales a cambio de no publicar montajes pornográficos de una mujer a través de redes sociales

En 2012[46], la Corte Suprema de Justicia de Colombia, condenó a un hombre por constreñir a su víctima a través de una cuenta falsa de Facebook, exigiéndole dinero y favores de índole sexual, con el fin de que éste se abstuviera de publicar videos pornográficos de la mujer en redes sociales. Cabe destacar que en el caso colombiano los asuntos procesados por *sextorsión* son llevados como extorsiones y hasta el momento se han circunscrito exclusivamente a aquellos casos en los que la conducta ocurre a través de redes sociales y páginas de internet.

Para la legislación y la práctica jurídica colombiana, la *sextorsión* no es un delito autónomo, por lo que, como en el caso referenciado, los

---

[43] Research study assessing the extent and impact of protection and safety problems impacting children in Uganda's schools. The study was conducted by Winsor Consult LTD between 2011 and 2012, and pommissioned by the Ugandan Ministry of Education and Sports (MoES).

[44] Confirmed a study financed by the World Bank, which indicates that 4% of primary school students in Uganda have been desecrated by their teachers.

[45] Organización no gubernamental que ayuda a las víctimas.

[46] Ver al respecto, Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Radicado No. 38840 del 23 de mayo de 2012, M. P. José Luis Barceló Camacho.

procesos terminan siendo direccionados bajo la conducta de extorsión. Además, se ha restringido el término *sextorsión* al uso indebido de las TIC, ignorando que ocurre también en escenarios distintos al mundo digital, como en este estudio se ha señalado.

11.10. *Sextortion* en el Reino Unido

Diversos informes indican que la *sextorsión* es común dentro del cuerpo policial del Reino Unido, pese a ello, no se han encontrado ejemplos específicos cometidos por los miembros de las fuerzas armadas del gobierno del Reino Unido o por otros que ocupen cargos públicos.

En septiembre de 2012, gracias a más de 50 denuncias, la Comisión Independiente de quejas contra la Policía y la Asociación de Jefes Superiores de la Policía realizaron investigaciones y produjeron conjuntamente un informe público titulado *"El abuso de los poderes policiales para perpetrar violencia sexual*"[47].

Una investigación del periódico The Guardian[48] señala que (i) los oficiales de policía nunca son acusados formalmente y (ii) los casos donde se encuentran agentes responsables, son manejados a través de los procedimientos disciplinarios internos de la policía, lo cual significa que el acceso público a esa información es muy limitado.

En el Reino Unido, los casos tratados en el Juzgado de lo Penal y en el Tribunal de la Corona, no son reportados públicamente debido a restricciones de tiempo y costos. Sin embargo, una investigación de prensa dio a conocer el caso de un funcionario público enjuiciado por varios delitos que posiblemente constituyen una evidencia de *sextorsión*. El agente Stephen Mitchell de la policía de Northumbria, fue acusado de 26 delitos relacionados con mujeres vulnerables que él conoció cuando ejercía como

---

[47] PEEL: Police legitimacy. January 2017. Consulted in: http://www.ipcc.gov.uk/sites/default/files/Documents/research_stats/abuse_of_police_powers_to_perpetrate_sexual_violence.PDF.

[48] The Guardian Newspaper and Website. "Exclusive: Guardian investigation finds sexual predators in police are abusing their power to target victims of crime" Consulted in: https://www.theguardian.com/uk/2012/jun/29/guardian-investigation-abuse-power-police.

oficial de la policía durante un periodo de 7 años. Fue hallado culpable con un veredicto mayoritario (10 a 2) por dos cargos de violación, tres agresiones sexuales, seis cargos de mala conducta en funcionario público y sentenciado a 7 años de prisión.

XII. Desafíos para sancionar la *sextorsión*. Conclusión

Si bien algunos estatutos pueden ser adecuados, óbices de gran calado se interponen para las sanciones exitosas de la *sextorsión*. Encabeza la lista la falta de información y la manera de denunciar. Las personas afectadas con frecuencia no son conscientes de que la conducta es punible, creen que si no se resisten al poder coercitivo de la autoridad, no hubo delito porque él/ella *"lo consintió"*. Paralelamente, las víctimas en general, desconocen dónde o cómo presentar una denuncia de *sextorsión,* y la evidencia muestra que los procesos existentes no han sido clarificados suficientemente para que las víctimas entiendan cómo acceder a ellos en relación con las demandas de *sextorsión*.

Otro desafío crucial en muchas de las jurisdicciones mencionadas, es la precariedad y deficiencia de los marcos legales. Precisamente porque la figura tiene elementos tanto de corrupción como de explotación sexual, a menudo elude el enjuiciamiento en cualquier modalidad. Por un lado, el elemento de corrupción de la *sextorsión* que se fundamenta en la autoridad más que en la fuerza para *"presionar"* relaciones sexuales, cuestiona las nociones tradicionales de fuerza física y falta de consentimiento en las leyes de violencia sexual y violación, tendiendo a debilitar la seriedad con la cual se trata el abuso sexual.

Y de otra parte, los esfuerzos anticorrupción usualmente apuntan hacia las irregularidades financieras, como el soborno, las comisiones ilegales, la malversación de fondos y los acuerdos comerciales beneficiosos, y no las incorrecciones sexuales. Si bien los estatutos de corrupción revisados no exigen evidencia de daño físico, algunos piden constancia de perjuicio financiero, como es el caso de Brasil y Argentina. La urgencia de estatutos legales sobre este tema, y que quienes cometen *sextorsión* sean penalizados, fue también materia de la XIV Conferencia Bienal de juezas en Buenos Aires 2018, donde se recordó que se trata de una forma de corrupción que puede verse en un juez con su dependiente o justiciable, en un profesor

con la alumna, en un jefe con sus subalternos, etc. La realidad está en todo el mundo, y así quedó claro en la cumbre de casi mil juezas de todos los continentes.

Tradicionalmente según los estatutos anticorrupción, tanto el que paga como el que recibe el soborno es visto como culpable y vulnerable al enjuiciamiento. Aunque las leyes y políticas nacionales varían, según algunos de los estatutos analizados (como la Ley contra sobornos del Reino Unido y la Ley anticorrupción de Taiwán), la víctima de *sextorsión* puede estar en riesgo de enjuiciamiento. Según las leyes de abuso sexual y violencia de género, la cuestión del consentimiento plantea interrogantes particulares para sancionar los casos de *sextorsión*, porque las víctimas que acceden a la petición de un favor sexual, pueden ser vistas como las que han *"consentido"* la conducta indebida.

Por ejemplo, muchos de los estatutos contra la violación sexual, revisados, incluidas las Leyes contra los delitos sexuales del Reino Unido y Kenia, hacen de la ausencia de consentimiento un elemento explícito de los delitos sexuales. Sin embargo, según otras leyes, como las de Argentina y Australia[49], hay circunstancias en las que la ausencia de resistencia no es necesariamente tratada como evidencia de consentimiento. Y más, algunas jurisdicciones reconocen que la coerción psicológica, las amenazas, el abuso de autoridad u otras formas de consentimiento *"forzado"* invalidarían el supuesto *"consentimiento"* de la conducta sexual por parte de la víctima de *sextorsión*.

El tema del consentimiento en los delitos sexuales –y la *sextorsión*, conservando su especificidad va atada a esa lógica como ya hemos visto- está amparado por una premisa básica que hoy existe en algunos países europeos: el sexo sin consentimiento es violación. Es un presupuesto que parece básico y se ha convertido en objeto de una nueva ley en Suecia por ejemplo, donde desde hace un año se ha corregido la legislación anterior que determinaba que para que se reconociera una violación debía demostrarse el uso de la fuerza por el agresor. Desde el primero de julio 2018 se ha entendido como violación todo acto sexual no consensuado, eliminándose

[49] The majority of criminal offences in Australia are governed by each State or Territory's own respective Crimes Act or Criminal Code.

así el requisito de la violencia, de las amenazas, y del aprovechamiento de la indefensión para que un acto sea considerado como violación. La legislación sueca introduce además una figura penal interesante y necesaria a nivel internacional denominada *violación negligente*, entendiendo que se castigará a quienes deberían saber que su actuación no es consentida, por ejemplo, una violación a una o un menor que pueda parecer mayor, o a alguien que está bajo los efectos del alcohol, por ejemplo.

Suecia se une a otros países como Reino Unido (Inglaterra, Gales, Escocia, Irlanda del Norte,) Bélgica, Alemania, Islandia, Chipre, Irlanda y Luxemburgo ya en la misma actitud, que se han situado en línea con el Convenio de Estambul, (Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia a las mujeres y la violencia doméstica) que obliga a los países firmantes a penalizar todo acto de carácter sexual realizado sin consentimiento. Según un informe de Amnistía Internacional[50], pocos países en el mundo siguen este lineamiento de Suecia, que se ha traído a colación para mostrar la eficacia del mencionado convenio y su puesta en práctica dentro de la legislación interna sueca, que por lo demás, ha enviado un mensaje a la mayoría de los países donde aún se habla de violación basada en la fuerza física, la amenaza y la coerción.

Retomando el estudio sobre *sextorsión*, si bien un fuerte marco jurídico es el primer requisito para combatirla exitosamente, las barreras más significativas para el efectivo enjuiciamiento se encontraron en las deficiencias de las estructuras institucionales vigentes, que en muchos casos carecían de los medios y de la capacidad para recibir y darle trámite a las denuncias de *sextorsión*, proteger a los denunciantes y brindar un resarcimiento efectivo. En muchos casos, la corrupción institucional se consideró también un obstáculo reseñable para enjuiciar a los funcionarios públicos.

Es de anotar, igualmente que en las víctimas de *sextorsión*, la vergüenza y el temor a la estigmatización asociados a los delitos sexuales, acrecientan la dificultad para que comparezcan. Cuando a una mujer o una niña (o en algunos casos, un niño o un hombre) se le pide un comportamiento sexual o una conducta ilícita y no un soborno monetario, él o ella pueden experimentar el mismo tipo de vergüenza que el que padecen las víctimas

[50] Amnesty Org/es Artículo de Anna Blus. Abril 2013.

de violación u otra forma de violencia sexual, y pueden sentir el temor de que revelar lo que pasó acarreará el mismo tipo de estigma social. Esta preocupación se ha evidenciado en Taiwán y Uganda, donde las mujeres abusadas a menudo no denuncian ningún incidente para evitar la vergüenza de sus familias.

Incluso cuando las víctimas podrían denunciar, la falta de testigos y de otras pruebas corroborativas, generan un impase notorio para el enjuiciamiento efectivo en muchas jurisdicciones. Es evidente que la *sextorsión,* socava la autoconfianza, es difícil de probar, se lleva a cabo de manera soterrada y por ende, la evidencia es esquiva. Si bien los indicios anecdóticos muestran la prevalencia del problema, las autoridades no registran previamente datos debido al estigma y la vergüenza.

En la mayoría de los casos (como muchos de los delitos o conductas indebidas que con ella colindan) la *sextorsión* ocurre en secreto, cuando la persona que busca el favor sexual y la persona a la que se le solicita son los únicos testigos. Más aún, las represalias no son extrañas contra las víctimas y los testigos que comparecen, especialmente cuando el responsable es un funcionario público. En Argentina, esto se ha planteado como una seria preocupación, dado que el secreto de la víctima no es guardado cuidadosamente y él o ella no reciben protección especial contra el responsable. Taiwán, por otro lado, ha corregido esta dificultad por medio de su Ley de protección a testigos y recompensa a quienes informen sobre hechos de corrupción, de esta manera buscan poner a salvo a las víctimas y promover las denuncias.

Finalmente, la falta de información sobre la *sextorsión* silencia a las víctimas, les impide buscar la indemnización legal, y promueve la cultura de la impunidad para los responsables, muchos de los cuales ignoran la gravedad de la falta o el delito. El único antídoto es cambiar la(s) percepción(es) de la comunidad en la cual viven la víctima y el responsable. La forma de cambiar las percepciones es a través del diálogo y la claridad–diálogo abierto donde los secretos y el padecimiento privado se han vivido previamente. Esta investigación demostró especialmente la imperiosidad de iniciar conversaciones más solventes y fructíferas acerca del abuso de poder a cambio de beneficios sexuales.

La IAWJ (The International Association of Women Judges) está trabajando para brindar mayor visibilidad al tema de la *sextorsión* y a las muchas formas en que se manifiesta, ya sea en situaciones afectadas por conflictos o en interacciones cotidianas con la autoridad. Esos esfuerzos incluyen involucrar a la comunidad internacional anticorrupción, a través de presentaciones en las Conferencias Internacionales Anticorrupción y otros foros internacionales, colaborando con la UNODC para abordar la discriminación sexual como un problema de integridad judicial relacionado con el género, y asociarse con Transparencia Internacional para realizar programas pilotos anticorrupción.

Las asociaciones pertenecientes a la IAWJ y los miembros individuales de todo el mundo, incluso en Tanzania, Filipinas, Bosnia-Herzegovina, Nigeria, Marruecos, Argentina, Trinidad y Tobago y la India, también han liderado el camino en la lucha contra la *sextorsión***,** mediante la celebración de seminarios y talleres en países en desarrollo.

Según los informes recientes[51] en InDepthNews (2019), los gobiernos de África se han unido a grupos activistas del país para la lucha contra la *sextorsión.* La Unidad de Prevención y Lucha contra la Corrupción de Tanzania, por ejemplo, (PCCB) creó oficinas de género, donde las víctimas de la *sextorsión* pueden presentar sus casos especialmente ante mujeres, en un esfuerzo por disuadir el acoso sexual. La Sección 25 de la ley anticorrupción de Tanzania de 2007 establece que "*cualquiera que esté en la posición de poder o autoridad, que en el ejercicio de su autoridad, exija o imponga favores sexuales, o cualquier otro favor a cualquier persona como condición para dar empleo, una promoción, un derecho, un privilegio o cualquier otro trato preferencial comete un delito y será responsable, en caso de condena, de una multa de no más de cinco millones de chelines o de prisión por un período que no exceda los tres años o ambos "* ; sin embargo, según los activistas, esta ley no disuade a los perpetradores porque es demasiado débil.

Tanzania no es el único gobierno africano que lucha por la justicia social. Desde Kigali hasta Accra, desde Nairobi hasta Lagos, las autoridades y activistas por los derechos de las mujeres están demostrando ser expertas en la creación de unidades públicas amigables para abordar la tendencia

[51] http://www.iawj.org/governments-in-africa-join-the-fight-against-sextortion/

del acoso sexual. Por su parte, Ruanda ya tenía oficinas de género desde 2005 con el apoyo de la ONU- Mujeres.

Son en general., numerosas las herramientas que evalúan la idoneidad de los marcos legales existentes y colaboran con otras organizaciones de la sociedad civil para crear conciencia sobre este tema. Por todo el progreso que se ha logrado, queda mucho por hacer para eliminar la s*extorsión* como forma de violencia sexual.

Referencias Bibliográficas

1. African Union Convention on Preventing and Combating Corruption. Consulted in: https://au.int/en/treaties/african-union-convention-preventing-and-combating-corruption.

2. AllAfrica (2006, September 24) "*Kenya: When Students at University Trade Sex for Marks with Their Teachers*". By Billy Muiruri ad Olivia Owuor. Consulted in: http://allafrica.com/stories/200609240233.html.

3. Asociación Internacional de Mujeres Jueces. 2015. *"A Comparative Study of Laws to Prosecute Corruption Involving Sexual Exploitation".* Recuperado de: http://www.trust.org/contentAsset/raw-data/588013e6-2f99-4d54-8dd8-9a65ae2e0802/file.

4. Código Penal de la Nación Argentina artículos 119, 256, 256bis, y 257.

5. Código Penal Federal y el artículo 176 del Código Penal del Distrito Federal

6. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH). Recuperado de: http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx.

7. Delmanto, Celso Código Penal Comentado. 7ª ed. Edição Renovar, 2008

8. Daily Ottawa Citizen, Canadá, and (June 21, 2002) *"Official Accused of sexual exploitation: Immigration enforcer admits to affair with woman who sought protection".*

9. El País. (2014, Abril 2). *El PRI retira a su jefe en DF por un escándalo de prostitución.* Recuperado de:

10. https://elpais.com/internacional/2014/04/02/actualidad/1396472085_746258.html.

11. Infobae. Argentina. (2013, Febrero 7) "Escándalo policial en Tucumán: golpean a una pareja y abusan de la mujer" Recuperado de: https://www.infobae.com/2013/02/07/695287-escandalo-policial-tucuman-golpean-una-pareja-y-abusan-la-mujer/

12. Law of the Penal Code of 1950, Chapter XIV Cap. 120 - Offenses against morality.

13. Parliamentary Hansard Legislative Assembly 29 October 1987, consulted in: https://www.parliament.nsw.gov.au/Pages/PageNotFoundError.aspx?requestUrl=https://www.parliament.nsw.gov.au/prod/parlment/hanstrans.nsf/V3ByKey/LA19871029/$file/483LA100.pdf

14. Penal Code 1900 (Nueva Gales del Sur). Section 611.PEEL: Police legitimacy 2016. Consulted in:

15. http://www.ipcc.gov.uk/sites/default/files/Documents/research_stats/abuse_of_police_powers_to_perpetrate_sexual_violence.PDF.

16. Protection from Harassment. (PHA), Act 1977 (statutory offense).

17. RV. Ramsay, 2004 BCSC 756 "*Corrupt prosecutor sentenced to 7 years after forced witness into sex".* The accused was a member of the Provincial Court. Many of the incidents involved sex for money (some of which involved people who later appeared before him in his court). Consulted in: http://www.youtube.com/watch?v=IJKcSshpVhQ

18. Statute: Employment act of 2007; Section 6.

19. Statute: Criminal code of Taiwan; 142 articles 121, 123, 131.

20. Statute: The employment act 2006; part ii, section 7 and the statute: The regulation of employment (sexual harassment) of 2012; part I, section 1.

21. Statute: Criminal Code, title xi, chapter I, article 312.

22. The Code of conduct and ethics for Uganda public service; clauses 2 and 4.4.

23. The Code of conduct and ethics for Uganda public service, and the code of conduct and ethics for Ugandan teachers ("CCEUT") Part V and VI.

24. The Criminal Code section 129(1) (a) ("offences relating to officers") of the Immigration and Refugee Protection Act – have been relied on by Canadian courts to prosecute offenders for sextortion.

25. The Argentine Public Ethics Act ("PEA"), enacted by Law No. 25,188, published November 1st, 1999.

26. The Guardian Newspaper and Website. (2012, junio 29) "*Exclusive: Guardian investigation finds sexual predators in police are abusing their power to target victims of crime"*. Consulted in:

27. https://www.theguardian.com/uk/2012/jun/29/guardian-investigation-abuse-power-police.

28. The most publicized Canadian case that, though not labeled as sextortion, is a clear example of such conduct is R. v. Ellis (2013).

29. West Australian (2 September 2010). "*Corruption and Crime Commission Report on the Investigation of Alleged Public-Sector Misconduct by Dr. Nasrul Ameer Ali as a Sessional Academic Employed by Curtin University of Technology"* Recovered from:

30. http://www.parliament.wa.gov.au/publications/tabledpapers.nsf/displaypaper/3812425a89afb0f0788ec4da482577970028e5a4/$file/tp2425.pdf.

Jurisprudencia colombiana.

1. Sentencia de la Corte Constitucional T-265 de 2016 con Ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio.

2. Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Radicado No. 38840 del 23 de mayo de 2012, M. P. José Luis Barceló Camacho.

3. Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Radicado No. 36570 del 8 de junio de 2011. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

4. Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Radicado No. 51870 del 23 de mayo de 2018, M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

5. Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Radicado No. 55122 del 31 de enero de 2018, M. P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Las municipalidades y sus derechos fundamentales. Breve estudio sobre la participación de las municipalidades como parte accionante en los procesos constitucionales de la libertad

Alfredo Orlando Curaca Kong*

Sumario

I. Introducción. **II.** El tratamiento de las Municipalidades en la Constitución y la normativa infraconstitucional. **III.** Los derechos fundamentales de las personas jurídicas. **IV.** Las municipalidades como parte accionante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 4.1. Una cuestión procesal: la causal de improcedencia prevista en el inciso 9 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional. 4.2. La participación de las municipalidades como parte accionante en los procesos constitucionales de la libertad. 4.2.1. Procesos constitucionales en los que se declaró improcedente la demanda presentada por una municipalidad. 4.2.2. Procesos constitucionales en los que, por haber rechazo liminar, el Tribunal Constitucional ordenó admitir a trámite la demanda presentada por una municipalidad. 4.2.3. Procesos constitucionales en los que el Tribunal Constitucional analizó el fondo del asunto, pero declaró infundada la demanda por no haberse acreditado la vulneración del derecho alegado por la municipalidad demandante. 4.2.4. Procesos constitucionales en los que el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, por haberse acreditado la vulneración del derecho alegado por la municipalidad demandante. 4.2.4.1. Caso Municipalidad Distrital de Comas (Exp. 1152-98-AC/TC).

* Abogado por la Universidad de Lima. Egresado de la Maestría en Derecho Procesal Constitucional, organizada por la Universidad Nacional Lomas de Zamora de la República Argentina. Diplomado en Derecho Procesal Constitucional por el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Director de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Asesor del Gabinete de Asesores del Tribunal Constitucional.

4.2.4.2. Caso Municipalidad Provincial del Callao (Exp. 6614-2008-PA/TC). 4.2.4.3. Caso Municipalidad Provincial del Callao (Exp. 2147-2009-PA/TC). 4.2.4.4. Caso Municipalidad Distrital de Chorrillos (Exp. 3238-2013-PA/TC). 4.2.4.5. Caso Municipalidad Distrital de Villa el Salvador (Exp. 3631-2015-PA/TC). **V.** Conclusiones.

I. Introducción

No hay duda de que los Gobiernos Locales tienen un rol preponderante en el proceso de descentralización del país, pues son los entes gubernamentales más cercanos al ciudadano y se encuentran, por tanto, en una singular posición para conocer de mejor manera sus problemas y operar como canales inmediatos de participación vecinal en asuntos públicos de la localidad.

Por consiguiente, un paulatino proceso de transferencia de recursos y competencias que permita satisfacer plenamente las necesidades de la población de cada circunscripción territorial, no solamente es saludable sino que se hace de suyo necesario y vital para acabar con un modelo centralista que, como sabemos, acumula las riquezas y funciones de administración en un poder centralizado, el que toma muchas veces las decisiones políticas a ciegas, pues olvida los requerimientos inmediatos de la población. Y si bien la política de descentralización no se encuentra en ciernes en el Perú, esta ha tenido no pocos tropiezos en el camino, quedando aún muchas tareas pendientes por realizar.

Tampoco hay duda de que las municipalidades representan al vecindario y velan por sus intereses[1]. Por ello, en muchas ocasiones participan en litigios judiciales o de otra índole, protegiendo por lo general el patrimonio municipal, pues cualquier desmedro patrimonial podría eventualmente afectar los servicios públicos que brindan o las competencias que ostentan y, en consecuencia, perjudicar la buena marcha de la institución edil.

La participación de las municipalidades en juicio no es un detalle menor, ya que en la realidad de los hechos son muchos los procesos

[1] Lo señala el propio artículo IV del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972.

que enfrenta un municipio, sobre todo como parte demandada, en los que, generalmente, es defendido por un equipo liderado por su respectivo Procurador Público Municipal, funcionario que legalmente ejerce su representación judicial. En la mayoría de ocasiones, estos procesos se desarrollan ante la justicia ordinaria o el fuero arbitral, pero hay casos en los que el litigante acude a la justicia constitucional por medio de un habeas data, un cumplimiento o un amparo, por ejemplo, al considerar que han sido vulnerados sus derechos fundamentales; casos en los que, lógicamente, la municipalidad actúa como parte emplazada, es decir, como presunta agresora del derecho invocado, en una relación jurídica procesal que podríamos denominar como típica.

En el caso de los procesos constitucionales orgánicos, aquellos que protegen la asignación de competencias otorgadas por la Constitución, la jerarquía de las normas y la supremacía constitucional, ocurre algo distinto. En estos, las municipalidades se encuentran facultadas para promover el proceso competencial por imperio del artículo 109 del Código Procesal Constitucional, frente a cualquier conflicto de competencias o atribuciones que se presente con otro gobierno municipal, con algún gobierno regional o con el Poder Ejecutivo, a través de alguna de sus dependencias.[2]

Las municipalidades, sean del tipo que fueren, también están legitimadas para interponer la demanda de acción popular a fin de peticionar la anulación de una norma infralegal que se oponga a la ley o a la Constitución, según lo prescribe el artículo 84 del mismo Código Procesal Constitucional, que estipula que todos se encuentran legitimados para promover tal proceso.

Y, en el caso de las municipalidades provinciales, incluida la Municipalidad Metropolitana de Lima, estas ostentan legitimación para presentar la demanda de inconstitucionalidad contra leyes o

[2] El artículo 127 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972, regula otros tipos de conflictos al señalar expresamente: "Los conflictos de competencia que surjan entre las municipalidades, sean distritales o provinciales, y entre ellas y los gobiernos regionales o con organismos del gobierno nacional con rango constitucional son resueltos por el Tribunal Constitucional de acuerdo a su ley orgánica."

normas con rango legal que se opongan a la Constitución, en materias de su competencia, conforme lo preceptúa el artículo 200, numeral 6, de la Constitución y el artículo 99 del ya referido código adjetivo.

Ahora bien, ¿Qué ocurre cuando la propia municipalidad considera amenazados o vulnerados sus atributos fundamentales? ¿pueden estas promover un proceso constitucional para proteger tales derechos? ¿Ha ocurrido esto alguna vez? De ser así, ¿El Tribunal Constitucional ha estimado en alguna ocasión la demanda presentada por la municipalidad? En tal caso ¿Qué derechos fundamentales les ha reconocido?

Estas y otras son las interrogantes que pretenden ser respondidas en el presente trabajo, a través de un breve repaso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional emitida en los procesos constitucionales que cautelan los derechos fundamentales.

Por ello, más que teorizaciones que pretendan demostrar la naturaleza jurídica de las municipalidades y su capacidad para ser titular de derechos fundamentales, la investigación se apoya y pone énfasis en una realidad práctica: la jurisprudencia que, desde sus inicios, ha expedido el supremo intérprete de la Constitución al respecto.

En cuanto a su esquema, después del introito, el trabajo contiene un primer tópico referido al tratamiento normativo de las municipalidades. Un segundo aspecto relativo a los derechos fundamentales de las personas jurídicas que han sido reconocidos por el Tribunal Constitucional. Un tercer apartado atinente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional expedida en los casos en los que las municipalidades han sido parte accionante en procesos constitucionales que protegen derechos fundamentales. Y, finalmente, tiene las conclusiones respectivas.

Habiendo efectuado estas precisiones, continuamos.

II. El tratamiento de las Municipalidades en la Constitución y la normativa infraconstitucional

El Capítulo XIV de la Constitución Política del Perú, denominado "De la descentralización", contenido en su Título IV, rotulado "De

la estructura del Estado", contempla a los gobiernos regionales y locales, estableciendo en el artículo 188 que constituyen pilares fundamentales del proceso de descentralización, como forma de organización democrática que constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país.

Añade expresamente el citado dispositivo constitucional que "El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales." Es decir, en atención al principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencias de recursos, al que ha hecho referencia el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, en la que ha señalado que: "El proceso de descentralización del poder estatal mediante el establecimiento de las regiones y sus gobiernos regionales no es un acto acabado o definitivo, pues se realiza por etapas, conforme dispone el artículo 188º de la Constitución. En ese sentido, la asignación de competencias hacia los gobiernos regionales, así como la de sus recursos, es un proceso abierto, que la Constitución ha querido asegurar, entre otros medios, al establecer solo de manera enunciativa las competencias de los gobiernos regionales, y dejar que esta tarea se complemente y amplíe mediante la incorporación de nuevas competencias por medio de la reserva de ley orgánica prevista en el artículo 192º de la Constitución o, incluso, mediante acuerdo entre gobierno nacional y gobiernos regionales tratándose de competencias delegadas."[3]

Como se aprecia, la Carta Constitucional pondera y prioriza la política de descentralización y resalta el papel fundamental que tienen en esa política los gobiernos locales y regionales.[4] Ya afirmamos

[3] STC 20-2005-PI/TC, 21-2005-PI/TC (acumulados), fundamento 77.

[4] En concordancia con la descentralización regulada en el artículo 188 de la Constitución, el artículo 43 de la misma Carta señala que el Estado peruano es uno e indivisible y su gobierno es unitario, representativo y descentralizado. Al respecto, resulta importante mencionar la siguiente sentencia del Tribunal Constitucional que, interpretando el artículo 43 citado, distingue entre "Estado

anteriormente la importancia de la descentralización y en esta ocasión nos adherimos al extinto profesor Pedro de Vega, quien sostuvo que la descentralización "…no sólo es un instrumento democratizador del poder y una garantía para la libertad, sino que, además, puede suponer una mejor técnica de organización para resolver los asuntos públicos."[5] Sin embargo, el artículo constitucional que nos ocupa si bien destaca el rol de las municipalidades no ofrece mayores luces sobre su personería jurídica. Lo mismo ocurre en los artículos siguientes de la Constitución.

Conviene señalar que, luego de regular a los gobiernos regionales en los dispositivos que van del 189 hasta el 193, el artículo 194 de la Constitución acota en su primer párrafo que "Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia." Es decir, las dota de distintos tipos de autonomía para decidir temas de su competencia. Esta autonomía en sus diversas manifestaciones ha sido ya materia de desarrollo jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional, el cual ha establecido qué comprende y que esta no debe confundirse con autarquía, pues, a pesar de su autonomía, las municipalidades siguen siendo parte del Estado peruano en un diferente nivel de gobierno, por lo que están sujetas al ordenamiento jurídico.[6] Por ello, en el primer párrafo del

unitario descentralizado" y "Estado unitario y descentralizado": "En el Estado unitario y descentralizado regional, la potestad normativa está distribuida entre órganos nacionales y regionales, además de los locales. La autonomía político normativa de los gobiernos regionales conlleva la facultad de crear Derecho y no sólo de ejecutarlo. Precisamente por ello, como quedó dicho, el Estado peruano no puede concebirse como un Estado 'unitario descentralizado', es decir, como aquel en el que la descentralización tan sólo refleja una proyección estamentaria o administrativa de un único ordenamiento jurídico a ejecutar. Se trata, por el contrario, de un Estado 'unitario y descentralizado', esto es, un Estado en el que la descentralización, al alcanzar una manifestación político-normativa, fundada en el principio constitucional de la autonomía, prevista en los artículos 191º y 194º de la Constitución, acepta la convivencia de subsistemas normativos (nacional, regional y local)" STC 20-2005-PI/TC, 21-2005-PI/TC (acumulados), fundamento 57.

[5] DE VEGA, Pedro. "Poder Constituyente y Regionalismo." En: Federalismo y regionalismo. Gumersindo Trujillo, compilador. Madrid. 1979, p. 354.

[6] En armonía con la autonomía consagrada por la Constitución, el artículo II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades, señala que los

artículo 195 de la Constitución, se precisa lo siguiente: "Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo."

Debe acudirse a la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972, como norma conformante del bloque de constitucionalidad municipal, para encontrar un dispositivo referido a la personería jurídica de las municipalidades. Este se encuentra en el artículo I de su Título Preliminar; artículo que establece que los gobiernos locales son entidades básicas de la organización territorial del Estado y canales inmediatos de participación vecinal en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades; siendo elementos esenciales del gobierno local, el territorio, la población y la organización. Y agrega que las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno promotores del desarrollo local, con personería jurídica de derecho público y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

Comprobada así la personería de las municipalidades, que las hace sujetos de derecho y obligaciones, corresponde examinar en adelante el reconocimiento jurisprudencial de derechos fundamentales que pueda haberle dispensado el Tribunal Constitucional a las personas jurídicas, en general, y a las corporaciones ediles, en particular.

III. Los derechos fundamentales de las personas jurídicas

La Constitución Política del Perú de 1979, siguiendo la línea trazada por la Constitución alemana de 1949 (artículo 19.3) y la portuguesa de 1976 (artículo 12.2)[7], reconoció expresamente derechos fundamentales a las personas jurídicas en su artículo 3, el que a la

gobiernos locales gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia y que la autonomía que la Constitución Política del Perú establece para las municipalidades radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico.

[7] Es de destacar también el artículo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que le otorga a las personas jurídicas la protección relativa al derecho de propiedad.

letra disponía: "Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas peruanas, en cuanto les son aplicables". Sin embargo, la Constitución peruana vigente, de 1993, no contempla un artículo similar al de su predecesora.

Ahora bien, nuestra actual Constitución deja claro desde su primer artículo su posición humanista al señalar expresamente que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado."; posición que antepone a la persona humana por sobre todo lo demás, como presupuesto ontológico alrededor del cual debe girar el accionar de públicos y privados, y se materializa en la *praxis* con la interpretación que de las disposiciones normativas haga en cada ocasión el garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. A renglón seguido, la Carta vigente regula en su segundo artículo un listado de derechos fundamentales que pertenecen a la persona humana, física, natural.

El énfasis en la persona humana es, quizá, el que ha hecho que se olvide reconocer positivamente que el elenco de derechos fundamentales previsto en el artículo 2 de la Carta Fundamental puede ser extensivo a las personas jurídicas en cuanto sean aplicables, como lo hacía la Constitución del 79. O, quizá, el constituyente del Texto de 1993 haya considerado innecesario o inoficioso poner un artículo en esos términos. Lo cierto es que esto no ha sido impedimento para que el Tribunal Constitucional, en más de veintidós años de jurisprudencia, les haya reconocido derechos fundamentales a las personas jurídicas.

En la STC 0905-2001-AA/TC, por ejemplo, el Tribunal Constitucional señaló que "…el primer tema que ha de esclarecerse es el relativo a la titularidad o no de los derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas. En ese sentido, opina el Tribunal que el reconocimiento de los diversos derechos constitucionales es, en principio, a favor de las personas naturales. Por extensión, considera que también las personas jurídicas pueden ser titulares de algunos derechos fundamentales en ciertas circunstancias."[8] A continuación, fundamentando su posición, sostuvo: "Tal titularidad de los derechos

[8] STC 0905-2001-AA/TC

por las personas jurídicas de derecho privado se desprende implícitamente del artículo 2°, inciso 17), de nuestra Carta Fundamental, pues mediante dicho dispositivo se reconoce el derecho de toda persona de participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la nación. Este derecho, además de constituir un derecho fundamental por sí mismo, es, a su vez, una garantía institucional, en la medida en que promueve el ejercicio de otros derechos fundamentales, ya en forma individual, ya en forma asociada, por lo que aquí interesa destacar."[9]

Tal criterio parecería decirnos que, en relación a las personas jurídicas, existe una titularidad de derechos de manera indirecta, en tanto y en cuanto están conformadas por personas naturales. Sin embargo, el Alto Tribunal precisó en su misma sentencia que "…no sólo de manera indirecta las personas jurídicas de derecho privado pueden titularizar diversos derechos fundamentales. También lo pueden hacer de manera directa. En dicho caso, tal titularidad no obedece al hecho de que actúen en sustitución de sus miembros, sino en cuanto a sí mismas y, naturalmente, en la medida en que les sean extendibles (sic)".[10]

Por tanto, consideró el Tribunal, "…que la ausencia de una cláusula, como la del artículo 3.° de la Constitución de 1979, no debe interpretarse en el sentido de negar que las personas jurídicas puedan ser titulares de algunos derechos fundamentales o, acaso, que no puedan solicitar su tutela mediante los procesos constitucionales y, entre ellos, el amparo."[11]

En la STC 00605-2008-PA/TC, ratificó su posición y señaló expresamente lo siguiente: "Como premisa debe considerarse que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales; sin embargo, ello no significa que dicha titularidad pueda predicarse de manera general respecto a todos los derechos, ya que ello estará condicionado a que así lo permita la naturaleza del bien protegido por el derecho en cuestión. En efecto, la titularidad de derechos

[9] STC 0905-2001-AA/TC

[10] STC 0905-2001-AA/TC

[11] STC 0905-2001-AA/TC

como el de propiedad, defensa, debido proceso, tutela jurisdiccional, libertad de contrato, libertad de trabajo, de empresa, igualdad, entre otros, resulta indiscutible en atención a la naturaleza del bien protegido por estos derechos. Sin embargo, en el caso de la libertad de tránsito no puede predicarse tal titularidad."[12]

Estos son algunos casos en que, supliendo el vacío normativo dejado por la Constitución de 1993, el alto Tribunal reconoció la titularidad

[12] STC 00605-2008-PA/TC, fundamento 4. Resulta fundamental también la STC 04972-2006-PA/TC, que es anterior, en la que el Tribunal Constitucional señaló un listado enunciativo de derechos constitucionales que posee la persona jurídica, mencionando a este respecto en su fundamento 14 lo siguiente: "En medio del contexto descrito y aun cuando no se pretende ensayar aquí una enumeración taxativa de los derechos que puedan resultar compatibles con la naturaleza o estatus de las personas jurídicas, cabe admitirse, entre otros, y desde una perspectiva simplemente enunciativa, los siguientes: a) El derecho a la igualdad ante la ley (Artículos 2, incisos 2, 60, 63) b) Las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a fundar medios de comunicación (Artículo 2, inciso 4) c) El derecho de acceso a la información pública (Artículo 2, inciso 5) d) El derecho al secreto bancario y la reserva tributaria (Artículo 2, inciso 5, párrafo segundo) e) El derecho a la autodeterminación informativa (Artículo 2, inciso 6) f) El derecho a la buena reputación (Artículo 2, inciso 7) g) La libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (Artículo 2, inciso 8) h) La inviolabilidad de domicilio (Artículo 2, inciso 9) i) El secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados (Artículo 2, inciso 10) j) La libertad de residencia (Artículo 2, inciso 11) k) El derecho de reunión (Artículo 2, inciso 12) l) El derecho de asociación (Artículo 2, inciso 13) m) La libertad de contratación (Artículo 2, inciso 14) n) La libertad de trabajo (Artículo 2, inciso 15, y Artículo 59) o) El derecho de propiedad (Artículo 2, inciso 16) p) El derecho a la participación en la vida de la nación (Artículo 2, inciso 17) q) El derecho de petición (Artículo 2, inciso 20) r) El derecho a la nacionalidad (Artículo 2, inciso 21) s) El derecho a la inafectación de todo impuesto que afecte bienes, actividades o servicios propios en el caso de las universidades, institutos superiores y demás centros educativos (Artículo 19) t) La libertad de iniciativa privada (Artículo 58) u) La libertad de empresa, comercio e industria (Artículo 59) v) La libre competencia (Artículo 61) w) La prohibición de confiscatoriedad tributaria (Artículo 74) x) El derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (Artículo 139°, inciso 3)". Pero la sentencia pionera en cuanto a esta cuestión es la STC 0905-2001-PA/TC/TC, que señaló en cuanto a la titularidad de derechos de la persona jurídica de derecho privado, lo siguiente: "Por extensión, considera que también las personas jurídicas pueden ser titulares de algunos derechos fundamentales en ciertas circunstancias (…) también lo pueden hacer de manera directa. En dicho caso, tal titularidad no obedece al hecho de que actúen en sustitución de sus miembros, sino en cuanto a sí mismas y, naturalmente, en la medida en que les sean extendibles…".

de los derechos fundamentales para las personas jurídicas. Y esto no es novedoso en experiencias extranjeras, pues verbigracia de aquello es el reconocimiento de tales derechos de las personas jurídicas en cortes como la española[13], la colombiana[14] o la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, con algunas limitaciones.[15]

---

[13] Cfr. STC 53/1983, del 20 de junio; STC 19/1983, del 14 de marzo; STC 4/1982, del 4 de setiembre; entre otras.

[14] Cfr. Sentencia de tutela T-521 de 1993, en que la Corte Constitucional Colombiana afirmó "…las personas jurídicas poseen derechos constitucionales fundamentales por dos vías: a) Indirectamente: cuando la esencialidad de la protección gira alrededor de la tutela de los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales asociadas. b) Directamente: cuando las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales no porque actúan en sustitución de sus miembros, sino que lo son por sí mismas, siempre, claro está que esos derechos por su naturaleza sean ejercitables por ellas mismas." Cfr. También la Sentencia SU.182/98, en la que tal corte dijo: "Hay derechos de las personas jurídicas, que ellas pueden reclamar dentro del Estado Social de Derecho y que las autoridades se obligan a respetar y a hacer que les sean respetados. Y, claro está, entre la inmensa gama de derechos que les corresponden, los hay también fundamentales, en cuanto estrechamente ligados a su existencia misma, a su actividad, al núcleo de las garantías que el orden jurídico les ofrece y, por supuesto, al ejercicio de derechos de las personas naturales afectadas de manera transitiva cuando son vulnerados o desconocidos los de aquellos entes en que tienen interés directo o indirecto. La naturaleza propia de las mismas personas jurídicas, la función específica que cumplen y los contenidos de los derechos constitucionales conducen necesariamente a que no todos los que se enuncian o se derivan de la Carta en favor de la persona humana les resulten aplicables. Pero, de los que sí lo son y deben ser garantizados escrupulosamente por el sistema jurídico en cuanto de una u otra forma se reflejan en las personas naturales que integran la población, la Corte Constitucional ha destacado derechos fundamentales como el debido proceso, la igualdad, la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, la libertad de asociación, la inviolabilidad de los documentos y papeles privados, el acceso a la administración de justicia, el derecho a la información, el habeas data y el derecho al buen nombre, entre otros. En conexidad con ese reconocimiento, las personas jurídicas tienen todas, sin excepción, los enunciados derechos y están cobijadas por las garantías constitucionales que aseguran su ejercicio, así como por los mecanismos de defensa que el orden jurídico consagra. De allí que son titulares no solamente de los derechos fundamentales en sí mismos sino de la acción de tutela para obtener su efectividad cuando les sean conculcados o estén amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular.".

[15] Cfr. Sentencia (excepciones preliminares) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Cantos contra Argentina" (http://www.mpd.gov.ar/uploads/documentos/ddhh/cantos85.pdf). Deben citarse los párrafos 27

De esa manera, en cada caso constitucional en concreto, y a fin de verificar si se ha vulnerado o no el derecho fundamental alegado por la persona jurídica que promovió el proceso, debe determinarse de modo previo si el derecho en cuestión es un derecho inherente al ser humano o puede ser también titularizado por una persona jurídica, para, a partir de allí, analizar si ha ocurrido una lesión iusfundamental contra esta.

Con todo, la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional está referida a las personas jurídicas de derecho privado, mas no así a las personas jurídicas de derecho público. En ese orden de ideas, ¿por el solo hecho de ser también personas jurídicas, tienen las municipalidades, por ejemplo, los mismos derechos fundamentales que han sido reconocidos en la jurisprudencia constitucional para las personas jurídicas de derecho privado? Al respecto, consideramos que la respuesta es negativa dadas las particulares propias que detenta una persona jurídica de derecho público, cuya naturaleza y ámbito de acción es distinto al de las personas jurídicas de derecho privado.

y 29 de la misma: "En el caso *sub judice*, la Argentina afirma que las personas jurídicas no están incluidas en la Convención Americana y, por lo tanto, a dichas personas no se les aplica sus disposiciones, pues carecen de derechos humanos. Sin embargo, la Corte hace notar que, en general, los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación. (…) Esta Corte considera que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo no. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aún cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho.". Cfr. También la Opinión Consultiva OC-22/16 (http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf), en la que la Corte IDH ha aclarado que si bien el artículo 1.2 de la Convención Americana solo consagra derechos a favor de personas físicas, por lo que las personas jurídicas no son titulares de los derechos consagrados en dicho tratado, si son titulares de los derechos protegidos en la convención las comunidades indígenas y tribales, los sindicatos, las federaciones y las confederaciones de trabajadores y las personas físicas que en algunos casos pueden llegar a ejercer sus derechos a través de personas jurídicas.

> Ciertamente, si bien la personalidad jurídica es el reconocimiento por medio del sistema jurídico de la condición de persona y, por tanto, de la capacidad para ser susceptible de derechos y de contraer obligaciones, existe una diferencia entre las personas jurídicas de derecho privado y las personas jurídicas de derecho público, que parte de entender que las primeras son constituidas por voluntad de los particulares en el ejercicio de su derecho a asociarse para alcanzar un fin común. Detrás de estas están las personas naturales como bien sostiene el profesor Castillo Córdova, autor que añade al respecto: "…el pleno desarrollo de la persona humana, fin de la sociedad y del Estado, obligaba a reconocer jurídicamente la necesidad que tienen las personas individuales de agruparse con otras a fin de lograr fines y objetivos que de otro modo no podrían alcanzar o, en todo caso, sólo difícilmente alcanzarían. Reconociendo que esas agrupaciones organizadas como personas jurídico privadas significaban el favorecimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales de las personas individuales que las conformaban, es que se justificaba plenamente el reconocimiento y garantía de derechos fundamentales a las personas jurídicas".[16]

A decir verdad, no hay en el caso de las personas jurídicas de derecho público, como las municipalidades, la voluntad de un grupo de personas naturales para asociarse en la consecución de un objetivo común, "…ellas son creaciones del derecho como consecuencia de decisiones políticas y/o técnicas que adopta el poder público con la finalidad de organizarse mejor a fin de conseguir mayor eficacia en el ejercicio del poder. En buena cuenta, el sujeto que se encuentra detrás de la persona jurídico pública no es la persona natural individual, sino el Estado."[17] Por tanto, es más difícil pensar que estas titularizan derechos fundamentales, máxime si justamente los procesos constitucionales fueron concebidos originariamente para controlar los excesos del Estado, cuyo accionar en muchas ocasiones afectaba los derechos del ciudadano. Es el Estado el que por lo general vulnera los derechos de las personas, por lo que es usual que sea la parte emplazada en

[16] CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "La persona jurídica como titular de derechos fundamentales." En: Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces. Tomo 167. 2007, pp. 125-134.

[17] Loc. Cit.

los procesos constitucionales de la libertad, resultando difícil imaginarlo en la otra orilla: reclamando el restablecimiento de algún derecho fundamental frente al accionar de particulares o de otras entidades del mismo Estado.

Cabría agregar, como otra diferencia sustancial, que el radio de acción de las personas jurídicas de derecho público es distinto al de las personas jurídicas de derecho privado (salvo que hablemos de empresas públicas). Estas tienen competencias asignadas por la Constitución y/o la ley y brindan servicios públicos al ciudadano, como parte del engranaje que significa la estructura del Estado, mientras que aquellas, por lo general, tienen un fin lucrativo y se desplazan en el ámbito comercial, industrial y de servicios. Por lo tanto, es fácil imaginar que las primeras carezcan de la titularidad de algunos derechos fundamentales que han sido reconocidos por el Tribunal Constitucional para las segundas, tales como los derechos a fundar medios de comunicación, a la libertad de iniciativa privada, a la libertad de empresa, comercio e industria o la libre competencia. Con lo cual, de titularizar derechos fundamentales, el elenco de los mismos se reduciría radicalmente para el caso de las personas jurídicas de derecho público.

Ahora bien, en un momento dado el Tribunal Constitucional peruano declaró improcedentes demandas de amparo promovidas por municipalidades alegando que los órganos de la Administración Pública no poseen derechos constitucionales[18], lo que reafirmó en la STC 3283-2003-PA/TC, al señalar literalmente lo siguiente: "Los derechos constitucionales se constituyen en la forma más efectiva para proteger a la persona humana frente al ejercicio abusivo del poder, siendo evidente que los órganos del Estado no tienen derechos o facultades, por su propia naturaleza, sino competencias previas y taxativamente señaladas por la Constitución y además normas del bloque de constitucionalidad"[19].

Sin embargo, en una sentencia anterior ya había mencionado que: "…atendiendo a la naturaleza no estrictamente personalísima del derecho al debido procedimiento administrativo, se reconoce su extensión a las personas jurídicas, y, entre ellas, se debe hacer extensivo dicho reconocimiento

[18] STC 1123-2000-PA/TC

[19] STC 3283-2003-PA/TC

de la titularidad del derecho fundamental para el caso de las personas jurídicas de derecho público, pues una interpretación contraria concluiría con la incoherencia de, por un lado, habilitar el ejercicio de facultades a las municipalidades consagradas en la Constitución y, por otro, negar las garantías necesarias para que las mismas se ejerzan y, sobre todo, puedan ser susceptibles de protección (…) Este fundamento encuentra su sustento constitucional en el sentido de reconocer a las personas jurídicas, independientemente de su naturaleza pública o privada, que puedan ser titulares de algunos derechos fundamentales, y que en esa medida puedan solicitar su tutela mediante los procesos constitucionales, entre ellos, el amparo. Por tal razón, la municipalidad sí se encuentra legitimada para presentar la presente demanda."[20]

Es más, en otra sentencia, anterior a esta última, que data de los inicios del Tribunal, reconoció la titularidad del derecho de propiedad al entonces llamado Instituto Peruano de Seguridad Social – IPPS, hoy EsSalud, que si bien no es una municipalidad es una entidad pública, manifestando que "(…) el exceso cometido por la demandada al incluir en las ordenanzas objeto de la presente acción de amparo, áreas de propiedad del Instituto Peruano de Seguridad Social, constituye ejercicio irregular de sus funciones además de un acto que vulnera derechos constitucionales (…)", y que "(…) es evidente que las Ordenanzas Municipales cuestionadas, limitan el libre ejercicio del uso y disfrute del derecho de propiedad del demandante lesionándolo, por lo que en tales circunstancias, se ha producido un ejercicio irregular de funciones por parte de la Municipalidad demandada, resultando fundada la acción interpuesta" (Cfr. Sentencia 916-97-AA/TC, fundamento 9).

A pesar de las contradicciones iniciales, la línea jurisprudencial ha ido paulatinamente consolidándose al permitir que las entidades públicas sean parte accionante en los procesos constitucionales que cautelan derechos constitucionales, en procura de obtener justicia constitucional cuando consideren que tales derechos han sido vulnerados.

Así, con fecha 8 de agosto de 2008, el supremo Tribunal emitió la STC 1407-2007-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por

[20] STC 2939-2004-PA/TC

la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – Intendencia de Aduanas de Tacna, contra el Fiscal Titular de la Segunda Fiscalía Superior Mixta de Tacna, en el que peticionó la nulidad de diversas resoluciones, mediante las cuales el Ministerio Público decidió no formalizar una denuncia por haber carecido la abogada de la SUNAT de poder para denunciar.

En la parte considerativa de tal sentencia, bajo un título rotulado "Titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídico-públicas", el Tribunal Constitucional, "antes de entrar al fondo", precisó preliminarmente lo concerniente a la titularidad de derechos de las personas jurídico-públicas. Y partió señalando: "El tema ha merecido interesantes y enconadas posiciones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada.". Luego agregó que "…en principio, las entidades públicas no tendrían derechos sino competencias." Sin embargo, a continuación añadió "…este Tribunal ya ha ido decantando su posición, expresando la posibilidad de que las personas jurídico-públicas puedan ser titulares de algún derecho fundamental como los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva…"[21], reconociendo así dos derechos fundamentales de corte procesal.

Más adelante, el Tribunal consideró pertinente reforzar los fundamentos que sostienen su posición, mencionando que una de las razones que han generado el referido debate "…es el hecho de que tradicionalmente se ha comprendido que los derechos fundamentales son ejercidos por los individuos frente al Estado."[22] Agregó en tal considerando que "…a partir de las revoluciones norteamericana y francesa, inspiradas en el *iusnaturalismo* racionalista, los derechos fundamentales se consagraban como esferas de libertad de la persona humana impenetrables por la voluntad del Estado."[23]

---

[21] En esta parte, el Tribunal Constitucional cita, a modo de ejemplo, las resoluciones expedidas en los Expedientes 1150-2004-PA/TC/TC; proceso de amparo promovido por el Banco de la Nación contra Essalud y otra, en el que se alegó la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, declarándose fundada la demanda; y 2939-2004-PA/TC/TC, proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Coronel Portillo contra el Organismo Supervisor de la Inversión de la Energía – Osinerg, en el que se alegó el cierre arbitrario y desproporcional de un local municipal.

[22] STC 1407-2007-PA/TC

[23] STC 1407-2007-PA/TC

Estas eran las llamadas libertades individuales clásicas, como la libertad de propiedad, de expresión, religiosa, entre otras, las que "…yacían edificadas sobre la autonomía de la voluntad del individuo y se manifestaban en un no hacer del Estado."[24] A continuación, señaló en su sentencia que "Con el devenir del siglo XX, el fenómeno de la industrialización y la crisis del Estado Liberal de Derecho, esta concepción de los derechos individuales debía ser complementada en concordancia con el contexto político y las demandas sociales."[25], razón por la cual surgieron entonces, por primera vez, Constituciones que recogieron los llamados derechos sociales, económicos y culturales, que tienen una configuración claramente diferente a la de las libertades clásicas.[26] Y concluyó al respecto: "Ya no es posible hacer referencia solo a esferas de libertad –negativa-, se requiere ahora una acción positiva por parte del Estado. Se exige una serie de prestaciones en favor de los ciudadanos a fin de satisfacer ciertos requerimientos básicos, los que permitirán finalmente acceder o gozar plenamente de las libertades individuales."[27]

De todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional arribó a la conclusión de que "…la relación Estado-Sociedad ha variado sobremanera desde la configuración del Estado en el siglo XIX a la actualidad."[28], pues de "… una visión que proponía una división tajante entre ambos, se ha derivado a una relación más similar a la integración de uno y otra."[29], lo que "… implicó un cambio en la organización estatal que devino en la creación de diversas entidades públicas encargadas de cumplir con las obligaciones propias de la administración y prestación de servicios. Dichas entidades, a fin de cumplir con sus funciones debían –en muchos casos– acudir al órgano jurisdiccional."[30] Puso como ejemplo de esto en el caso peruano a la

[24] STC 1407-2007-PA/TC

[25] STC 1407-2007-PA/TC

[26] STC 1407-2007-PA/TC

[27] STC 1407-2007-PA/TC. Aquí el Tribunal añade: "De igual manera esto ocurre con los llamados derechos de tercera generación, dirigidos a tutelar manifestaciones relativas al cuidado del ambiente, el patrimonio cultural y el derecho a la paz, entre otros, cuya fundamentación se encuentra en el principio de solidaridad."

[28] STC 1407-2007-PA/TC

[29] STC 1407-2007-PA/TC

[30] STC 1407-2007-PA/TC

Defensoría del Pueblo, entidad que se encuentra facultada para interponer demandas de amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales, de acuerdo a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 40 del Código Procesal Constitucional. Y a la SUNAT, que se encuentra legitimada para promover procesos contenciosos-administrativos contra decisiones que tome el Tribunal Fiscal. Finalmente, la sentencia refirió algo muy importante: "En tales supuestos, resulta evidente que el órgano jurisdiccional también tendrá que respetar los principios y derechos contenidos en el artículo 139 (entre ellos el numeral 3) de la Constitución, no solo por ser normas objetivas, sino también porque deben comprenderse como derechos fundamentales de las partes titulares del proceso." Es decir, que, al actuar como particulares, en las mismas condiciones de igualdad, los derechos fundamentales de las personas jurídico-públicas también deben ser respetados.[31]

En palabras de Durig, constituye una "ironía estatal" que el Estado pudiera sentirse desprotegido y necesitado de derechos fundamentales[32], pero aquello ocurre, sobre todo en los procesos judiciales

[31] Cabe anotar que en la jurisprudencia comparada también se han reconocido derechos fundamentales en personas jurídicas de derecho público. En Alemania, por ejemplo, se reconoce la titularidad de las libertades de arte, ciencia, investigación y enseñanza a las universidades públicas (BVerfGE 15, 256) y las libertades de expresión e información a los medios de comunicación estatales (BVerfGE 31, 314). CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "La persona jurídica como titular de derechos fundamentales." En: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2073/Persona_juridica_como_titular_derechos_fundamentales.pdf?sequence=1. p. 18. En España el derecho a la autonomía universitaria a las universidades públicas (Sentencia 55/1989, de fecha 23 de abril y Sentencia 75/1997, de fecha 21 de abril) y la libertad de información a los medios de comunicación estatales (Sentencia 190/1996, de fecha 25 de noviembre). En Colombia, para concluir, el derecho a la igualdad (C-360/1996), a la libertad de empresa (SU 1193/2000), a la libertad de asociación (SU 1193/2000), entre otros.

[32] DÍAZ LEMA, Juan Manuel. "¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?" En: Revista de Administración Pública. Núm. 120. Septiembre-diciembre. 1989, p. 86. Cabe agregar que el profesor Díaz Lema es uno de los autores pioneros de habla hispana en tratar la problemática de la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídico-públicas. Su interesante artículo data de 1989 y en este aborda el tema primordialmente desde la normativa y la jurisprudencia de su país: España. Para beneplácito de los lectores, no deja en el tintero aspectos relativos a

en los que el componente de todas las garantías que integran el debido proceso debe ser rigurosamente aplicado por los órganos de justicia tanto para accionantes como para emplazados. En estos casos, no hay en el Estado un ejercicio de su *ius imperium*, sino que este actúa, diríamos, como un simple mortal en el proceso, con los mismos derechos y las mismas obligaciones que tiene su contraparte procesal, por lo que, en ese escenario, es susceptible de sufrir afectaciones a sus derechos fundamentales de índole procesal por un indebido, arbitrario o irrazonable accionar de los órganos jurisdiccionales. En ese escenario, sin ninguna duda, podrían verse afectados derechos constitucionales tales como el de la debida motivación de las resoluciones judiciales, la pluralidad de instancias o el de defensa, por citar algunos.

Díaz Lema llama al reconocimiento de derechos fundamentales en personas jurídicas de derecho público un "proceso de expansión" del régimen jurídico de los derechos fundamentales.[33] Sin embargo, habiendo abordado el tema desde la jurisprudencia inicial del Tribunal Constitucional, de la que se concluye que han sido reconocidos algunos derechos fundamentales en las personas jurídicas de derecho público, la siguiente pregunta que cae de madura es si ¿la titularidad de derechos fundamentales para las personas jurídicas – públicas, entre las cuales se encuentran las municipalidades, tiene un carácter restringido y, por ende, se limita solo a los derechos fundamentales procesales? O, por el contrario, ¿tienen también titularidad respecto de derechos fundamentales sustantivos? Para responder estas interrogantes, es obligatorio hacer un recuento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y a ello dedicamos los siguientes párrafos, en los que examinamos las causas constitucionales en las que las municipalidades han sido parte accionante en los procesos que protegen derechos fundamentales.

las dificultades interpretativas de la legislación vigente de ese entonces en cuanto a la legitimidad para interponer recursos de amparo, a las vicisitudes concernientes a determinar qué derechos fundamentales pueden gozar las personas jurídicas y, por supuesto, a la sucesión de sentencias emitidas hasta esa fecha por el Tribunal Constitucional español en lo que toca a la titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas públicas.

[33] DÍAZ LEMA, José Manuel. Op. Cit. p, 79.

IV. Las municipalidades como parte accionante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Antes de tocar propiamente la jurisprudencia acotada, corresponde hacer un breve análisis del artículo 5, numeral 9, del Código Procesal Constitucional, que tuvo su antecesor en el artículo 6, inciso 4, de la ya derogada Ley 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, pues el mismo regula una causal de improcedencia que tiene que ver con el tema que nos ocupa.

IV.1. Una cuestión procesal: la causal de improcedencia prevista en el inciso 9 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional

El inciso 9 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, señala expresamente que no proceden los procesos constitucionales cuando "Se trate de conflictos entre entidades de derecho público interno. Los conflictos constitucionales surgidos entre dichas entidades, sean poderes del Estado, órganos de nivel o relevancia constitucional, gobiernos locales y regionales, serán resueltos por las vías procedimentales correspondientes…", de lo cual se desprende que, en principio, no cabría la interposición de demandas de amparo, por ejemplo, por parte de personas jurídicas de derecho público contra otras entidades de derecho público. Sin embargo, el Tribunal Constitucional se ha encargado de delinear el contenido de esta causal de improcedencia, habiendo ya zanjado el tema, incluso desde antes de la dación del Código Procesal Constitucional.

En la STC 1150-2004-PA/TC señaló expresamente que "La demanda en el presente caso ha sido presentada por el Banco de la Nación y dirigida básicamente contra el Seguro Social de Salud, ESSALUD, ex IPSS. Según el artículo 6 inciso 4 de la Ley 23506, aplicable al caso concreto, no proceden las acciones de garantía 'de las dependencias administrativas, incluyendo las empresas públicas, contra los Poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución, por los actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones'. *Contrario sensu*, se observa que sí proceden los procesos constitucionales entre tales entidades en caso de que la actividad de la demandada no haya sido efectuada en el ejercicio regular de

sus funciones, tal como se critica a ESSALUD. Es más, ya en anterior oportunidad (Sentencia del Expediente 918-98-AC/TC), este Colegiado se ha considerado competente para revisar un proceso iniciado por el Fondo Metropolitano de Inversiones – INVERMET, y dirigido contra la Municipalidad Distrital de Lince. Por estas consideraciones, en el presente caso, la relación jurídica procesal constitucional queda plenamente establecida entre demandante y demandada, más aún si la pretensión está dirigida a la tutela objetiva de derechos fundamentales, correspondiendo, por lo tanto, entrar a decidir sobre el fondo del asunto." Es decir, el supremo intérprete de la Constitución menciona dos casos de conflictos suscitados entre entidades de derecho público interno, que superaron la valla del artículo 6, inciso 4, de la antigua Ley 23506, lo que habilitó un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Ya habiendo entrado en vigencia el Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional ratificó la línea trazada, señalando, por ejemplo, en la STC 5261-2006-PA/TC, lo siguiente: "…este Tribunal debe hacer notar que tampoco cabe aplicar al caso de autos la previsión contenida en el inciso 9) del Artículo 5 del Código Procesal Constitucional, pues dicho precepto tiene como propósito derivar a la vía del proceso competencial conflictos entre entidades del Estado directamente vinculadas con la titularidad de sus competencias. En el caso de autos, y como ya se ha visto, la discusión no está en relación directa con las competencias entre dos entidades de gobierno municipal, sino con un derecho constitucional como el debido proceso administrativo, lo que redunda en la necesidad de que la presente causa, pese a estar referida a dos entidades del Estado, deba ventilarse por la presente vía del amparo (...)"

El tema es entonces claro: será improcedente la demanda si el conflicto versa sobre la titularidad de competencias y atribuciones entre dos órganos del Estado, pero debe admitirse la demanda si se alega la amenaza o vulneración de un derecho fundamental.

IV.2. La participación de las municipalidades como parte accionante en los procesos constitucionales de la libertad

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hemos detectado casos de procesos constitucionales promovidos por las municipalidades, sean provinciales, distritales o de centro poblado, en contra de personas naturales o jurídicas, de otras entidades públicas que integran la estructura del Estado, de otras municipalidades e, incluso, de funcionarios de la propia municipalidad que demandó. En cuanto a los derechos fundamentales que han sido invocados, por excelencia fueron el debido proceso y la tutela procesal efectiva, en sus diversas manifestaciones. Empero, también han sido invocados como afectados derechos constitucionales que, en puridad, se le reconocen al ser humano y no a personas jurídicas de derecho público, o que simplemente no son derechos fundamentales (autonomía económica, constitucionalidad de las normas, entre otros), razón por la cual, en la mayoría de los casos, no en todos, por cierto, la demanda fue declarada improcedente.

A continuación, presentamos un listado de procesos constitucionales promovidos por las Municipalidades, básicamente del período 2005-2019 (desde la dación del Código Procesal Constitucional), en los que el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda; detallándose el tipo de proceso, la municipalidad demandante, la parte emplazada y el derecho o los derechos fundamentales alegados, de ser el caso.

IV.2.1. Procesos constitucionales en los que se declaró improcedente la demanda presentada por una municipalidad

Del año 2005:

- RTC 0191-2005-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de San Pablo contra Elmer Alberto Chavarri Rojas y otros, en el que se alegó vulneración del derecho al debido proceso.

- RTC 0193-2005-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de San Pablo contra Julio

César Vargas Zambrano y otros, en el que se alegó vulneración del derecho al debido proceso.

- RTC 1883-2005-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Llaylla contra la ejecutora coactiva de la Municipalidad Distrital de Llaylla, en el que se alegó la aplicación del control difuso.

- STC 4609-2005-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Yanacancha contra los vocales de la Sala Mixta de Cerro de Pasco, en el que se alegó vulneración del derecho al debido proceso.

- RTC 6433-2005-AC/TC, dictada en el proceso de cumplimiento promovido por la Municipalidad Provincial de Ica contra la Junta de Administración de los Bienes del Colegio San Luis Gonzaga de Ica, en el que se solicitó el cumplimiento de lo establecido en la Ley 7516.

- STC 6816-2005-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por Adolfo Félix Tenorio Aquino, alcalde de la Municipalidad del Centro Poblado Menor de Chacaybamba, contra el alcalde de la Municipalidad Provincial de Jauja y otro, en el que se alegó vulneración del derecho de petición.

- RTC 7570-2005-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Sánchez Carrión contra los Vocales de la Sala Transitoria Social y Constitucional de la Corte Suprema de la República y otros, en el que se alegó vulneración del derecho al juez natural.

Del año 2006:

- RTC 0995-2006-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el que se alegó vulneración del derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

- RTC 1393-2006-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Jaén contra el Juez del Segundo Juzgado Civil de Jaén y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

- STC 1659-2006-PC/TC, dictada en el proceso de cumplimiento promovido por la Municipalidad Provincial de Paita contra el Gobierno Regional del Piura, en el que se solicitó se dé cumplimiento al artículo 3 de la Ley de Creación de la Provincia de Sechura, Ley 26290; asimismo, que se cumpla con la Ley de Demarcación Territorial, Ley 27795, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 019-2003-PCM y, como consecuencia de ello, se deje sin efecto la Resolución Regional 478-2005/GOBIERNO REGIONAL PIURA-PR.

- RTC 3590-2006-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra los vocales de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso.

- RTC 3743-2006-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Canta contra el Director General de Circulación Terrestre del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en el que se alegó la vulneración de la autonomía municipal.

- RTC 4626-2006-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Huamanga contra Michael Bonifacio Arones, en el que se alegó la vulneración del derecho a la libertad y seguridad personales, a la salud y a la seguridad social.

- RTC 5092-2006-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Paramonga contra el Primer Juzgado Civil de Barranca, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso.

- STC 5245-2006-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Acarí contra el director del

Ministerio de Agricultura de la Región de Arequipa y el alcalde de la Municipalidad Distrital de Bella Unión, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso, a la propiedad y a la vida de los pobladores del Distrito de Acarí.

- STC 6219-2006-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por Ricardo Sotomayor García, alcalde de la Municipalidad Distrital de Bellavista contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en el que se alegó la vulneración del derecho a la salud y a la vida de las personas que viven en la Provincia Constitucional del Callao.

- RTC 8646-2006-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por Alberto Pérez Peralta, alcalde de la Municipalidad Distrital de Sapallanga contra el Ejecutor Coactivo de la Superintendencia Regional de Junín y otro, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido procedimiento administrativo.

Del año 2007:

- RTC 0123-2007-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y otro, en el que se alegó la vulneración de los derechos de igualdad ante la ley, debido proceso y tutela procesal efectiva.

- RTC 0186-2007-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Huaraz contra el Ministerio de Economía y Finanzas y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho al "canon minero" y a la tutela procesal efectiva.

- RTC 0293-2007-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Santa Cruz contra la Autoridad Autónoma de la Cuenca Hidrográfica Chancay – Lambayeque – Zaña y otros, en el que se alegó la vulneración de la libertad de trabajo, de contratar, del derecho a la vida y del derecho a la salud.

- RTC 0730-2007-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra la Tercera Sala

Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el que se alegó la vulneración de los derechos a la debida motivación, igualdad, al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

- RTC 2123-2007-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Morropón Chulucanas contra la Primera Sala Civil de Piura, en el que se alegó la vulneración de los principios del bien común e interés social.

- RTC 5657-2007-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial del Callao contra la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia del Callao y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva.

Del año 2008:

- RTC 1772-2008-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad del Centro Poblado "Unión Perenne" contra la Primera Sala Mixta Descentralizada de la Merced y otros, en el que se alegó la afectación del derecho de propiedad de diez pobladores.

- RTC 2146-2008-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia, en el que se alegó la vulneración de los derechos al debido proceso, debida motivación y a la cosa juzgada.

- RTC 2239-2008-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Puente Piedra contra el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima Norte y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva, al debido proceso y del derecho a la defensa.

- RTC 2455-2008-PC/TC, dictada en el proceso de cumplimiento promovido por la Municipalidad Delegada del Centro Poblado Menor de Saltur contra la Municipalidad Distrital de Zaña, en el que se solicitó se dé cumplimiento al artículo 133 de la ley 27972

y del artículo 48 de la ley 27783 y, en consecuencia, el Municipio Distrital de Zaña le asigne a la Municipalidad Delegada del Centro Poblado Menor de Saltur un presupuesto anual que deberá ser transferido en forma mensual.

- RTC 2567-2008-PC/TC, dictada en el proceso de cumplimiento promovido por la Municipalidad del Distrito de José Crespo y Castillo – Huánuco contra la Empresa Municipal de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado de Huánuco, en el que se solicitó se dé cumplimiento a los artículos 36 y 38 del Decreto Supremo 023-2005-VIVIENDA y, como consecuencia de ello, que se ordene a la Junta General de Accionistas de la Empresa Municipal de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado de Huánuco S.A. que integre a la citada Municipalidad como miembro pleno de dicha junta.

- RTC 2876-2008-PC/TC, dictada en el proceso de cumplimiento promovido por la Municipalidad Distrital de Pillco Marca contra la Empresa Municipal de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado de Huánuco S.A., en el que se solicitó se dé cumplimiento al artículo 19 de la Ley 26338, así como a los artículos 36 y 38 del Decreto Supremo 023-2005-VIVIENDA, y que en consecuencia se integre al representante legal de dicha Municipalidad a la Junta General de Accionistas de SEDA Huánuco S.A.

- RTC 3147-2008-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Chiclayo contra la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

- RTC 4494-2008-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Moyobamba y otros contra la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de San Martín y otro, en el que se alegó la vulneración del derecho a la autonomía legislativa municipal y a la tutela procesal efectiva.

- RTC 4497-2008-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial del Callao contra la Segunda

Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, en el que se alegó la vulneración del derecho a la debida motivación y a la tutela procesal efectiva.

- RTC 4580-2008-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Zarumilla contra el Juzgado Mixto de Zarumilla y otro, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva y a la cosa juzgada.

- RTC 5236-2008-PC/TC, dictada en el proceso de cumplimiento promovido por la Municipalidad Distrital de Pachacámac contra la Municipalidad Distrital de Villa María del Triunfo, en el que se solicitó se dé cumplimiento a lo establecido en la Ley 13796, que crea el Distrito de Villa María del Triunfo.

- RTC 5593-2008-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho contra la Sétima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva y a la cosa juzgada.

- RTC 5595-2008-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho contra la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva, al debido proceso y el principio del contradictorio.

- RTC 5908-2008-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Moyobamba contra la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de San Martín y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho a la autonomía legislativa municipal, tutela procesal efectiva, entre otros.

- RTC 5953-2008-PC/TC, dictada en el proceso de cumplimiento promovido por la Municipalidad Distrital de Pachacámac contra la Municipalidad Distrital de Lurín, en el que se solicitó el cumplimiento de *i)* la Ley 23605, que crea el Distrito de Villa El Salvador; *ii)* la Ley 13796, que crea el Distrito de Villa María del Triunfo; y *iii*) la

Real Cédula Española de fecha 16 de mayo de 1746, que estableció los límites del pueblo que hoy es el distrito de Pachacámac.

- RTC 6187-2008-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Moyobamba contra la Sala Civil de Moyobamba de la Corte Superior de Justicia de San Martín, en el que se alegó la vulneración del derecho a la autonomía legislativa municipal, tutela procesal efectiva, entre otros.

- RTC 6189-2008-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Moyobamba contra la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de San Martín y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho a la autonomía legislativa municipal, a la tutela procesal efectiva, entre otros.

- RTC 6677-2008-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Moyobamba contra la Sala Especializada en lo Civil de Moyobamba de la Corte Superior de San Martín y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho a la autonomía legislativa municipal, a la tutela procesal efectiva, entre otros.

Del año 2009:

- RTC 0234-2009-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho contra la Octava Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y otro, en el que se alegó la vulneración del derecho a la defensa, a la tutela procesal efectiva y al debido proceso.

- RTC 0341-2009-PA/TC, dictada en el proceso promovido por la Municipalidad Distrital de San Miguel contra la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva.

- RTC 0440-2009-PC/TC, dictada en el proceso de cumplimiento promovido por la Municipalidad Distrital de Pocollay contra la Municipalidad Provincial de Tacna, en el que se solicitó el cumplimiento del artículo 2 de la Ley 26664 en cuanto dispone que los parques que se encuentran bajo administración de las municipalidades provinciales y/o sus organismos descentralizados se transfieren a las municipalidades distritales en cuya circunscripción territorial están ubicados con sus bienes, recursos y acervo documentario, según lo que determine la Comisión Mixta de Transferencia.

- RTC 2060-2009-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Cajatambo contra el Congreso de la República, en el que se alegó la vulneración del principio de legalidad, de la competencia de los municipios en materia de inscripción de derechos de propiedad de vehículos menores y a la autonomía económica de los municipios.

- RTC 2091-2009-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho contra los Vocales de la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el que alegó la vulneración de los derechos a la tutela procesal efectiva, a la debida motivación de las resoluciones judiciales y al debido proceso.

- RTC 2098-2009-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho contra la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia y otro, en el que se alegó la vulneración de los derechos a la defensa, a la tutela procesal efectiva y al debido proceso.

- RTC 2152-2009-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco contra el Tribunal Fiscal, en el que se alegó la vulneración del debido proceso y la autonomía municipal.

- RTC 2742-2009-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Canchayllo contra la Municipalidad

del Centro Poblado de San Juan de Pachacayo y otros, en el que se solicitó la inaplicación de una ordenanza municipal.

- RTC 3579-2009-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Miraflores contra el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, en el que se alegó la vulneración del derecho a la propiedad y a la libre contratación.

- RTC 4358-2009-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Piura contra José Manuel Palacios Valle y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

- RTC 4703-2009-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Pueblo Libre contra Reymundo Jimeno Mora, en el que se alegó la vulneración del debido proceso sustantivo.

- RTC 4961-2009-PC/TC, dictada en el proceso de cumplimiento promovido por la Municipalidad Distrital de La Perla contra el Gobierno Regional del Callao, en el que se solicitó el cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Supremo 099-2008-EF y que, en virtud de ello, se le transfiera la alícuota que corresponda al distrito.

- RTC 5851-2009-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Cajamarca contra el Banco Scotiabank, en el que se alegó la amenaza de vulneración del derecho de propiedad.

- RTC 6137-2009-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de La Molina contra el Club Universitario de Deportes y otros, en el que se alegó la vulneración de los derechos a la vida, a la integridad física moral y psíquica, y al libre desarrollo de la personalidad.

Del año 2010:

- RTC 1228-2010-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Umari contra el Juzgado Mixto de Pachitea, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva y al debido proceso.

- RTC 1621-2010-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Jesús María contra el presidente de la Sala de Derecho Constitucional Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República y otro, en el que se alegó la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

- RTC 1630-2010-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de San Miguel contra los vocales de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el que se alegó la vulneración de los derechos de defensa, al debido proceso, a la tutela procesal efectiva y la debida motivación de las resoluciones judiciales.

- RTC 2189-2010-PC/TC, dictada en el proceso de cumplimiento promovido por la Municipalidad Distrital de Villa María del Triunfo contra la Municipalidad Distrital de Santísimo Salvador de Pachacamac, en el que se solicitó que se dé cumplimiento a la demarcación territorial establecida en la Ley 13796, que crea el Distrito de Villa María del Triunfo; y que se cumpla la Ley 15230, que dispone que la Municipalidad Distrital de Villa María está facultada para extender el título de propiedad de los poseedores de terrenos en la zona de José Gálvez (Atocongo).

- RTC 2768-2010-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Cangallo contra los Jueces Superiores de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho y otro, en el que se alegó la vulneración del principio de legalidad y de los derechos a la tutela procesal efectiva y al debido proceso.

- RTC 3563-2010-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco contra el Tribunal Fiscal, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

- RTC 3666-2010-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de la Convención contra la Dirección de Arbitraje Administrativo del Consucode, en el que se alegó la vulneración del debido proceso y tutela procesal efectiva.

- RTC 4131-2010-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Sullana contra el Tribunal Arbitral Ad Hoc Nacional y de Derecho, en el que se alegó vulneración del derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

- RTC 4163-2010-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar contra el Juez del Juzgado de Paz Letrado de Contralmirante Villar, en el que se alegó el derecho a la remuneración y pensión de trabajadores y ex trabajadores.

Del año 2011:

- RTC 0109-2011-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Trujillo contra el Tribunal Arbitral, en el que se alegó la vulneración de los derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

- RTC 0468-2011-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Maynas contra los miembros del Tribunal Arbitral, Ramiro Rivera Reyes y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso y la tutela procesal efectiva.

- RTC 1096-2011-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Jesús María contra la Contraloría General de la República y otra, en el que se alegó la vulneración

de los derechos de petición, al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

- RTC 1203-2011-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Miraflores contra el Tribunal Constitucional, en el que se alegó la vulneración del derecho a la propiedad y al debido proceso.

- RTC 1419-2011-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Jesús María contra el Octavo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima y otro, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

- RTC 1669-2011-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de la Victoria contra la Jueza del Sexto Juzgado Civil Sub Especialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

- RTC 5134-2011-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Pasco contra el árbitro de derecho Ad Hoc Iván Alexander Casiano Lossio, en el que se alegó la vulneración de los derechos al debido proceso y a la libre contratación.

Del año 2012:

- RTC 0073-2012-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Los Olivos contra los jueces de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva.

- RTC 0461-2012-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial del Callao contra los jueces de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva.

- RTC 0531-2012-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Torata contra la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Moquegua y otro, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva.

- RTC 0810-2012-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra los jueces superiores de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y otro, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva.

- RTC 0955-2012-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial del Callao contra el Tribunal Fiscal, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido procedimiento y a la interdicción de arbitrariedad.

- RTC 2057-2012-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Ate contra el Jurado Nacional de Elecciones, en el que se alegó la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

- RTC 2074-2012-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de La Victoria contra el Administrador Judicial del Mercado Mayorista 02 de frutas y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso.

- RTC 2099-2012-PC/TC, dictada en el proceso de cumplimiento promovido por la Municipalidad del Centro Poblado de Roma contra la Municipalidad Distrital de Casa Grande, en el que se solicitó se dé cumplimiento a la Ordenanza Municipal 018-2007-MPA y el Acuerdo de Concejo 011-2008-MDCG, relativos a la transferencia de presupuesto por concepto de FONCOMUN al Centro Poblado de Roma.

- RTC 2485-2012-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial del Callao contra los jueces de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior del Callao, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso.

- RTC 2687-2012-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Jesús María contra los jueces de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el que se alegó la vulneración de los derechos de acceso a la justicia y al debido proceso

- RTC 3201-2012-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Jesús María contra el árbitro único Richard James Martin Tirado, en el que se alegó la vulneración del debido proceso.

- RTC 4258-2012-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad del Centro Poblado de Huaripampa del Distrito de San Marcos – Huari contra los jueces de la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ancash, en el que se alegó la vulneración de los derechos a la tutela procesal efectiva, al debido proceso y a la defensa.

- RTC 4351-2012-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de la Victoria contra los jueces integrantes de la Sétima Sala del Tribunal Fiscal, en el que se alegó la vulneración de los derechos a la tutela procesal efectiva y al debido proceso.

- RTC 4352-2012-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Miraflores contra los Jueces de la Primera Sala Civil Sub Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima y otros, en el que se alegó la vulneración de los derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

- RTC 4440-2012-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Arequipa contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – Intendencia Regional de Arequipa, en el que se alegó la vulneración de los derechos al debido proceso, a la inalienabilidad de los bienes del Estado, al derecho de defensa y a la debida motivación de las resoluciones.

- RTC 4841-2012-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad del Cusco contra el vocal del Tribunal Unipersonal de la Sala Constitucional del Cusco y otros, en el que se alegó la vulneración de los derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

Del año 2013:

- RTC 0031-2013-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial del Cusco contra los vocales de la Sala Constitucional y Social de la Corte Superior de Justicia del Cusco, en el que se alegó la vulneración de los derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

- RTC 0263-2013-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial del Cusco contra el presidente de la Sala Constitucional y Social de la Corte Superior de Justicia del Cusco y otros, en el que se alegó la vulneración de los derechos al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

- RTC 0943-2013-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Santo Toribio contra la Presidencia del Consejo de Ministros y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho a "la conservación de la delimitación territorial".

- RTC 3088-2013-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Chorrillo contra los jueces de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el que se alegó la vulneración de los derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

- RTC 3117-2013-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Marcona contra el Consorcio Ejecutivo de Ica y otros, en el que se alegó la vulneración de los derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

- STC 3444-2013-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho contra el

presidente de la Sala Mixta Transitoria de San Juan de Lurigancho y otros, en el que se alegó la vulneración de los derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

- RTC 3499-2013-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Santa Anita contra el presidente de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva.

- RTC 5177-2013-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Pueblo Libre contra los jueces de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el que se alegó la vulneración de los derechos de defensa y a la debida motivación de las resoluciones.

- RTC 8083-2013-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho contra los jueces de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el que se alegó la vulneración de los derechos a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, a la debida motivación de las resoluciones judiciales y al contradictorio.

Del año 2014:

- SITC 0491-2014-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Santa Anita contra los jueces de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el que se alegó la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

- SITC 2003-2014-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra el Jurado Electoral Especial de Lima Norte, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido procedimiento.

- SITC 3271-2014-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial del Cusco contra el presidente de la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Cusco y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho de defensa.

- SITC 3293-2014-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Tambopata – Madre de Dios contra el presidente de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, en el que se alegó la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

- SITC 3585-2014-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra el Primer Jurado Electoral Especial – Lima Norte, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido procedimiento.

- SITC 3733-2014-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra el Jurado Nacional de Elecciones, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso.

- SITC 4081-2014-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Cajamarca contra el Consejo Consultivo de la Cámara de Comercio y Producción de Cajamarca y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso.

- SITC 4294-2014-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco contra el Tribunal Fiscal y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso y a la autonomía municipal.

- SITC 4538-2014-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra el Jurado Electoral Especial Lima Centro y otro, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido procedimiento.

- SITC 4771-2014-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra el Jurado

Nacional de Elecciones, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido procedimiento.

- SITC 4798-2014-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra el Jurado Nacional de Elecciones, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido procedimiento.

- SITC 4982-2014-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra el Jurado Nacional de Elecciones, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido procedimiento.

- SITC 5408-2014-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Chorrillos contra la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, en el que se alegó la vulneración de los derechos a la paz, tranquilidad, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y al desarrollo socioeconómico.

Del año 2015

- SITC 0028-2015-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Wanchaq – Cusco contra la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo – Cusco, en el que se alegó la vulneración del derecho contenido en el artículo 47 de la Constitución.

- SITC 0193-2015-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra el Primer Jurado Electoral Especial de Lima Norte, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido procedimiento administrativo.

Del año 2016

- SITC 0003-2016-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Trujillo contra la Primera

Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, en el que se alegó la vulneración del derecho a la debida motivación.

- SITC 0047-2016-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de la Victoria contra el Tercer Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso.

- SITC 0057-2016-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Jaén contra el Sindicato de Trabajadores Municipales de Jaén y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso.

- SITC 0641-2016-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Vista Alegre contra el Tribunal Arbitral conformado por los árbitros don Patrick Hurtado Tueros, don Juan Huamaní Chávez y don José Richard Almeyda, en el que se alegó la vulneración del derecho a la debida motivación de los laudos arbitrales.

- SITC 1497-2016-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Piura contra INDECOPI, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso.

- SITC 1620-2016-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Santa Anita contra el Primer Juzgado de Trabajo Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso.

- SITC 1667-2016-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Parcona contra la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica y otro, en el que alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva y al debido proceso.

- SITC 2038-2016-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Parcona contra la Segunda

Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso.

- RTC 3905-2016-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Cayma contra el Cuarto Juzgado de Paz Letrado Laboral de la Corte Superior de Justica de Arequipa, en el que se alegó la vulneración del derecho de defensa.

- SITC 4146-2016-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de la Victoria contra el Décimo Tercer Juzgado de Trabajo Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

- SITC 4204-2016-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de la Victoria contra la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima y otro, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso.

- SITC 4476-2016-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Socabaya contra la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Arequipa y otro, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso en su manifestación a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

- SITC 4828-2016-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Pisco contra el Juez del Juzgado Civil de Pisco, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso.

- SITC 4888-2016-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Parcona contra el Gobierno Regional de Ica, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso.

- SITC 5187-2016-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Parcona contra el Gobierno Regional de Ica y otro, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso.

- SITC 5341-2016-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de La Victoria contra el Octavo Juzgado Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima y otro, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

Del año 2017

- SITC 0083-2017-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Río Tambo contra la Primera Sala Mixta Descentralizada y Penal de Apelaciones de La Merced – Chanchamayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, en el que se alegó la vulneración del debido proceso, en su manifestación a la pluralidad de instancia.

- SITC 0164-2017-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de San Isidro contra la Primera Sala Civil Sub especializada en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva y al debido proceso, en su manifestación a la debida motivación de las resoluciones judiciales y a la defensa.

- SITC 1174-2017-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Maynas contra el Juzgado Civil Transitorio de Maynas y otro, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso.

- SITC 2108-2017-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra el Procurador Público del Poder Judicial y otro, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva y al debido proceso, en su manifestación a la debida motivación de las resoluciones judiciales y a la defensa.

- SITC 2507-2017-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Asia contra la Sala Civil de

la Corte Superior de Justicia de Cañete y otro, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso.

- SITC 2586-2017-PC/TC, dictada en el proceso de cumplimiento promovido por la Municipalidad Distrital de Ate contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, en el que se alegó la vulneración del derecho a exigir la eficacia de las normas legales.

- SITC 3403-2017-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de San Juan Bautista contra el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva y al debido proceso, en su manifestación a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

- SITC 3411-2017-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso, en su manifestación a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

- SITC 3521-2017-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de San Isidro contra el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva y al debido proceso, en su manifestación a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

- SITC 3932-2017-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Lince contra el Tribunal Fiscal y otro, en el que se alegó la amenaza del derecho al debido proceso y al principio constitucional de legalidad presupuestaria.

- SITC 4861-2017-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Yarinacocha contra el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Tribunal Constitucional, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso, en su manifestación a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

- SITC 4958-2017-PHC/TC, dictada en el proceso de habeas corpus promovido por la Municipalidad Distrital de Jacobo Hunter contra la Empresa Perurail S.A. y otro, en el que se alegó la vulneración del derecho al libre tránsito (retiro de muro de concreto armado).[34]

- SITC 4971-2017-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de San Gerónimo contra el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso, en su manifestación a la defensa y a la pluralidad de instancias.

Del año 2018

- SITC 0144-2018-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de San Isidro contra el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso, en su manifestación a la defensa y a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

- RTC 0167-2018-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Sicaya contra el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva y al debido proceso, en su manifestación a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

- SITC 1404-2018-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de La Victoria contra la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el que se alegó la vulneración del derecho a la debida motivación.

- SITC 2204-2018-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte

[34] El caso se desestimó por sustracción de la materia, pues la emplazada retiró el bloque de concreto.

Superior de Justicia de Lima y otro, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva y al debido proceso.

- SITC 2748-2018-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa contra la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Tacna y otro, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva.

- SITC 3087-2018-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa contra la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Tacna y otro, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva.

- SITC 3163-2018-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa contra la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Tacna y otro, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva.

- SITC 4079-2018-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de San Isidro contra la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva y al debido proceso.

Del año 2019

- SITC 1625-2019-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra la Tercera Sala Civil de Lima y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva y al debido proceso, en su manifestación del derecho a la defensa y del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

IV.2.2. Procesos constitucionales en los que, por haber rechazo liminar, el Tribunal Constitucional ordenó admitir a trámite la demanda presentada por una municipalidad

En segundo lugar, mostramos un listado de procesos en los que, por haber rechazo de plano, el Tribunal Constitucional ordenó admitir a trámite la demanda presentada por una municipalidad. En estos procesos, el supremo intérprete de la Constitución determinó que el caso revestía una trascendencia constitucional, por lo que consideró que la demanda fue rechazada indebidamente, correspondiendo, por tanto, que esta se admita a trámite y que el proceso siga su cauce regular.

Del año 2006

- RTC 5261-2006-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Llocllapampa contra el alcalde de la Municipalidad Provincial de Jauja, en el que se alegó la vulneración del derecho de petición.

- RTC 6003-2006-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Piura contra el Juez del Quinto Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso y a la jurisdicción predeterminada por ley.

Del año 2007

- RTC 6151-2007-PA/TC, dictada en el proceso promovido por la Municipalidad Provincial de Piura contra la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho a la debida motivación.

Del año 2009

- RTC 4888-2009-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Trujillo contra el Consucode y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho a la defensa.

Del año 2011

- RTC 1549-2011-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho contra los jueces superiores de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y otro, en el que se alegó la vulneración del derecho a la defensa.

Del año 2012

- RTC 1427-2012-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de San Román – Juliaca contra el juez del Primer Juzgado Mixto de San Román - Juliaca de la Corte Superior de Justicia de Puno y otra, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

- RTC 3169-2012-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de San Miguel contra los jueces superiores de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso.

Del año 2013

- RTC 8578-2013-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco contra el Tribunal Fiscal y otro, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso y a la defensa.

Del año 2016[35]

- RTC 0330-2016-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Tarma contra el árbitro único don Jorge Ramón Abasolo Adrianzén, en el que se alegó la vulneración del derecho a la propiedad y al debido proceso.

[35] No ubicamos este tipo de resoluciones que anulan el rechazo liminar en los años 2014 y 2015.

- RTC 3323-2016-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Espinar contra el Gobierno Regional de Arequipa, Proinversión y el Presidente del Consejo de Ministros, en el que se solicitó que se dejen sin efecto los actos violatorios de los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, a la salud, a un medio ambiente sano, así como al desarrollo integral y armónico de todos los trabajadores de Espinar, como consecuencia de la construcción de la represa de Angostura para el proyecto de obra Majes Siguas II.

- RTC 5081-2016-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de la Victoria contra la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso en su manifestación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Del año 2017

- RTC 3777-2017-PA/TC, promovida por la Municipalidad Provincial del Callao contra el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso. En este caso, el Tribunal Constitucional resolvió incorporar al proceso como tercero con interés a doña Rosa Zoila Vásquez Mejía, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que alegue lo que juzgue conveniente.

Del año 2018

- RTC 3449-2018-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Miraflores contra la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso, en su manifestación de respeto a la garantía de la cosa juzgada.

IV.2.3. Procesos constitucionales en los que el Tribunal Constitucional analizó el fondo del asunto, pero declaró infundada la demanda por no

haberse acreditado la vulneración del derecho alegado por la municipalidad demandante

Estos procesos si pasaron el filtro de la improcedencia. Por tanto, el Tribunal Constitucional analizó si el derecho fundamental invocado por la entidad edil había sido afectado o no, determinando que no hubo amenaza o agresión. Nótese que el supremo intérprete da por sentado en estos casos que la municipalidad recurrente si titulariza el derecho, pero este no se vulneró.

En la mayoría de las causas se alegó la vulneración de la tutela procesal efectiva y el debido proceso, en sus diversas manifestaciones. Pero llama la atención que en la STC 0323-2011-PA/TC y en la STC 1848-2011-PA/TC, se haya invocado también la violación del derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado, permitiéndose por parte del Tribunal Constitucional que las municipalidades actúen como una suerte de procuradores oficiosos en defensa de los intereses de los vecinos de su circunscripción.

Del año 2006

- STC 0571-2006-PA/TC, dictada en el proceso promovido por la Municipalidad Provincial de Jaén contra los vocales de la Sala Mixta de la Provincia de Jaén y otros, en el que se alegó la vulneración del artículo 38 de la Constitución.

Del año 2008

- STC 0017-2008-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Acobamba contra la ejecutora coactiva del Ministerio de Agricultura y otro, en el que se alegó la afectación del debido procedimiento administrativo.

Del año 2009

- STC 0232-2009-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial del Callao contra la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, en el que se

alegó la vulneración de los derechos a la tutela procesal efectiva y al debido proceso.

Del año 2010

- STC 4095-2010-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Nepeña contra la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, en el que se alegó la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva.

Del año 2011

- STC 1848-2011-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Pulan – Santa Cruz contra la empresa Minera La Zanja S.R.L., en el que se alegó la vulneración del derecho a un medio ambiente sano y equilibrado.

- STC 0323-2011-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Barranquita contra el Ministerio de Agricultura y otros, en el que se alegó la vulneración de los derechos al debido proceso, a la defensa, al procedimiento distinto a ley y al medio ambiente.

Del año 2012

- STC 4525-2012-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Chancay contra los jueces de la Sala Superior de la Corte Superior de Justicia de Huaura, en el que se alegó la vulneración del derecho al debido proceso.

Del año 2013

- STC 2388-2013-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la Municipalidad Provincial de Tumbes contra el juez del Juzgado Mixto Permanente de la Corte Superior de Justicia de Tumbes y otros, en el que se alegó la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

IV.2.4. Procesos constitucionales en los que el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, por haberse acreditado la vulneración del derecho alegado por la municipalidad demandante

Finalmente, presentamos un listado de las causas constitucionales en las que el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho alegado por la municipalidad accionante, reconociendo así que titularizan derechos fundamentales.

Debemos acotar previamente que a continuación mencionamos sentencias expedidas desde los primeros años de existencia del Tribunal Constitucional, incluso desde antes de la dación del Código Procesal Constitucional.

IV.2.4.1. Caso Municipalidad Distrital de Comas (Exp. 1152-98-AC/TC)

En este caso, la Municipalidad Distrital de Comas promovió un proceso de cumplimiento contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, en el que se solicitó se cumpla con acatar lo dispuesto por la Segunda Disposición Transitoria y Complementaria de la Ley 26878, Ley General de Habilitaciones Urbanas, que a la letra señaló "Las Municipalidades Provinciales en un plazo máximo de treinta (30) días útiles contados a partir de la vigencia de la presente Ley, bajo responsabilidad remitirán a las respectivas Municipalidades Distritales, los expedientes de habilitación urbana en trámite en el estado en que se encuentren de acuerdo a la jurisdicción que corresponda conforme a lo dispuesto en esta Ley." En consecuencia, solicitó que se le remitan los expedientes de habilitación urbana referidos a áreas comprendidas dentro de su jurisdicción, en el estado en que se encontraban.

La demanda fue declarada fundada, por lo que en este caso se protegió el derecho fundamental que más adelante el Tribunal llamaría "derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales"[36], en el precedente "Maximiliano Villanueva Valverde".

[36] STC 168-2005-PC/TC, fundamento 9.

IV.2.4.2. Caso Municipalidad Provincial del Callao (Exp. 6614-2008-PA/TC)

Este proceso, que constituye el primero en el que, desde la dación del Código Procesal Constitucional, los derechos fundamentales de una municipalidad fueron amparados en la vía constitucional, fue promovido por la Municipalidad Provincial del Callao en contra de los vocales integrantes de Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, doctores Guerrero Roldán, Gutiérrez Paredes y Otárola Benavides, en el que dicha municipalidad solicitó que se deje sin efecto la Resolución 03, de fecha 2 de julio del 2007, que confirmó el auto de fecha 5 de enero del 2007, dictada en el Expediente 455-2007, en el proceso seguido por Juan V. Ticona Machaca en contra de la Municipalidad Provincial del Callao, mediante el cual se decretó el embargo en forma de intervención en recaudación hasta por la suma de S/. 7,612.48 sobre los ingresos que percibía por concepto de las tasas de expedición de certificados de soltería, carnet de sanidad, visación de planos, memoria descriptiva, compatibilidad de uso, licencia de apertura de establecimiento, licencia de funcionamiento definitiva, inspección ocular para autorización de ruta, baja de vehículo y constatación de características técnicas.

Luego de analizar el caso el Tribunal Constitucional determinó que la resolución en cuestión adolecía de un vicio de motivación. A este respecto señaló lo siguiente: "(…) la resolución cuestionada contiene intrínsecamente un defecto insubsanable de nulidad que la convierte en ineficaz, pues la judicatura omitió pronunciarse sobre el carácter embargable de los ingresos por concepto de tasas, aspecto éste que fue alegado por la recurrente en su escrito de apelación. (…) Este deber de motivación y fundamentación del carácter embargable de los ingresos por concepto de tasas resultaba un imperativo constitucional, pues en el caso de autos, se afectaron ingresos (tasas) cuyo pago por el contribuyente tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el mismo contribuyente. Por ello, este Tribunal Constitucional, para el caso de los ingresos por cobro de tasas, establece que dicho dinero se trata de un bien de propiedad de los contribuyentes que es otorgado a la Municipalidad a cambio de la prestación de un servicio que recaerá en la esfera del mismo contribuyente. Como tal, no puede bajo ninguna circunstancia estar afecto

a cargas, gravámenes o afectaciones provenientes de órgano público o de la judicatura. Sostener lo contrario sería admitir la hipótesis incoherente que los efectos de un juicio o procedimiento administrativo recaigan en la esfera patrimonial de quien no intervino ni participó en él (contribuyente); con el agravante que las cargas, gravámenes o afectaciones que recaigan sobre los ingresos por concepto de tasas originaría la imposibilidad del Estado de cumplir con sus deberes prestacionales de salud, seguridad, recreación, etc., a los cuales se encuentra obligado por la cláusula del Estado Social de Derecho, e incumpliría de esta manera un mandato constitucional de principio."

Es decir, frente a la ausencia de motivación de la resolución cuestionada, que confirmó un embargo en forma de intervención en recaudación sobre los ingresos que percibía la Municipalidad Provincial del Callao por concepto de tasas, sin haberse determinado de modo previo si tales cuentas contenían fondos públicos o privados, el Colegiado constató la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales de esta municipalidad y, en consecuencia, declaró fundada la demanda y anuló la resolución cuestionada.

IV.2.4.3. Caso Municipalidad Provincial del Callao (Exp. 2147-2009-PA/TC)

Este caso es sustancialmente homogéneo al anterior. En este proceso, promovido también por la Municipalidad Provincial del Callao, esta vez contra los vocales de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, se solicitó la nulidad de la Resolución 2, de fecha 16 de julio del 2007, que confirmó la medida cautelar de embargo en forma de intervención en recaudación hasta por la suma de S/. 6,241.78 sobre los ingresos propios que percibía por conceptos de expedición de certificados de soltería, carnet de sanidad, visación de planos y memoria descriptiva, compatibilidad de uso, licencia de apertura de establecimiento, licencia de funcionamiento definitivo, licencia de funcionamiento provisional, inspección ocular para autorización de ruta, baja de vehículo y constatación de características técnicas.

En este, el Tribunal Constitucional señaló, entre otros tópicos, lo siguiente: "Habiéndose impuesto dichos deberes de valoración, motivación

y fundamentación al momento de determinar el carácter embargable de un bien del Estado, en el caso de autos, a fojas 19, primer cuaderno, se aprecia que dichos deberes han sido completamente inobservados o incumplidos por parte de la Sala demandada, pues la resolución cuestionada no contiene valoración, motivación, ni fundamentación alguna respecto a si los ingresos propios que percibe la Municipalidad Provincial del Callao eran utilizados o no en el cumplimiento de sus funciones institucionales o si se encontraban o no afectos al uso público."

De este modo reafirmó la línea jurisprudencial en materia de embargos contra cuentas del Estado establecida en la STC 6614-2008-PA/TC, en el sentido que debe previamente determinarse si los bienes que van a ser susceptibles de embargo tienen el carácter de dominio público o son de dominio privado.

IV.2.4.4. Caso Municipalidad Distrital de Chorrillos (Exp. 3238-2013-PA/TC)

En la presente causa la Municipalidad actora sostuvo que al ser vencida en el proceso judicial de ejecución de resolución administrativa promovido por doña Georgina Jacinta Acha Gálvez en su contra (Exp. Nº 183405-1998), los órganos judiciales demandados le requirieron que cumpla con pagar a la demandante la suma de S/. 10,000.00 por concepto de costos procesales, decisión que, a su entender, vulneraba su derecho a la tutela procesal efectiva, toda vez que conforme a lo dispuesto en el artículo 413º del Código Procesal Civil, los Gobiernos Locales y Regionales, así como los demás Poderes del Estado, están exentos de la condena de costas y costos procesales, y pese a ello los órganos judiciales decretaron su pago, afectándose de este modo el patrimonio municipal. Esto último resulta muy ilustrativo, por cuanto el patrimonio municipal está ligado al derecho de propiedad, que es de índole sustantivo.

No obstante ello, el análisis efectuado por el Tribunal Constitucional se centra en determinar si hubo o no vulneración del derecho fundamental a obtener una resolución fundada en derecho, habiendo arribado a la conclusión de que este, que es un derecho de índole procesal, fue vulnerado.

IV.2.4.5. Caso Municipalidad Distrital de Villa el Salvador (Exp. 3631-2015-PA/TC)

Recientemente acaba de publicarse la STC 3631-2015-PA/TC, dictada en el proceso constitucional de amparo promovido por la Municipalidad Distrital de Villa el Salvador contra el Congreso de la República, en el que peticionó que se inaplique la Ley 29674, publicada en el diario oficial "El peruano" el día 9 de abril de 2011, que transfirió a título gratuito la propiedad de su terreno, ubicado en el Lote 1, Mz. K-3, Parcela II, urbanización Parque Industrial del Cono Sur, del distrito de Villa El Salvador, a favor de la Superintendencia de Bienes Nacionales.

La sentencia, luego de analizar si procede en este caso la figura del amparo contra norma autoaplicativa, revisa el fondo del asunto, a los efectos de verificar si se ha cometido una violación de los derechos invocados por la municipalidad demandante (propiedad y debido proceso). Para ello, en el acápite denominado "*Sobre la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídico-públicas*", reafirma que las personas jurídicas de derecho público poseen derechos fundamentales, en tanto así lo permita la naturaleza del derecho invocado, lo que denota ya una consolidación de la jurisprudencia constitucional en este tema. A este respecto, después de hacer una referencia de varias sentencias dictadas que involucraron a personas jurídicas de derecho público, algunas de las cuales hemos mencionado anteriormente, concluye lo siguiente:

> "…*las personas jurídicas de derecho público gozan de derechos fundamentales, en tanto así lo permita la naturaleza del derecho fundamental objeto de amenaza o vulneración. Y esto es así porque, si bien existen determinados derechos en los que, por su naturaleza, podría aseverarse que su titularidad únicamente corresponde a personas naturales, dada su condición humana (salud, familia, libertad personal, entre otros), existen otros que igualmente pueden pertenecer a personas jurídicas (debido proceso, propiedad, igualdad, entre otros), correspondiendo al juzgador, en cada caso concreto, verificar el carácter personalísimo o no del derecho y, posteriormente, la amenaza o afectación de este.*" [37]

[37] STC 3631-2015-PA/TC, fundamento 27

Es importante recalcar que, en esta sentencia, el Tribunal Constitucional también ha dejado aclarado dos cosas: *i)* que el abanico de derechos no se agota en los ya reconocidos por este para las personas jurídicas públicas, pues una justicia constitucional finalista, garantista y antiformalista no cierra nunca la posibilidad de identificar la amenaza cierta e inminente o la vulneración real y concreta de otros derechos fundamentales; y *ii)* que el reconocimiento de derechos fundamentales sobre las personas jurídicas de derecho público no implica de ninguna manera posicionar en el mismo nivel al Estado y a la persona humana, pues esta última continúa siendo el fin supremo de la sociedad y del Estado, y, como tal, es el destinatario natural de los derechos y de la protección especial de los mismos.[38]

Finalmente, analizando ya el caso en concreto, declaró fundada en parte la demanda por haber constatado la vulneración del derecho de propiedad del municipio demandante, al despojársele indebidamente de la misma. Es decir, verificó la violación de un derecho de carácter sustantivo, como ocurrió hace muchos años con la STC 916-97-PA/TC antes referida.

V. Conclusiones

- La deficiencia de la Constitución vigente de 1993, de no contemplar un artículo constitucional como el de su antecesora, que reconocía derechos fundamentales en las personas jurídicas, ha sido corregida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En la STC 0905-2001-PA/TC lo reconoció por primera vez e, incluso, en la STC 4972-2006-PA/TC, señaló un listado enunciativo de derechos fundamentales que poseen las personas jurídicas.

- En un momento dado el Tribunal Constitucional peruano negó la posibilidad de que las personas jurídicas públicas sea titulares de derechos fundamentales. Sin embargo, con posterioridad, fue consolidándose una línea garantista que finalmente reconoció algunos derechos fundamentales en este tipo de entidades. Muestra de ello son las SSTC 1150-2004-PA/TC, 1407-2007-PA/TC, 06614-2008-PA/TC, 2147-2009-PA/TC, 3238-2013-PA/TC y, recientemente,

[38] Cfr. STC 3631-2015-PA/TC, fundamentos 28 y 29.

3631-2015-PA/TC, que ampararon demandas promovidas por personas jurídicas de derecho público.

- El Tribunal Constitucional no solo se ha limitado a declarar fundadas las demandas de entidades públicas en relación a derechos constitucionales de corte procesal (debido proceso, tutela procesal efectiva, defensa, debida motivación, entre otros), aunque, cabe decirlo, son el gran bolsón de derechos que en su mayoría han sido invocados por estas entidades, sino que también ha amparado derechos como el de propiedad (STC 916-97-AA/TC) y el "derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales" (STC 1152-98-AC/TC).

- En algunos casos incluso, al haber una trascendencia constitucional, el Tribunal Constitucional ordenó al juez de primera instancia admitir a trámite la demanda en casos en los que la entidad invocó una vulneración del derecho de petición (RTC 5261-2006-PA/TC), del derecho a la propiedad (RTC 0330-2016-PA/TC), a la vida, a la igualdad, a la salud, a un medio ambiente sano (RTC 3323-2016-PA/TC), entre otros.

- Se concluye, a la luz de la jurisprudencia constitucional, que las municipalidades titularizan algunos derechos fundamentales y que estos pueden ser protegidos a través de los procesos constitucionales.

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Twitter y bloqueo. Entre el libre albedrío y el derecho a la libertad de comunicación

Edwin Figueroa Gutarra*

Sumario

I. Introducción. **II.** Twitter y parámetros de bloqueo fijados por la STC 0442-2017-PA/TC. **III.** Posición de la Corte de Apelaciones de Nueva York sobre el bloqueo en Twitter. **IV.** Balances sobre el derecho a la libertad de comunicación.

I. Introducción

Las redes sociales plantean en la actualidad una serie de escenarios de profundo debate frente a los derechos fundamentales. De un lado, nos cuestionamos si el libre albedrío de discutir con quién lo queremos hacer, en cuáles términos y hasta dónde podemos entender una intromisión excesiva en la vida privada, merece una nueva y exhaustiva revisión. Esto nos conduce, a su vez, a reenfocar si ese albedrío de la libertad, entendido como el ejercicio de realización del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, acaso no ha cambiado con la irrupción, quizá excesiva, de las redes sociales en nuestras vidas, y cuánto éstas han cambiado nuestra existencia desde que el mundo, como lo conocemos hoy, no es sino una aldea global, en la cual todo está interconectado y donde la privacidad como valor ha sido reducida a su mínima expresión.

* Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la International Association of Constitutional Law. (IACL). efigueroag@pj.gob.pe

De otro lado, es pertinente reexaminar hasta dónde habrán de fijarse nuevos horizontes en relación al derecho a la libertad de comunicación, y para ello es necesario asumir que los datos de las personas, tal como los conocíamos hasta hace apenas pocos lustros, acaso no merecen hoy el escrutinio de un *ojo público* que todo lo ve, más aún cuando las democracias contemporáneas enarbolan la libertad de información, en sus múltiples facetas, como una de las anclas principales del Estado de derecho.

Es entonces que nos preguntamos, entonces, cuáles han de ser las necesarias aristas de examen del problema, a fin de no desvirtuar la esencia de las democracias actuales, en las cuales se asume, bajo rangos de no discusión restrictiva, la clave de progresividad que exhiben los derechos fundamentales en sus avances materiales. Y ciertamente ésa es la naturaleza de evolución de estos derechos, pues prácticamente todos los fallos emblemáticos de los tribunales contemporáneos de derechos humanos, marcan una línea de incremento de tutela, a veces lentamente, otras veces no, mas sin soslayo podemos conceptuar que los estándares de los derechos fundamentales cada vez se amplían más, y es natural interrogarnos: ¿hasta dónde crecerán?

Es en el marco de estas reflexiones que nos parece de relevancia destacar un fallo de interés del Tribunal Constitucional del Perú, decisión que en el año 2019 nos recondujo al debate del derecho fundamental a la libertad de comunicación en Twitter, la red social de los caracteres reducidos que permite la transmisión inmediata de cuestiones de opinión entre cuentas asociadas. Una mayoría de 5 votos optó por desestimar la demanda de un ciudadano que fue bloqueado en Twitter por el Presidente del Consejo de Ministros, en tanto que el voto en minoría de 2 jueces alegó que debía ampararse la demanda. Veamos algunas cuestiones de interés constitucional.

II. Twitter y parámetros de bloqueo fijados por la STC 0442-2017-PA/TC[1]

El fallo de la mayoría, de fecha 15 de agosto de 2019, adoptado por los magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Espinosa- Saldaña Barrera y Ferrero Costa, declara infundada la demanda de amparo respecto a los alegados derechos de acceso a la información pública,

[1] STC 0442-2017-PA/TC. Proceso de amparo interpuesto por Erick Iriarte Ahon contra Pedro Cateriano Bellido, Presidente del Consejo de Ministros de Perú.

y a las libertades de información y expresión. Señala la decisión referida, entre otros fundamentos, que obligar a alguien a aceptar seguidores en su cuenta personal de Twitter, mediante el desbloqueo de cuentas, vulneraría su libertad personal.

Argumenta el fallo, para el efecto, que el bloqueo de cuentas no es una actuación constitucionalmente reprochable, y precisa que un mensaje que transmite *información* a través de cualquier medio de comunicación puede ser sometido a un test de veracidad, pero no ocurre lo mismo con uno que transmite *opiniones* o juicios de valor. Finalmente, sustenta que ser bloqueado en la cuenta personal de Twitter no implica que el demandante esté impedido de difundir o compartir libremente, a través de su propia cuenta en esta misma red social, toda la información que se quiera.

En su fundamento de voto el magistrado Espinosa- Saldaña, compartiendo el sentido final del voto de la mayoría pero en base a otras consideraciones, agrega y precisa que no existe fundamento jurídico para que el accionante pueda compeler al demandado a desbloquearlo de una red social de carácter personal, y que más allá del cargo público que el demandado ocupaba, esa cuenta no dejaba de ser personal.

El voto en minoría, sustentado por los magistrados Miranda Canales y Ledesma Narváez, asevera que un funcionario público se encuentra impedido de bloquear a una persona en una cuenta de Twitter -así sea personal- cuando ésta es utilizada para transmitir información vinculada con funciones públicas. Determina, a su vez, que no se encuentra en discusión el derecho de acceso a información pública sino las libertades de información y de expresión, elementos estrechamente vinculados con la comunicación.

Considera, además, que corresponde tener presente que los funcionarios públicos se encuentran permanentemente expuestos a la legítima y necesaria crítica por parte de la ciudadanía, y dada la calidad de funcionario público del demandado, entonces Presidente del Consejo de Ministros, pues existía una obligación constitucional de singular importancia relacionada con la generación de una opinión pública libre en la sociedad democrática peruana.

El fallo en mayoría sienta un criterio relevante aunque no exento de críticas: basta que la cuenta de Twitter tenga la calidad de cuenta personal para que pueda entenderse, independientemente de cualquier otro aspecto, con quiénes puede una persona interactuar en esa red social. Entonces, el enfoque central del voto en mayoría se dirige a la naturaleza de la titularidad de la cuenta, bastando ese único aspecto para que se configure un amplio derecho de objeción respecto a con quiénes se mantiene comunicación a través de Twitter.

El fallo reviste interés adicional pues aborda el examen de la naturaleza jurídica de una red social como Twitter, una especie de servicio de *micro-blogging,* que permite el intercambio de opiniones en un espacio público. Al respecto, es importante precisar que es usual nos enfoquemos para el examen de los alcances de los derechos fundamentales desde una perspectiva real y desde esta idea, los derechos en juego en las controversias jurídicas de alguna forma son asibles pues están en nuestro mundo inmediato. Al fin y al cambio, las interacciones jurídicas tienen esa connotación preponderante en el escenario contemporáneo. Nos hemos acostumbrado a referirnos a derechos tangibles, que de alguna manera podamos identificar y delimitar.

El panorama referido *supra* cambia cuando pretendemos determinar el alcance de los derechos fundamentales en las redes sociales, pues éstas representan distintas formas de vinculación en muchos sentidos. De esta forma, creemos que así como en su momento la existencia de relaciones jurídicas en el espacio externo al planeta Tierra, marcó una serie de interrogantes y dudas sobre la extensión del ejercicio de derechos emergentes vinculados a esos nuevos entornos, pues lo mismo sucede con una red social como Twitter, esfera social que junto a Facebook, Whatsapp, Messenger e Instagram, entre otras redes, han cambiado con énfasis el modo en que debemos apreciar los derechos fundamentales en sus nuevas facetas de interacción. Es indudable así que las redes sociales han de marcar nuevos derroteros para los derechos fundamentales, y de ahí la importancia de que los tribunales asuman ya esa necesaria delimitación.

Y el ejercicio de esa diferenciación resulta complejo. Los tribunales entran a definir un ámbito aún poco delimitado y surgen naturales dudas sobre la interacción en redes sociales, en tanto se configura una nueva

forma del examen del derecho a la privacidad de las personas respecto de estas redes.

Desde nuestra perspectiva, entonces, este fallo asume la virtud de abordar, aún bajo pautas iniciales pero marcando un grado de avance, las líneas de expresión que debería implicar la interacción de los ciudadanos en una red como Twitter. Y si regresamos a una visión clásica de la comunicación, podríamos alegar que es nuestra decisión con quiénes intercambiamos correspondencia física, o respecto de quiénes nos reservamos el derecho a no responder una misiva llegada a nuestro buzón de cartas. Sin embargo, Twitter y otras redes sociales marcan un nuevo rango y nivel de las comunicaciones, no solo por su velocidad de transmisión de información, sino, también, por el universo sin límite de personas a quienes puede llegar dicha información.

De ahí que sea pues necesario realizar un escrutinio de las aristas de las interacciones de comunicación y en específico, el Tribunal Constitucional peruano analiza, desde la óptica de los derechos fundamentales, si alguno de éstos resulta vulnerado en el caso en que un ciudadano opte por bloquear en Twitter a otro ciudadano, siendo la cuenta un medio de transmisión de información con relación a la labor de la persona que bloquea.

El bloqueo ciertamente representa una decisión personal en redes sociales pero a su vez, esa libertad personal podría sufrir restricciones si existe interactuación con niveles determinados de la libertad de comunicación.

III. Posición de la Corte de Apelaciones de Nueva York sobre el bloqueo en Twitter

Como idea previa, el concepto de *judicial cross fertilisation* o *fertilización judicial cruzada*[2] es una noción que reviste importancia en el Derecho Comparado, en tanto transmite la idea de la importancia de los fallos judiciales en otros ordenamientos jurídicos, y en qué medida estos pueden significar un conjunto de aportes a la jurisprudencia de los países.

[2] ARENAS MEZA, Miguel. *"El diálogo judicial euro-latinoamericano en el tema de leyes de amnistía: un ejemplo de cross-fertilization entre tribunales de Derechos Humanos"*. En *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales.* Año 20, nº 40. Segundo semestre de 2018. p. 578.

La idea eje de esta institución parte de una noción puntual: aquello que en mejor forma se haga en el Derecho Comparado, es un referente de indudable importancia para posicionar de mejor forma los fallos del Derecho interno. Por supuesto que existen posiciones maximalistas y minimalistas respecto de esta institución, desde la posición radical[3] de una parte del derecho estadounidense respecto a objetar cualquier tipo de fallos extranjeros, hasta la posición común de muchos otros países de reconocer la importancia de los estándares que fijan los tribunales supranacionales de derechos humanos.[4]

Un ejemplo de *fertilización judicial cruzada* puede entenderse respecto a la premisa de control de convencionalidad[5] de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a sus fallos, en tanto ese criterio interpretativo implica un enriquecimiento sustantivo del Derecho nacional a partir de los lineamientos que fija el Tribunal supranacional, y ya no por simple referencia al fallo en sí mismo, sino porque se determinan estándares que representan una regla de vinculación fuerte para el Derecho interno de los Estados parte del sistema. Bajo esa pauta, el Derecho Internacional

[3] LIENDO TAGLE Fernando. *"La interpretación originalista de la Constitución según Antonin Scalia. ¿Es posible en el Derecho Continental?"*. En *FORSETI*. Número 1. 2015. p. 193.

Disponible en:

[4] file:///C:/Users/usuario/Downloads/11_Liendo_Tagle__Orginalismo.Scalia.en.civil.law.3.pdf

Scalia representó, prevalentemente, el *sector duro* de la Corte Suprema estadounidense en tanto partía de la idea de que debía respetarse aquello que los "framers", o primeros padre de la patria, idearon en la Constitución de la nación del norte. Por tanto, la jurisprudencia extranjera vendría a significar una distorsión respecto a esa primera forma de ver la ley fundamental de Filadelfia de 1787. El originalismo se centra en observar la voluntad primera de los creadores de la Carta Fundamental de esa nación más allá del Río Grande.

De esta forma, el sentido de existencia de un Tribunal supranacional precisamente consiste en que exista vinculatoriedad para los Estados parte del sistema respecto de sus fallos. Vid. MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS, Claudio. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección.* Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile. Abril 2007.

[5] NASH ROJAS, Claudio. *"Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"*. En *ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO*. AÑO XIX, BOGOTÁ, 2013. p. 491

de los Derechos Humanos se enriquece, sustantivamente, a partir de las decisiones correctoras de la Corte Interamericana, y de ahí nuestra premisa a favor de una *fertilización judicial cruzada* en sentido amplio.

¿Y cómo se produce esa *fertilización judicial cruzada*? Cuando estimamos que los fallos en materia derechos humanos de los países parte del sistema, asumen la importancia de criterios que la Corte supranacional aporta, y por tanto, instan a esos países a incorporar en su Derecho nacional ese estándar. De esa manera, el derecho a no ser torturado no solo involucra un principio de *ius cogens*, en el sentido de una regla de aplicación universal, sino que constituye referente de aplicación obligatoria para todos los jueces del orbe en materia de derechos humanos. ¿ Y sería así solo porque lo manda un Tratado de Derechos Humanos? Diríamos que no solo por eso sino porque jurisprudencialmente los jueces de los Estados nacionales nutren sus fallos a partir de fallos emblemáticos sobre esta materia por parte de tribunales supranacionales.

En ese eje de reflexiones y destacando que hay fallos que pueden aportar líneas de relevancia al Derecho interno de otros países, no podemos negar la importancia, como referente de valor en relación a la interacción en Twitter, de la sentencia de fecha 09 de julio de 2019, caso *Knight First Amendment Institute et al. vs. Donald Trump*, emitida por la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de América para el Segundo Circuito, caso en el cual un alto Tribunal del Estado de Nueva York falla contra el Presidente de ese país, a partir de la idea central de que el bloqueo en Twitter afecta la Primera Enmienda de la Constitución de la nación norteamericana, en relación a la libertad de expresión.

Concluyen los jueces norteamericanos que el *espacio interactivo* en una cuenta implica un *foro público* y que la exclusión de terceros respecto de ese espacio, implica una forma de discriminación inconstitucional. Acota la Corte que un funcionario público que utiliza cuentas públicas de un modo oficial no faculta al titular de la cuenta a excluir personas del diálogo abierto que implica la cuenta, porque tales personas hubieren expresado puntos de vista distintos.

La Corte desestima, de igual forma, los argumentos de defensa del Presidente y cuestiona, en ese sentido, que el mandatario simplemente hubiere

ejercido solo actos de control sobre una cuenta privada, de orden personal, al tiempo que desvirtúa que el bloqueo de personas por desacuerdos con las opiniones vertidas en la cuenta (7 personas son los demandantes bloqueados), hubiere significado el ejercicio del derecho de bloqueo. Bajo estos argumentos, avala la demanda.

La decisión reviste interés, podemos verlo así y de ahí la importancia de su cita, porque en rigor representa una posición en contrario a la asumida por el voto en mayoría respecto del Tribunal Constitucional peruano, siendo importante recalcar que los casos descritos son relativamente similares en cuanto a la cuestión fáctica que representan.

IV. Balances sobre el derecho a la libertad de comunicación

La decisión del Tribunal Constitucional peruano nos plantea, de inicio, un serio debate sobre la necesidad de fijar el eje central de los derechos fundamentales en cuestión, y convenimos en que se discute el derecho de los usuarios de Twitter a la libertad de comunicación, sus alcances y la naturaleza jurídica de esta institución.

Adicionalmente y como cuestión central, creemos que es importante examinar el sentido relevante de la discusión iusfundamental: ¿implican los bloqueos en Twitter un debate sobre la naturaleza de la información concernida o, en su caso, sobre la titularidad de la cuenta?. En rigor, ambos aspectos se correlacionan estrechamente pero, de igual forma, consideramos que es un aspecto sustantivo de esta controversia aludir a la naturaleza de la información que involucran las cuentas de Twitter.

De esa forma, hemos de convenir que si esa cuenta transmite información privada y personal, pues deviene legítimo el bloqueo en Twitter, dado que esa misma cuenta transmite información de orden particular, y por consiguiente, es parte del libre albedrío del titular de la cuenta con quiénes comparte información. Creemos que el derecho al libre desarrollo de la personalidad[6] confiere

[6] Un importante desarrollo conceptual del derecho al libre desarrollo de la personalidad puede ser apreciado en la STC 00032-2010-PI/TC-LIMA, de fecha 19 de julio de 2011, caso 5,000 ciudadanos contra el artículo 3º de la Ley N.º 28705, Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco. Fundamentos jurídicos 15 a 23.

facetas de decisión respecto al manejo de nuestra vida privada y por ende, en ese espacio personal, existe autonomía respecto de nuestras decisiones.

Sin embargo, la faceta sustantiva del problema cambia, a juicio nuestro, cuando ocurre que a través de la cuenta en cuestión, de manejo por parte de un funcionario público, se comparte información de orden público, aspecto que ya no concierne a una esfera fundamentalmente privada, sino a un espacio común en el cual todos los ciudadanos tienen derecho a interactuar. Por ende, un bloqueo en la cuenta afecta la libertad de comunicación. Esa es precisamente la posición de la Corte de Nueva York, criterio que compartimos con algunas especificaciones que adicionalmente desarrollamos.

Sobre este mismo aspecto, conviene indaguemos si obligar a alguien a aceptar seguidores en su cuenta personal de Twitter, mediante el desbloqueo de cuentas, vulnera su libertad personal. Al respecto, la respuesta vuelve a ser condicionada: si se trata de una cuenta de orden personal, con información de orden personal, desde luego el desbloqueo a un usuario implicará una arbitrariedad proscrita por los derechos fundamentales, pues se trataría de imponer una interrelación de comunicación a quien no desea compartir información personal.

Sin embargo, el panorama varía, sustancialmente a criterio nuestro, si esa cuenta aún de orden personal por parte de un funcionario público, comparte información de orden público y por tanto, alude a contenidos de relevancia pública. En este caso, la orden de el desbloqueo sí asume un matiz constitucional pues estaría produciéndose, en caso contrario, una discriminación negativa, sin sustento constitucional, respecto de la persona bloqueada, a quien se excluiría de la interacción en el espacio público, de seguro por una causal determinada, mas sin el sustento iusfundamental necesario.

En este caso, representa una *carga legítima*,[7] entendámoslo así, que el ejercicio de los derechos fundamentales admite determinados contenidos

[7] FIGUEROA GUTARRA, Edwin. *"El derecho a la propiedad y derechos conexos de las comunidades indígenas y tribales. ¿Cargas legítimas para el sistema internacional de los derechos humanos o derechos aislados?"*. En *IPSO JURE 17, revista virtual de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque*. Perú. Edición mayo de 2012. p. 23.

Este estudio plantea la idea de que los Estados tienen deberes constitucionales ante sus ciudadanos, y que deben ser los mismos entendidos como *cargas legítimas*

favorables, pero a la vez las mismas exigencias de un Estado democrático y social de derecho, nos conducen a la idea de una tolerancia necesaria, más aún sin ello tiene relación directa con el derecho a la libertad de comunicación. Alegamos tolerancia pues las condiciones y exigencias de una sociedad democrática conducen a que tengamos que admitir que la libertad de comunicación deba ser abierta, aún con quienes existan discrepancias, siempre que la información sea pública.

Ergo, si la información es privada, alusiva a aspectos de orden personal, por supuesto que existe un legítimo derecho a excluir de una conversación de orden privado a terceros. Aquí entendemos que comienza el derecho al ejercicio del libre albedrío personal, pues se configura una franja natural respecto al derecho a la libertad de comunicación, siendo verificable, en los términos expuestos, una restricción legítima respecto a la libertad de interactuar en ese espacio que representa Twitter.

Las condiciones del problema cambian, valga reiteremos la idea desde otro ángulo, cuando aludimos a que una cuenta, desde una perspectiva de información oficial, es utilizada por un funcionario público para compartir dichas actividades producto de su labor pública. Es entonces necesario recurrir nuevamente a los conceptos de *espacio interactivo* y *foro público* que destaca la Corte de Apelaciones de Nueva York en el fallo vinculado al Presidente Trump.

De esa manera, resulta cierto que el Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica bloqueó a varios usuarios, mas lo hizo desde una cuenta que transmitía información concerniente a su actividad política, tema que era de interés de todos los ciudadanos. Por consiguiente, si algunos de estos fueron excluidos por desavenencias con el gobernante, entonces sí devenía meridiano asumir que se afectaba la libertad de comunicación de esos ciudadanos y así lo reconoce el tribunal estadounidense.

El caso peruano reviste caracteres similares, y de ahí que pueda inferirse nuestras coincidencias de criterio con la posición de la minoría, pues igualmente deviene cierto que el Presidente del Consejo de Ministros tiene

---

que fluyen del propio sistema internacional de derechos humanos. Se acerca así esta noción a la idea de un *deber especial de protección*.

libertad de bloqueo, mas ello debía entenderse en función del contenido de comunicación materia de los mensajes de Twitter.

De esa forma, dado que su cuenta asumía la precisión, discusión y debate de información respecto a su función y otros aspectos de la realidad nacional, entonces resultaba contrario al derecho fundamental a la libertad de comunicación ser bloqueado respecto de esa cuenta. Y aunque redundemos en la misma idea, no debemos dejar de anotar que una vez que el Presidente del Consejo de Ministros hubiera cesado en funciones oficiales, la cuenta bien podía asumir nuevamente un matiz de información personal o de cuenta enteramente privada, pues culminaba formalmente la calidad de funcionario público, y como tal, se recobraba un carácter de privacidad respecto a la naturaleza de la cuenta.

Ahora bien, conviene precisemos la atingencia antes acotada: si el funcionario de Estado cesa en sus labores oficiales y vuelve a la condición de ciudadano común, aún así siga difundiendo información pública, esa cuenta adquiere una naturaleza privada, pues cesó el rasgo distintivo que impedía el bloqueo: la calidad de funcionario de Estado.

Ateniéndonos a lo afirmado *supra* y en concordancia con lo expuesto, aquí habríamos de efectuar un distingo: si la cuenta deviene en una de orden personal, pues aún cuando se desarrollaran aspectos vinculados a temas de interés público, en este último caso reviste interés enfatizar que se trata ya de una cuenta personal, conducida por un particular a título personal, y es en este caso en donde funciona la libertad de interacción respecto de otros usuarios, y corresponderá a la esfera personal del titular de la cuenta la decisión de con quiénes interactúa en esa red de comunicación.

Verifiquemos, ahora, los fundamentos de mayor relevancia del fallo en mayoría en el caso de Perú que sometemos a examen, a efectos de discernir los mismos de cara al fallo de la Corte de Nueva York, razonamiento que nos parece de interés central, pues delimita una situación muy parecida a la de Perú. En el fallo estadounidense, fue el Presidente Donald Trump quien bloqueó en su cuenta de Twitter a varios ciudadanos de ese país; en el caso de Perú, lo hizo el entonces Presidente del Consejo de Ministros de la República de Perú.

Constituye un primer argumento de relevancia del voto en mayoría respecto del caso peruano, que el bloqueo en Twitter no es una actuación constitucionalmente reprochable. La posición asumida, a juicio nuestro, merece una necesaria diferenciación: no es reprochable en tanto aludamos a una cuenta de orden privado que interactúa respecto a información privada, pero el espacio de análisis cambia, sustantivamente, si esa cuenta es pública y a su vez, consigna información de relevancia pública. Se trata de dos elementos importantes para determinar la viabilidad o improcedencia del reproche constitucional.

Pretendemos hacer notar, entonces, que ese espacio de decisión personal, a que alude el voto en mayoría, cesa, a juicio nuestro, a partir de la finitud del derecho a un libre albedrío, una vez que la cuenta comienza a interactuar respecto a información de orden público respecto a funciones de naturaleza igualmente pública del funcionario que interactúa en Twitter.

Sobre ese mismo eje conceptual, el elemento determinante para el reproche constitucional es la existencia o no de arbitrariedad. Ya el principio de proscripción de la arbitrariedad, como elemento ancla del Estado de derecho, nos lleva a determinar que solo una agresión ostensible, manifiesta y grave a un derecho fundamental. ha de significar la intervención de tutela de la justicia constitucional. Por consiguiente, si aludimos a afectaciones de nivel medio o débil[8] a un derecho fundamental, podemos entender que en tales situaciones no es absolutamente necesaria la intervención del juez constitucional.

Desde ese rango de ideas, hay reproche constitucional por un bloqueo en Twitter en cuanto existan evidencias de arbitrariedad o exceso en la intercomunicación del dueño de la cuenta respecto a otros usuarios.

[8] Cfr. STC 0045-2005-PI/TC, Fundamento N. º 35, en referencia a una escala propuesta por Alexy, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales.* Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. Madrid, 2004, p. 60.

Asumiendo una posición de gradación podemos representarnos la idea de que solo las afectaciones graves a los derechos fundamentales merecen tutela jurisdiccional por parte del Estado, precisamente por tratarse de vulneraciones graves a derechos protegidos por la Constitución. *Ergo*, aquellas lesiones de orden menor, entre vulneraciones medias y débiles, no demandan protección de la justicia constitucional.

De esa forma, bloquear a otro usuario simplemente por una desavenencia, siendo la naturaleza de la información de la cuenta pública e interactuando un funcionario público, sí amerita reproche constitucional.

Adicionalmente, es otro argumento de la mayoría que ser bloqueado de la cuenta personal de Twitter no implica que el afectado esté impedido de difundir o compartir libremente, a través de su propia cuenta en esa misma red social, toda la información que se quiera.

En nuestra posición, esta última precisión desvía el debate del caso a un escenario de libertad de comunicación en sentido abierto. Por supuesto que desde una cuenta personal se podrá almacenar toda la información posible, sin mayor restricción, respecto a un amplio ejercicio de la libertad de expresión, siempre que no se contravenga la moral y el orden público. Así podemos afirmar que en este caso la referencia del argumento por parte de la mayoría alude, con más énfasis, a la libertad de expresión, que nosotros denominamos libertad de comunicación en sentido amplio.[9]

En el caso que nos ocupa, el debate que nos interesa se circunscribe a la interactuación de usuarios respecto de temas de relevancia pública, desde una cuenta que concierne a un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, sí implica afectación del derecho fundamental a la libertad de comunicación el referido bloqueo a un usuario en Twitter.

Una sustentación argumentativa de interés respecto al fallo en mayoría añade referencias a que un mensaje que transmita información puede ser sometido a un *test de veracidad*,[10] pero no ocurre lo mismo con uno que transmite opiniones o juicios de valor, pues estos son eminentemente subjetivos.

---

[9] La libertad de expresión puede ser entendida desde una perspectiva amplia; la libertad de comunicación es parte del contenido a la libertad de expresión. Extraemos esta conclusión del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.

[10] Vid STC 02976-2012-PA/TC. Caso Ronald Arenas Córdova. Fundamento jurídico 7.

En esta alegación, igualmente el debate se reconduce a rangos de veracidad o falsedad de la información que puede alojar una discusión en Twitter. Sin embargo, con todas las falencias que pueda representar un ejercicio en sentido negativo de la libertad de comunicación, consideramos razonable reiterar nuestro argumento de *cargas legítimas* respecto al ejercicio de todos los derechos fundamentales, entendidas esas referencias a deberes como un aspecto, podríamos llamarlo figurativamente oneroso, del ejercicio con libertad que pueden representar los derechos fundamentales, pero que a su vez implican un reforzamiento y consolidación del Estado de derecho, en la medida que se atiene la sociedad al ejercicio irrestricto por los derechos fundamentales de los ciudadanos, con las únicas restricciones que avala una Carta Fundamental.

Más aún, esa información falaz o carente de veracidad podrá ser objeto de cuestionamiento en otras vías, pero el ejercicio de las libertades de comunicación y de expresión, demanda tres caracteres sustantivos en una sociedad que quiera denominarse democrática y de derecho: *pluralismo, tolerancia* y *apertura*.[11]

Pluralismo, porque debe propenderse a que existan, sin mayor restricción, medios de comunicación, independientemente de su afinidad. Sería contraproducente, en ese mismo sentido, y ello solo puede tener lugar en una democracia iliberal, que únicamente existan medios de difusión favorables a determinado gobierno.

Tolerancia, porque la libertad de comunicación debe entenderse bajo una perspectiva amplia de ese derecho fundamental, siendo límite razonable que en caso de exceso, pues exista la vía procedimental necesaria, bajo criterios de responsabilidad ulterior,[12] para que sean

[11] La Declaración de Principios de la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108 período ordinario de sesiones(octubre 2000), contiene una de las definiciones mejor logradas del derecho a la libertad de expresión: *"la libertad de expresión, en todos sus formas, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática"*. A partir de esta noción podemos determinar tres valores indesligables como los enunciados: pluralismo, tolerancia y apertura.

[12] El artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos refiere que el ejercicio del derecho a la libertad expresión no puede estar sujeto a previa

resarcidos los daños personales por el ejercicio irresponsable de la libertad de comunicación.

Y finalmente *apertura*, porque es deber de todo Estado democrático y social de derecho, fomentar, en sentido amplio, la creación de medios de comunicación que permitan el amplio ejercicio de la libertad de expresión, independientemente de la tendencia política o de opinión que puedan representar.

Los tres caracteres enunciados representan la base material del derecho a la libertad expresión, y por consiguiente, del derecho a la libertad de comunicación, y solo a través del fomento de esos valores, podemos entender como cumplida la garantía que impulsa la Convención Americana de Derechos Humanos a través de su artículo 13. En caso contrario, estamos frente a Estados potencialmente fallidos o Estados de *democracia anómica,*[13] escenario que los ciudadanos de un Estado de derecho debemos evitar.

censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar tanto el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, así como la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

[13] Aludimos aquí a un tipo de Estado en el cual la democracia tiende a fallar estructuralmente en razón de la no observancia reiterada del respeto por los derechos fundamentales de los ciudadanos. La anomia implica así un estado de falencia y es recusable por parte de la sociedad civil. En una *democracia anómica*, si vinculamos ésta a la libertad de expresión y su correlato, la libertad de comunicación, no hay pluralismo pues el poder de comunicar se concentra en uno o pocos estamentos; no hay tolerancia pues se reprimen conductas vinculadas al ejercicio amplio de la libertad de difundir o recibir información; tampoco hay apertura, pues son restringidas o anuladas las iniciativas de crear canales de comunicación.

La restitución del derecho a la libertad personal y otros derechos de una persona con discapacidad. Comentarios a la Sentencia emitida en el Expediente 00194-2014-PHC/TC

Guillermo Sevilla Gálvez*

Sumario

I. Introducción. **II.** Antecedentes del caso. **III.** Solución del caso a la luz del derecho a la libertad personal del favorecido (persona con discapacidad). **IV.** Solución del caso a la luz del derecho a la integridad personal del favorecido. **V.** Comentarios sobre los efectos y lo resuelto en la sentencia materia del presente trabajo. **VI.** Conclusiones.

I. Introducción

En el presente trabajo vamos comentar la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente 00194-2014-PHC/TC, mediante la cual declaró fundada la demanda de *habeas corpus* por haberse acreditado no sólo la vulneración del derecho a la libertad individual y de locomoción sino también a la integridad personal de una persona mayor de edad que sufre de discapacidad severa, por lo cual se dispuso el retiro de las rejas metálicas y del tapiado de las ventanas de la habitación que ocupa, que el Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa adecue el proceso de interdicción seguido supuesto favor del beneficiario a uno de apoyos y salvaguardias a fin de restituirle en el goce y sus derechos; además, que el Ministerio Público adopte un rol más activo, en el ejercicio de

* Abogado y egresado de la Maestría en Derechos Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú

sus funciones a fin de evitar que se ponga en peligro la vida o la integridad de las personas con discapacidad, entre otras medidas.

Para ello, el Tribunal consideró que el proceso de habeas corpus instaurado a favor del favorecido era el adecuado para restaurar sus derechos vulnerados, no sólo porque se demostró en el referido proceso constitucional que se había vulnerado su derecho a la libertad personal, que como sabemos es objeto de protección por el habeas corpus, ya que permanecía encerrado en un ambiente donde se colocó unas rejas y tapiado de la venta de su habitación y porque además sufría afectaciones a su integridad personal que también resulta ser tutelado a través del citado proceso constitucional por resultar conexo al primero de los derechos mencionados, como se explicará en el presente trabajo. Asimismo, de forma ampliada en la sentencia se tuteló el derecho del hermano menor de edad del favorecido porque se encontraba en estado de vulnerabilidad.

También se destacará el que por primera vez magistrados del Tribunal Constitucional se hayan constituido en el domicilio del favorecido para comprobar y corroborar *in situ* no sólo sobre la restricción de su libertad mediante una inspección acordada en el pleno del referido Colegiado, sino también sobre la afectación de su integridad física y psicológica así como las condiciones en que se mantenía a fin de restituir de mejor forma sus mencionados derechos.

II. Antecedentes del caso

El padre del favorecido interpuso demanda de *habeas corpus* y la dirigió contra su progenitora bajo el alegato de que su hijo quien es una persona mayor de edad sufre de una discapacidad; síndrome orgánico cerebral crónico psicótico y retardo mental profundo, por lo que resultaría ser una persona absolutamente incapaz; además, que la curatela del beneficiario la ejerce su madre (demandada en el proceso de habeas corpus), en merito a lo ordenado por el Primer Juzgado de Familia de Arequipa a través de la Resolución 46-2013, de fecha 1 de abril de 2013, emitida en el proceso de interdicción.

El demandante agrega que todos (familiares cercanos, otrora integrantes de una familia nuclear) viven en el mismo domicilio pero de manera

independiente en espacios distintos, que la demandada dispuso que el favorecido permanezca en una de las habitaciones del primer piso de la casa, cerca a un baño; que ella colocó dos rejas en el interior de la habitación, una que da al patio y otra que da acceso a otra habitación, por lo que el favorecido se encuentra prácticamente preso o recluido en un ambiente de diez metros cuadrados, lo cual resultaría ser un trato humillante.

Precisa el actor que las rejas metálicas se encuentran cerradas y que no puede comunicarse con el beneficiario, ni auxiliarlo en caso de emergencia pues que es una persona "absolutamente incapaz" y tiene ataques de epilepsia, por lo que necesita asistencia permanente. Añade, que en la parte superior de la puerta de la habitación había una ventana por la cual tanto él como el resto de la familia podían verlo; sin embargo, la demandada ha tapiado la referida ventana quedando completamente incomunicados con el favorecido.

De lo anterior, se advierte no sólo una restricción a la libertad personal y locomotora del beneficiario, lo cual resulta más graves porque es discapacitado; además, se encuentra abandonado, sin tratamiento médico, sin algún tipo de educación y privado del calor y contacto familiar, lo cual agravaría su condición de discapacitado y que no le permitiría su recuperación.

III. Solución del caso a la luz del derecho a la libertad personal del favorecido (persona con discapacidad)

El Tribunal consideró que el proceso de habeas corpus instaurado a favor de una persona que tiene discapacidad era el adecuado para restituir sus derechos vulnerados, no sólo porque se iba a analizar y demostrar que se vulneró su derecho a la libertad personal y de locomoción, que es un derecho objeto de protección por el habeas corpus, ya que permanecía encerrado por haberse colocado unas rejas y tapiado de una ventana de su habitación sino porque además sufría afectaciones a su integridad personal como se explicará ampliará en el presente trabajo, que también es objeto de protección a través del mencionado proceso constitucional.

Al respecto, debemos señalar que el Tribunal Constitucional del Perú en su vasta jurisprudencia ha considerado que el habeas corpus no

sólo resulta ser un proceso constitucional que sirve para tutelar la libertad individual sino también los derechos conexos a ella, consideraciones que parten de una concepción amplia y no restrictiva del habeas corpus a partir de lo consagrado por la Constitución Política del Perú y de lo dispuesto en el Código Procesal Constitucional. En tal sentido, el tema de la afectación a la integridad personal del favorecido resulta conexo a su derecho a la libertad personal, por lo que ambas pretensiones correspondieron ser resueltas a través del habeas corpus. Así se consideró:

"…Que la Carta Política de 1993 (artículo 200°, inciso 1), acogiendo una concepción amplia del proceso de hábeas corpus, ha previsto que este proceso constitucional de la libertad procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos a ella. A su vez, el Código Procesal Constitucional en el artículo 25°, in fine, establece que el hábeas corpus también procede en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad de domicilio.

Que sin embargo, no cualquier reclamo que alegue a priori la presunta afectación de los derechos conexos a la libertad individual puede dar lugar a la interposición de una demanda de hábeas corpus, pues para su procedencia se requiere prima facie que se cumpla con el requisito de conexidad. Este requisito comporta que el reclamo alegado esté siempre vinculado a la libertad individual, de suerte que los actos que dicen ser violatorios de los derechos constitucionales conexos resulten también lesivos al derecho a la libertad individual. O dicho de otra manera, para que frente a una alegada amenaza o vulneración a los denominados derechos constitucionales conexos, estos sean tutelados mediante el proceso de hábeas corpus, la misma debe redundar en una amenaza o afectación a la libertad individual…"[1]

En ese contexto, el Tribunal ha señalado que a través de un proceso de habeas corpus amplio, se puede tutelar el derecho a la integridad, física, moral y psíquica:

[1] Expediente 06246-2008-PHC/TC

"… El derecho a la integridad personal se encuentra consagrado en el inciso 1 del artículo 2º de la Constitución Política vigente. En puridad se trata de un atributo indesligablemente vinculado con la dignidad de la persona, y con los derechos a la vida, a la salud, a la seguridad personal y al libre desarrollo y bienestar…

La integridad física presupone el derecho a conservar la estructura orgánica del ser humano; y, por ende, a preservar la forma, disposición y funcionamiento de los órganos del cuerpo humano y, en general, la salud del cuerpo.

La afectación de la integridad física se produce cuando se generan incapacidades, deformaciones, mutilaciones, perturbaciones o alteraciones funcionales, enfermedades corpóreas, etc.

En ese orden de ideas, el apartado h) del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución prohibe toda forma de violencia física.

La indemnidad corporal está sujeta, como regla general, al principio de irrenunciabilidad; vale decir, que la Constitución no avala ni permite las limitaciones físicas voluntarias, salvo casos excepcionales. En ese sentido, la persona tiene la responsabilidad de mantener incólume su integridad y, por consiguiente, de no atentar contra su propia estructura corpórea…

El derecho a la integridad psíquica se expresa en la preservación de las habilidades motrices, emocionales e intelectuales. Por consiguiente, asegura el respeto de los componentes psicológicos y discursivos de una persona, tales como su forma de ser, su personalidad, su carácter, así como su temperamento y lucidez para conocer y enjuiciar el mundo interior y exterior del ser humano.[2]

Asimismo debemos citar la parte pertinente de la resolución emitida en el Expediente 2192-2016-PHC/TC:

> (…) La Constitución establece expresamente en el artículo 200, inciso 1, que el proceso *habeas corpus* protege tanto la libertad individual como los derechos conexos a ella; no obstante, no cualquier

[2] Expediente 02333-2004-PHC/TC

> reclamo que alegue afectación del derecho a la libertad individual o derechos conexos puede reputarse efectivamente como tal y merecer tutela, pues para ello es necesario analizar previamente si tales actos denunciados vulneran el contenido constitucionalmente protegido del derecho tutelado por el habeas corpus. Asimismo, este proceso constitucional protege los derechos a la vida e integridad personal, reconocidos y tutelados, por los artículos 2, incisos 1 y 24, literal "h", de la Constitución y 25, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, respectivamente (…)[3]

En el caso materia del presente trabajo, el Tribunal Constitucional para resolver la controversia constitucional consideró que el favorecido quien es una persona con discapacidad (pues se demostró que padece de síndrome orgánico cerebral, retraso mental profundo y epilepsia y que no controla sus emociones), no puede hacer tareas de auto cuidado, que puede ser agresivo y dañar físicamente a otras personas. Por ello, se señala que se requiere de medidas de seguridad para alejar o guardar objetos con los que pueda dañarse, además de ser supervisado permanente en su desplazamiento y mientras duerme conforme se determinó en la Evaluación Psiquiátrica 010613-2013-PSQ y del Certificado Médico Legal 017785-PF-AM (que obra en los autos) se le privó de su libertad personal mediante la colocación de rejas metálicas en su habitación así como el tapiado de la ventana colocados por su madre bajo pretexto de que podía escaparse y de agredir a otros, de lo cual se destaca que su restricción a su libertad contiene un factor de gravedad, consistente en el hecho de sufrir de discapacidad, situación que no sólo no contribuiría a su mejoría sino que agravaría su situación, lo cual fue demostrado y corroborado con la inspección ocular realizada con fecha 28 de marzo de 2019 (acordada en el Pleno de magistrados del Tribunal Constitucional), por los magistrados del Tribunal Constitucional en el domicilio donde reside el favorecido; es decir, que cabe destacar que dicha diligencia fue realizada por primera vez y de forma extraordinaria por los citados jueces constitucionales.

Cabe destacar que dicha inspección realizada por los magistrados del TC resulta no sólo una actuación excepcional sino importante pues a nuestro entender se consideró que mediante dicha diligencia se corroboró

[3] Expediente 02192-2016-PHC/TC

no sólo la inspección judicial realizada por el *a quo* con fecha 12 de abril de 2013, por lo que no sólo constataron *in situ* y en persona las condiciones en que vivía el favorecido, sino que corroboraron las alegaciones de las partes y otros medios de prueba actuados en el proceso de habeas corpus.

Se debe precisar que el juez que conoció en primera instancia el proceso de habeas corpus mediante la inspección judicial de fecha 12 de abril de 2013, había constatado que en la habitación del beneficiario existía una cama en estado regular en la que se encontraba una frazada, que en lugar de una puerta se encontraba colocada una reja con tres picaportes, que el baño ubicado al interior de la habitación no tenía puerta, que ni la habitación ni el baño tenían focos por lo cual la iluminación era precaria, que dichos ambientes tampoco contaban con una adecuada ventilación mas bien se percibió un olor a humedad, que en una de las ventanas tenía una reja en el lado posterior; y, que el favorecido se encontraba en la mesa del comedor con el televisor prendido, por lo que se verificó no sólo la restricción de la libertad personal del beneficiario sino las inadecuadas e insalubres condiciones en que se encontraba, lo cual debía ser resuelto de forma inmediata.

Asimismo, en la sentencia materia de comentario se analizó la Resolución 75-2015, de fecha 25 de agosto de 2015, emitida al interior de un proceso de interdicción mediante la cual se declaró como curadora la madre del beneficiario (demandada), en la que cual se consideró que la habitación en la que se encuentra el beneficiario se encontraba en desorden y sin que tenga iluminación ni ventilación; además que expide malos olores. Asimismo, se señala que el servicio higiénico está en regular estado de conservación; y se merituó la declaración de ambos padres (demandante y demandado).

De lo anterior, se consideró a nuestro entender que el nombramiento de la madre del favorecido como su curadora en el proceso de interdicción no sólo resultó inútil sino contraproducente pues dicha curadora se valió de su designación para privar de la libertad al favorecido, quien permanecía en una precaria e inadecuada situación.

También se consideró que ambas partes reconocieron que en las mañanas el favorecido acudía normalmente al colegio y a sus terapias en

compañía de una técnica en enfermería; sin embargo, en la Resolución 75-2015 emitida en el proceso de interdicción, se constató que el favorecido dejó de ser recibido en el colegio puesto que ya no contaba con la técnica en enfermería que lo asistía, pues abandonó el trabajo por habérsele negado una mejora remunerativa y que en la visita ocular realizada por este Tribunal el 28 de marzo del 2019, se pudo constatar que ninguno de los padres se encontraba en casa y que, según la información proporcionada por su tío, el favorecido permanecía encerrado y en estado de abandono la mayor parte del tiempo.

El Tribunal analizó y merituó que el favorecido no sólo permanecía la mayor parte del tiempo encerrado y abandonado casi todo el tiempo, lo cual a nuestro entender constituía una doble y grave afectación a los derechos a la libertad personal y a la integridad personal del beneficiario quien por padecer de discapacidad severa, le era imposible superar o revertir esta situación que en buena cuenta era responsabilidad compartida de ambas partes (sus padres), y que ya no contaba con los cuidados, atenciones médicas ni se le brindaba de una educación.

En tal virtud, el Tribunal Constitucional dispuso que el juzgado que conoció el proceso de interdicción del beneficiario y nombró curadora a su madre (la demandada), convierta dicho proceso en uno de unos apoyos y salvaguardias en su favor para de forma efectiva se le restituya y se tutela sus derechos; además, que cese la restricción a su libertad personal. Todo ello, para atender de la mejor forma posible sus necesidades, su salud y de su bienestar, ya que sobre todo se impone un valor supremo como es la dignidad personal.

IV. Solución del caso a la luz del derecho a la integridad personal del favorecido

El Tribunal Constitucional al comprobar la precaria y grave situación en que se encontraba el favorecido; es decir encerrado prácticamente todo el tiempo y sin contacto con su progenitor (el demandante), debía cesar, pues si bien se debe adoptar medidas que aseguren la integridad del favorecido y de las demás personas, ellas no pueden efectuarse vulnerándose sus derechos; además, de mantener contacto con su padre, lo cual es un derecho a la relación paterno-filial (no olvidemos que el derecho a

tener una familia y a integrar una también es un derecho fundamental), y que en el caso del padre puede contribuir en favor del bienestar de su hijo juntamente con su progenitora, la demandada.

También el Tribunal ordenó que la asistenta social del juzgado que conoció la interdicción del beneficiario, realice las visitas inopinadas donde reside para comprobar su estado de salud y la de su hermano menor (protección que se extiende a este último porque se advirtió que se encontraba también en estado de vulnerabilidad), por lo que se le debe practicar al beneficiario los exámenes médicos y sicológicos correspondientes; y, que el Ministerio Público asuma un rol vigilante frente a las condiciones del beneficiario para que los hechos nefastos en su contra no se vuelvan a repetir.

V. Comentarios sobre los efectos y lo resuelto en la sentencia materia del presente trabajo

A efectos de la restitución del derecho a la libertad personal del favorecido, el Tribunal Constitucional dispuso el retiro de las rejas metálicas y del tapiado de la ventana de la habitación donde permanece.

Asimismo, el Tribunal ha considerado que el juez que conoció el proceso de interdicción del favorecido convierta dicho proceso en uno mas tuitivo; es decir, en un proceso de apoyos y salvaguardias, en el cual deberá disponer las medidas de seguridad pertinentes (provisionales y permanentes), cuya permanencia se entiende durará mientras se mantenga el estado de discapacidad del beneficiario, para lo cual se deberá tener en cuenta su voluntad, pues a pesar de dicha discapacidad puede exteriorizar su voluntad a efectos de lograr su mejoría y bienestar; además, deberá respetarse en todo momento sus derechos y su dignidad.

En el caso, en mención el Tribunal ha interpretado dos normas o disposiciones, una del Código Civil y otra. En ese sentido, entendió que en aplicación del Decreto Legislativo 1384, al beneficiario se le restituyó en la capacidad de goce y en el ejercicio de sus derechos, y que quedó sin efecto su declaración de interdicto que lo calificaba como absolutamente incapaz (y bajo la errónea consideración de que no podía expresar su voluntad) conforme lo preveía el artículo 43, inciso 2, del Código Civil, por lo que en ejercicio de sus derechos podrá opinar y tomar decisiones

respecto a su persona en la medida de sus posibilidades. Para tal efecto, se ordenó la transformación del proceso de interdicción en uno de apoyos y salvaguardias para la tutela y restitución de los derechos del favorecido.

También el Tribunal consideró que los padres del favorecido; es decir, el demandante y la demandada tienen la obligación de velar por el cuidado y la atención de su salud, en razón a que (la sentencia no lo dice expresamente) al haberse transformado el proceso de interdicción en uno de apoyos y salvaguardias, quedó sin efecto la designación de curadora de la progenitora del beneficiario.

Se ordenó también que el Ministerio Público asuma una posición vigilante para que prevenga que en el futuro hechos como los que fueron materia de la sentencia con comento vuelvan a repetirse. En tal virtud, en caso se decida aplicarle al beneficiario los tratamientos de salud ya sea en el interior del inmueble donde resida o fuera de éste, el Ministerio Público deberá mantener una actitud activa para dicho tratamiento tenga efectividad, por lo que en uso de sus atribuciones podrá realizar las investigaciones correspondientes.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ordenó que el juez de habeas corpus (juez de ejecución del proceso constitucional) informe cada ciento veinte dias sobre el estado y las condiciones de la vivienda donde permanecerá el favorecido, en tanto el juez del proceso de interdicción lo transforme a este en uno de apoyos y salvaguardias, lo cual constituye por parte del Tribunal una labor de seguimiento sobre la efectivización y el cumplimiento de sus decisiones.

Finalmente, el Tribunal exhortó al Poder Ejecutivo a fin de que a través de los ministerios encargados por la norma, implemente la reglamentación del Decreto Legislativo 1384 dentro del plazo máximo de sesenta días calendarios desde que sea notificada con la sentencia materia del presente artículo, puesto que estaba pendiente a fin de que se designen apoyos e implementación de salvaguardias que se establecen en la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1384; es decir, que se deberá dictar el citado reglamento para que se haga realidad y efectivas los apoyos e implementación de salvaguardias, y así sean aplicadas en casos similares que se presenten en el futuro.

Entonces, si bien el Tribunal Constitucional no puede ordenar al Poder Ejecutivo la reglamentación de la referida norma ni alguna otra actuación; sin embargo, sí puede instarle o exhortarle para que realice dicha actuación en atención a lo considerado en la referida sentencia, en la que se ordena la restitución de los derechos de una persona con discapacidad severa.

Como hemos visto el proceso de habeas corpus sirvió no sólo para restituir el derecho a la libertad personal de una persona con discapacidad sino para restituir sus derechos a su integridad personal y a su dignidad, lo que hemos apreciado la dimensión de tutela del mencionado proceso constitucional.

VI. Conclusiones

El Tribunal consideró que el proceso de habeas corpus instaurado a favor de una persona que tiene discapacidad era el adecuado para restituir sus derechos vulnerados, no sólo porque se iba a analizar y demostrar que se vulneró su derecho a la libertad personal y de locomoción, que es un derecho objeto de protección por el habeas corpus, ya que permanecía encerrado por haberse colocado unas rejas y tapiado de una ventana sino porque además sufría afectaciones a su integridad personal como se explicará ampliará en el presente trabajo, que también es objeto de protección a través del mencionado proceso constitucional.

El Tribunal Constitucional del Perú en su vasta jurisprudencia ha considerado que el habeas corpus no sólo resulta ser un proceso constitucional que sirve para tutelar la libertad individual sino también los derechos conexos a ella, consideraciones que parten de una concepción amplia y no restrictiva del habeas corpus a partir de lo consagrado por la Constitución Política del Perú y de lo dispuesto en el Código Procesal Constitucional. En tal sentido, el tema de la afectación a la integridad personal del favorecido resulta conexo a su derecho a la libertad personal, por lo que ambas pretensiones correspondieron ser resueltas a través del habeas corpus

En el caso materia del presente trabajo, el Tribunal Constitucional para resolver la controversia constitucional consideró que el favorecido quien es una persona con discapacidad se le privó de su libertad personal mediante

la colocación de rejas metálicas en su habitación así como el tapiado de la ventana colocados por su madre bajo pretexto de que podía escaparse y de agredir a otros, de lo cual se destaca que su restricción a su libertad contiene un factor de gravedad, consistente en el hecho de sufrir de discapacidad, situación que no sólo no contruibuiría a su mejoría sino que agravaría su situación, lo cual fue demostrado y corroborado con la inspección ocular realizada con fecha 28 de marzo de 2019, por los magistrados del Tribunal Constitucional en el domicilio donde reside el favorecido, inspección que resulta no sólo una actuación excepcional sino importante pues a nuestro entender se consideró que mediante dicha diligencia se corroboró no sólo la inspección judicial realizada por el *a quo* con fecha 12 de abril de 2013, por lo que no sólo constataron *in situ* y en persona las condiciones en que vivía el favorecido, sino que corroboraron las alegaciones de las partes y otros medios de prueba actuados en el proceso de habeas corpus.

Así, se verificó no sólo la restricción de la libertad personal del beneficiario sino las inadecuadas e insalubres condiciones en que se encontraba, lo cual debía ser resuelto de forma inmediata, para lo cual se evaluó y analizaron medios probatorios y actuaciones tales como la Resolución 75-2015, de fecha 25 de agosto de 2015, emitida al interior de un proceso de interdicción mediante la cual se declaró como curadora la madre del beneficiario (demandada), la Evaluación Psiquiátrica 010613-2013-PSQ y el Certificado Médico Legal 017785-PF-AM la declaración de los padres (demandante y demandado), la inspección judicial, todo ello corroborado con la inspección ocular realizada por primera vez y de forma extraordinaria por los magistrados del Tribunal Constitucional en domicilio donde reside el favorecido.

A efectos de la restitución del derecho a la libertad personal del favorecido, el Tribunal Constitucional dispuso el retiro de las rejas metálicas y del tapiado de la ventana de la habitación donde permanece.

Además, se consideró que el nombramiento de la madre del favorecido como su curadora en el proceso de interdicción no sólo resultó inútil sino contraproducente pues dicha curadora se valió de su designación para privar de la libertad al favorecido, quien permanecía en una precaria e inadecuada situación; es decir, se encontraba encerrado y en estado de abandono la mayor parte del tiempo, lo cual constituía una doble y grave

afectación a los derechos a la libertad personal y a la integridad personal del beneficiario quien por padecer de discapacidad severa le era imposible superar o revertir esta situación que en buena cuenta era responsabilidad compartida de ambas partes (sus padres), y que ya no contaba con los cuidados, atenciones médicas y educación.

En ese sentido, el Tribunal dispuso que el juzgado que conoció el proceso de interdicción del beneficiario y nombró curadora a su madre, convierta dicho proceso en uno de unos apoyos y salvaguardias en su favor para de forma efectiva se le restituya y se tutela sus derechos; es decir, se convierta en un proceso más tuitivo; además, que cese la restricción a su libertad personal. Todo ello, para atender de la mejor forma posible sus necesidades, su salud y de su bienestar, ya que sobre todo se impone un valor supremo como es la dignidad personal.

La restitución de los derechos del favorecido permitirá que éste mantenga contacto con su padre, lo cual es un derecho a la relación paterno-filial (no olvidemos que el derecho a tener una familia y a integrar una también es un derecho fundamental), y que en el caso del padre puede contribuir en favor del bienestar de su hijo juntamente con su progenitora.

También el Tribunal ordenó que la asistenta social del juzgado que conoció la interdicción del beneficiario, realice las visitas inopinadas donde reside para comprobar su estado de salud y la de su hermano menor (protección que se extiende a este último porque se advirtió que se encontraba también en estado de vulnerabilidad), por lo que se le debe practicar al beneficiario los exámenes médicos y sicológicos correspondientes; y, que el Ministerio Público asuma un rol vigilante frente a las condiciones del beneficiario para que los hechos nefastos en su contra no se vuelvan a repetir, por lo que en caso contrario podrá realizar las investigaciones correspondientes conforme a sus atribuciones.

El Tribunal consideró que los padres del favorecido; es decir, el demandante y la demandada tienen la obligación de velar por el cuidado y la atención de su salud, en razón a que (la sentencia no lo dice expresamente) al haberse transformado el proceso de interdicción en uno de apoyos y salvaguardias, quedó sin efecto la designación de curadora de la progenitora del beneficiario.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ordenó que el juez de habeas corpus le informe cada ciento veinte días sobre el estado y las condiciones de la vivienda donde permanecerá el favorecido, en tanto el juez del proceso de interdicción lo transforme a este en uno de apoyos y salvaguardias, lo cual constituye por parte del Tribunal una labor de seguimiento sobre la efectivización y el cumplimiento de sus decisiones.

Finalmente, el Tribunal exhortó al Poder Ejecutivo a fin de que a través de los ministerios encargados por la norma, implemente la reglamentación del Decreto Legislativo 1384 dentro del plazo máximo de sesenta días calendarios desde que sea notificada con la sentencia materia del presente artículo, puesto que estaba pendiente a fin de que se designen apoyos e implementación de salvaguardias que se establecen en la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1384; es decir, que se deberá dictar el citado reglamento para que se haga realidad y efectivas los apoyos e implementación de salvaguardias, y así sean aplicadas en casos similares que se presenten en el futuro, exhortación que en modo alguno constituye una orden al Poder Ejecutivo.

El derecho a la alimentación y los "umbrales de cumplimiento" de los derechos sociales
Comentario al caso Velásquez Ramírez (STC Exp. N° 1470-2016-PHC/TC)

Juan Manuel Sosa Sacio*

Sumario

I. Naturaleza de los derechos sociales. **II.** El derecho fundamental a la alimentación. **III.** Sobre los "umbrales" de realización o cumplimiento de los derechos. **IV.** Tutela de los derechos sociales: además de los umbrales, el "test deferente y mínimo".

En el caso materia de comentario el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la naturaleza y la efectivización de los derechos sociales, así como sobre la tutela del derecho fundamental a la alimentación. Como será explicado y analizado en este texto, el Alto Tribunal hizo referencia al carácter progresivo, o gradual inclusive, de los derechos fundamentales sociales, especificando que, respecto de estos derechos, existe ciertamente una "obligación mínima esencial" de cumplimiento incondicionado, y que, además de ello, se encuentran otros dos "umbrales" de realización o cumplimiento de los derechos, de carácter menos urgente y hasta condicionado a las posibilidades de realización por parte del Estado.

Antes de empezar con el análisis de la sentencia es necesario tener en cuenta los hechos del caso. Al respecto, tenemos que el ciudadano Javier Velásquez Ramírez presentó una demanda de amparo contra la gobernadora regional, el gerente regional, el administrador del Centro

* Profesor de posgrado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Pontificia Universidad Católica del Perú, y de pregrado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Universidad del Pacífico. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Asociado de Constitucionalismo Crítico.

de Apoyo Alimentario y el presidente del Directorio de la Beneficencia Pública, todos de Arequipa, debido al inminente cierre del Centro de Apoyo Nutricional, que era una especie de comedor del gobierno regional, donde se brindaba alimentación a muy bajo costo a más de cuatrocientas personas.

Según explicó el demandante, la amenaza se estaba produciendo debido a que el Centro de Apoyo Alimentario iba a perder el local donde funcionaba, pues este debía serle devuelto a la Beneficencia Pública de Arequipa, su real propietaria (que fue lo que finalmente ocurrió). El recurrente sostuvo que el cierre del referido centro constituía una amenaza para sus derechos fundamentales a la vida, la tranquilidad, la paz social, la salud y el bienestar social.

El caso llegó al Tribunal Constitucional en tercera y definitiva instancia. Este colegiado, entendiendo la demanda de hábeas corpus como una de amparo, la declaró finalmente fundada y ordenó al gobierno regional de Arequipa a reinstaurar, en un plazo máximo de 30 días, el Centro de Apoyo Nutricional que había sido cerrado. Para ello, el intérprete calificado de la constitucionalidad entendió que el cierre del comedor vulneró el derecho a la alimentación "de subsistencia" de varias personas en situación de vulnerabilidad. Precisó que el referido ámbito del derecho a la alimentación forma parte del "primer umbral" de realización, cuyo cumplimiento es incondicionado, por lo que el Estado falló en su deber de "asegurar la provisión y acceso a alimentos que evitan padecer hambre a sus titulares y garantizan la funcionalidad corporal de los mismos" (es decir, falló en el cumplimiento de su "obligación mínima esencial").

Luego de realizado este rápido recuento sobre los hechos del caso, consideramos que nos encontramos ya en posición para empezar nuestra valoración y crítica sobre lo resuelto por el Tribunal Constitucional.

I. Naturaleza de los derechos sociales

Desde varias concepciones los derechos sociales fundamentales son concebidos exclusivamente como derechos de prestación (derechos "de hacer") frente al Estado, y la sentencia que estamos analizando no es la excepción (f. j. 16 y ss.)

Efectivamente, suele señalarse que los derechos sociales se diferencian de los derechos de libertad, pues estos últimos son más bien derechos "negativos" o "de abstención", cuyos destinatarios son tanto el Estado como también los particulares. Asimismo, y en parte como corolario de lo anterior, muchas veces se considera que los derechos sociales, debido a que implican acceder a "prestaciones", son típicamente costosos, a diferencia de los derechos de libertad que, por tratarse de obligaciones "de no hacer", supuestamente no involucran mayor gasto para el erario público.

Esto último, el supuesto carácter costoso de la satisfacción los derechos sociales (y prácticamente gratuito de los derechos de libertad), ha sido contestado muchas veces y, felizmente, no ha sido un óbice para que el Tribunal Constitucional los tutele comprometidamente, por lo que no consideramos necesario abundar específicamente en ello en esta oportunidad[1].

En lo que sí vamos a detenernos, pues ayudará a esclarecer algunas cuestiones posteriores en nuestro análisis, es en cuestionamientos sobre el (1) carácter exclusivamente prestacional de estos derechos, concebidos, además, como (2) únicamente a cargo del Estado.

Sobre lo primero, es claro que los derechos sociales tienen una estructura *predominantemente* prestacional; sin embargo, de ello no se deduce que solo tengan tal carácter[2]. En realidad, bien apreciado, aunque

[1] Más bien, recomendamos revisar la siguiente bibliografía de autores nacionales: LEÓN FLORIÁN, Johan. "Los derechos sociales como derechos fundamentales". En: *Revista de Derechos Humanos*. Nº 5, Universidad de Piura, Piura, 2014, pp. 107-118; ALVITES, Elena. La participación de la jurisdicción constitucional en la defensa del constitucionalismo social. A propósito de la protección jurisdiccional de los derechos sociales por el Tribunal Constitucional peruano. Tesis doctoral, Universidad de Alicante, Alicante, 2004, p. 564 y ss; CAMPOS BERNAL, Heber Joel. "¿Existen diferencias en la exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales? Una mirada crítica sobre la distinción entre derechos civiles y derechos sociales a la luz del proceso de constitucionalización del Derecho". Cuaderno de Trabajo del CICAJ, N.° 4, Nueva Serie, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013, pp. 16-19; JANAMPA ALMORA, Juan José. "Reasons for the construction of a legal theory of social rights as fundamental rights". En: *The Age of Human Rights Journal*. N.° 8, junio de 2017, pp. 92-125.

[2] Cfr. TASIOULAS, John. *Minimum Core Obligations: Human Rights in the Here and Now* (Research Paper). The World Bank, 2017, pp. 20-21.

todos los derechos fundamentales tienen una predominancia como la mencionada (es decir, son predominantemente de prestación, de libertad, de potestad, etc.), en realidad están caracterizados por un "pluralismo estructural", en el sentido de que pueden manifestarse, a la vez, mediante diferentes estructuras iusfundamentales (un mismo derecho puede tener una dimensión prestacional, otra de libertad, otra de inmunidad, etc.)

Esto es algo que suele salir a la luz, por ejemplo, cuando se explica que los derechos de libertad son también prestacionales (por ejemplo: cuando se pone en evidencia que el derecho de propiedad requiere de una institucionalidad provista por el Estado, es decir, prestacional: seguridad pública que la proteja, un sistema registral y notarial eficiente, un sistema de solución de conflictos, etc.). Asimismo, se pone en evidencia al tomar en cuenta diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que se aseguran distintos derechos sociales, pero en su contenido o estructura "de libertad", y no prestacional. Por ejemplo, ello ocurre claramente respecto del derecho al trabajo, cuando se tutela al trabajador o trabajadora frente al despido arbitrario (STC Exp. n.° 01124-2001-AA; estamos básicamente ante una "inmunidad" y no una prestación); o también con el derecho a la educación, por ejemplo, cuando se protege la libertad de cátedra (STC Exp. n.° 02724-2005-PA), la libertad de decidir el centro educativo para los hijos o hijas (STC Exp. n.° 02018-2015-AA), o la prohibición de que se interrumpa arbitrariamente el proceso educativo de los niños, niñas o adolescentes (STC Exp. n.° 00607-2009-AA); en todos estos casos, es claro, estamos ante contenidos "de libertad" o de "inmunidad", y no ante prestaciones.

En segundo lugar, también podemos preguntarnos sobre si los derechos sociales, en realidad, únicamente están dirigidos hacia al Estado. Desde luego, no podríamos revisar aquí con la amplitud que se merece la teoría de la *Drittwirkung*, es decir, sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en general. Lo que sí podemos hacer ahora, por una parte, es señalar que este asunto ha sido tratado con solvencia a nivel teórico en nuestro país, lo cual convendría tener en cuenta[3]; y de otro lado,

[3] LEÓN FLORIÁN, Johan. *La eficacia de los derechos sociales entre particulares: fundamento y posibilidades*. Tesis para optar el grado de magíster, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013.

presentar aquí mismo algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en los que el órgano colegiado ha señalado que el derecho a la alimentación puede remitir a deberes que recaen, sobre todo, en los particulares[4].

Así tenemos, por ejemplo, a la STC Exp. n.° 01272-2017-PA, en la que se abordó el derecho a la lactancia materna[5]. En el caso se encontró que el referido derecho fue conculcado por la empleadora[6], debido a que la demandante venía siendo obligada a trabajar a incluso más allá de su jornada laboral, pese a encontrarse con permiso de lactancia. En esta sentencia se precisó que el ejercicio del derecho al permiso por lactancia, además de los derechos propios de la madre, tiene relación con "la alimentación ideal para el lactante" y que esta "contribuye a la disminución de la morbilidad y mortalidad infantil" (en el marco del análisis del derecho a la salud familiar) (f. j. 55).

Adicionalmente, el Alto Tribunal se sostuvo en la misma sentencia que:

> [E]l fundamento constitucional del derecho al permiso por lactancia no solo está constituido por la protección de la familia, de la salud familiar y el contenido del derecho al desarrollo de la personalidad de las mujeres y madres trabajadoras, sino también por el interés superior del niño y el derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del sexo y en razón de la situación familiar. En tal sentido,

[4] Sin perjuicio de que dichos ámbitos iusfundamentales muchas veces requieran, como tantos otros, de la mediación del legislador para su desarrollo o efectivización.

[5] Que tiene cobertura constitucional (f. j. 35) y que, en el caso concreto, se manifiesta como el derecho a "gozar de un permiso laboral por lactancia". En este mismo sentido, encontramos que "Un grupo de expertos en derechos humanos de la ONU señaló (…) que el amamantamiento debe considerarse una cuestión de los derechos humanos tanto para bebés como para madres y debe ser protegido de acciones que buscan impedirlo". En: *Noticias ONU*, "La lactancia materna debe considerarse como una cuestión de derechos humanos para bebés y madres", 21 de noviembre de 2016, disponible en <https://news.un.org/es/story/2016/11/1368931> [última visita 16 de febrero de 2020].

[6] En el caso que reseñamos, se trataba de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios; pero, conforme a la argumentación del Tribunal, para todos los efectos, daba igual si se trataba de un agente público o uno privado, pues ambos quedan igualmente vinculados al derecho al permiso por lactancia, con la misma intensidad.

> *cualquier violación del derecho al permiso por lactancia por parte de cualquier* autoridad, funcionario, servidor o *persona, en general, da lugar a la violación de los derechos y bienes constitucionales que le sirven de fundamento* (…) (f. j. 67, énfasis agregado).

En otras palabras, se indica que el derecho a la lactancia materna, que beneficia también al niño o niña lactante, implica un deber de respeto por parte de los empleadores, públicos y privados, e incluso más, de ser el caso, debe entenderse que este vincula también a "cualquier persona, en general"[7].

Por otra parte, encontramos a la STC Exp. n.° 03137-2015-PHC, un proceso de hábeas corpus que fue iniciado a favor de una persona encarcelada, en el cual, entre otras cosas, se alegaba que "pese a que las autoridades saben que la beneficiaria es vegetariana, la obligan a consumir carne de cerdo, lo que ha ocasionado detrimento en su salud física y mental".

Al respecto, al resolver el Tribunal Constitucional señaló que:

> Sobre lo alegado, se debe indicar que, de la revisión de los actuados, no se aprecia una agresión ilegítima ni arbitraria en contra de la beneficiaria. Respecto al régimen alimentario, conforme con la declaración de la demandada (…), se le brinda la dieta que provee el consorcio encargado de la alimentación de las internas del establecimiento penitenciario, *dejándose abierta la posibilidad de que los familiares de la beneficiaria ingresen alimentos que sean acordes a la dieta que considere más apropiada*.

Como puede verse, para el órgano colegiado existe una carga relacionada con la alimentación de la beneficiaria, relacionada tal vez con su bienestar y no con su supervivencia (por lo cual estaría referido al "tercer umbral" de realización de este derecho, según veremos), y que recae sobre todo en sus familiares y no en el Estado.

[7] Este sería el caso, no infrecuente en algunas latitudes, de que se impida, obstaculice o limite la lactancia materna en los espacios públicos (como centros comerciales, restaurantes, parques, etc.)

Lo anterior, además, tiene estrecha relación con lo que se encuentra regulado en el artículo 6 de nuestra Constitución, donde se prescribe que: "Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres". Respecto de esta última cláusula constitucional, a mayor abundamiento, existe variada y consistente jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que se refiere precisamente a este deber y derecho "de alimentar" y "asistir" a cargo de la familia más próxima (por todas: STC Exp. n.° 04126-2006-AA, f. j. 4; STC Exp. n.° 10183-2005-PA, f. j. 10).

A modo de recapitulación entonces, cuestionándonos un poco sobre lo que indica la sentencia, hemos planteado entonces que los derechos sociales no son solo derechos prestacionales y que no son solo derechos dirigidos hacia el Estado.

II. El derecho fundamental a la alimentación

En el caso peruano, tenemos diversas formas para determinar si un derecho fundamental forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. Una primera manera es a través de verificar su reconocimiento expreso y manifiesto; en términos de Robert Alexy, en este caso estaríamos ante normas iusfundamentales "directamente estatuidas"[8]. Una segunda posibilidad es incorporar interpretativamente normas iusfundamentales a algunas disposiciones constitucionales; nuevamente, utilizando la nomenclatura del profesor Alexy, se trataría esta vez de normas (o posiciones, si fuera el caso) iusfundamentales "adscritas"[9]. Una tercera posibilidad es que, al no existir una disposición constitucional a la que pueda adscribirse interpretativamente el derecho fundamental, este termine siendo reconocido o creado jurisprudencialmente[10]. Conforme a la Constitución peruana,

[8] Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Segunda edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, p. 49, 52, 55.

[9] Alexy, Robert. Ob. cit., pp. 52-55.

[10] En especial, sobre el reconocimiento jurisprudencial del derecho fundamental a la alimentación en diversos países, vide COURTIS, Christian. "El derecho a la alimentación como derecho justiciable". En: *La protección judicial de los derechos sociales*. Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (Editores),

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, pp. 102-114.

como se sabe, tenemos previsto para tales efectos el artículo 3, disposición también conocida como la "cláusula de derechos no enumerados".

Conforme a la referida cláusula, cabe reconocer como derechos fundamentales "implícitos" o "no enumerados" a aquellos que puedan colegirse de los principios de dignidad humana, soberanía popular, Estado democrático y gobierno republicano[11]. Si bien no podemos explayarnos mucho más en este punto, es pertinente dejar anotado de todos modos que este reconocimiento jurisprudencial de derechos no enumerados requiere tomar en cuenta los criterios de "fundamentalidad", "especificidad", "conformidad constitucional" y "excepcionalidad"[12].

En el caso del derecho a la alimentación, estamos ante un derecho fundamental expreso que, si bien no se encuentra reconocido (o "estatuido") directamente en la Constitución, sí aparece expresamente consagrado en el artículo 25, inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como en el artículo 11, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos integrantes de nuestro derecho interno, con base en lo prescrito en los artículos 55 de la Constitución, y que deben ser necesariamente tomados en cuenta al momento de interpretar los derechos fundamentales, a la luz de la cuarta disposición final y transitoria de la Carta fundamental.

En el caso peruano, son varios los derechos que vienen reconocidos de este modo, es decir, que han sido finalmente considerados como derechos

[11] Cfr. CARPIO MARCOS, Edgar. "Los derechos no enumerados en la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 5, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2008, pp. 23-27, y SÁENZ DÁVALOS, Luis. "La cláusula de derechos no enumerados y su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: Revista Peruana de Jurisprudencia. Año 4, N° 13, marzo de 2002, pp. XXIX-XXXII.

[12] Esto lo hemos desarrollado en: SOSA SACIO, Juan Manuel. "Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad". En: *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Luis Sáenz Dávalos (Coordinador). Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pp. 119-129. A lo indicado en dicho texto, hemos agregado posteriormente el criterio de "excepcionalidad", conforme al cual solo cabe acudir al reconocimiento de nuevos derechos si antes no ha sido posible adscribir ese contenido en otro derecho constitucional (en calidad de "contenido implícito" de un derecho escrito).

"explícitos" o "directamente estatuidos", a pesar de no haber sido reconocidos de ese modo por la Constitución, y sin necesidad de echar mano de la cláusula de derechos no enumerados. Tal es el caso, entre otros, del derecho al plazo razonable (STC Exp. n.° 00295-2012-HC), el derecho a la vivienda (STC Exp. n.° 0007-2012-PI/TC), el derecho al interés superior de los niños y las niñas (STC Exp. n.º 4058-2012-PA, STC Exp. n.º 01587-2018-HC), el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, que forman parte de nuestro derecho interno expresamente reconocido, aunque tales disposiciones no aparezcan directamente en nuestra Constitución.

Con base en lo indicado entonces, la sentencia acierta en indicar que el derecho a la alimentación es un derecho fundamental, cuyo reconocimiento no solo es internacional, sino que forma parte del derecho interno peruano (f. j. 12 y ss.)

III. Sobre los "umbrales" de realización o cumplimiento de los derechos

La sentencia bajo análisis propone la posibilidad, novedosa en nuestra jurisprudencia, de establecer "umbrales" diferenciados para la satisfacción de los derechos sociales. Al respecto, si bien la sentencia no es muy clara sobre ello[13], es posible afirmar que el primer umbral se encuentra relacionado con la satisfacción de las "necesidades básicas de supervivencia" de los seres humanos[14], obligación mínima a cargo del Estado que, a decir del Tribunal Constitucional, tendría un carácter absolutamente indisponible, el cual por ende "no se sujeta a cuestiones presupuestales"[15].

[13] Se pone énfasis en el grado de obligatoriedad para el Estado, pero no en los contenidos exigibles relacionados con los derechos, más específicamente, con sus contenidos protegidos.

[14] PORTOCARRERO QUISPE, Jorge. "La justiciabilidad y la efectivización de los derechos sociales fundamentales. Bases teóricas de la STC Exp. N° 01470-2016-PHC/TC". En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 114, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2019, p. 84. Cfr. BILCHITZ, David. *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-economic Rights*. Oxford University Press, Oxford, 2007.

[15] SÁNCHEZ GÓMEZ, Silvia. "El derecho social fundamental a la alimentación a partir de la exigencia del mínimo esencial o alimentación de subsistencia. Comentarios a la STC Exp. N° 01470-2016-PHC/TC" En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 140, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2019, p.55

Además, encontramos un segundo umbral que alude a obligaciones estatales cuya finalidad es complementar y desarrollar las "obligaciones mínimas esenciales"[16], lo cual viene aparejado con el deber de "realizar, de manera progresiva, políticas programáticas orientadas a incrementar el nivel de bienestar social de los individuos, así como también a justificar las medidas que ha ido realizando en este sentido" (f. j. 27, tercer párr.).

Respecto a ello, y con base a algunas citas a pie de página que aparecen en la sentencia, vemos que estos umbrales harían referencia a los, también dos umbrales, formulados por David Bilchitz en su libro *Poverty and Fundamental Rights*[17]. Siendo así, tal vez resulte más ilustrativo presentar este segundo umbral de provisión estatal como uno dirigido a "contar con las condiciones necesarias para realizar un amplio rango de propósitos" o encaminado a "acceder a condiciones generales necesarias para facultar a los individuos a realizar diversos propósitos de su elección".

Así visto, con este segundo umbral no se busca asegurar solo la mera supervivencia, a la que se refiere el primer umbral, sino la posibilidad de realizar un "amplio espectro de propósitos", es decir, si hemos entendido bien, permitir a las personas hacer todas aquellas cosas que desean, por medio del despliegue de sus capacidades.

Bilchitz lo ha señalado en estos términos:

> Los seres humanos tienen un interés en vivir en un ambiente que no impida su desarrollo y que al mismo tiempo les permita estar en posición de florecer y alcanzar sus metas. No solo importa sobrevivir: necesitamos protección para nuestros intereses en las condiciones

[16] Estas "obligaciones mínimas esenciales" han sido materia de desarrollo en el sistema universal y por la dogmática en materia de derechos humanos. Cfr., por ejemplo, la Observación general n.° 3 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU (1990); YOUNG, Katharine. "The minimun core of economic and social rights. A concept in search content". En: *Yale Journal of International Law*. Vol. 33, Issue 1, 2008; TASIOULAS, John. *Minimum Core Obligations: Human Rights in the Here and Now.* Ob. cit.

[17] BILCHITZ, David. Ob. cit., con traducción al castellano de Jorge Portocarrero Quispe: *Pobreza y derechos fundamentales. La justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos*. Marcial Pons, Madrid, 2017. La mencionada relación entre ambos pares de umbrales puede colegirse, asimismo, de lo indicado por PORTOCARRERO QUISPE, Jorge. Ob. cit., sobre todo pp. 86-87.

generales que son necesarias para la concretización de una amplia gama de propósitos.

Ahora bien, llegado a ese punto, vale la pena indicar que, para David Bilchitz, tales umbrales alcanzan a la comprensión de todos los derechos fundamentales y no solo a los socioeconómicos. Si se aprecia bien, sucede que, para llegar a formularlos, Bilchitz parte de la existencia de "fuentes de valor" que persiguen los individuos, los cuales consisten en la capacidad de estos para "tener experiencias positivas y realizar sus propósitos". El reconocimiento de estas fuentes de valor por parte de los individuos requiere que se satisfaga "precondiciones generales y esenciales", las que pueden dividirse entre precondiciones "necesarias para la supervivencia", por una parte ("primer umbral"), y otras "necesarias para el cumplimiento de los propósitos", por otra ("segundo umbral").

En ese marco, puede afirmarse que la diferenciación de ambos umbrales pretende distinguir –usando una frase quizá manida– "lo urgente de lo importante". En efecto, tal como precisa el profesor de Johannesburgo, "[a]mbos umbrales son importantes para la vida de los seres, pero el primer umbral presenta una mayor urgencia que el segundo para los individuos", asimismo, que "[l]a mayor urgencia del primer umbral se justifica por el mayor impacto que la insuficiencia en realizar tal umbral tiene en la capacidad de los individuos para tener experiencias positivas y realizar sus propósitos".

Con lo anotado, vemos entonces que estos "umbrales" de provisión estatal, en realidad, podrían estar referidos a la realización tanto de derechos de libertad como de derechos prestacionales (pues tales umbrales se refieren, en general, a los intereses de los individuos relacionados con su supervivencia y con el cumplimiento de sus propósitos). Ahora bien, lo indicado no supone dejar de reconocer que en materia de derechos sociales la formulación del primer umbral resulta de inigualable importancia, en la medida que alude a una "obligación mínima esencial" a cargo de los Estados, de carácter incondicional, actuando así contra lo que suele ocurrir en la práctica, a saber, que los agentes estatales suelen desentenderse de satisfacer estos derechos con base en diferentes argumentos o excusas (entre las principales: se hacer referencia a que los derechos sociales tienen

un carácter progresivo, programático, costoso, sujeto a discrecionalidad política, etc.)[18].

Ahora bien, además de los dos ya mencionados, la sentencia hace referencia a un tercer umbral. Según el Tribunal Constitucional, este umbral se refiere a "condiciones que los individuos en forma individual o colectiva requieren para alcanzar *diversos propósitos específicos de su interés* derivados del derecho social fundamental tutelado", o también a requerimientos de los individuos "basados en *especiales intereses o propósitos* que estos tengan en su vida individual o colectiva". La sentencia puntualiza, además, que este último umbral de realización queda librado a la voluntad del Estado, es decir, que "el Estado podrá cumplir discrecionalmente con este umbral de necesidades" (sic)[19] y que su prestación depende de que previamente se haya cumplido con los dos primeros umbrales.

Al respecto, nos causa gran perplejidad que el Tribunal considere como derecho fundamental un ámbito que, en la práctica, no resulta vinculante para el Estado (pues se le reconoce máxima discrecionalidad a

[18] Si bien consideramos saludable la existencia de un estándar como el de la "obligación mínima esencial", atendiendo a su aporte en la tutela de los derechos, dejamos por ahora planteadas algunas dudas relacionadas con su similitud con la noción de "contenido esencial" (vide, al respecto, el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña en esta misma sentencia, f. j. 31; menciona el tema SÁNCHEZ GÓMEZ, Silvia. Op. cit., pp. 59 y 60), y también con su formulación como una especie de regla inderrotable (Jorge Portocarrero explica que "la obligación mínima esencial no puede equivaler a una obligación incondicionada o absoluta, ya que ello iría en contra de la premisa de que todo derecho fundamental puede ser limitado en alguna medida si existen razones suficientes que lo requieran y lo justifiquen"; PORTOCARRERO QUISPE, Jorge. Ob. cit., p. 84).

[19] Al referirse al tercer umbral, el Tribunal Constitucional hace un uso equivocado de la expresiín "necesidades". Las necesidades son "inescapables" y su insatisfacción produce un grave daño; por ello su satisfacción no puede dejarse a la mera voluntad discrecional del Estado, ni está relacionada con los intereses o propósitos generales de las personas. Hemos explicado esto en SOSA SACIO, Juan Manuel. "Crítica a la dignidad humana y la noción de "necesidades básicas" como un posible mejor fundamento para los derechos". En: *Thēmis-Revista de Derecho*. N° 67, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015.

este para satisfacerlo o no), y que, además, se encuentra relacionado tan solo con meros intereses o deseos (respecto de los cuales, una vez satisfecho un piso mínimo de necesidades o capacidades básicas, el Estado tendría más bien un deber de abstención).

Ahora bien, desde luego que la realización de los intereses o deseos personales tienen un valor moral, sin embargo, de ello no se deduce inmediatamente que aquellos formen parte o que deban ser provistos como derechos fundamentales prestacionales (con deberes de hacer para los destinatarios). Incluso más, por si fuera necesario recordarlo: no todo lo moralmente valioso para las personas tiene carácter iusfundamental y, por ende, respecto de ellos no puede predicarse siempre los deberes que son correlativos a los derechos.

En suma, en este caso el Tribunal acoge, en parte, el planteamiento de David Bilchitz sobre la satisfacción gradual de los derechos con base en dos umbrales, los cuales se diferencian principalmente por la mayor urgencia de proveer el primero de ellos, apremio relacionado con la superveniencia y la situación de vulnerabilidad de los titulares. Luego de ello, el colegiado constitucional extiende el contenido prestacional de los derechos hasta un tercer umbral, respecto del cual no queda claro sus bases teóricas ni su pertinencia jurídica[20].

[20] Este ámbito tal vez tenga relación con el "derecho al bienestar". Este derecho, como hemos explicado en otra ocasión, si bien tiene una dimensión prestacional dirigida "a la satisfacción de necesidades humanas básicas, o a contar con capacidades humanas centrales", ello es básicamente "con la finalidad de que cada persona pueda optar por un proyecto de vida que considere valioso y que pueda llevarlo a cabo (es decir, que cada quien pueda idear y alcanzar su propio bienestar)". Y es que, bien visto, "lo que se garantiza con el derecho al bienestar es, en realidad, una 'libertad de bienestar'; es decir, la 'posibilidad' de conseguir bienestar". Dicha "libertad de bienestar", desde luego, puede tener relación incluso con un ámbito iusfundamental más amplio aún; la llamada "libertad general de acción" o derecho al "libre desarrollo de la personalidad"; vide SOSA SACIO, Juan Manuel. "La libertad constitucional. Tres modelos esenciales de libertad y tres derechos de libertad". En: *Pensamiento Constitucional.* Revista de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. 23, n.° 23, *passim*.

IV. Tutela de los derechos sociales: además de los umbrales, el "test deferente y mínimo"

Por otra parte, y con base en lo anterior, en el caso el Tribunal Constitucional determinó que fue lesionado el derecho a la alimentación, esto debido a que el Estado no proveyó de lo necesario para cubrir el primer umbral de este derecho, es decir, el relacionado con «la alimentación de subsistencia».

Para establecer que se produjo dicha vulneración el Tribunal evaluó la satisfacción del derecho a la alimentación de subsistencia como si se tratase de una "norma-regla", es decir, de un mandato perentorio, cuyo cumplimento se da de la forma "todo o nada". De este modo, el colegiado constitucional consideró el cierre del comedor como un supuesto de incumplimiento del deber estatal de proveer el "contenido mínimo esencial" del derecho a la alimentación y, por ello, declaró fundada la demanda y mandó lo que puede entenderse como su "cumplimiento incondicionado". En efecto, tal como aparece en la parte resolutiva de esta sentencia, el Tribunal Constitucional:

> [O]rdena que el Gobierno Regional de Arequipa, reinstaure en el plazo de 30 días, el servicio del Centro de Apoyo Nutricional de Arequipa, en el local que identifique para tal efecto, bajo responsabilidad.

Este tipo de decisiones, sin duda bienintencionadas, se inscribe dentro de lo que se denomina «constitucionalismo fuerte»[21], en la medida que se tratan de "decisiones obligatorias-directivas" y en cierta medida "invasivas de competencias ajenas"[22].

Ahora bien, las sentencias de este tipo, sobre todo en materia de derechos sociales, suele enfrentar distintos cuestionamientos, algunos de ellos atendibles. Entre estos, resultan especialmente pertinentes dos: el

---

[21] Cfr. TUSHNET, Mark, *Constitucionalismo y Judicial Review*. Palestra, Lima, 2013.

[22] Vide SOSA SACIO, Juan Manuel "Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como modelo a seguir". En: *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional*. Palestra, Lima, 2017, p. 75

que señala que este tipo de medidas transgrede, en cierto modo, el reparto constitucional de competencias, y por ello implica un tipo de injerencia ilegítima por parte del Tribunal Constitucional en atribuciones ajenas (en esa medida, se transgrede asimismo el criterio de "corrección funcional"), y el que destaca que este tipo de decisiones "directivas" son ineficaces, debido a que difícilmente serán acatadas por los funcionarios a quienes van dirigidas (sobre todo tratándose de actores políticos) y porque, además, pueden contener mandatos fácticamente inviables o tal vez antitécnicos (pues, ciertamente, la especialidad del Tribunal Constitucional no es el dictado o la implementación de políticas públicas).

Frente a ello, siguiendo el ejemplo de sus pares sudafricano (por ejemplo: el caso Grootboom, de la Corte Constitucional de Sudáfrica, de fecha 4 de octubre de 2000) y colombiano (v. gr.: la sentencia T-760 de 2008, resuelta por la Corte Constitucional de Colombia), nuestro Tribunal Constitucional venía estableciendo una especie de "test para el control de las políticas públicas", el cual, precisamente, está dirigido a exigir a los poderes públicos que aseguren la realización de los derechos sociales, pero sin incurrir en los cuestionamientos antes indicados (invasión de competencias e ineficacia de la medida adoptada)[23].

Si bien existen diversos casos en los que el Tribunal ha perfilado este importante examen[24], consideramos que es en la STC Exp. n.° 00008-2018-AI, Caso Ley de reforma constitucional sobre la no reelección de

[23] Ahora bien, existen distintos modos de procurar la tutela judicial de los derechos sociales y de evaluar sus eventuales trasgresiones. Cfr. LANGFORD, Malcolm. "Justiciabilidad en el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: un análisis socio-jurídico". En: *Sur. Revista internacional de derechos Humanos*. Vol. 6, n.º 11, diciembre de 2009; TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton University Press, New Jersey, 2008, p. 161 y ss.; LEÓN FLORIÁN, Johan. "¿Son justiciables los derechos sociales? La posición del Tribunal Constitucional peruano". En: *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional*. Ob. cit., p. 24 y ss.

[24] Cfr. STC Exp. n.° 0033-2010-PI, caso Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud; STC Exp. n.° 03228-2012-PA, sobre el reúso del material médico; STC Exp. n.° 04104-2013-PC, caso Oficina Regional de Atención para Personas con Discapacidad, y STC Exp. n.° 02945-2003-AA, sobre el tratamiento integral para personas con VIH/SIDA.

alcaldes, en la que el "test para el control de las políticas públicas" puede apreciarse de manera más clara y ordenada.

En efecto, el Alto Tribunal ha considerado que, al momento de hacer el control de constitucionalidad de las políticas públicas, la judicatura constitucional es competente para evaluar, básica o principalmente, la existencia de algunos déficits de los que cabe responsabilizar al poder público:

> *Déficits de existencia*: si se ha obviado la formulación de un plan o política que enfrente determinado problema (…).
>
> *Déficits de ejecución*: si no se han realizado o materializado efectivamente los planes adecuadamente formulados.
>
> *Déficits de consideración suficiente*: en caso se haya desatendido las dimensiones o principios relevantes del derecho (…) en la formulación o implementación de las políticas públicas pertinentes.
>
> *Déficits de respeto suficiente*: que, a diferencia de los *déficits de consideración*, aluden a trasgresiones graves o manifiestas del derecho (…). Los *déficits de respeto suficiente*, a su vez, pueden ser *déficits de violación manifiesta*, en caso se haya establecido políticas claramente contrarias a los principios que rigen el derecho (…); *déficits de razonabilidad*, si se han adoptado de medidas claramente inconducentes; y d*éficits de protección básica o elemental*, con respecto a políticas insuficientes para el cumplimiento de determinados objetivos prioritarios (…).
>
> *Déficits de confrontación de problemas estructurales (…)*: en caso no se haya enfrentado asuntos que impiden la ejecución efectiva de las políticas públicas y terminen generando resultados negativos en la salud. Estos, entre otros, pueden ser *déficits de participación política*, si se ha adoptado una política pública en salud sin permitir la participación de la sociedad civil o de los directamente afectados por ella; *déficits de transparencia,* si no existe información pública actual y accesible sobre las políticas públicas y su ejecución; *déficits de control*, si no se han establecido o implementado debidamente formas supervisión o mecanismos de rendición de cuentas respecto a las políticas implementadas; *déficits de evaluación de impacto*, si se ha procedido sin establecer líneas de base o indicadores con enfoque

de derechos que permitan evaluar los impactos de la política pública en el goce efectivo del derecho a la salud.

Al respecto, a este examen se le puede denominar "test deferente o mínimo para el control constitucional de las políticas pública", pues lo que le corresponde hacer a la judicatura constitucional básicamente es analizar qué no se hizo o que se hizo insuficientemente el Estado, sin que los jueces estipulen qué es exactamente lo que se debe hacer o cómo debe hacerse[25]; en este sentido, buscan un efecto de "desbloqueo" de la política pública, rompiendo así con la inercia institucional y promoviendo la acción gubernamental[26].

En este sentido, por ejemplo, el magistrado Espinosa-Saldaña en diversos fundamentos de voto ha explicado que se trata de:

> [U]n *test mínimo* o *formal*, en la medida en que restringe la actividad de control constitucional tan solo a estos estándares básicos, sin que quepa a la judicatura constitucional fijar de inicio, y con carácter perentorio, el contenido y desarrollo específico o máximo que le correspondería tener a las políticas públicas que son objeto de evaluación. Ahora bien, es claro que las situaciones de omisión y renuencia deberán evaluarse caso a caso, correspondiendo seguramente adoptar en algún contexto fórmulas que contengan plazos y metas, así como efectos en caso de incumplimiento.
>
> Asimismo, podemos señalar que estamos ante un *test de déficits*, en la medida que básicamente se pretende evaluar el incumplimiento o el cumplimiento deficiente de los estándares arriba planteados, mas no los exactos contornos ni los posibles alcances de las políticas institucionales bajo examen.
>
> Se trata, por último, de un *test deferente* con los actores institucionales más directamente involucrados con el establecimiento y la concreción de las políticas públicas, que tiende a ser respetuoso de las competencias constitucionales propias y ajenas, y sin claudicar en

[25] Cfr. STC Exp. n.° 03228-2012-PA, f. j. 35 y ss.

[26] RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Diana RODRÍGUEZ FRANCO. *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2015, p. 89 y ss.

la tarea de realizar un control exigente, dirigido a la satisfacción de los derechos sociales o prestacionales.

Consideramos que, sin perjuicio de que los umbrales formulados en esta sentencia constituyan un aporte significativo para diferenciar y poner énfasis en los contenidos iusfundamentales que requieren de una tutela más urgente, hubiera sido importante aplicar el "test deferente o mínimo", en atención a sus ventajas al momento de decidir. Bajo este test, por cierto, siempre puede exigirse al Estado cumplir efectiva y sostenidamente con el primer umbral[27].

Además de ello, el uso del test deferente hubiera alentado a conocer, por ejemplo, si existen otros programas de alimentación urgente (pues, con ello, tal vez la orden no hubiera sido buscar otro local reabrir el mismo centro); cuáles son los requerimientos de la población en situación de vulnerabilidad (de repente el programa debería ampliarse mucho más, o quizá reducirse; o incluso se detectaba la necesidad de reubicar el comedor o de contar con varios de ellos) y, sobre todo, si era razonable exigirle al gobierno regional que reabra el comedor en el plazo perentorio de 30 días (sin contar para ello con un presupuesto, infraestructura, insumos, enseres ni personal, sin información sobre los requerimientos alimenticios y nutricionales; sin indicadores que permitan medir el cumplimiento del umbral mínimo y, en general, sin una política pública que enmarque el accionar del Estado).

Efectivamente, por mencionar algunos, lo anterior tiene relación con los criterios de "déficit de existencia", pues debe evaluarse en primer lugar si existe o no una política pública orientada a la tutela del derecho (y más aún, una orientada a satisfacer las exigencias del primer umbral); el "déficit de consideración suficiente", en la medida que es necesario evaluar la cobertura de la política pública o programa implementado, o también

[27] Si bien es menester explicitar que el test deferente y la obligación mínima aluden a aproximaciones diferentes sobre la tutela de los derechos sociales, esta "prescriptiva" (reglada), aquella "deferencial" (que exige un análisis de razonabilidad); vide WESSON Murray. "The Emergence and Enforcement of Socio-Economic Rights". En: LAZARUS, Liora; McCRUDDEN, Christopher y BOWLES, Nigel (eds.) Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement. Hart, Oxford and Portland, 2014.

el "déficit de confrontación de problemas estructurales", y más específicamente los déficits "de control" y "de evaluación de impacto", pues es necesario establecer mecanismos de rendición de cuentas e indicadores que permitan medir la satisfacción de los derechos involucrados (en especial, relacionados con la "obligación mínima esencial").

La protección especial de los animales y su relación con los derechos fundamentales. Reflexiones a partir de la sentencia emitida en el Exp. N° 7392-2013-PHC/TC

Luis Sáenz Dávalos*

Sumario

I. Consideraciones introductorias. **II.** El reclamo planteado y la respuesta dispensada. **III.** Consideraciones desarrolladas por la sentencia en relación a la protección de los animales. 3.1. Opción especista. 3.2. Posición valorativa integral y deberes autónomos. 3.3. Relaciones entre la protección de los animales y los derechos fundamentales de la persona. 3.3.1. Implicancias con el derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado. 3.3.2. Implicancias con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. 3.3.3. Implicancias con el derecho de propiedad. 3.3.4. Implicancias con el derecho a la libertad de creación científica. **IV.** Importancia de la ejecutoria.

I. Consideraciones introductorias

Mediante la ejecutoria recaída en el Exp. N° 7392-2013-PHC/TC (Caso: Horse Brown SAC)[1] el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre una materia de particular relevancia, la misma que por su contenido y proyección debe ser positivamente valorada pero por sobre todo, adecuadamente analizada.

Aunque ciertamente, no es una ejecutoria emitida por la totalidad de Magistrados que integran el pleno del Colegiado, cotejada con otras importantes sentencias expedidas con anterioridad, permitiría

* Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional en la Academia de la Magistratura. Secretario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

[1] Sentencia publicada el 05 de agosto del 2019.

ir bosquejando lo que para el Tribunal Constitucional, o para un sector considerable de sus integrantes, sería su postura frente a lo que representa la protección jurídica del animal y en particular, la protección constitucional que habría de corresponderle por su condición de especie viviente.

Merece también destacarse, que la citada ejecutoria se adscribe dentro de una cierta tendencia o corriente de pensamiento a despecho de lo que represento en su día una aislada posición asumida por una anterior composición del mismo Tribunal Constitucional, en la que el discurso practicado, si bien legítimo, ofrecía algunas posturas realmente poco convincentes.

Naturalmente el pronunciamiento del Tribunal que en esta ocasión nos proponemos comentar, tampoco pretendemos decir que se encuentre exento de algunos y muy específicos aspectos controvertibles, pero es un hecho que dentro de sus propias premisas otorga interesantes respuestas a un tópico que por diversas razones resulta de indudable actualidad. De allí la pertinencia de dedicarle las presentes líneas.

Veamos a continuación lo que plantea el caso y lo que finalmente dilucida el Colegiado.

II. El reclamo planteado y la respuesta dispensada

HORSE BROWN SAC es una persona jurídica representada por Ángelo Cárdenas Serrano, quien alega ser propietario de un conjunto animales que fueron entregados en concesión al Servicio de Parques de Lima (SERPAR) para ser destinados tanto al Parque de los Anillos (5 caballos, 3 ovejas, y 22 cabras) como al Parque de la Muralla (2 caballos y 16 cabras). Puntualiza que al haber culminado la vigencia del citado contrato de concesión, debía procederse a la entrega de sus animales, cosa que sin embargo no ocurrió; lejos de ello SERPAR ha venido usándolos y disfrutándolos a su conveniencia, situación que impide que los pueda alimentar a la par que evitar que sean objeto de maltratos. Los derechos fundamentales que esencialmente invoca son en estricto, el de propiedad y el de libre desarrollo de su personalidad así como el deber de protección del Estado frente a los animales.

A fin de dilucidar dicha controversia es que opto por interponer un proceso de habeas corpus ante el Poder Judicial, entidad que a nivel de sus dos instancias rechazo liminarmente su demanda fundamentalmente por estimar que los hechos alegados no se encuentran referidos al contenido constitucionalmente protegido de la libertad individual, siendo aplicable la causal de improcedencia prevista en el artículo 5° inciso 1) del Código Procesal Constitucional.

Posteriormente y tras plantearse recurso de agravio constitucional, el Tribunal Constitucional opta por emitir un pronunciamiento de fondo, previa reconversión del proceso de habeas corpus en uno de amparo por entender que se encuentran en debate derechos fundamentales susceptibles de reclamo por esta última vía, como ocurre principalmente con el derecho de propiedad y el libre desarrollo de la personalidad. Cabe asimismo puntualizar, que se prescinde de recomponer el proceso y optar por una decisión inmediata, en tanto se evidencia una inusual demora en la tramitación del reclamo y se encuentra garantizado el derecho de defensa de la parte demandada[2].

Finalmente y aunque el Colegiado llega a la conclusión que no se habrían vulnerado los derechos reclamados habida cuenta que la demandada no se ha opuesto en ningún momento a la entrega de los animales de la demandante y que es esta última la que en todo caso no ha procedido a recogerlos del lugar en el que se encuentran, se declara infundada la demanda interpuesta.

III. Consideraciones desarrolladas por la sentencia en relación a la protección de los animales

Con independencia de que en el presente caso se haya optado por desestimar el reclamo planteado, lo verdaderamente importante y desde todo punto de vista destacable viene por el lado de las consideraciones que utiliza el Tribunal Constitucional en relación con diversos temas, todos ellos vinculados a la protección jurídica de los animales.

[2] Sobre lo primero, se hará notar el tiempo transcurrido desde la fecha de interposición de la demanda (12 de julio del 2013) y sobre lo segundo el hecho de que la emplazada haya sido notificada en reiteradas ocasiones desde el momento del concesorio del recurso de apelación.

3.1. Opción especista

Ciertamente y más allá del discurso central que el Colegiado ensaya y al que luego nos referiremos, se observa que este último se adscribe a una posición típicamente especista conforme a la cual, los derechos fundamentales sólo son patrimonio de los seres humanos y no así atributos de otras especies[3].

La proclama contenida en los fundamentos 15 y 16 de la sentencia resulta concluyente al respecto pues parte de la idea de que la Constitución privilegia como fin superior (a la par que excluyente) a la vida humana. Si de acuerdo con lo señalado en su artículo 1° *"La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"*, resulta meridianamente claro, quienes son los destinatarios de los derechos y por consiguiente, hacía quienes se orienta el Estado constitucional.

Aunque no termina mucho de convencer lo que luego se nos dirá en el fundamento 17, en el que se intenta subrayar la capacidad autodeterminativa del ser humano como principal argumento que otorga primacía a nuestra especie (con este último difícilmente se podría hablar por ejemplo, de unos derechos del concebido o ser humano en proceso de formación o de los que correspondan a la propia persona incapaz), digámoslo de verdad, tampoco parece preocuparle demasiado al Colegiado el entrar en ese debate al menos por ahora. Su posición es clara al respeto y para la

[3] El interés por la defensa del animal y la crítica a lo que representa la ética especista ha sido preocupación de diversos autores durante los últimos años. Mas allá del valioso texto de Singer, Peter.- *Liberación Animal. El clásico definitivo del movimiento animalista*; Taurus, Segunda Edición ampliada, mayo del 2018 (el texto original es como bien se sabe de 1975), puede también consultarse, entre otros; Pelluchon, Corine.- Manifiesto Animalista. Politizar la causa animal, Reservoir Books, Barcelona 2018; Horta, Oscar.- *Un paso adelante. En defensa de los animales*, Editorial Plaza y Valdés, Madrid 2017; Ávila Gaitán, Iván Darío (Compilador).- La cuestión animal(lista), Ediciones desde abajo, Bogotá 2016. En nuestro medio hemos podido individualizar una reciente investigación sobre el tema a cargo de Valdivia Barrera, Hugo Guillermo.- Ética animal: bienestar de los animales no humanos contra el *especismo contemporáneo*, Tesis, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Letras y Ciencias Humanas. EAP de Filosofía, Lima 2016.

misma el animal no tiene o carece por completo de unos derechos desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico.

Ello no obstante, la sentencia no descartara el que existan unas implicancias jurídicas para con el animal o toda especie viva no humana de cara a lo previsto en nuestra Constitución. Es por ello que a partir de su fundamento 18 y dentro de lo que podríamos considerar una vertiente de especismo moderado[4] intentará una construcción alterna que lo llevará a lo que será el punto central de su argumentación.

3.2. Posición valorativa integral y deberes autónomos

De acuerdo con lo señalado en la ejecutoria, el asumir la existencia de unas consecuencias jurídicas para con el animal y una particular forma de protección respecto del mismo, importa tomar en cuenta o identificar los contenidos valorativos anidados en nuestra Constitución como norma fundamental. En razón de tal premisa, el Colegiado contextualizara su discurso en el marco de las relaciones indiscutiblemente existentes entre el ser humano y el medio ambiente y particularmente, entre el ser humano y los demás seres vivos tal y cual se desprende del fundamento 19.

En este aspecto sorprende de sobremanera comprobar que el Colegiado reivindica abiertamente lo expuesto años atrás en la sentencia recaída en el Exp. N° 00042-2004-AI/TC (Caso: Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos[5]) a la par que omite decididamente lo resuelto tiempo después en la ejecutoria emitida en el Exp. N° 0017-2010-PI/TC (Caso: Colegio de Abogados de Lima Norte[6]) tanto más cuando en uno y otro caso (más allá que se haya

[4] El discurso proyectado por el Tribunal vía la presente sentencia, no es pues el de un especismo radical, sino el de uno de connotaciones moderadas, en el que aún cuando se acepta la superioridad de la especie humana, se intenta no menospreciar la importancia de otras especies vivientes a partir de la lógica de los deberes autónomos y la perspectiva ofrecida por la interpretación extensiva de diversos derechos pertenecientes a la persona.

[5] Sentencia publicada el 12 de agosto del 2005.

[6] Sentencia publicada el 09 de mayo del 2011.

tratado de diferentes composiciones en el Tribunal Constitucional) se haya abordado el mismo asunto controvertido[7].

Nos recordara al respecto que el ser humano debe actuar en armonía y convivencia pacífica con los demás seres vivos, lo que lo llevara a sostener que si la Constitución consagra el deber de respetar la vida de las personas así como las dimensiones de su integridad, proscribiendo todo tipo de padecimientos o crueldades (fundamentos 20 y 21) cabe correlativamente preguntarse si tales consideraciones deben ser exigibles solo respecto de aquellas o si corresponde proyectarlas en relación a los seres distintos a los humanos a partir de que estos últimos también ostentan indudables capacidades para sentir (fundamento 22).

La sentencia, en primer lugar, terminara reconociendo que el hecho de que los animales (particularmente los mantenidos en cautiverio) puedan ser susceptibles de padecer un dolor físico bajo circunstancias que aparezcan como injustificadas debe merecer preocupación especial en términos morales conforme se da por sentado en su fundamento 23.

Se precisará en tal sentido que aunque el sufrimiento al que puedan verse sometidos los animales no necesariamente tendría porque ser igual al que puedan experimentar los seres humanos, dada la plena conciencia de estos últimos sobre las situaciones que puedan afectarles[8], ello de ninguna manera representara un pretexto para ignorar las repercusiones de tamaña situación y la necesidad de desplegar deberes especiales de protección para con los primeros.

A partir de esta premisa el Colegiado enfatizará, en segundo lugar, en lo que probablemente pueda resultar su aporte esencial. Si como queda dicho, existirían unos deberes especiales de no ignorar el sufrimiento al

[7] En efecto, conviene recordar que ambos casos se pronuncio el Tribunal Constitucional acerca del carácter constitucional de las corridas de toros, optando como es bien sabido por posiciones diametralmente opuestas en cada ocasión. Un resumen y análisis de ambos pronunciamientos lo tenemos en Franciskovic Ingunza, Beatriz.- "A favor o en contra de los espectáculos taurinos: Por sus resoluciones los conoceréis" en *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, Tomo 82, Octubre del 2014, Págs. 228 y ss.

[8] A ello se sumaría el hecho, por demás comprobable, de que los animales no gozan tampoco de la capacidad del lenguaje entendido en términos convencionales.

que puedan ser sometidos los animales y por el contrario, aparecería como imperativo el no generarles dolor o padecimientos bajo circunstancias de suyo injustificadas, queda claro, según lo postulado en el fundamento 24 de la sentencia, que desde la Constitución y su escala de valores no resultará posible derivar o deducir un derecho de los seres humanos a tratar cruelmente o hacer sufrir a los animales no humanos, con lo cual el planteamiento de protección ya no sólo aparecerá como una exigencia exclusivamente moral, sino que tendrá consecuencias jurídicas inevitables.

Esta parte del discurso es la que resultara especialmente destacable, porque comportara el paso de un razonamiento sustentado en argumentaciones propiamente morales o éticas a otro en el que las consecuencias jurídicas resultaran plenamente reconocibles. El deber de protección a los animales aparecerá de esta forma como una construcción jurídica no sólo vinculante para el Estado y los particulares sino como una formula generadora de importantes efectos prácticos[9]. Tanto así que el propio Tribunal lo proclamara de dicha manera al argumentar en su fundamento 25 que es en base a dicha perspectiva que ha podido ser expedida la Ley N° 30407 de Protección y Bienestar Animal, norma esta última que como es bien sabido no sólo ha impuesto claros mandatos respecto del trato para con los animales, sino que incluso ha previsto eventuales sanciones para quienes incumplan con los mismos[10].

3.3. Relaciones entre la protección de los animales y los derechos fundamentales de la persona

Se ha señalado con anterioridad que la posición por la que opta el Tribunal Constitucional, se adscribe dentro de la típica visión especista. Sin embargo, el que se considere que los animales resultan objetos del Derecho antes que sujetos titulares de los atributos reivindicables por el ser humano, no enerva en lo absoluto el que existan relaciones entre la

[9] Aunque el Tribunal no lo haya proclamado de dicha forma, esta claro que el deber de protección animal aparece como un típico mandato no enumerado, empero derivado de postulados constitucionales evidentemente expresos.

[10] Sin que tengamos que afirmar que dicha norma resulte técnicamente perfecta, tiene el enorme mérito de haber superado a su predecesora (la ley N° 27265) al haber esbozado un esquema mucho más integral de protección, del que por cierto ya se vienen observando indudables consecuencias en su proceso de aplicación.

protección que se individualiza para con los mismos y diversos derechos fundamentales del individuo.

En efecto, la sentencia emitida por nuestro Colegiado, deja en claro que las relaciones existentes entre los seres humanos y los animales pueden asumirse como parte integrante del contenido de diversos derechos fundamentales y es en base a los mismos que puede delimitarse su manifiesta relevancia constitucional. La ejecutoria menciona cuando menos cuatro de tales atributos esenciales; el derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho de propiedad y el derecho a la libertad de creación científica. Veamos a renglón seguido con que alcances es que se percibe la citada vinculación.

3.3.1. Implicancias con el derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado.

Ya desde el fundamento 19 indicaba el Tribunal que la idea de una protección sobre los animales tiene sustento directo en lo que representa el derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado.

Esta argumentación nos la desarrollará con mucha mayor propiedad de los fundamentos 28 a 35, de acuerdo con los cuales se hará hincapié en la importancia de dicho atributo fundamental y en sus alcances. El medio ambiente no sólo implicará desde esta perspectiva un derecho de disfrute sobre el entorno natural y los elementos que lo integran, sino una obligación de mantenimiento y preservación. Sobre lo primero se dejará en claro el carácter de libertad negativa con el que se buscará impedir situaciones que lo afecten y sobre lo segundo, su estructura de libertad positiva, que implicará mandatos tanto para los particulares como para el Estado a fin de conservarlo o mantenerlo de la forma más adecuada posible.

La sentencia no sólo hará referencia al rol que tienen los animales como recursos naturales de carácter renovable útiles en esencia a la par que beneficiosos para el aprovechamiento material y espiritual del ser humano, sino en su pertenencia a la diversidad biológica que evidentemente incluye a los animales domésticos o de compañía, a los de granja y a los silvestres, entre otras especies. De allí la necesidad de su protección y la legitimidad

de haber instituido una normativa especial en tal sentido como la ya citada Ley N° 30407.

3.3.2. Implicancias con el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Otro de los atributos sobre los que el Tribunal Constitucional ha trabajado en reiteradas ocasiones es el libre desarrollo de la personalidad dejando en claro que se trata de un derecho de configuración o estructura bastante amplia que permite la plena o libre autodeterminación del individuo dentro de lo que constituye su proyecto personal con sujeción estricta a sus propios ingredientes o parámetros morales.

Del libre desarrollo de la personalidad se han hecho diversos desprendimientos como lo demuestra nuestra jurisprudencia de los últimos años, sin embargo y por lo que respecta al tema que aquí comentamos, nuestro Colegiado ha considerado que las opciones de conducta o marco de relaciones que en forma autónoma entabla el individuo con los animales tienen por base la existencia o reconocimiento de tal derecho, tal y cual se describe de los fundamentos 36 a 45 de la ejecutoria glosada.

De esta forma si el individuo decide autónomamente asistirse por un animal en la medida en que padece de alguna forma de incapacidad, ello formaría parte de la cobertura que proporcionaría dicho atributo fundamental. Lo mismo ocurriría con la opción de tener o criar una mascota, sea que el entorno creado a partir de la misma se despliegue a título individual o sea que se produzca dentro de un contexto mas bien familiar. Por último y sin que esto agote el panorama de posibilidades, también encontraría sustento dentro de tal derecho la decisión de contribuir a título individual o colectivo, con la protección y resguardo de cualquier especie animal que eventualmente pueda encontrarse en circunstancias de desamparo o alguna forma de peligro.

Como es fácil de observar en todos estos supuestos como en otros que pudieran ir apareciendo con el tiempo, se privilegiará la voluntad personal del individuo de cara a los vínculos que pueda llegar a establecer con el mundo en estricto animal.

3.3.3. Implicancias con el derecho de propiedad.

Extremo sin duda opinable pero que el Colegiado ha querido de alguna forma resaltar es el atinente al derecho de propiedad (fundamentos 46 a 53), dado que si se asume la tesis de que los animales carecen por completo de atributos a título fundamental y que son más bien objeto del Derecho, esta claro que su régimen jurídico resulta de alguna forma similar al de los bienes meramente materiales.

En este aspecto, vale la pena resaltar lo dicho por uno de los magistrados constitucionales a través de su fundamento de voto[11], pues aunque ciertamente se puede aceptar la tesis de que los animales son propiedad, no se trataría en todo caso, de cualquier clase propiedad sino de una muy especial al tratarse de seres vivos y con plena capacidad de sentir como incluso lo reconoce el propio Colegiado.

En tales circunstancias creemos que una eventual manera de armonizar un estatus como el que se describe en este apartado, reside en el hecho de vincular lo que representa la propiedad con su finalidad esencial que no es otra que el bien común y lo previsto en la Ley de Protección y Bienestar Animal y su repertorio de deberes imperativos.

Consecuentemente, mal haría una persona o cualquier entidad colectiva que a nombre de su derecho de propiedad pretendiera asumirlo de forma absoluta o manifiestamente indeterminada.

3.3.4. Implicancias con el derecho a la libertad de creación científica.

En la lógica de un discurso típicamente especista, es posible aceptar la tesis de la experimentación con especies animales siempre que de por medio se promueva la investigación con fines estrictamente científicos. El Tribunal lo asume de dicha forma tal y cual se verifica de los fundamentos 54 a 56 en los que se refiere a la importancia de la libertad de creación científica.

[11] Cfr. Lo sostenido por el Magistrado Eloy Espinosa-Saldaña Barrera en el acápite 2 de su fundamento de voto.

Sin embargo y aunque se acepta la citada posibilidad, la ejecutoria resalta la necesidad de que la misma este condicionada a supuestos en estricto excepcionales y siempre que la citada experimentación no sea posible de lograr a través de procedimientos alternativos. En este extremo se hará referencia a las previsiones finalistas claramente definidas en el artículo 25.A de la Ley N° 30407 como el control, prevención diagnóstico o tratamiento de enfermedades que afecten al hombre o a los animales; la valoración, detección, regulación o modificación de las condiciones fisiológicas en el hombre y en los animales; la protección del ambiente y el mantenimiento de la biodiversidad; la investigación de parámetros productivos en animales y la investigación médico-legal, y por supuesto, siempre que sea posible evitar sobre el animal sufrimientos innecesarios, lesiones o su propia muerte.

La sentencia hará hincapié en la necesidad de aprobar un Código de Ética que regule las citadas actividades a par que garantice la participación de los Comités de Protección y Bienestar Animal existentes al interior de cada región.

Se tratara en suma, de un derecho que permita la disposición experimental de los animales, pero regulada bajo estándares asumidos como indispensables.

IV. Importancia de la ejecutoria.

Como decíamos al inicio de este trabajo, la ejecutoria en comento representa un aporte bastante interesante y sin duda refleja una perspectiva de avanzada adscrita dentro de una tendencia decididamente proteccionista[12].

Con independencia de que su discurso opte por una corriente de pensamiento que filosóficamente pueda ser opinable en algunos de

[12] Esta tendencia incluso ha podido ser vislumbrada también a nivel del propio Poder Judicial donde en su momento se ha conocido y resuelto casos muy importantes sobre la materia aquí analizada. Un ejemplo de ello lo tenemos en el proceso de amparo en su día promovido por la Comisión de Estudio de los Derechos de los Animales perteneciente al Colegio de Abogados de Lima contra la Municipalidad Distrital de San Luis (de la Provincia de Cañete) y en el que se cuestionaba el trato cruel que se otorgaba a los gatos a raíz de la denominada Festividad del Curruñao en homenaje a Santa Efigenia.

sus aspectos (cualquiera que se ubique dentro de una corriente especista siempre tendrá que lidiar con ello), anda bastante más lejos de aquellas posiciones tradicionales que han venido minimizando la presencia del animal como algo absolutamente banal o meramente instrumentalizable. Con la misma, puede decirse que se van abandonando o haciendo cada vez menos reconocibles aquellas argumentaciones en las que la lógica de la vida se rompe según la óptica de los gustos y las simples conveniencias.

En adelante y a partir de un deber de protección nítidamente perfilado en relación con lo que representa el mundo animal y las especies que lo conforman, se procura construir un modelo en el que los valores jurídicos se integren de una manera mucho más intensa haciendo del esquema constitucional algo mucho más coherente y por supuesto finalista.

Habrá que esperar que el camino que aquella nos traza quede ratificado en la respuesta que se otorgue a posteriores controversias.

La protección constitucional de los derechos de las mujeres madres en el ámbito laboral Comentario a la STC 01272-2017-PA/TC

María Candelaria Quispe Ponce*

Sumario

I. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional. **II.** Contexto histórico político de la sentencia. **III.** Análisis.

I. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional

En esta sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC), que examina la vulneración del derecho al permiso por lactancia materna, se desarrollan, entre otras, las siguientes materias constitucionalmente relevantes: i) el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo; ii) el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; y, iii) la protección reforzada de los derechos de las mujeres-madres en el ámbito laboral.

II. Contexto histórico político de la sentencia

Las disparidades entre hombres y mujeres figuran entre las formas de desigualdad más arraigadas en todo el planeta. En la medida en que este tipo de desigualdad afecta a la mitad de la población mundial[1] –se

* Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Investigadora del Grupo de Investigación sobre Derecho y la Justicia. Universidad Carlos III de Madrid.

[1] Si bien la desigualdad afecta a la mitad de la población mundial, no afecta por igual a todas las mujeres. Conforme lo ha puesto de relieve la profesora de Derecho de la Universidad de Columbia Kimberlé Crenshaw, quien en

advierte en el *Informe de Desarrollo Humano 2019* del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)–, se constituye en uno de los mayores obstáculos a los que se enfrenta el desarrollo humano [2]

Las persistentes brechas de género –evaluadas anualmente por el Foro Económico Mundial (WEF), a través del Índice global de la brecha de género– representan, entre otras, una de las evidencias irrefutables más significativas de esta desigualdad. Así pues, en relación con la paridad económica entre hombres y mujeres, «que mide el acceso a las mismas oportunidades laborales y la equidad salarial», el resultado del análisis presentado en el Informe Global de Brecha de Género 2020 en el que se evaluó a 153 países entre los que figura Perú es, ciertamente, desalentador. Se estima que se necesitarían 257 años para cerrar la brecha en este ámbito crucial[3].

Un dato que agrava esta situación de discriminación es que, conforme se advierte en el *Informe Mundial sobre Salarios2018-2019 ¿Qué hay detrás de la brecha salarial de género?,* en promedio, las mujeres asalariadas de todo el mundo presentarían un mejor nivel educativo que los hombres dentro de cada clase ocupacional. En consecuencia, como bien afirma Guy Ryder, Director General de la Organización Internacional del Trabajo, la brecha salarial entre hombres y mujeres representa una de las mayores injusticias sociales en la actualidad[4].

Desde esta óptica, si tenemos en consideración el revelador dato sobre el nivel educativo alcanzado actualmente por las mujeres, es posible

1989 acuñó el término «interseccionalidad» para dar respuesta a los distintos ejes de discriminación que pueden pesar sobre la vida de las mujeres.

[2] Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe sobre Desarrollo Humano 2019. Más allá del ingreso, más allá de los promedios, más allá del presente: Desigualdades del desarrollo humano en el siglo XXI*. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_overview_-_spanish.pdf

[3] En el Índice Global de la brecha de género del Foro Económico Mundial 2020, el Perú se sitúa el puesto 66 de 153 países, es decir, en la mitad inferior del ranking y 14 puestos más abajo que el año 2018. Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2020.pdf

[4] Organización Internacional del Trabajo, *Informe Mundial sobre Salarios2018-2019 ¿Qué hay detrás de la brecha salarial de género?,* Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019. Disponible en: shorturl.at/hlFY7

afirmar que la persistencia de los sesgos de género en los mercados laborales –en el Perú y el resto de los países de América Latina–, traducidos en la menor presencia de las mujeres en el empleo formal[5], ya no podrían ser justificados apelando al antaño "sólido" argumento de la supuesta «falta de capacitación de las mujeres». Así pues, esta persistente disparidad en el ámbito laboral no sería sino, fundamentalmente, causa y consecuencia de la histórica discriminación estructural contra las mujeres, aún vigente en el Perú, en la Región y, lamentablemente, en los demás países del mundo, conforme pone de relieve onu mujeres, en su reciente estudio «*El progreso de las mujeres en el mundo 2019-2020*»[6].

Aun cuando en el Perú la presencia de las mujeres en ámbito laboral, concretamente, en el sector público, haya alcanzado casi la paridad –según se advierte del documento «La mujer en el servicio civil peruano 2019» elaborado por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (servir), en el periodo 2004-2017 se habría registrado un incremento considerable de 4 puntos porcentuales, de 43% a un 47%–, subsisten distintas manifestaciones de discriminación –prohibidas constitucionalmente– que hacen difícil (i) su ingreso y, sobre todo, (ii) su permanencia en la esfera pública, espacio –considerado hasta hace no mucho tiempo atrás– masculino por definición. Una expresión del segundo tipo de dificultades señaladas es la controversia resuelta por el Tribunal Constitucional en la sentencia STC 01272-2017-PA/TC, publicada en el portal web institucional el 07 de marzo de 2019, antesala del Día Internacional de la Mujer.

[5] América Latina registra una sobrerrepresentación de las mujeres en el empleo informal. A título de ejemplo, se puede mencionar que, en promedio, el 51,8% de las mujeres están ocupadas en sectores que se clasifican como de baja productividad y de estas el 82,2% no están afiliadas o cotizando en un sistema de pensiones. Ver: Vaca Trigo, Iliana, *Oportunidades y desafíos para la autonomía de las mujeres en el futuro escenario del trabajo,* División de Asuntos de Género de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) – Naciones Unidas, Santiago, 2019, p. 22.

[6] ONU-Mujeres, *El progreso de las mujeres en el mundo 2019-2020: familias en un mundo cambiante*. Disponible en: shorturl.at/dvG45

III. Análisis

La sentencia objeto de análisis fue expedida en el proceso de amparo interpuesto por la jueza unipersonal e integrante del Juzgado Penal Colegiado de Tambopata contra el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios y la administradora del Módulo Corporativo Penal de Tambopata. La demandante alega que, pese a contar con el permiso de lactancia –dispuesto, incluso, a través de una medida cautelar–, le obligan a efectuar jornadas de trabajo dentro del horario de lactancia y, además, fuera de la jornada laboral. En consecuencia, solicita el cese inmediato de la vulneración de sus derechos fundamentales al disfrute del tiempo libre, al descanso, a trabajar libremente y al libre desarrollo de la personalidad.

En el presente caso, si bien se advierte que habría operado la sustracción de la materia controvertida –el periodo de permiso por lactancia ya había concluido al momento de la interposición del recurso de agravio–, debido a la magnitud del agravio producido, el Tribunal Constitucional decidió emitir un pronunciamiento de fondo en aplicación del segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, y declaró fundada la pretensión.

El sentido de la decisión se sustenta básicamente en los siguientes argumentos: en primer lugar, la programación y reprogramación de audiencias de juicio oral en el horario de lactancia previamente dispuesto por la Resolución Administrativa 1239-2015-P-CSJMD/PJ, vulnera el derecho al permiso por lactancia materna de la demandante, dando lugar, a su vez, a la violación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de trabajo, a la protección de la familia, a la salud del medio familiar, así como al interés superior de su hijo recién nacido.

En segundo lugar, el derecho al permiso por lactancia materna no se encuentra explícitamente enumerado en la Carta fundamental. No obstante, es un derecho que constituye un contenido implícito de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la salud del medio familiar y a la protección a la familia. Se encuentra, a vez, reforzado por la especial protección reconocida por la Constitución a las mujeres madres en el ámbito laboral. Protección reforzada por la Constitución y los tratados de derechos humanos como la Cedaw, de aquellos derechos asociados a su condición de mujer,

con cuyo reconocimiento se busca eliminar la discriminación contra las mujeres. En consecuencia, toda afectación al permiso por lactancia materna incide en el derecho a la igualdad y, subsecuentemente, en la prohibición de discriminación por razón de sexo.

En tercer lugar, la vulneración de los derechos fundamentales de la demandante y de su hijo se produjo en el marco de la implementación del Código Procesal Penal. Marco en el que, de acuerdo con los «Lineamientos para la Programación y Gestión de Audiencias en la Etapa del Juicio», interpretados a la luz del artículo 126 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que «considera hábiles todas las horas y días del año», las audiencias se realizan aún en días inhábiles y fuera del horario laboral. No obstante, pese a este sustrato normativo bajo el que se habrían programado las audiencias, el TC estima que el proceso de implementación del nuevo sistema de justicia penal y los fines perseguidos no pueden pretender alcanzarse a costa de la vulneración los derechos fundamentales. En consecuencia, aún en estas circunstancias, no cabe desconocer el derecho al permiso por lactancia materna.

Como se advierte, el caso se plantea en un escenario de incorporación –ciertamente avanzada– de las mujeres al espacio público, propiciada por el derecho de igualdad y prohibición de discriminación consagrado constitucionalmente. Incorporación que, si bien constituiría una de las mayores revoluciones del siglo XX, no habría conseguido hacer mayor mella en el diseño dicotómico de la sociedad, forjada sobre la base de la división del trabajo –público/ privado– en función del sexo de las personas[7]. De ahí que, aun cuando se habría logrado invalidar formalmente la división sexual del trabajo en el espacio público –al que ingresaron las mujeres, aunque sin plena investidura, como nos lo recuerda la filósofa Amelia Valcárcel en su obra recientemente publicada *Ahora, feminismo*[8]–, no sucedería lo mismo con la división sexual del trabajo en el espacio privado en el que,

[7] Nuño Gómez, Laura, *El mito del varón sustentador. Orígenes y consecuencias de la división sexual del trabajo,* Icaria, Barcelona, 2010.

[8] Valcárcel, Amelia, *Ahora, feminismo. Cuestiones candentes y frentes abiertos,* Cátedra – Feminismos, Madrid, 2019.

mayoritariamente, las mujeres continuarían responsabilizándose de los trabajos de reproducción y las tareas de cuidados.[9]

En definitiva, pese al amplio marco normativo sobre el derecho de igualdad y no discriminación por razón de sexo y la reiterada jurisprudencia del TC sobre la materia, no se habría conseguido aún afianzar la permanencia plena de las mujeres en la esfera pública –diseñada desde una perspectiva androcéntrica–. Así pues, las mujeres que acceden a este espacio no sólo deben hacer frente a una serie de obstáculos traducidos, entre otros, en dobles e incluso triples jornadas de trabajo; acoso y violencia sexual –a título de ejemplo se puede referir la Sentencia recaída en el expediente 01479-2018-PA/TC–, sino también a manifestaciones de discriminación que las expulsa –sin ánimo exhaustivo se pueden referir los casos de despido por razón de embarazo resueltos por el Tribunal, STC 05652-2007-PA/TC; 00388-2013-PA/TC– o les hace sumamente difícil su permanencia en esta esfera, según se advierte de la controversia resuelta en el expediente recaído en la STC 00388-2013-PA/TC y en la controversia materia del presente comentario.

[9] Asamblea general de las Naciones Unidas, *Estudio mundial sobre el papel de la mujer en el desarrollo 2019*. Disponible en: https://undocs.org/es/A/74/111

Recordemos que un abuelo(a) tiene la sabiduría de un búho y el corazón de un ángel. A propósito de lo resuelto por el Tribunal Constitucional que reconoce a los abuelos como apoderados de sus nietos ante las APAFAS

Paola Brunet Ordóñez Rosales*

Sumario

I. Presentación. **II.** Introducción. **III.** La protección constitucional de la familia y el interés superior del niño. **IV.** El derecho de los padres a participar en el proceso educativo de los hijos. **V.** El derecho de petición. **VI.** Caso en concreto **VII.** Conclusiones.

I. Presentación

La presente reflexión gira en torno a la protección del derecho de petición, así como a la prerrogativa constitucional de los abuelos de elegir y ser elegidos en las Apafas y, finalmente, el derecho a la educación de sus nietos, temas todos que fueron desarrollados por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 01643-2014-PA/TC. En dicho proceso la demanda fue interpuesta por don Domingo Peralta Tapara contra la presidenta de la Asociación de Padres de Familia (Apafa) de la Institución Educativa 22346, San Martín de Porras, del distrito de Santiago de Ica, así como contra la presidenta y la secretaria del Comité Electoral 2012 de la referida Apafa.

* Abogada por la UNMSM, Con Master en Derechos Humanos e Intervención Humanitaria por la Universidad de Bolonia, Italia. Magister en Derecho Constitucional por la PUCP. Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional Peruano.

El demandante solicitó como primera pretensión que tanto la presidencia de la Apafa como el Comité Electoral del año 2012, en primer lugar, indiquen las razones por las que le impidieron participar en las Asambleas Generales del 8 y 23 de diciembre de 2012; en segundo lugar, se pronuncien sobre su solicitud de copia del padrón de los asociados de la Apafa debidamente inscritos del año 2012. Como segunda pretensión ha peticionado que se declare la nulidad del acta de la Asamblea General de fecha 23 de diciembre de 2012, en la que se designó la nueva junta directiva.

Sustenta su pretensión en que es apoderado de una de sus nietas (E. M. P. H.), quién es estudiante del nivel primario de dicha institución educativa y que, a pesar de ello, la presidenta de la Apafa le prohibió participar de la vida institucional de dicha corporación. Denunció que se le excluyó de la elección de una nueva junta directiva de la Apafa, y que sus solicitudes de participación en la Apafa y de copia del padrón electoral del 2012 no obtuvieron respuesta alguna. A su juicio, los hechos descritos vulneran su derecho de petición y a elegir y ser elegido en el contexto de los familiares, en este caso de los abuelos, de garantizar la continuidad de los estudios de sus nietas.

II. Introducción

Como referimos con ocasión de la demanda de don Domingo Peralta Tapara el Tribunal Constitucional del Perú (en adelante TC) emitió una importante sentencia recaída en el Expediente 01643-2014-PA/TC sobre la familia y la escuela, en la que amparó los derechos fundamentales del demandante, abuelo que buscaba participar en la vida institucional de la Apafa de la Institución Educativa 22346, San Martín de Porras del distrito de Santiago de Ica, donde estudiaba su nieta.

La importancia radica en que por primera vez el TC precisó el rol de los abuelos en la vida educativa de sus nietos y cómo estos se desenvuelven en los actuales contextos del desarrollo familiar. Para tales efectos, el TC se remitió al abanico de derechos y obligaciones de índole familiar que protegen a la institución de la familia, como es el artículo 4 (protección de la familia, principio de supremacía del menor o principio de interés superior del niño); artículo 13 (derecho de participar en el proceso educativo de los hijos); entre otros derechos involucrados.

En el contexto de garantizar el derecho a la educación de sus nietas don Domingo Peralta Tapara, en su condición de apoderado de una de ellas, realizó una serie de solicitudes con el objeto de participar en la Apafa de la institución educativa, solicitudes que no fueron respondidas. Además de ello, se le prohibió de manera tajante que pueda participar en las asambleas y elecciones de juntas debido a que no tenía la condición de padre de familia como está establecido en el Decreto Supremo 004-2006-ED, Reglamento de la Ley 28628, que regula la participación de las apafas en las instituciones educativas públicas. En tal sentido, en la sentencia objeto de comentario, el TC dilucidó:

i) si los familiares –que no sean los padres– pueden participar en la Apafa a través de una correcta interpretación constitucional del Reglamento de la Ley 28628; y,

ii) si la Apafa es sujeto de derecho de petición.

III. La protección constitucional de la familia y el interés superior del niño

El Tribunal Constitucional, al resolver la causa, estimó que los hechos del presente vulneraban otros derechos distintos a los planteados por el peticionante y aplicando el principio *iura novit curia*, consideró que los derechos que se habrían vulnerado eran los de asociación, de petición, de protección a la familia y el de los padres a participar en el proceso educativo de sus hijos, consagrados en los incisos 13 y 20 del artículo 2, así como en el último párrafo del artículo 13 de la Constitución.

A fin de resolver la controversia el Tribunal trató de manera directa y especial la relación que existe entre la familia y la escuela, si bien en pronunciamientos anteriores se había pronunciado sobre cada uno de estos bienes jurídicos no lo había hecho de manera directa como relación familia - escuela, pues.

En la sentencia el Tribunal Constitucional hace una interpretación de la relación existente en el marco de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales del vínculo entre familia y escuela, por cuanto "resulta esencial para comprender las prerrogativas y límites que se originan

para cada sujeto que participa en el proceso educativo, es decir, para los estudiantes, los profesores (escuela), el Estado y, en lo que respecta al caso de autos, los padres y tutores del educando" (f. 3). Sobre esta base el TC desarrolló los siguientes tópicos:

a) La familia desde la Constitución y su relación con la escuela

b) La participación de los padres de familia en el proceso educativo de sus hijos mediante terceros (tutores o apoderados) y específicamente a intervenir en la vida institucional de las apafas.

c) Las apafas como sujetos legitimados pasivos del derecho de petición.

Sobre la familia, el TC inicia describiendo los cambios que ha tenido el término familia y las fases por las cuales ha transitado esta institución, reconociendo su carácter natural y fundamental en la sociedad y recogida en la Constitución y en los tratados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

El TC diferencia la familia nuclear que tradicionalmente se refiere al grupo de personas que se encuentran emparentadas y comparten el mismo techo y ambiente conformada por los padres y los hijos, que tradicionalmente está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan su origen en el matrimonio, la filiación y en el parentesco (f. 6).

Frente a la familia nuclear o tradicional se señala a la familia con estructuras distintas a la tradicional como son las constituidas por los padres, hijos y abuelos. Reconociendo el TC que en este tipo de familias los abuelos participan de manera activa en el desarrollo y formación de los nietos, así los abuelos:

> participan de manera activa en el desarrollo y formación de los nietos, por decisión voluntaria de los padres de familia, quienes por distintos motivos, generalmente laborales, se encuentran imposibilitados por los menos ordinariamente de compartir o supervisar diaria y directamente diversas actividades con sus hijos, tales como reuniones en el colegio o eventos sociales o religiosos (actos propios de la vida civil) (f. 8)

Reconociendo en este aspecto el rol fundamental de la familia en la educación, rol que no solo se limita desde una perspectiva tradicional a los padres, sino que es una función que también le compete y están facultados los abuelos con sus nietos, en tanto la escuela "constituye, entre otros, un ámbito que vincula afecto, formación y conocimiento; así como el espacio físico en el que se desarrolla gran porcentaje del proceso educativo, proceso en el que concurren una serie de sujetos (estudiantes, profesores, padres de familia y el Estado" (f. 10).

IV. El derecho de los padres a participar en el proceso educativo de los hijos

La educación es un derecho y es un deber. El Estado tiene el deber de garantizar que todos los ciudadanos en igualdad de oportunidades puedan acceder a la educación y un derecho en tanto potestad de los ciudadanos de acceder a la cultura, y en este derecho tienen un rol activo los padres de familia y, en este caso, los abuelos.

La educación requiere no solo la participación del Estado sino, además, se hace imprescindible la intervención de los actores directamente involucrados en la educación que vienen a ser los estudiantes y los padres de familia. Es un derecho que los padres tienen de participar activamente en el proceso educativo de los hijos, la visión de la educación como un escenario donde solo participa el Estado, los profesores y la institución educativa ha sido superada por la concepción de que la educación es una preocupación de la sociedad en general, y la familia como instituto natural de esta asume un rol trascendental.

En la actualidad se reconoce que no solo existe un solo tipo de familia, que vendría a ser la familia tradicional, sino que existen manifestaciones distintas donde la familia no acaba en la relación padres e hijos, sino como, en el presente caso, se extiende a los abuelos, quienes asumen un derecho y deber subsidiario en la educación de sus nietos.

Se afirma que el rol de los abuelos es subsidiario en tanto se reconoce que en principio son los padres los que deben de velar por la educación de sus hijos, pero también la propia dinámica de la realidad, el contexto socioeconómico o la situación personal de la familia ha impulsado a que

los abuelos asuman un rol activo en la educación de sus nietos, y esta actuación tiene que ir de la mano con la garantía de que sus nietos accedan a la educación en igualdad de condiciones y participar en los mismos niveles que los demás padres de familia en la vida institucional del centro educativo como son las apafas, por ejemplo.

En esta dirección el TC ha desarrollado la importancia y el rol de los abuelos en la educación de los nietos, considerando su rol en el proceso educativo y en la participación institucional de las escuelas, donde las apafas permiten este tipo de participación en las escuelas públicas de educación básica, regular y especial.

Así, el TC reconoce, por ejemplo, que además de los padres de familia, los tutores designados judicialmente también "existen terceros que pueden ser familiares o no, como abuelos y tíos, quienes conviven con el menor, por ende, participan de manera directa o indirecta en el proceso educativo de este" (f. 16).

Sobre la justificación de los abuelos de participar en el proceso educativo de los nietos, que se puede hacer mediante las apafas el TC ha reconocido que estos se encuentran legitimados:

> Imposibilidad que en la actualidad y por diversos motivos se les presenta a los padres de familia o tutores para participar de manera directa y constante en el proceso educativo de sus hijos, resulta necesario garantizarla excepcionalmente de manera indirecta, es decir, a través de otros miembros de la familia, como tíos, abuelos, es decir, terceros vinculados familiarmente con el menor, pues negar ello significaría impedir que la familia sea el centro educativo originario de toda persona y que en ella existan diversos actores, quienes conviven y comparte diariamente con los menores y de quienes aprenden de manera constante mediante el ejemplo.
>
> Por lo expuesto, resulta constitucional que los padres o tutores de un menor, excepcionalmente, puedan nombrar ante las escuelas un representante o apoderado, a fin de que este lo represente de manera activa en ella, lo que conlleva que pueda participar institucionalmente en el proceso educativo del menor, incluso participar en las apafas. ff 18 y 19)

En el presente caso, el TC establece que los abuelos pueden, por ejemplo participar en la vida institucional educativa de sus nietos con algunos requisitos como son que debe de estar acreditada a la autorización de los padres o tutores y estén señaladas explícitamente las facultades conferidas al tercero designado (abuelo) por los padres de familia o tutores para que ejerza su representación ante la institución educativa pública en la que se encuentre matriculado, la apafa de no cumplir con dicho requisito tiene la facultad de excluir de su vida institucional a dicho tercero (f. 20).

Asimismo, también se reconoce que las apafas son sujetos legítimos pasivos del derecho de petición. El derecho de petición permite "formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal bajo responsabilidad" (f 23). Teniendo como contenido esencial este derecho dos aspectos:

a) Primero: relacionado estrictamente con la libertad reconocida a cualquier persona para formular pedidos por escrito a la autoridad competente;

b) Segundo: unido irremediablemente al anterior, se encuentra vinculado a la obligación de la referida autoridad de otorgar una respuesta al peticionante.

El Tribunal ha destacado que la contestación oficial debe ser motivada; por ende, no es admisible jurídicamente poner en conocimiento del peticionante la decisión adoptada por el funcionario público correspondiente (cfr. Expediente 01420-2009-PA/TC). Debe precisarse al respecto que el pronunciamiento de la Administración no implica que deba concederse lo solicitado por el actor, pues ello no forma parte del derecho cuya protección se reclama (f. 24).

Sobre los sujetos del derecho a petición son los siguientes:

a) Sujeto activo: puede ser cualquier persona, nacional o extranjera, dado que se trata de un derecho *uti cives*; y,

b) Sujeto pasivo: o destinatario son las entidades públicas y, en general, los funcionarios que las representen con autoridad (cfr. Sentencia 0941-2001-AA/TC, fundamento 4, énfasis agregado) (f. 25).

c) De manera excepcional las personas jurídicas de derecho privado constituyen sujetos pasivos del derecho de petición cuando "la persona jurídica bajo el régimen privado presta servicios públicos o ejerce función administrativa (bajo concesión, delegación o autorización del Estado) (f. 26), y este contexto se ubican las apafas.

V. Análisis del caso

En el presente caso se analiza si la decisión de excluir al recurrente en su condición de abuelo de una escolar de participar en los asuntos internos de la Apafa de la Institución Educativa 22346 San Martín de Porras admite una justificación constitucional.

El recurrente sostiene que a pesar de ser apoderado de una de sus nietas, la apafa lo excluyó de participar en la vida orgánica de esta y de la elección de su junta directiva el año 2012.

La demanda sostiene que el recurrente no es padre de familia y que no existe resolución judicial que lo autorice a ejercer la patria potestad, por tanto no puede ser integrante de la Apafa conforme al artículo 9 del D.S. 004-2006-ED, Reglamento de la Ley 28628. Y que no corresponde dilucidar la nulidad de la asamblea general de la Apafa en sede constitucional.

El TC considera que el presente caso no puede resolverse utilizando una interpretación literal del reglamento de la Ley 28628 así como de la misma ley que solo faculta a los padres de familia, a los tutores o curadores, en tanto dicha interpretación "contraviene abiertamente el mandato constitucional de especial protección a la familia y constituye una negación a su condición de institución natural" (f. 32)

Además, el demandante tiene la condición de apoderado de su nieta, nombramiento realizado por el padre de la escolar para que en su condición de abuelo apoderado pueda participar en la vida institucional del centro educativo, lo cual incluye a la Apafa por ser parte de la escuela.

Por lo que a criterio del TC "el demandante está legitimidado para participar íntegramente en la vida institucional de la Apafa de la I. E. 22346, y toda exclusión fundamentada en una aplicación literal del artículo 9 del Decreto Supremo 004-2006-ED resulta vulneradora de su derecho fundamental de asociación en su manifestación del derecho de asociarse, que se materializa en la potestad de pertenecer a la apafa de la I. E. 22346 y de participar en su vida institucional" (f. 33).

Sobre la condición de sujeto legitimado pasivo de la apafa del derecho de petición el TC estimó en este extremo la demanda, en tanto resolvió:

> las apafas en las instituciones educativas, [si bien] gozan de personería jurídica de derecho privado, este Tribunal considera que dichas entidades, al canalizar el derecho de los padres de familia, apoderados, tutores o curadores de participar en el proceso educativo de los educandos a su cargo, constituyen entidades privadas que ostentan función administrativa, toda vez que colaboran con el adecuado otorgamiento del servicio público de educación y lo supervisan; en consecuencia, se encuentran dentro de las personas privadas que de manera excepcional resultan sujetos pasivos del derecho de petición. (f. 36)
>
> En el caso concreto, de fojas 3 a 21 de autos corren copias de las solicitudes presentadas por el actor, detalladas en el primer párrafo de los antecedentes de la presente sentencia, las cuales, como reconocen las emplazadas, no han sido atendidas, lo que evidencia una absoluta pasividad de la autoridad receptora de la petición. Por tanto, se debe estimar este extremo de la demanda y ordenar que las emplazadas procedan a dar trámite a las solicitudes presentadas por el actor con fecha 30 de octubre, 12 de noviembre, 12 de diciembre y 17 de diciembre del año 2012.

Sobre la nulidad de la elección de la Junta Directiva 2012, la misma que duró dos años y que a la fecha de la emisión de la resolución dicho periodo había fenecido, el TC desestimó lo peticionado en tanto se ha tornado irreparable operando la sustracción de la materia.

Finalmente, sobre los efectos de la sentencia el TC dispuso (f. 42-44):

a) A partir de la notificación de la sentencia la apafa de la IE 22346 debe permitir la participación del actor en todas las actividades que realice.

b) Las apafas de instituciones educativas públicas aceptan la intención de un tercero vinculado parentalmente con un escolar de participar en sus asuntos internos si solo media la autorización respectiva de los padres, tutores y curadores, según sea el caso, puesto que para representar a un menor ante las instituciones educativas públicas resulta constitutiva la autorización.

c) El requerimiento de la autorización expresa puede ser relativizada en situaciones excepcionales en las que el tercero demuestre fehacientemente que los responsables del menor, o sea padres o tutores, se encuentran imposibilitados temporalmente de participar en el proceso educativo; por ejemplo, cuando estos estén hospitalizados sin poder manifestar voluntad alguna o por algún acontecimiento, hecho fortuito o causa mayor no puede regresar al domicilio del menor (un terremoto, bloqueo de carreteras, etc.); recordando que las apafas, en tanto entidades que representan a los padres y tutores, pueden evaluar las solicitudes y darles respuesta con sujeción a la Constitución, particularmente a su artículo 4, en el que está consagrado el principio de supremacía del menor.

VI. Conclusión

El caso resuelto por el TC en el Expediente 01643-2014-PA/TC trata sobre la relación entre la familia y la educación y tutela el derecho a la educación de los hijos permitiendo participar no solo a los padres, tutores o curadores en la vida institucional de las escuelas, sino ante el impedimento, imposibilidades o dificultades de estos mediante poder, se autoriza y permite que los abuelos tengan la facultado para participar en la vida institucional escolar de sus nietos.

La participación de los abuelos incluye, por mandato del TC, que participen en la vida institucional y orgánica de las apafas, quedando ahora permitido que estas no solo estarán integradas exclusivamente por padres

de familia, sino también por los abuelos que cuenten con poder otorgado por los padres de familia.

Con la presente sentencia, la familia como institución natural de la sociedad, se protege no solo en su dimensión nuclear, sino también con estructuras distintas a la tradicional al incluir como parte de estas a los abuelos, y con base en la cual se les relaciona con la protección, cuidados, supervisión; además de garantizar, el derecho a la educación de sus nietos y el de participar en la vida institucional de las escuelas como son las apafas.

El servicio de distribución de gas natural. El caso del método de cobro Comentarios a la STC 04801-2017-PA/TC (19 de noviembre de 2019)

Susana Távara Espinoza*

Sumario[1]

I. Materias Constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional. 1.1. El juez predeterminado por la ley. 1.2. Sobre la vulneración del derecho a la libertad de contratación. **II.** Contexto histórico político de la sentencia. **III.** Análisis.

Contugas, en su calidad de titular de la concesión del servicio de distribución de gas natural de la Región Ica, el 20 de julio de 2016 presenta demanda de amparo contra Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), la cual ha sido modificada con fecha 2 de agosto del 2016. Y solicita la nulidad de las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 (folios 76 a 108) y 006-2016-OS/CC-97 (folios 57 a 74), de fechas 3 y 5 de febrero de 2016 respectivamente, a través de las cuales el cuerpo colegiado ad hoc del Osinerming declaró fundadas las reclamaciones presentadas por la Empresa de Generación Eléctrica del Sur SA (Egesur) y la Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa SA (Egasa) respecto del método de facturación que Contugas les venía aplicando por el servicio de distribución de gas natural que les brinda, como consecuencia de los contratos de distribución que celebraron.

Asimismo, la demandante solicita la nulidad del procedimiento de reclamación iniciado por la Corporación Aceros Arequipa SA (Aceros Arequipa), toda vez que obedece a fundamentos similares a los expuestos

* Directora Académica del Centro de Estudios Constitucionales. Tribunal Constitucional del Perú.

por Egasa y Egesur. Finalmente, como pretensión condicional, solicita que se ordene al Estado designar a los funcionarios faltantes del Tribunal de Controversias del Osinergmin y que de esa forma se garantice, a futuro, la doble instancia en los procedimientos administrativos.

Alega que, a través de las resoluciones cuestionadas, Osinergmin ordenó a Contugas que se abstuviera de continuar facturando a las empresas mencionadas (Egasa, Egesur y Aceros Arequipa) por la totalidad de gas natural que les reservaba diariamente, y que, en vez de ello, les cobrase por la cantidad del recurso que efectivamente empleaban. Dicha circunstancia, a criterio de Contugas, afecta sus derechos al debido proceso, al juez determinado por ley, a la debida motivación, a la propiedad y a la libertad de contratación; así como el principio de legalidad.

I. Materias Constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional

1.1 El juez predeterminado por la ley

El Dictamen al Juez predeterminado por Ley, la emisión de las cuestionadas resoluciones administrativas por la actora provienen de una supuesta vulneración de las cláusulas del contrato de concesión, o contrato BOOT, referidas al procedimiento de facturación a emplearse en el cobro del servicio de distribución; y, al ser dicho contrato un instrumento privado, se encuentra protegido por el artículo 62 de la Constitución; pues, en esencia, la discusión se encontraba en determinar si el régimen tarifario previsto en el contrato de concesión servía o no para el cálculo de la tarifa aplicable a los consumidores independientes (Egesur y Egasa) que contraten por reserva de capacidad con la concesionaria (Contugas).

De lo expuesto, se aprecia una vulneración del derecho al juez predeterminado por ley de Contugas, al haberse resuelto un reclamo sobre la modalidad de facturación pactada en los contratos de distribución de gas natural suscritos entre la demandante y otras empresas privadas. En otras palabras, un ente administrativo dirimió un asunto contractual cuya

competencia en primer término estaba reservada, según el contrato suscrito, a un Tribunal arbitral.

Cabe recordar que, si bien la justicia arbitral tiene como fuente de origen en la Sentencia 0142-2011-PA/TC, fundamentos 20 al 22.

1.2 Sobre la vulneración del derecho a la libertad de contratación

La Constitución vigente en sus artículos 2, inciso 14, y 62 consagra el marco de la libertad de contratación.

Según reconocen las partes de este proceso, y se aprecia en los contratos de distribución de gas natural, Contugas SAC y sus usuarios independientes acordaron expresamente que el primero reservaría cierta capacidad diaria de gas natural a favor de los segundos y, en contraprestación, estos pagarían por esa reserva, independientemente del volumen de gas que efectivamente lleguen a consumir.

El ejercicio de la libertad de contratación solo puede ser limitada en dos hipótesis. La primera se da cuando existe una prohibición expresa y ella está recogida en una norma con rango de ley. La segunda se configura cuando la libertad de contratar se contrapone —exista o no prohibición expresa— a lo previsto en leyes de orden público.

También debe tenerse en cuenta que, dos meses antes de dictarse las decisiones del cuerpo colegiado ad hoc del Osinergmin, el 12 de diciembre de 2015, el Consejo Directivo del OSINERGMIN publicó su Resolución 286-2015-OS/CD, que aprobó el procedimiento de facturación para la Concesión del Sistema de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en el departamento de Ica.

Si bien el artículo 8, numeral 8.1, literal “c”, de ese procedimiento regula una modalidad de facturación según el gas consumido, eso tampoco significa una prohibición de pactar otras modalidades de facturación con los usuarios independientes que tienen libertad de contratación.

Por tanto, para este Tribunal está fehacientemente comprobado que no existe ninguna prohibición legal o contractual para que Contugas SAC

celebre con sus usuarios independientes una facturación según la reserva de capacidad, de modo que una interferencia o prohibición de tales acuerdos, afectan la libertad constitucional de contratación.

II. Contexto histórico político de la sentencia.

El artículo 66 de la Constitución Política, reconoce tanto los recursos naturales renovables como los no renovables constituyen patrimonio de la Nación, cuyo aprovechamiento se encuentra a cargo del Estado, el cual, a través de las leyes, se encarga de regular su adecuada utilización. En virtud de dicha atribución, en todo el territorio nacional, el Osinergmin ostenta su condición de organismo regulador, supervisor y fiscalizador de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores de electricidad e hidrocarburos, acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley 26734.

La función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el propio Osinerming o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad supervisada. No obstante, la precitada competencia no incluye determinar ante conflictos sobre las cláusulas de contratos o, como en el caso de autos, determinar si el régimen tarifario establecido en el contrato sirve o no para calcular la tarifa aplicable a los consumidores independientes (Egesur y Egasa).

III. Análisis.

En el caso de autos, el Tribunal de Resolución de Controversias, si bien existía, no se encontraba en funcionamiento, por lo que el cómputo de plazo debe entenderse en el sentido que ante la existencia y posibilidad de resolver el recurso administrativo, el órgano competente no lo realiza. En este caso, como ya ha quedado argumentado, no puede decirse que a pesar de tener la posibilidad de resolver el medio impugnatorio, este no se resolvió en el plazo legalmente.

Además de lo anterior, se debe tener en cuenta que el contrato de concesión y el procedimiento de facturación antes referido no constituyen una intervención inconstitucional al intentar prohibir o limitar la libertad de contratación. En ambos casos se recoge una forma de facturación, sin

prohibir ni excluir otras modalidades. Ni siquiera se dispone que "solamente" se podrá facturar según el gas consumido, único supuesto en donde cabría sostener que se pretendió excluir otras formas de facturación.

Se debe resaltar que el Osinergmin y las empresas demandadas no han sostenido que la facturación según la capacidad reservada de gas natural contravenga alguna ley de orden público. Lo que indica que sus contratos de distribución en donde libremente han pactado esa modalidad de facturación, se celebraron dentro de los límites establecidos por el artículo 2, numeral 14, de la Constitución Política.

Entonces, si no existe ninguna prohibición legal y tampoco se contravienen leyes de orden público, Contugas tenía libertad para pactar una facturación por capacidad reservada de gas natural con los usuarios independientes, que tienen libertad de configurar el contenido de sus contratos. Por lo tanto, este Tribunal entiende que los contratos de distribución de gas natural que suscribieron las empresas demandadas con Contugas SAC están dentro de los límites constitucionales de la libertad de configuración interna que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido de los contratos.

Se resuelve:

Declarar FUNDADA la demanda de amparo, por mayoría calificada, participando seis de los siete Magistrados. Asimismo, se declara NULAS las Resoluciones 007-2016-0S/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97 y ORDENAR el pago de los costos procesales que serán liquidados en etapa de ejecución.

CLASICOS

El control de la constitucionalidad de las Leyes*

Raul Ferrero

Para impedir el abuso del poder, el Estado de Derecho ha multiplicado las autoridades públicas, en forma tal que las atribuciones de cada una estén limitadas por las de una autoridad conexa. Un sistema de competencias diferenciadas garantiza el cumplimiento de las normas y obliga a cada autoridad u organismo estatal a ceñirse a la órbita que le es específica. De este modo, los órganos del Estado no pueden exigir algo sino en virtud de normas preestablecidas. El análisis de tal concepción, que regula sabiamente derechos y deberes, lleva necesariamente a preguntarse por qué el Estado se somete al Derecho que él mismo crea, lo que no tiene más explicación que la obligatoriedad de normas éticas no escritas que se identifican con el ideal de justicia.

El control de la *constitucionalidad de las leyes* es el mecanismo ideado para evitar los excesos del poder y garantizar los derechos individuales. Tal control jurisdiccional puede ejercerse por razón de la forma del precepto o por razón del contenido. La inconstitucionalidad formal, o sea extrínseca, consiste en que una norma haya sido sancionada sin observarse el procedimiento que la Constitución señala, o por órgano distinto al que tiene la atribución pertinente. La inconstitucionalidad material, a sea la intrínseca, consiste en el hecho de que el precepto infrinja alguno de los derechos individuales o sociales que la constitución ampara; es esta modalidad la más grave y el verdadero objeto del control.

---

* Publicado en: Revista Jurídica del Perú; Año XI; N° III; Lima, Julio-Setiembre de 1960; págs. 87-91.

El sistema de Gobierno de los Estados Unidos trasunta una concepción doctrinaria de Derecho natural, que combina las teorías de Locke y Montesquieu. Como anota Bodenheimer, la teoría de Locke se refiere a la substancia de la libertad, en tanto que el sistema de Montesquieu está ideado como *garantía* de ella. Los patricios que redactaron la constitución norteamericana autorizaron la revisión de la constitucionalidad de las leyes sólo de modo implícito. Poco después, James Wilson, uno de los autores de la carta federal, dio expresión sistemática a la filosofía política norteamericana. Al igual que Jefferson, era un convencido de que existen derechos humanos que no pueden ser restringidos ni derogados por las leyes. Estas normas inderogables para el derecho positivo son, básicamente, la libertad y la seguridad, "sin libertad, el Derecho pierde su naturaleza y su nombre se convierte en opresión. Sin Derecho, la libertad pierde también su naturaleza y su nombre se convierte en licencia". Para Wilson, los abusos del poder legislativo debían ser frenados por el poder judicial.

La doctrina de la revisión de las leyes por la Corte Suprema Federal fue construida y fundamentada por su Presidente, Jhon Marshall, al tratarse el caso Mabury vs Madison, en 1803. Aludiendo a dispositivos constitucionales imprecisos, por simple rigor lógico de su razonamiento, el Juez Marshall infirió que un acto legislativo contrario a la constitución no es ley, ya que la finalidad de la constitución es limitar a los Gobiernos. Puesto que la misión de los Tribunales es aplicar la ley correspondiente al caso, si la norma ordinaria y constitucional están en conflicto, debe aplicarse la de rango superior. Lo contrario sería "subvertir el verdadero fundamento de todas la Constituciones escritas. Sería declarar que un acto que, de acuerdo con los principios y teoría de nuestro gobierno, es enteramente nulo, es, sin embargo, en la práctica, completamente obligatorio. La Carta fundamental prescribiría límites, pero admitiría que aquellos límites pueden ser rebasados a discreción. "Se reduciría a la nada lo que hemos considerado como el mayor progreso de las instituciones políticas: una constitución escrita".

La revisión judicial de las leyes puede operar en relación con cualquier precepto constitucional, pero ha sido dirigida a resguardar los derechos individuales y particularmente la garantía del "debido procedimiento legal". Es patente que en los Estados Unidos el Poder Judicial se excede

de su función interpretativa y asume una facultad que le permite modelar y dirigir la legislación puesto que el Congreso se abstiene de dictar leyes que tengan un sentido similar al de la norma declarada inaplicable. Así lo reconoció el célebre Juez Hughes, que ejerciera más tarde la presidencia de la Corte Suprema Federal, al declarar: "Vivimos bajo una constitución; pero la constitución es lo que los jueces dicen que es". En realidad, el Supremo Tribunal reforma la Constitución para adecuar sus normas a las nuevas circunstancias y darles un sentido que no pudo ser previsto hace siglo y medio. El Juez Stone, ha enunciado la crítica con toda sinceridad y altura. "Mientras que el ejercicio inconstitucional del poder por las ramas legislativas y ejecutivas del Gobierno está sujeto a la revisión judicial, el único freno a nuestro ejercicio del poder es nuestro propio sentido de autolimitación". Cabe observar que la opinión pública respalda esta facultad de revisión que se ha arrogado al Supremo Tribunal y que, aún en los casos en que su decisión enerve una ley de simpatía popular, prima en la conciencia general la conveniencia de mantener el control judicial para contar con el freno que modere al Gobierno.

La enmienda 14 de la Constitución establece que nadie será privado de la vida, la libertad o los bienes sin haber mediado el debido procedimiento legal. Ella ha dado origen a la nueva doctrina de la racionalidad, como observa García Pelayo: "Cuando la constitución admite diferentes interpretaciones no impone a los actos del legislativo ningún contenido específico, y éste puede determinar uno u otro; pero, según la judicatura, de estos posibles contenidos sólo está acorde con la constitución aquel que es racional; por consiguiente, los tribunales tienen que decidir también sobre la racionalización de las leyes". No se trata, pues, solamente de saber si el legislador ha actuado dentro de la esfera de una competencia, sino también establecer si los poderes que integran dicha competencia han sido usados razonablemente. Resulta así ampliado el espacio libre de los Tribunales, quienes por racional han definido la relación real o sustancial entre los medios empleados y el fin que se persigue.

Por aplicación del principio del "stare decisis", los jueces inferiores deben observar como regla el precedente establecido por el Tribunal superior, de modo que cuando éste declara que una ley es inaplicable al caso sub-litis, por estimar que infringe la constitución la invalida prácticamente. La

declaración de inconstitucionalidad es competencia de todos los tribunales y una decisión del Tribunal Supremo Federal obliga a la judicatura de todo el país. El recurso o excepción de inconstitucionalidad debe ser planteado en una litis concreta, ya sea ante los Tribunales Federales, si se trata de leyes del Estado o de leyes federales que están en conflicto con la constitución, o ante los Tribunales de los Estados cuando se trata de incompatibilidad de una Ley del Estado con la Constitución estatal o la federal.

Censurando la facultad de revisión constitucional se ha observado como una incongruencia del régimen democrático el que jueces no removibles y designados por el ejecutivo puedan poner trabas a la voluntad de los poderes que emanan del voto soberano del pueblo. Los partidarios del sistema de revisión judicial han valer le hecho de que los Tribunales han rechazado siempre decidir sobre cuestiones políticas y el argumento de que, precisamente, la mente de los constituyentes fue crear un sistema que ampara los intereses minoritarios o individuales contra la prepotencia de la mayoría.

El control de la constitucionalidad de las leyes ejercido por la judicatura ha permitido a los Estados Unidos la realización del típico Estado de Derecho, el cual se configura no sólo por la observancia de las normas sino también por la aplicación judicial de los principios generales del Derecho. Tal régimen de juricidad es alcanzable mediante el largo ejercicio de instituciones libres y un alto índice de madurez cívica.

En América son numerosos los países cuya constitución reconoce al Poder Judicial la atribución de revisar la constitucionalidad de las leyes. Los países europeos no la admiten o bien, como en Italia, Alemania, Austria y Francia, la refieren a una Corte especial. El Código Civil peruano prescribe en el artículo XXII de su Título Preliminar: "Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera". Con dicho dispositivo conjugan los artículos 133 y 154 de la Constitución, los cuales establecen acción popular ente el Poder Judicial contra los reglamentos, decretos y resoluciones que infrinjan la constitución o las leyes y señalan como restricción a los actos gubernativos el que guarden conformidad con las leyes, sin transgredirlas ni desnaturalizarlas. El control de la legalidad de los decretos y resoluciones está confiado a la rectitud de jueces que cumplen su función con altivez y sentido de responsabilidad.

Cabe recordar que nuestros tribunales se abstuvieron de aplicar, reiteradas veces, decretos que excedían el ámbito administrativo o poder de policía, como sucedió con los artículos 40° y 68° del Reglamento de la ley del empleado o con los relativos al delito económico.

La necesidad de poner las garantías constitucionales por encima del voluntarismo de la mayoría parlamentaria o de la arbitrariedad del Ejecutivo se ha hecho ya convicción general, pues la violación del Derecho no puede aceptarse ni aún en nombre de una voluntad popular transitoria. En lo atinente a la conveniencia de confiar el control de la constitucionalidad a un órgano especial o al Poder Judicial parece más aconsejable, en nuestro medio, el primer sistema, pues si bien los jueces reúnen las ventajas de su preparación jurídica es conveniente mantener su alejamiento de la política.

Para evitar la politización de la Corte Suprema y asegurar el respeto a la Constitución sugerimos la siguiente enmienda a nuestra Carta:

TITULO XV

GARANTIAS DE CONSTITUCIONALIDAD

Artículo 236.- El Tribunal constitucional está encargado de velar por la legitimidad constitucional de las leyes, cuidando de que éstas no contradigan las normas contenidas en la Carta Fundamental del Estado.

Artículo 237.- El Tribunal constitucional se compone por once Jueces, designados en la siguiente forma: tres por el Presidente de la República, tres por el Senado, tres por la Corte Suprema entre sus miembros o entre los Fiscales Suplentes, uno por los Colegios de Abogados y uno por las Universidades nacionales.

Artículo 238.- Los jueces del Tribunal constitucional durarán en su cargo nueve años, excepto los designados por el Senado y el Poder Ejecutivo que podrán ser renovados después de un año de iniciado un régimen político emanado de elecciones generales.

Artículo 239.- El cargo de Juez del Tribunal constitucional es incompatible con la función parlamentaria o con el ejercicio de la profesión de abogado.

La ley que organice el Tribunal podrá señalar otras incompatibilidades, así como establecer normas que regulen la renovación de miembros del Tribunal sin alterar lo previsto por el artículo 238.

Artículo 240.- La constitucionalidad de una ley puede ser impugnada por acción popular.

Artículo 241.- Cuando el Tribunal declara la inconstitucionalidad de una norma legal, ésta deja de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la decisión.

Artículo 249.- No puede admitirse recurso de ninguna clase contra las decisiones del Tribunal Constitucional.

DOCUMENTOS

El presente documento es la transcripción de una de las actas pertenecientes a los debates y conclusiones de las reuniones de trabajo que fueron realizadas con motivo de las diversas mesas redondas organizadas por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima durante parte del año 1960, particularmente aquella celebrada entre el 24 y 31 de agosto de dicho periodo y que tuvo como principal objeto de debate el tema de la "Inconstitucionalidad de las leyes".

Entre las principales intervenciones, realizadas bajo la presidencia del entonces decano José Luis Bustamante y Rivero, destacan las ideas del egregio jurista Raúl Ferrero Rebagliati, las del eminente abogado Alfonso Benavides Correa y las intervenciones de connotados letrados que enriquecieron el debate sobre el adecuado modelo de control de la constitucionalidad de las leyes, en relación a las ventajas y obstáculos en el ordenamiento jurídico, valiéndose para ello de la experiencia comparada y de la realidad nacional.

Este documento reviste particular importancia pues evidencia que mucho antes que el modelo de justicia constitucional concentrada fuese reconocido por primera vez en el Perú, ya era preocupación del foro nacional y de sus más connotados representantes la adopción de alternativas en defensa del orden constitucional y en particular de aquellas que postulaban la existencia de un Tribunal Constitucional. (Nota de Edición)

Fórum sobre "Inconstitucionalidad de las leyes"*
PRIMERA REUNION

Miércoles 24 de Agosto de 1960

A las 7 de la noche se inició la reunión, bajo la Presidencia del señor Decano doctor José Luis Bustamante y Rivero, con la concurrencia de miembros de la Directiva del Colegio y con numeroso grupo de abogados.

El señor Decano expresó que los ponentes de esta fecha inicial, sobre tan importante tema, como es el de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, eran los señores doctores Raúl Ferrero Rebagliati y Alfonso Benavides Correa. Luego invitó a hacer uso de la palabra al Dr. Raúl Ferrero Rebagliati quien inició su intervención expresando que su ponencia se refería al: "Control de la Constitucionalidad por un Tribunal Especial". Luego manifestó que para la inteligencia de los juristas constituye un reto la actual revisión de conceptos, la vida ha perdido su forma tradicional al resultar inservibles gran parte de los conceptos que le daban firmeza.

Sentido revolucionario del nuevo Derecho

Si se parte de la Justicia como valor excelso y se acepta que la esencia del espíritu humano es la libertad, debemos reconocer que los sistemas vigentes no son auténticos, puesto que la libertad política no ha permitido a la gran masa adquirir estabilidad económica y el orden social, fundado en la propiedad privada, no ha dado acceso a ella para el gran número. El ordenamiento jurídico muestra fisuras alarmantes y

* Acta publicada en la Revista del Foro; Año XLVII; N° 3; Setiembre-Diciembre de 1960; Págs. 77-101.

los viejos moldes se hallan en la alternativa inminente de transformarse o saltar en pedazos. Dado que la existencia tiene como dimensión inherente la sociabilidad, o sea el coexistir entre hombres diversos vinculados por la comunidad histórica y económica, es urgente que los hombres de leyes nos preguntemos si la sociedad será rebajada a la condición de un hormiguero, mediante la supresión de la libertad con la promesa de bienestar para todos, o si alcanzará a conservar la libertad, redimiendo el orden social de las injusticias que han generado el actual clamor.

Es evidente que existe antinomia entre la permanencia necesaria del Derecho, destinado a garantizar la seguridad de los intereses, y la adecuación de las normas al cambio incesante de los hechos. De ahí que el quietismo de los juristas los haga cómplices involuntarios de la injusticia. Problema arduo, sin duda, el que se plantea a los abogados y a los jueces: cristalizar el derecho, a riesgo de agravar las injusticias, o aplicarlo con plasticidad, a riesgo de convertir en gaseoso el contenido de las normas. De ahí que sea plausible la preocupación del Colegio de Abogados por encontrar una fórmula eficaz que permita proteger los derechos fundamentales contra los excesos del poder público.

En los Estados Unidos y en la Argentina se ha construido la doctrina de la revisión de las leyes como poder implícito de la función judicial. Tal facultad parece fluir en nuestro país del numeral XXII del Título Preliminar del Código Civil, como lo sustenta con valioso acopio de doctrina, el Presidente de la Corte Suprema, Dr. Ricardo Bustamante Cisneros. En cambio, varios países latinoamericanos señalan en sus Constituciones de manera expresa que es facultad del poder judicial ejercer control respecto de la constitucionalidad de las leyes. Si se tiene en cuenta que el Congreso Constituyente desechó introducir tal facultad, contemplada en el Proyecto de Carta Fundamental elaborado por la Comisión Villarán, así como la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema, en enero de 1956, la cual considera que la incompatibilidad de una ley con la norma constitucional sólo puede ser declarada en las controversias civiles mas no cuando el Estado actúa como sujeto de Derecho Público, debemos entender que en el Perú se precisa una reforma constitucional para asignar al Poder Judicial tal atribución con la debida latitud.

Ahora bien, la corriente moderna es otra en el ámbito del Derecho Constitucional. Con excepción de algunos países de Latinoamérica, influidos por el ejemplo estadounidense, las constituciones más recientes atribuyen la revisión de la constitucionalidad de las leyes a una Alta Corte, integrada por representantes de los poderes legislativos y ejecutivo, como en Francia, o por delegados de los tres poderes, como en Italia. Desde luego, nos parece esencial que dicho Tribunal de Garantías esté compuesto por representantes de la Corte Suprema, del Congreso y del Ejecutivo, así como por juristas eminentes designados preferentemente por la Corte Suprema o bien por las Universidades o Colegios de Abogados. La razón es obvia: alejar al Poder Judicial de la pugna política, a la vez que tenerlo presente como factor de ponderación y altura en la calificación de la ley tachada de inconstitucional. Si se atribuyera a la Corte Suprema la función de controlar la constitucionalidad de las leyes en la aplicación de una norma al caso sub judice, se estaría forzando al poder público, por gravitación política inevitable, a interesarse en el nombramiento de los magistrados. A su vez, se despojaría de su excelsitud a nuestro más alto Tribunal, ya que la pasión y el inconformismo acompañan en la opinión vulgar a toda actitud que roce con la política.

Se ganaría enormemente con la integración de una Corte de Garantías, pero a condición de que sus miembros sean elegidos entre juristas de profunda formación y de una alta tensión, ética. He ahí la raíz del problema: integrar una verdadera élite, a la que sólo se llega por una tradición de cultura, por un incesante desprendimiento, por el valor de rehuir lo fácil y adherir a los valores eternos.

Cabe destacar el vigor que la jurisprudencia, emanada de los jueces y tribunales, le dan a la ley general. Por ello, ha podido afirmar Mircea Djuvara, aunque con alguna exageración, que el derecho positivo es el derecho que se practica, sean cuales fueren las prescripciones de la ley. "Científicamente, es imposible hacer abstracción del hecho evidente que el derecho jurisprudencial no es siempre exactamente semejante, en todo respecto, al derecho legal y que el derecho real, el derecho vivo, es el derecho jurisprudencial; éste es el derecho positivo". La importancia de este fenómeno cobra relieve particularísimo en los Estados Unidos, porque los jueces elaboran normas en la práctica y hacen una valoración continua

de los principios generales del Derecho. Con ironía y no poca verdad, el jurista cubano José Antolín del Cueto ha podido decir: "la ley reina y la jurisprudencia gobierna".

El contralor judicial

Hasta las dos últimas décadas del siglo pasado los tribunales estadounidenses, tanto federales como locales ejercieron rara vez el control de la constitucionalidad de las leyes, pero las complicaciones sociales surgidas desde entonces han determinado un examen creciente de la legislación. El control se ha inspirado en la necesidad de proteger los derechos individuales, según las reglas del "debido procedimiento legal" (due process of law) y del "poder de policía" (police power). La evolución jurisprudencial ha venido ampliando el campo de aplicación del control hasta transformarlo en una limitación constitucional a la actividad legislativa.

La elasticidad del sistema ha permitido a la magistratura adaptar su criterio a las situaciones cambiantes. El supremo Tribunal ha establecido que una ley dictada en ejercicio del poder de policía sólo es válida en cuanto no viole la regla del debido procedimiento legal, la que constituye garantía esencial para las libertades civiles y exige que la limitación señalada a los derechos individuales sea razonable en vista del fin que se constituye su objetivo. La validez de la ley se aprecia por la llamada "regla de la racionalidad", la cual exige que exista relación lógica e inmediata entre el medio empleado y el fin que se persigue. El ejercicio del poder de policía ha sido conciliado con la regla del "debido procedimiento legal", con el criterio de equilibrar el derecho individual con el derecho de la colectividad. Pero es evidente que la Corte Suprema ha invadido el ámbito propio de los otros órganos, como apreciaba Elliot, lo que ha suscitado la crítica de algunos jueces y de políticos notables. Lo cierto es que, interpretada con amplitud, la regla de la racionalidad deja la vida de la ley librada, en definitiva, al criterio de la mayoría de la Corte Suprema.

En lo tocante a la regulación de la empresa privada, la Corte Suprema de la República Argentina ha establecido que no compete a los jueces examinar si existe la situación de hecho que invoca el legislador como razón para ejercitar el poder de policía punto éste que corresponde decidir al parlamento. La regla del "debido procedimiento" constituye una

garantía innominada de la Constitución, pero no llega al extremo de que los tribunales sustituyan su criterio respecto de la conveniencia de la ley al criterio del Congreso de la Nación. Se limitan a examinar la racionalidad del medio elegido, teniendo en cuenta el fin propuesto, resguardando así los derechos individuales dentro de la inevitable evolución económica, social y política que viene transformando la conciencia jurídica.

Para que la revisión judicial de las leyes no constituya una usurpación de poderes o un instrumento de los intereses privados, como sucedió en el caso de la ley anti-trusts desde el año 1910, se precisa que la estimativa jurisprudencial se ciña, cuando menos, a los siguientes principios:

1°) Que la incompatibilidad entre la ley y la norma constitucional sea **manifiesta,** en cuanto a la letra y en cuanto al espíritu de la Carta Fundamental. Si la oposición no fuera evidente, el poder judicial debe respetar la decisión legislativa, a fin de no incurrir en un exceso de control que llevaría a la Corte Suprema a ejercer el gobierno de un modo indirecto. De ahí que en los países que han reconocido jurisdicción constitucional a sus Tribunales, éstos han observado una actitud de mesura y ponderación, logrando que sus resoluciones coincidan con la conciencia jurídica general y no se traduzcan en mengua de los otros poderes.

2°) Que exista juicio; es decir, que la declaración de inconstitucionalidad recaiga en un caso concreto, sometido al poder judicial. Debe mediar una contienda entre partes, ya sea pleito o demanda en derecho, instituida con arreglo a un procedimiento regular, como aseveró Marshall al fundamentar la atribución revisionista de los jueces. Algunos tratadistas opinan que la inconstitucionalidad puede ser declarada de oficio, o sea aunque las partes no la hayan invocado, por aplicación de la facultad judicial de suplir el derecho, pero la declaración de inaplicabilidad de la ley no surte efecto "erga omnes" sino "inter partes".

3°) Que los jueces no entren a apreciar la conveniencia o el mérito intrínseco de la norma; es decir, que no entren a juzgar su justicia en abstracto, pues su atribución es la de "ius dicere" y no la de "ius dare", o sea interpretar el derecho mas no crearlo. Deben juzgar según la Constitución y las leyes, sin analizar la justicia o injusticia que el sistema jurídico contiene.

4°) Que los jueces no se inmiscuyan en las cuestiones políticas, es decir, que tengan presente la norma constitucional con toda altura y prescindiendo de cualquier simpatía política. Es viciada su intromisión en la lucha de poder, ya que ésta debe permanecer siempre extraña a la esfera judicial.

Desventajas del Control por la Magistratura

Confiar al Poder Judicial la función de vigilar la constitucionalidad de las leyes extraña los siguientes riesgos:

1°) Politización de la Magistratura.- El concepto de Derecho no puede ser aplicado a la totalidad de la vida humana, pues ello equivale a una inflación de la idea. El uso del poder determina actos políticos o de gobierno, cuya validez no puede ser cuestionada ante la Magistratura. Son actos de un contenido jurídico distinto al de la vida administrativa corriente; su examen por los jueces sería desconocer el principio de separación de poderes. Cuando un órgano del poder viola la constitución en su función de gobierno compromete su responsabilidad política pero no necesariamente su responsabilidad legal. La noción de "acto de gobierno" ha ido elaborándose claramente en los Estados Unidos, en Argentina, y en otras naciones, en donde los jueces apartan de la revisión de constitucionalidad las irregularidades motivadas por razones exclusivamente políticas.

En nuestro país, teniendo en cuenta el vicioso sistema de nombramientos judiciales, resultaría irresistible para el grupo o partido dominante la tentación de efectuar la designación de jueces con criterio exclusivamente político, en vista de que la validez de los actos del régimen podría ser cuestionada o anulada por los magistrados. La politización de la vida jurídica no es deseable, ya que, aparte de las libertades públicas, el poder judicial está llamado a tutelar los derechos privados, cuya gran masa y variedad llena casi totalmente su función cotidiana.

2°) Interpretación de las leyes por simple racionalidad.- Es obvio que las Declaraciones de Derechos robustecen la creencia en principios metafísicos del Derecho y encarnan de modo feliz las ideas iusnaturalistas. Según el derecho natural, las normas positivas dictadas por el Congreso deben ser puestas al margen de toda aplicación si no son conformes a los

postulados eternos de razón. De ahí que un juez estadounidense sea no sólo el protector de la legalidad sino también el guardián e intérprete de los postulados del derecho natural.

La supremacía del derecho natural sobre el poder político proviene, en cuanto doctrina judicial, del célebre juez Edward Coke, parlamentario durante el reinado de Jacobo I y ardoroso defensor de las libertades ciudadanas. Coke sostuvo que el "common law" tenía autoridad sobre el Rey y sobre el Parlamento y que era nula toda ley que contrariara las reglas reconocidas por "común derecho y razón". A pesar de que la Gloriosa Revolución de 1689 confirmó la supremacía del Parlamento y quedó descartada la teoría del control jurisdiccional, ésta influyó poderosamente en los juristas y magistrados de las colonias de Nueva Inglaterra y vino a cobrar vigor un siglo más tarde, al declararse independientes los americanos del Norte.

Pero actualmente los crecientes antagonismos sociales exigen, en muchos países, una **justicia social** frente a la **justicia legal**¸ una reforma económica que hace impacto con la concepción jurídica tradicional y que no puede advenir, de modo radical al menos, sin cambiar el concepto actual del Derecho y atribuir a éste un carácter fluido, o sea cambiante según el ritmo de las transformaciones sociales.

Por influjo ideológico de William James, que aconsejaba "dejar de lado las cosas primeras, principios, categorías y necesidades supuestas" para mirar más bien "las cosas últimas, frutos, consecuencias, hechos", Roscoe Pound ha afirmado que la verdad de los principios del Derecho es relativa y que, más que la naturaleza del Derecho, lo que interesa es su propósito; de ahí que califique a la Jurisprudencia como "ciencia de ingeniería social", mirando el Derecho como instrumento para mejorar el orden económico y social. En general, la escuela sociológica norteamericana niega que el Derecho pueda ser comprendido si se hace abstracción de las necesidades reales de la vida humana; considera que, a la exaltación de los derechos individuales, prevalente desde la Revolución Francesa, debe seguir el reconocimiento cada vez más amplio de los derechos sociales.

Las decisiones judiciales que han declarado inaplicables el caso sub judice determinadas leyes por ser contrarias a la Constitución, se basan, en proporción considerable, en principios abstractos y conjeturan que

el órgano legislativo ha superado el ámbito de sus poderes, con los que el poder judicial se sitúa, en nombre de la razón, por encima del órgano encargado de crear leyes.

3°) Carácter conservador y origen no popular de la Magistratura.- Por el largo ejercicio de la razón y de la legalidad, los jueces muestran generalmente una tendencia conservadora, como que aplican normas en las que se cristaliza una gravitación del pasado liberal. Al examinar la constitucionalidad de las leyes los jueces hacen uso de un mandato en blanco, ya que analizan discrecionalmente el carácter razonable o no razonable de la política social que un Gobierno acomete. Por ello se ha dicho, con no poca verdad, que los Tribunales Supremos son en la vida jurídica lo que las Academias en la vida artística. Informados de un noble espíritu prudente, única manera de administrar justicia con altura, los jueces no son fácilmente permeables a las nuevas orientaciones. Resulta así, algunas veces, que funcionarios no elegidos por el pueblo y contra los cuales no puede hacerse valer responsabilidad política, obstruyen o enervan la voluntad del titular de la soberanía que, al ungir un régimen por virtud del sufragio, ha expresado el propósito de que se realice una política en determinado sentido.

El mundo de hoy se halla en trance de transformación. Las estructuras resultarán alteradas para eliminar desniveles que irritan el sentido de justicia. Si bien es deseable que la competencia y la iniciativa privada operen en los mercados, ello sólo es posible en forma aproximada, pues, existiendo factores desleales, los automatismos no juegan sino viciadamente. De ahí la urgencia de revisar el orden fisiocrático liberal mediante un orden legal nuevo, en el cual el Estado entre en escena para hacer jugar las leyes económicas en lugar de dejar que ellas jueguen solas, como dice Baudin. No puede pretenderse que el liberalismo económico se cristalice en la legislación vetusta a pesar de los cambios técnicos y de la explosión demográfica de las últimas décadas.

La construcción del nuevo marco debe ser obra de los juristas y no sólo de políticos o de economistas. El individuo de élite tiene una misión que cumplir; quien no la cumple es un desertor. Puede equivocarse, pero no tiene el derecho de detenerse.

A continuación, el doctor Ferrero, presentó a consideración del Fórum, el siguiente proyecto de reforma del Título XV de la Constitución, que dice:

Garantías de constitucionalidad

Artículo 236.- El Tribunal constitucional está encargado de velar por la legitimidad constitucional de las leyes, cuidando de que éstas no contradigan las normas contenidas en la Carta Fundamental del Estado.

Artículo 237.- El Tribunal constitucional se compone por once jueces, designados en la siguiente forma: tres por el Presidente de la República, tres por el Senado, tres por la Corte Suprema entre sus miembros o entre los Fiscales Suplentes, uno por los Colegios de Abogados y uno por las Universidades nacionales.

Artículo 238.- Los jueces del Tribunal constitucional durarán en su cargo nueve años, excepto los designados por el Senado y el Poder Ejecutivo que podrán ser renovados después de un año de iniciado un régimen político emanado de elecciones generales.

Artículo 239.- El cargo de Juez del Tribunal constitucional es incompatible con la función parlamentaria o con el ejercicio de la profesión de abogado.

La ley que organice el Tribunal podrá señalar otras incompatibilidades, así como establecer normas que regulen la renovación de miembros del Tribunal sin alterar lo previsto por el artículo 238.

Artículo 240.- La constitucionalidad de una ley puede ser impugnada por acción popular.

Artículo 241.- Cuando el Tribunal declara la inconstitucionalidad de una norma legal, ésta deja de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la decisión.

Artículo 249.- No puede admitirse recurso de ninguna clase contra las decisiones del Tribunal Constitucional.

Luego el doctor Alfonso Benavides Correa comenzó a la exposición de su ponencia, sobre "Necesidades de elevar a precepto constitucional la obligación de los Jueces y Tribunales de aplicar, bajo responsabilidad, una norma constitucional, en caso de conflicto entre ésta y una norma legal" expresando que: los auténticos demócratas del Perú, de América Latina y del Mundo luchan por el respeto a la "soberanía nacional" de cada Estado componente de la comunidad universal condicionada al ejercicio de la "soberanía interdependiente" en el plano internacional y a la vigencia de la "soberanía popular" en el plano de su vida interna.

Los auténticos demócratas del Mundo anhelan Naciones no sometidas a trato injusto en sus negociaciones económicas ni a sentido colonialista en sus relaciones políticas internacionales; y, en el plano de su vida interna, quieren Gobiernos de Pueblo sin dictadura ni oligarquía.

Para afirmar Gobiernos de Pueblos sin dictadura ni oligarquía es preciso asegurar, en el ámbito nacional del Estado, el ejercicio perfeccionado de las llamadas libertades públicas que reclaman la "democracia política" y la implantación de las técnicas esenciales que, aspiran a realizar la igualdad, exige la "democracia política" y la implantación de las técnicas esenciales que, aspirando a realizar la igualdad, exige la "democracia económica y social".

Sin democracia integral no hay Estado de Derecho ni viceversa. Tampoco hay Estado de Derecho ni democracia integral sin la racionalización del poder y la juridización total de la actividad del Estado. La arbitrariedad jurídica no se concilia con la concepción del Estado de Derecho que es la única dentro de la cual es posible la democracia.

Para que el Estado de Derecho y la democracia existan, la realidad política no debe desfigurar la ordenación constitucional. La Constitución Política del Estado debe dominar el conjunto de las normas jurídicas de la Nación.

Los adversarios del Estado de Derecho suelen exhibir a la "democracia política" y a la "democracia económica y social" en aparente antagonismo o incompatibilidad oponiéndose a la igualdad quienes se dicen defensores de la democracia política y combatiendo a la libertad quienes se proclaman defensores de la democracia económica y social.

A fin de interrumpir esta inaceptable disociación (que, generalmente, ni siquiera permite el predominio temporal de la "democracia política" a expensas de la "democracia económica y social" o de ésta sobre la primera); a fin de hacer nacer una nueva categoría de regímenes en los que, tras un biombo democrático oficial, no se esconda camuflada ninguna autocracia sino se descubra una verdadera estructura democrática es preciso:

1°) Que se refuercen las prerrogativas y capacidad de resistencia de los gobernados;

2°) Que el Estado no sea investido cada día de atribuciones nuevas, como lo persigue la acentuada y suicida tendencia de premunirlo de facultades extraordinarias principalmente en materia de pensamiento, asociación y huelga; y,

3°) Que se debilite el poder de los gobernantes, a quienes se debe privar de aquellas facultades que puedan permitirles corromperse y abusar de su poder.

La debilitación del poder de los gobernantes debe producirse, principalmente, por el empleo de los siguientes procedimientos:

a) División de los Poderes del Estado;

b) Coexistencia libre de Partidos Políticos y Organizaciones Gremiales;

c) Elección periódica de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, revocación del mandato y rendición de cuentas; y,

d) Control jurisdiccional de las leyes.

Un control jurisdiccional completo debe comprender dos grados e implantarse por un conjunto de reglas jurídicas que, de manera precisa, definan las prerrogativas de los gobernantes y las facultades de freno a tales prerrogativas de los organismos judiciales.

Estos dos grados son:

1°) Control de la legalidad de los actos del Poder Ejecutivo, destinado a impedir los abusos del Gobierno con relación a las leyes votadas por el Parlamento; y,

2°) Control de la constitucionalidad de las leyes de manera que se impida al Parlamento violar las disposiciones contenidas en la Constitución.

A partir de la Constitución alemana de la República de Weimar han sido dos los sistemas que se han seguido para el logro de este propósito.

Ha habido quienes han conceptuado indispensable formar organismos especiales de garantía constitucional y quienes han conceptuado que, en lugar de crear una jurisdicción constitucional específica, conviene confiar la cautela de la ordenación jerárquica de las leyes a la jurisdicción ordinaria, al Poder Judicial, por reconocer que nadie más competente que éste para asegurar el control de las reglas del Derecho.

Entre quienes se adscriben a este último sistema hay quienes recomiendan darle al Poder Judicial la facultad de declarar la **anticonstitucionalidad o inconstitucionalidad** de las leyes; y quienes, por considerar así amenazado el principio clásico de la independencia de poderes, únicamente admiten que el Poder Judicial tenga la facultad de declarar la **inaplicabilidad** de las normas ilegales e inconstitucionales.

El control de la constitucionalidad de las leyes y de la legalidad de los actos del Ejecutivo se hace tanto más importante y se convierte en imperativo deber que no puede rehuir el Perú de hoy cuando:

a) Una vez más entra en el juego sucio de los políticos la reparación que se debe al patrimonio y al honor injustamente ofendido del Perú en el vergonzoso affaire de La Brea y Pariñas;

b) Leguleyos claudicantes y venales sostienen el sacrílego sofisma de que la ofensa, cuando se realiza en forma continuada y abusiva durante largo tiempo, se convierte en derecho o ofender; y,

c) Con pasajero beneplácito de quienes no palpitan con la grave emoción de la Patria, aparece aún inconclusa, por no se sabe todavía la interferencia de quien, la **"operación institucional"** que, gallardamente,

inició la Fuera Armada del Perú (representada por el Comando Conjunto y el Ministerio de Guerra) el 10 de febrero último, en la primera y más trascendente batalla constitucionalista sobre la invalidez e ineficacia jurídica del "status" nulo de La Brea y Pariñas y sobre todos los efectos jurídicos, económicos y morales de tal "status" lesivo y nulo por ilegal y anticonstitucional.

Una Nación tiene que respetarse y hacerse respetar minúscula que sea.

A nadie debe agraviar ni con Constitución ni con sus leyes, pero a nadie debe permitirle tampoco que se ponga por encima de ellas.

En seguida, expuso que sometía a la consideración del Fórum, el proyecto de ley que había presentado junto con otros señores diputados, a la Cámara joven, así como el proyecto sustitutorio elaborado por la Comisión respectiva, con el objeto de que el Fórum, si lo estima correcto, como conclusiones a las que ha llegado, podría recomendar su discusión en la indicada Cámara. Dichos textos son, respectivamente los siguientes:

Los diputados por Lima, que suscriben,

CONSIDERANDO:

1°- Que el numeral XXII del Título Preliminar del Código Civil del Perú es una disposición que no tiene similar en otros Códigos Civiles;

2°- Que, por tratarse de un punto perteneciente al Derecho Político, es recogido por las Constituciones de varios países como Austria (140°), Colombia (149°), y (150°), Cuba (40° y 194°), Checoeslovaquia (54°, N° 14), Chile 86°, inc. "a"), Grecia (5°), Irlanda (16°), Rumanía (103°), Uruguay (232° y 234°), y Venezuela (123°);

3°- Que es conveniente que la regla funcione en el Perú, como un derecho y un deber de los jueces y tribunales de vigilar por la supremacía de la Constitución, limitando su actuación a no aplicar la ley o no dar efecto al acto impugnado en el caso particular sobre el que verse la controversia relativa a la constitucionalidad de la una o del otro;

4°- Que el ejercicio de esta facultad por el Poder Judicial no significa que los jueces impongan su criterio sobre la voluntad nacional manifiesta a través de los Poderes Ejecutivo y Legislativo; sino simplemente el desempeño de una función que atañe al Poder Judicial que consiste en resolver los conflictos entre las normas constitucionales y legales que puedan suscitarse;

5°- Que de la exposición de motivos del artículo XXII del Título Preliminar de nuestro Código Civil resulta inequívocamente que, para asegurarse la llamada "superlegalidad constitucional", así como la no aplicación de las Resoluciones, Decretos o Reglamentos del Poder Ejecutivo, en agravio de la Constitución o las leyes, ha sido pensamiento de nuestros más connotados juristas que la declaración de inaplicabilidad de la ley ordinaria, cuando es opuesta a la Carta Política, por manifiesto vicio de fondo o de forma, corresponde no sólo a la Corte Suprema, sino, de oficio, a todos los jueces de la República; y,

6°- Que el fundamento para la prevalencia de una norma constitucional sobre otra simplemente legal consiste en que el régimen jurídico de cada país forma un todo coherente y sistemático a base de una relación de interdependencia jerárquica de las normas que lo integran.

PROPONEN a la consideración de la Cámara el siguiente proyecto de ley como tercero, cuarto y quinto acápite del Art. 227° de la Constitución Política del Estado:

"Si existe conflicto entre una norma constitucional y una legal, los Jueces y Tribunales aplicarán de oficio, bajo responsabilidad, la primera. Los Jueces y Tribunales no aplicarán las Resoluciones, Decretos o Reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier autoridad que sean opuestos a la Constitución o a las leyes".

"Por el mérito de la sentencia ejecutoriada que declare la inaplicabilidad de una ley, Reglamento, Decreto o Resolución, la Corte Suprema de Justicia perseguirá su modificación o derogación en ejercicio del derecho de iniciativa que le confiere el artículo 124°"

"La Corte Suprema, intentará la corrección de los defectos de fondo o de forma de las leyes constitucionales que se encuentren en contradicción con la legitimidad constitucional".

Artículo único.- Adiciónese el artículo 227° de la Constitución Política del Estado los siguientes parágrafos:

"Si existe conflicto entre una norma constitucional y una legal, los Jueces y Tribunales aplicarán de oficio, bajo responsabilidad, la primera. Sus resoluciones en esta materia se elevarán en consulta obligatoria a la Corte Suprema, la que, revisándolas en Sala Plena, decidirá por mayoría de votos.

"Los Jueces y Tribunales no aplicarán las Resoluciones, Decretos o Reglamentos del Poder Ejecutivo, o de cualquier Autoridad, opuestos a la Constitución o a las Leyes. Los Jueces y Tribunales podrán suspender preventivamente el acto administrativo cuando lesione gravemente un derecho.

"Por el mérito de la sentencia ejecutoriada que declare la inaplicabilidad de una Ley, Reglamento, Decreto o Resolución, la Corte Suprema perseguirá su modificación o derogación, en el ejercicio del derecho de iniciativa que le confiere el artículo 124°, mientras tanto no podrá aplicar en forma alguna tal norma.

"La Corte Suprema intentará la corrección de los defectos de fondo o de forma de las leyes constitucionales que se encuentren en contradicción con la legitimidad constitucional".

A continuación se abrió el debate habiendo solicitado la palabra el Dr. Delfín Barrón, quien expresó que en cuanto al primer argumento del Dr. Raúl Ferrero, observaba que incurría en un olvido fundamental, cual es de que la Constitución puede reformarse, y que, lo que la técnica jurídica y el estado de derecho exigen, es que no pueda dictarse una ley que contraríe o rebase los marcos constitucionales, debiendo, en todo caso, si las circunstancias lo hacen necesario, reformarse la Constitución; pero que no era aceptable propiciar la creación de una Corte esencialmente política que pudiera aprobar leyes anticonstitucionales, por juzgar que eran

necesarias dentro del desenvolvimiento social, pues en tal caso no se daba vigencia al principio de constitucionalidad, sino que por el contrario se autorizaba tácitamente su infracción. Manifestó que era preferible derogar el principio, si se consideraba caduco o inadecuado para la evolución actual, pero mientras no se derogase la armonía y la técnica del derecho exigían su cabal cumplimiento y aplicación.

En cuanto al segundo argumento del Dr. Ferrero, consideró que se basaba en el supuesto de que el actual sistema de nombramientos judiciales debía subsistir indefinidamente, lo que no era admisible, pues todos los abogados y nuestro Colegio en especial estaban precisamente unidos en el propósito de obtener una reforma que confiera al Poder Judicial la independencia, y ciertamente no podíamos admitir un argumento basado en la presunción de la inalterabilidad del actual régimen.

En cuanto al tercer argumento, expresó que en su opinión era el de mayor envergadura, pues no podía dejar de considerarse la enseñanza de la legislación comparada; pero estimaba que otros parlamentos del mundo no habían querido otorgarle al Poder Judicial la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, más que por una "razón de razón", por una razón de susceptibilidad, por considerar que en esa forma se colocaban por debajo de otro poder del Estado. Pero una razón de susceptibilidad no es una razón jurídica, y si era admisible en los legisladores, no debía recogerse en el seno de un Fórum de Abogados.

Continuando el Dr. Barrón expresó que era ferviente partidario de la majestad, la independencia y la autoridad del Poder Judicial. Que la crisis esencial de nuestra patria era una crisis de justicia, como lo había expresado el señor Decano Dr. Bustamante en la sesión de instalación, y que para combatir esta crisis no había otro camino que restaurar una auténtica administración de justicia. Ahora bien, uno de los factores que más debilitan, y atentan contra la autonomía e independencia del Poder Judicial son los Tribunales privativos, y la Corte propiciada por el Dr. Ferrero es desgraciadamente también un Tribunal Privativo, de conformación fundamentalmente política.

Para terminar, continuó, voy a referirme muy brevemente, a la ponencia del Dr. Benavides Correa, que proponía un artículo constitucional

que obliga a los jueces a aplicar la disposición constitucional con preferencia a otra norma, en caso de controversia judicial. Luego manifestó que consideraba la proposición como una simple elevación a jerarquía constitucional del dispositivo contenido en el numeral XXII del Título Preliminar del Código Civil, cuyo fracaso ya se ha experimentado, y que no podía estar conforme con este sistema por cuanto ya se había expuesto las razones que le determinaban como partidario de la declaración genérica de inconstitucionalidad de las leyes, concedida al máximo Tribunal de Justicia de la República.

En este estado se levantó la reunión, por lo avanzado de la hora, para continuarse el próximo 31 de los corrientes.

Fórum sobre "Inconstitucionalidad de las leyes"

Miércoles 31 de agosto de 1960

SEGUNDA REUNION

A las 7 de la noche se llevó a cabo la segunda reunión del Fórum sobre inconstitucionalidad de las leyes, habiendo presidido el señor Decano, quien estuvo acompañado del Dr. Laurie Solís.

El señor Decano manifestó que, por impedimento de última hora, se habían excusado de asistir los ponentes, Diputado doctor Mario Alzamora Valdez y Diputado doctor Carlos Balarezo Delta, pero que, en vista de estas lamentables ausencias, creía oportuno aprovechar la reunión para cambiar ideas sobre las ponencias expuestas en la anterior reunión por los doctores Raúl Ferrero Rebagliati y Alfonso Benavides Correa.

Sobre este particular expuso que las posiciones adoptadas por los doctores Ferrero y Benavides no son en realidad contrapuestas y que creía que más bien se complementaban para lograr una acertada reforma constitucional.

Manifestó que, en este problema sobre inconstitucionalidad de las leyes, se distinguen dos cuestiones jurídicas diferentes, a saber:

a) La que estrictamente se denomina de "inaplicabilidad de la ley"; y,

b) La que de una manera más general se conoce como "declaratoria de inconstitucionalidad".

Añadió que, desde luego, todos estamos de acuerdo en que es acertada y procedente la disposición del Título Preliminar del Código Civil que prescribe a los jueces, de manera terminante que, en caso de conflicto entre una norma constitucional y una norma legal, deben dar preferencia a la primera y, por consiguiente, no aplicar la segunda. Este es precisamente -recalcó- el caso típico de inaplicabilidad de la ley por el juez.

Pero agregó que este artículo del Título Preliminar se refiere solamente a los casos de personas particulares que reclaman ante el Poder Judicial por sentirse agraviadas por la violación de una norma constitucional.

Planteado así el problema, explicó que el doctor Benavides Correa propone que el artículo del Título Preliminar del Código Civil debe ser trasladado a la Constitución para dar mayor fuerza o garantía al mandato de que primera la disposición constitucional sobre la disposición legal.

Hasta aquí, indicó, todo esto se refiere a la inaplicabilidad de la ley inconstitucional.

Pero -continuó- surge otra situación muy importante y muy grave. Ella se presenta en muchos casos en estos países jóvenes en que el respeto a la ley no está muy acentuado porque el sistema democrático no se ha constituido firmemente todavía y donde la arbitrariedad, por razones circunstanciales, puede campear en los Poderes Públicos. En dichos países pueden darse casos -y se dan de hecho muchas veces- en que se dictan disposiciones, sea leyes del Parlamento o, más frecuentemente, actos o resoluciones del Poder Ejecutivo, en contradicción con disposiciones constitucionales. En consecuencia, se trata de decretos o resoluciones inconstitucionales o anticonstitucionales.

Aquí entonces -dijo- surge esta pregunta: ¿deben esperar los ciudadanos a que se produzca realmente el caso de aplicación de esos decretos o leyes inconstitucionales para que, como reacción, el particular agraviado tenga que recurrir al Poder Judicial y seguir un juicio para lograr que

su derecho sea reconocido y que se levante la medida tomada contra él inconstitucionalmente? Añadió: ¿no está latente contra todos los asociados el peligro de que esa disposición anticonstitucional -decreto, resolución, ley- sea aplicada a muchísimas personas? ¿Por qué no liberar a la sociedad de esa espada Damocles que consiste en ese decreto, resolución o ley anticonstitucional y obtener un recurso por el cual esa disposición inconstitucional sea derogada o declarada aplicable para que no siga latente como un peligro sobre todos los asociados?

Esta última solución es deseable porque basta que el particular tenga la garantía de la ley y sepa que si se realiza un acto inconstitucional contra él, esa ley garantiza una acción judicial mediante la cual va a conseguirse que sea respaldado o respetado su derecho. Dentro de esta hipótesis, es menester esperar a que se produzca el abuso o sea la aplicación de la disposición inconstitucional para que el particular tenga derecho a reclamar. Pero hay que tener en cuenta que esa disposición inconstitucional puede aplicarse al mismo tiempo a miles de personas. ¿Y por qué esperar que un numeroso grupo de asociados sufra el vejamen cuando puede haber otro recurso legal que evite ese vejamen y que declare oficialmente que esa disposición es anticonstitucional?

Entonces surge el otro camino señalado por el doctor Ferrero Rebagliati: la resolución en vía declarativa sobre la anticonstitucionalidad de las leyes.

Un juez como tal, por la confirmación misma del Poder Judicial, no tiene facultad para hacer pronunciamientos de orden general que trasciendan más allá del derecho privado y del caso particular que se ventila.

Un juez, en consecuencia, no puede realizar esos pronunciamientos. En cambio, el Poder del Estado sí.

Es menester entonces buscar otra fórmula, que figura ya en las Cartas Políticas de varios países, y que consiste en el funcionamiento de "tribunales constitucionales" o "tribunales revisores de cuestiones anticonstitucionales", como sucede en Italia, donde se ha enfocado acertadamente el problema.

En este caso, un tribunal investido de facultades privativas para conocer de esta clase de asuntos, recoge la queja de una persona cualquiera -porque hay acción popular- y estudia esa denuncia en su generalidad. No se refiere al caso particular, sino al problema en general.

Si ese tribunal encuentra que la disposición denunciada es inconstitucional, hace una declaratoria de carácter general; declara que esa disposición es inconstitucional y que, por consiguiente, no puede tener vigencia y manda comunicar esta declaratoria a los Poderes Públicos para que se produzca la derogatoria de la disposición anticonstitucional.

La diferencia está en que en este caso la disposición de la Corte Constitucional tiene alcance general y además previene el mal porque de allí en adelante no se van a poder producir esos casos en que se viole la Constitución.

Esto revela que es necesario que en la estructuración de esa Corte Constitucional haya elementos, personalmente hablando que garanticen una imparcialidad absoluta en el pronunciamiento que han de hacer sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de determinada medida.

Y entonces los tratadistas y los legisladores de diversos países han estudiado la posibilidad de conformar estos tribunales privativos especiales y superiores, con elementos que no sólo tengan alta autoridad moral en el país, tanta como se necesita para declarar la inconstitucionalidad de una ley, sino que por su extracción sean incapaces de llevar al seno de la Corte Constitucional, por simpatía o por razón de afiliación a determinadas instituciones o Poderes, parcializaciones o prejuicios, o inclinarse en favor del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo.

Teóricamente sería de desear que el Tribunal constitucional estuviese integrado por elementos ajenos, al Poder Legislativo, que es el que probablemente dio la ley tildada de inconstitucional, y ajenos también al Poder ejecutivo, que pudo haber dado el decreto inconstitucional.

Precisamente esa es la dificultad: cómo encontrar altos magistrados que puedan realizar esta labor sin conexiones con los Poderes que llamaremos interesados.

Allí ya se divide la técnica legislativa y se dividen las opiniones de los que tratan de solucionar el problema.

Hay quienes sostienen que en estas Cortes constitucionales deben estar representados los tres Poderes del Estado.

En primer lugar, deben ser tribunales multipersonales en los cuales estarían representados los tres Poderes del Estado, porque se sostiene que es necesario que en el seno de estos tribunales haya también elementos de información.

Si se tilda de inconstitucional una disposición legal, es menester -se dice- que haya un legislador que explique a fondo los motivos que impulsaron al Poder Legislativo a dictar esa ley, y de la misma manera al Poder Ejecutivo en lo que respecta al acto administrativo. Y desde luego la presencia de magistrados del Poder Judicial garantizaría la justicia de la resolución porque el magistrado de suyo se supone que es imparcial.

Así es como en algunos países se integran estas Cortes Constitucionales por miembros o altas autoridades del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial.

En general, no hay discrepancia al considerar que estos tribunales no deben estar exclusivamente por miembros del Poder Judicial, aunque ha habido quien ha enunciado esa idea, en el sentido de que se llame únicamente a miembros de la Corte Suprema. La Corte Suprema en Sala Plena constituiría el tribunal constitucional, según ese criterio. Pero desde luego este sistema atentaría contra la igualdad de Poderes porque si se otorga al Poder Judicial la facultad de declarar inconstitucional una ley, en realidad se le está otorgando la facultad de revisar los actos del Poder Legislativo y se rompe la igualdad de los Poderes.

No es, pues inconveniente esta conformación; y entonces se ha pensado en un tribunal mixto con representantes de los tres Poderes, o en un tribunal multipersonal que represente altas instituciones del Estado como las Universidades, los Colegios de Abogados y otras entidades vinculadas por supuesto a la vida del derecho. En fin, éste es un problema secundario. Es el problema de la organización del tribunal constitucional.

Mi propósito ha sido destacar que este problema de la inconstitucionalidad de las leyes y sus soluciones, debe enfocarse desde dos puntos de vista a saber:

a) Como un problema personal individual; b) como un problema social. El problema de la inaplicabilidad de la ley cuando el asunto es llevado por el particular al Poder Judicial; y el problema de la declaración de inconstitucionalidad de la ley cuando un miembro de la Sociedad denuncia el carácter de una ley como inconstitucional y demanda que se dé una resolución de carácter general para que no sea permitido aplicar esa ley violatoria en ningún caso.

Y enfocada la cuestión en este doble aspecto me parece, repitiendo lo que he dicho, que en el fondo tienen razón los 2 ponentes.

Desde el punto de vista del derecho privado, en el problema de la inaplicabilidad de las leyes, sería útil que el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil sobre la obligación de los jueces de hacer primar la ley constitucional sobre la ley corriente, se traslade al texto de la Constitución para darle mayor énfasis.

Pero también sería muy interesante que se estudie por maestros legisladores la conveniencia de introducir en nuestro régimen jurídico algún precepto de carácter general que contemple la posibilidad de crear un tribunal especial que garantice la posibilidad de obtener la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, decretos o resoluciones cuyo texto viole disposiciones constitucionales, a fin de que el vejamen que la aplicación de éstas produjese en el derecho privado, no se repita indefinidamente ni haya necesidad de que se multipliquen los juicios individuales ante el Poder Judicial para reclamar de la aplicación de esa disposición inconstitucional, que de una sola plumada podría quedar derogada.

El señor Decano finalizó su exposición calificándola como un aporte a este Fórum.

A continuación, se invitó a los asistentes a exponer sus puntos de vista sobre el particular.

El Dr. Ugolotti indicó que los argumentos expuestos por el Dr. Ferrero y los antecedentes de otros países de gran desarrollo jurídico, que él cita y también el señor Decano hacen atractiva la sugerencia de un Tribunal Especial que podría organizarse como organismo vigilante de la marcha constitucional y a quien compitiera la declaración de inconstitucionalidad, temo mucho que, por tratarse de una innovación en nuestro ordenamiento jurídico, no aclimatada a nuestro idiosincrasia política, a la postre, llegaría a ser otro Cuerpo burocrático sin la independencia, invulnerabilidad y coraje indispensables, para encauzar al Poder desorbitado con el freno de la declaratoria de inconstitucionalidad. Por esto, me inclino más a la tesis sostenida por el colega Benavides no sólo por no innovar en cuanto al organismo llamado a efectuar la declaratoria, sino también porque aprovecha los antecedentes jurídicos de nuestra realidad y la experiencia tenida en la aplicación de los principios que tanto en la Constitución vigente como en el Código Civil existen y que enmarcan el camino de la no aplicación de las leyes inconstitucionales. El Dr. Benavides plantea la reforma de ciertos artículos constitucionales a efecto de hacer más clara y precisa, más ineludible la facultad del Poder Judicial para declarar la inaplicabilidad de las leyes contrarias a la Constitución o inconstitucionales.

Quiero informar a este Fórum que, en el Primer Congreso Nacional de Abogados, reunido en estos mismos salones, en 1955, presenté una ponencia intitulada "El abogado y la defensa del orden jurídico", que, mereció ser aprobada por la Comisión correspondiente y en el Plenario.

En esta ponencia sostenía que en la legislación vigente se encuentras normas que permiten solicitar y obtener del Poder Judicial, y por consiguiente en la última instancia de la Corte Suprema, la no aplicabilidad de una ley por inconstitucional; porque si bien el artículo 133 de la Constitución no se refiere a leyes sino a decretos y resoluciones gubernativas, el Código Civil en los artículos XXII y XXIII de su Título Preliminar, obligan a los jueces a preferir al dispositivo constitucional y a no dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley.

Voy a leer algunos párrafos de este trabajo:

"Poderes y ciudadanía, personas jurídicas y naturales, todos, por igual, son sujetos de derechos y obligaciones y están obligados, por tanto,

a enmarcar sus actividades públicas y privadas, con plena libertad, pero dentro de los límites preestablecidos por la organización jurídica de la Nación. De este modo, la vida en derecho, de gobernantes y gobernados, es lo que determina al orden público, vale decir, la vida jurídica de la Nación.

Mas, la Nación no puede vivir jurídicamente cuando alguien rompe este orden público. Cuando quien lo quebranta es un individuo o institución de derecho privado, los Poderes constituidos cuentan con los medios legales adecuados para restablecerlo. Mas, cuando este orden público es quebrantado por los propios Poderes o por alguno de ellos, el ciudadano debiera contar, igualmente, con los medios legales necesarios para obligar a ese Poder o Poderes a enmarcar sus funciones dentro de la Ley.

El problema deviene, entonces, una cuestión constitucional. La ley que rige la órbita de acción y las facultades de los Poderes Públicos es la Carta Magna. Cuando uno de los Poderes se extralimita está quebrantado el orden público, está desordenando la vida jurídica de la Nación y, en consecuencia, está violando la Constitución del Estado, rebasando los marcos de acción prefijados.

Tan revolvedor o subversivo es el Poder o el jefe o miembro de él que rompe el orden público desde arriba como quien lo hace desde abajo y la ciudadanía debe contar con adecuados medios legales que hagan innecesario la conspiración y el golpe de Estado, como recurso de restablecer el orden jurídico.

La Constitución vigente, en su artículo 133, reconoce el derecho de acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos, resoluciones y decretos gubernativos que infrinjan la Constitución o las leyes.

No obstante ser este artículo incompleto porque no se refiere a las leyes inconstitucionales, encontramos en el Código Civil, en su Título Preliminar, parágrafo XXII el enunciado sustantivo de que cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera. El vacío del artículo 133 queda así salvado".

Como se ve, aun cuando es incompleta y defectuosa esta disposición de la Carta Política sobre inconstitucionalidad y sobre el procedimiento

judicial a seguirse, se encuentran, en cambio, otras disposiciones, en la legislación vigente, que dan las pautas complementarias. Más que dispositivos legales puede decirse que han faltado ciudadanos, jueces o juristas con suficiente afán cívico y amor al derecho para librar, con altura, desinterés y entereza, las peligrosas, pero enaltecedoras, batallas por el orden público, vale decir por la vida jurídica de la Nación.

En la República de Panamá, pequeña República hermana, que apenas tiene menos de la mitad de vida independiente que la nuestra, la disposición constitucional es más completa y el procedimiento más regulado. Cualquier persona y en cualquier momento que lo desea, puede solicitar de los Tribunales de Justicia, la inexequibilidad de una disposición legal por inconstitucional.

Se puede apreciar por los párrafos leídos de aquella ponencia que mientras en la Constitución panameña hay un claro dispositivo que faculta a la Corte Suprema a declarar la inconstitucionalidad o inexequibilidad ya no sólo de las leyes sino hasta de los proyectos, en el Perú hay que recurrir al Código Civil para encontrar una disposición protectora, sin respaldo expreso en dispositivo constitucional y es por esto que el país ha venido observando las excusas, las vacilaciones y las dudas de sus magistrados para declarar inaplicables las leyes contrarias a la Constitución, principalmente cuando éstas han tenido un sentido político y una clara intención persecutoria.

También se puede apreciar, por los párrafos leídos de esa ponencia, aprobada por el Primer Congreso Nacional de Abogados hace 5 años que, hasta ahora no se ha logrado aún incorporar a la Constitución un dispositivo claro y terminante sobre el particular y es por esto, señor Decano, que intervengo en este Fórum, para solicitar a nuestro Colegio de Abogados que envíe, sin más demora la iniciativa correspondiente o respalde la que estuviera ya cursándose en el Parlamento que pudiera ser aceptable por el Colegio para su pronta discusión y aprobación, ya que tratándose de una reforma constitucional o de una adición a la Carta Política se requiere la aprobación en dos Legislaturas ordinarias. Si no se hiciera así temo mucho que pasen otros tantos años, como los 5 transcurridos desde que presentara esa ponencia al Primer Congreso de Abogados y tenga todavía que venir a intervenir, otra vez, como lo estoy haciendo ahora.

Por esta razón me permito proponer al Fórum acordar que el Colegio de Abogados envíe a las Cámaras Legislativas la sugerencia que crea más viable para que se incorpore a nuestra Constitución la mejor iniciativa sobre el particular.

Finalmente, debo exponer aquí que no sólo son las leyes las que pueden ser inconstitucionales, sino también las resoluciones judiciales o más propiamente las Ejecutorias supremas y es por esto que es necesario que su inconstitucionalidad esté también considerada en la reforma constitucional que se proponga.

El Dr. Félix Cruzat Alegre manifestó que había podido captar que se propone la creación de una Corte análoga a la que funciona en Italia.

Sin desmerecer la importancia del aporte del derecho comparado, destacó la necesidad de estudiar nuestra realidad nacional, comprendiendo los aspectos jurídicos, social, económico y político recalcando este último porque es la política la que subordina todo en este país y también a los demás países latinoamericanos.

En lo que respecta a conceder al Poder Judicial la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, expresó que, si bien nuestra Corte Suprema no actuó eficientemente frente a las leyes especiales, en realidad es porque carece de independencia para actuar, como se puede apreciar por la lectura de los artículos 222 y 223 de la Constitución. Sus nombramientos dependen del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo.

El Dr. Cruzat aclaró que no fue esa su intención, ya que su propuesta tiende a que debe hacerse un estudio integral del problema y como tal en el campo moral, pero jamás a que el Fórum los resuelva todos.

El Dr. Ugolotti discrepó con el planteamiento de que a la falta de independencia del Poder Judicial ese debía la mala aplicación de las leyes, pues tal independencia existe en la Corte Suprema que no depende de ninguno de los otros Poderes y que la causa era más honda, llegaba al Juez magistrado mismo, como hombre.

El Dr. Ugolotti indicó que se trataba de una cuestión de buen criterio y rectitud moral y que había que poner las instituciones constitucionales al

margen de estas cosas chicas y personales para que a conciencia se pusiera siempre en defensa del orden jurídico.

El doctor Elmore se pronunció en contra de la propuesta del doctor Ferrero, relativa al tribunal de los siete jueces como hubo hasta 1960, y propugnó que la Corte Suprema sea la que declara la inconstitucionalidad de las leyes.

Reconoció que tales facultades aumentarían su poder sobre los otros restantes, pero prefirió emprender este ensayo y luego comprobar su bondad o fracaso.

El doctor Laurie Solís sostuvo que, en este Fórum, que tiene por objeto mantener la legalidad y el estado de derecho como uno de los requisitos indispensables de la democracia que felizmente se está reorganizando nuevamente en el país, se ha planteado tres ponencias para ver la forma de garantizar la constitucionalidad.

Una de ellas es la del doctor Benavides Correa, que me parece la más simple y a la cual voy a adherirme en el sentido de que si bien como dice el doctor Ugolotti con bastante razón existe esta facultad en el Poder Judicial, de no aplicar las leyes o disposiciones anticonstitucionales, puesto que en cualquier contención los jueces tienen la facultad de escoger la ley que prime y deben aplicar la ley conforme con la constitución sobre lo que esté en contra.

Expuso que es cierto que el Poder Judicial no ejercita esta facultad que aparece en el Código Civil por considerar que no existe la norma procesal.

Por eso consideró muy importante la dación de un dispositivo constitucional que expresamente obligue a los jueces a declarar la inaplicabilidad de la disposición inconstitucional. Sobre esta afirmación expresó su creencia de que todos los abogados estaban de acuerdo y que por ello debe convertirse en una conclusión del Fórum, debiendo hacerse ambiente para que la Constitución se reforme disponiendo que los jueces obligadamente declaren inaplicable la ley inconstitucional.

Frente a la ponencia del doctor Benavides Correa, expuso que se había presentado la del doctor Ferrero Rebagliati, quien encarga la facultad

de declarar la inconstitucionalidad de la ley, no a la Corte Suprema, a la que considera de carácter conservador, sino a un nuevo organismo denominado "Tribunal de Garantía Constitucional", semejante a la que propugna el doctor Balarezo Delta. Informó que el doctor Alzamora Valdez, en cambio, está de acuerdo con la tesis del doctor Benavides Correa.

Para el doctor Ferrero el Poder Judicial es un elemento conservador que frenaría el progreso de las leyes, sobre todo las de carácter social, que podrían ser calificadas de inconstitucionales.

El doctor Laurie Solís refutó esta posición y afirmó que, por el contrario, el Poder Judicial ha reconocido nuevos derechos a los trabajadores, como la indemnización a los obreros, antes de que hubiera ley.

Añadió que la finalidad es garantizar la Constitución y los derechos fundamentales humanos como el habeas corpus que constantemente se pondrían en peligro por disposiciones inconstitucionales de un gobierno autoritario, aunque funcionara un organismo como el que propugna el doctor Ferrero.

Expresó su idea de la necesidad indispensable de dar esa facultad en forma expresa por la Constitución y que por ello era contrario al temperamento del doctor Ferrero.

Continuando con su examen del Tribunal de Garantías Constitucionales, el doctor Laurie Solís encontró otro inconveniente al considerar que se crearía un nuevo organismo por encima de los tres poderes.

Otro inconveniente -añadió- es encontrar el personal adecuado e independiente.

Acerca de esta organización del nuevo tribunal, el doctor Laurie Solís recordó que el doctor Ferrero propuso tres representantes del Poder Legislativo y tres representantes del Poder Ejecutivo sobre un total de once miembros, lo cual le aseguraría el órgano del cual emane la disposición inconstitucional, una mayoría de seis sobre cinco, que permitiría la ratificación de esa disposición contraria a la Constitución.

Concedió que quizás el inconveniente para el funcionamiento de este tribunal es que el país no está aún lo suficiente cuajado, y que, en consecuencia, habría que hacer ambiente favorable. Dejó aclarado que no es, por tanto, contrario a este tribunal. Sólo que no cree factible su establecimiento.

Propuso luego que debería hacerse ambiente para la reforma constitucional respectiva y en todo caso apoyar el proyecto que comenzó a debatirse en la Cámara de Diputados, con dictamen favorable de la Comisión dictaminadora, y que actualmente está suspendido ese debate.

En tercer lugar, indicó que el señor Decano, ilustre jurista, ha expuesto ideas al respecto que particularmente representan una tercera tendencia: la no incompatibilidad de las posiciones de los doctores Ferrero y Benavides Correa, aunque el primero de estos ponentes puso de manifiesto que eran opuestas.

El doctor Laurie Solís estuvo de acuerdo con el doctor Bustamante de que no hay tal incompatibilidad y en cuanto a dichas ponencias afirmó que mientras es más factible del Dr. Benavides, aún está en gestación en la conciencia nacional la del Dr. Ferrero.

Por otro lado, prosiguió, la creación de un Tribunal de Garantías Constitucionales podría frenar al Poder Judicial en esa facultad que queremos darle, ya que tendría que esperar la declaratoria de ese tribunal y mientras ella no se produzca, tendría que aplicar la disposición inconstitucional.

El doctor Chávarri partió de la doble apreciación del problema: inaplicabilidad de la disposición constitucional y declaración de inconstitucionalidad.

En cuanto al primer aspecto, se refirió al art. XXII del Título Preliminar del Código Civil y al hecho de que un distinguido diputado nacional, autor de un proyecto sobre este problema, con dictamen favorable, le consultara estos aspectos. Según dicho proyecto se adicionaría al art. XXII la obligación de los jueces de todas las jerarquías de declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones violatorias de la Constitución, no aplicándolas de segunda instancia deberán elevar en consulta estas

resoluciones. Esta obligación se fundamenta en la necesidad de buscar la unidad de la jurisprudencia. Además, este artículo XXII sería trasladado a la Carta Política. Los derechos así protegidos serían no sólo los civiles sino los de toda clase. El habeas corpus se invocaría contra toda inobservancia de las disposiciones legales o contra disposiciones legales inconstitucionales.

Esta dijo es su solución para resolver el problema de la inaplicabilidad de las leyes dentro de los conceptos conocidos del derecho constitucional y de la organización política y funcional de los Poderes Públicos.

Por lo que hace al problema de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes y decretos y resoluciones, se refirió al artículo 133 de nuestra Constitución, manifestando que hay necesidad de aplicarlo a las leyes y el establecimiento del procedimiento para ejercitar la acción popular.

Añadió que la responsabilidad de formar ambiente para estas reformas y la presentación de los respectivos proyectos a las Universidades, Colegios de Abogados, etc.

En cuanto a la acción popular para denunciar la inconstitucionalidad, dijo que quizás podría encomendarse su ejercicio obligatoriamente al Ministerio Fiscal, en cualquiera de sus categorías.

El señor Decano anunció que el Fórum continuará el próximo miércoles, renovando la invitación a los ponentes doctor Alzamora y Balarezo, así como gestionar el envío de copias de los proyectos de ley a que se ha referido el doctor Ugolotti.

En este estado se levantó la reunión.

Eran las 9 de la noche.

Raúl Ferrero Rebagliati: precursor de un Tribunal Constitucional para el Perú*

Augusto Ferrero Costa**

Queremos iniciar este breve discurso de orden en el Vigésimo Cuarto Aniversario del Tribunal Constitucional como su vicepresidente, agradeciendo a nuestra presidenta la doctora Marianella Ledesma Narváez el haberme dado este honroso encargo, siendo el magistrado menos antiguo.

Otra efeméride indisolublemente unida a la que hoy celebramos está referida a la conmemoración de los cuarenta años del Tribunal Constitucional en el ordenamiento jurídico peruano.

Este órgano, introducido en la Constitución de 1979 bajo el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales, entró en vigencia el año siguiente, al instalarse el Gobierno constitucional.

Es por todos conocido que debemos al distinguido hombre de leyes y político Javier Valle-Riestra, miembro de la Asamblea Constituyente, que aprobó la Constitución de 1979, la llegada al Perú de esta corte inspirada en el Tribunal que planteó Kelsen para la Constitución austríaca de 1920. Su implantación en nuestro país tuvo la expectativa de instaurar un sistema más efectivo de control de la constitucionalidad.

Antes de esta Constituyente, es posible rastrear el interés de la academia por un Tribunal Constitucional para el Perú. Al efecto, quiero

---

* Discurso pronunciado en el Vigésimo Cuarto Aniversario del Tribunal Constitucional del Perú; Lima 24 de junio de 2020.

** Vicepresidente del Tribunal Constitucional.

referirme al fórum sobre "Inconstitucionalidad de las leyes" organizado por el Colegio de Abogados de Lima el 24 de agosto de 1960, bajo la presidencia de su decano el doctor José Luis Bustamante y Rivero, notable jurista que fue presidente constitucional de la República, con la concurrencia de los miembros de la directiva del Colegio y numeroso grupo de abogados[1].

Allí, el doctor Raúl Ferrero Rebagliati, mi padre, sustentó una ponencia en la que planteó la necesidad de reformar la Constitución de 1933 entonces vigente, a fin de implantar una corte especializada, que él denominó Tribunal Constitucional[2].

Reseñaba, en primer término, la doctrina norteamericana de revisión judicial de constitucionalidad de las leyes, construida y fundamentada por el juez John Marshall, presidente de la Corte Suprema Federal, en el caso Marbury v. Madison de 1803[3].

Agregaba que en América eran numerosos los países que, influidos por el ejemplo estadounidense, reconocían al Poder Judicial la atribución de revisar la constitucionalidad de las normas[4]. Sin embargo, advertía que "la corriente moderna es otra en el ámbito del Derecho Constitucional […], [pues] las constituciones más recientes atribuyen la revisión de la constitucionalidad de las leyes a una Alta Corte, integrada por representantes de los poderes legislativos y ejecutivo, como en Francia, o por delegados de los tres poderes, como en Italia"[5].

Llegado el punto de decantarse entre el control constitucional por el Poder Judicial o por un órgano especial, nuestro egregio profesor universitario nos dijo que este último parecía más aconsejable para el Perú,

---

[1] Colegio de Abogados de Lima, *Fórum sobre "Inconstitucionalidad de las leyes"*, en "Revista del Foro" 3 (1960), p. 77.

[2] Cfr. también: Ferrero Rebagliati, Raúl, *El control de la constitucionalidad de las leyes*, en "Revista Jurídica del Perú" III (1960), pp. 87-91.

[3] Cfr. Id., p. 88.

[4] Cfr. Id., p. 90;

[5] Colegio de Abogados de Lima, *Fórum*…, cit., p. 78.

pues "si bien los jueces reúnen las ventajas de su preparación jurídica es conveniente mantener su alejamiento de la política"[6].

En efecto, el autor de innumerables ensayos constitucionales compilados en su libro *Ciencia Política, Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, consideraba que encargar el control de la constitucionalidad al Poder Judicial entrañaba el riesgo de politizarlo, perturbando su noble tarea de administrar justicia. Decía el preclaro jurista que más tarde fue decano del Colegio de Abogados de Lima: "Si se atribuyera a la Corte Suprema la función de controlar la constitucionalidad de las leyes en la aplicación de una norma al caso subjudice, se estaría forzando al poder público, por gravitación política inevitable, a interesarse en el nombramiento de los magistrados"[7].

Nuestro connotado constitucionalista concluía su ponencia con una propuesta de reforma de la Constitución de 1933, a fin de introducir en siete artículos el Tribunal Constitucional, con su función, composición y los efectos de sus decisiones[8].

La propuesta señalaba que el Tribunal Constitucional debía encargarse de cuidar que las leyes no contradigan la Constitución. El Tribunal que planteaba nuestro destacado hombre de Derecho –quien más adelante fue presidente del Consejo de Ministros, ministro de Relaciones Exteriores, y de Hacienda y Comercio– se componía de once jueces designados de la siguiente forma: tres por el Presidente de la República, tres por el Senado, tres por la Corte Suprema entre sus miembros, uno por los colegios de abogados y uno por las universidades nacionales; por un período de nueve años.

El ilustre pensador proponía que la "constitucionalidad de una ley puede ser impugnada por acción popular"[9], es decir, por cualquier ciudadano, como prevé actualmente la Constitución colombiana de 1991[10], a

---

[6] Ferrero Rebagliati, Raúl, *El control*…, cit., p. 91.

[7] Colegio de Abogados de Lima, *Fórum*…, cit., p. 78.

[8] Cfr. Id., pp. 83-84; Ferrero Rebagliati, Raúl, *El control*…, cit., p. 91.

[9] Ferrero Rebagliati, Raúl, *El control*…, cit., p. 91.

[10] Cfr. Constitución Política del Colombia, artículo 241, inciso 4.

diferencia de nuestra Constitución en la que solo determinados sujetos tienen legitimidad para plantear el proceso de inconstitucionalidad[11].

Los efectos que da el eminente tratadista a la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una ley, son los propios del modelo kelseniano: la ley es anulada o abrogada, con efectos generales. Así, nos dice que "cuando el Tribunal declara la inconstitucionalidad de una norma legal, ésta deja de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la decisión"[12].

Nuestro emérito ensayista tiene también muy claro el carácter de supremo intérprete de la Constitución que debe ostentar este Tribunal, cuando en su propuesta señala: "no puede admitirse recurso de ninguna clase contra las decisiones del Tribunal Constitucional"[13]. Como dijo el juez Robert H. Jackson, refiriéndose al control final de la Corte Suprema norteamericana, pero que bien puede aplicarse a un Tribunal Constitucional: "No somos los últimos por ser infalibles, pero somos infalibles por ser los últimos"[14].

Finalmente, quisiéramos destacar que nuestro precursor nos alerta del riesgo de que el juez de la Constitución caiga en el llamado "activismo judicial". Hay unos márgenes de interpretación de la Constitución, pero también hay unos límites fijados por ella, que el juez no puede transgredir decidiendo una cuestión jurídica de acuerdo con sus opiniones[15]. Sin caer en el formalismo, la magistratura constitucional debe ser garante de la Constitución, no su autora.

En tal sentido, nos dirá que para que la jurisdicción constitucional no represente "una usurpación de poderes o un instrumento de los intereses privados […], se precisa que la estimativa jurisprudencial se ciña [a que]

---

[11] Cfr. Constitución Política del Perú, artículo 203.

[12] Ferrero Rebagliati, Raúl, *El control*…, cit., p. 91.

[13] Ibídem.

[14] La traducción es nuestra: "We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final" (*Brown v. Allen*, 344 U.S. 443 [1953]).

[15] Cfr. Atienza, Manuel, *Siete tesis sobre el activismo judicial*. Disponible en https://dfddip.ua.es/es/documentos/siete-tesis-sobre-el-activismo judicial.pdf?-noCache=1540204326938 (Consulta: 13-VI-2020).

la incompatibilidad entre la ley y la norma constitucional sea manifiesta, en cuanto a la letra y en cuanto al espíritu de la Carta Fundamental. Si la oposición no fuera evidente, [la magistratura constitucional] debe respetar la decisión legislativa, a fin de no incurrir en un exceso de control que [le] llevaría a […] a ejercer el gobierno de un modo indirecto"[16].

Nuestro citado politólogo recuerda el activismo judicial presente en las palabras del juez Hughes, quien fue presidente de la Corte Suprema norteamericana, cuando declaró: "Vivimos bajo una Constitución; pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es"[17]. Frente a ello, nos recuerda que el juez Stone ha enunciado la crítica con toda sinceridad y altura, cuando ha dicho: "Mientras que el ejercicio inconstitucional del poder por las ramas legislativas y ejecutivas del Gobierno está sujeto a la revisión judicial, el único freno a nuestro ejercicio del poder es nuestro propio sentido de autolimitación"[18].

Quisiera concluir mi intervención con palabras de Ferrero Rebagliati que expresan lo esencial de un Tribunal Constitucional y de sus magistrados, y que esperamos sirva de lección al Congreso que debe elegir próximamente a seis de sus integrantes: "Se ganaría enormemente –nos dice– con la integración de una Corte de Garantías, pero a condición de que sus miembros sean elegidos entre juristas de profunda formación y de una alta tensión ética. He ahí la raíz del problema: integrar una verdadera élite, a la que sólo se llega por una tradición de cultura, por un incesante desprendimiento, por el valor de rehuir lo fácil y adherir a los valores eternos"[19].

El pensamiento expuesto es el que me llevó a aceptar mi nominación a este Tribunal, la misma que obtuvo 100 votos en el Congreso de la República hace dos años y medio, y que hoy me permite ejercer la magistratura constitucional. Y mi hermano Raúl sigue esta misma línea en la cátedra de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos como Profesor Emérito, distinción que también obtuvo quien les habla, a mucha honra, hace 30 años.

---

[16] Colegio de Abogados de Lima, *Fórum*…, cit., p. 80.

[17] Ferrero Rebagliati, Raúl, *El control*…, cit., p. 88.

[18] Id., p. 89.

[19] Colegio de Abogados de Lima, *Fórum*…, cit., p. 79.

RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

El estado de cosas inconstitucional

Luis Sáenz Dávalos
Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional en la Academia de la Magistratura. Secretario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Título	:	El estado de cosas inconstitucional
Autora	:	Melissa Fiorella Díaz Cabrera
Editorial	:	Fondo Editorial de la Universidad Privada Antenor Orrego
Año	:	2019

El Estado de cosas inconstitucional tal y cual hoy en día lo conocemos responde a la necesidad de otorgar una respuesta jurisprudencial en clave objetiva, más que a la circunstancia de por si rutinaria, de encarar un reclamo desde una perspectiva rigurosamente subjetiva.

En efecto, allí donde se aprecia que una conducta inconstitucional no sólo produce efectos nocivos sobre aquella persona que reclama por la defensa de sus derechos, sino que la misma se cierne sobre un amplio espectro de personas que por diversas razones pueden no haber recurrido o haberlo hecho en diversos estadíos temporales, el estado de cosas inconstitucional permite lograr que la justicia responda en forma simultánea a la luz de un enfoque mucho más integral con el que el juzgador entiende viene siendo afectada la Constitución o alguno de sus derechos.

En otras palabras, el estado de cosas inconstitucional busca que el tradicional enfoque o análisis de la llamada conducta inconstitucional atienda, no a la lesividad que refleje a propósito de aquella persona que ocasionalmente oficia como demandante, sino al impacto de la citada conducta en relación con lo que pueda representar un auténtico colectivo. De esta forma se rompe pues la tradicional finalidad de los

procesos de tutela enfocada en función de un interés meramente individual, para pasar a ser sustituida por uno de carácter definitivamente social.

Cabe también puntualizar que lo que se persigue con esta institución, no sólo consiste en vislumbrar el reclamo como una situación pluriofensiva, sino como la posibilidad de que la justicia abarate los costos haciendo innecesario un tránsito procesal allí donde resulta evidente que la respuesta habrá de ser una sola para todos los supuestos de afectación dada la manifiesta identidad entre los mismos.

Ya no estamos pues y es necesario decirlo, ante una justicia que repara en el interés particular, sino en una que se anticipa decididamente a la naturaleza de los hechos y que de manera previsora busca solucionar los casos sin necesidad de condenar a los afectados a una larga e innecesaria estación de reclamo. Con ello en buena cuenta queda evidenciada la ratificación de uno de los principios básicos del procesalismo moderno, como lo es sin duda, el de economía procesal.

Factor adicional y no por ello menos importante, es el constatar que esta figura apunta hacía una severa llamada atención al Estado a fin de que dispense tratamiento a determinados problemas de repercusión general. En buena cuenta, es pues una forma elegante, pero también decidida de hacerle ver a los poderes públicos, en que vienen fallando y que tipos de respuesta deben ser dispensadas en el futuro en relación con los problemas detectados por la jurisdicción constitucional.

Aunque han existido voces que han reclamado una excesiva dosis de activismo en el estado de cosas inconstitucional y una manera de romper con principios clásicos del procedimentalismo tradicional (el principio de congruencia procesal por ejemplo), su utilidad práctica ha pesado mucho más a la par que la franca demostración de porque se hace distinto el proceso constitucional de la hoja de ruta que caracteriza al proceso rigurosamente ordinario.

Siendo como sin duda es una figura jurisprudencial de suma importancia y en la que los roles del juez constitucional se muestran en toda su potencia, no deja de sorprender que hayan sido hasta la fecha muy escasos los estudios dedicados al tema, por lo menos en nuestro medio local.

En este contexto complace de sobremanera la aparición de un trabajo orgánico y de perspectiva crítica como el que nos ofrece la joven profesora trujillana Melissa Díaz Cabrera en relación con el estado de cosas inconstitucional. A Melissa hemos tenido el gusto de conocerla gracias a sus participaciones en diversos eventos académicos en los que hemos coincidido y en los que rutinariamente ha sabido exponer con solvencia diversos tópicos de nuestra temática constitucional y procesal constitucional.

El trabajo que se nos ofrece y del que aquí queremos dar cuenta de forma muy sumaria, analiza la institución del estado de cosas inconstitucional desde sus antecedentes en la casuística norteamericana hasta su desarrollo y consolidación en la jurisprudencia colombiana.

Como era de esperar se presta especial atención a su recepción en nuestro medio a partir de la emblemática sentencia recaída en el Exp. N° 2579-2003-HD/TC (Caso: Julia Arellano Serquén) y su posterior ratificación mediante ejecutorias como las emitidas en el Exp. N° 3149-2004-AC/TC (Caso: Gloria Yarlequé Torrés), el Exp. N° 6626-2006-PA/TC (Caso: Importadora y Exportadora A.S. S.C.R.L.), el Exp. N° 5561-2007-PA/TC (Caso: Oficina de Normalización Previsional), el Exp. N° 0017-2008-PI/TC (Caso: Cinco Mil Ciudadanos), el Exp. N° 3426-2008-PHC/TC (Caso: Pedro Marroquin Bravo), el Exp. N° 1722-2011-PA/TC (Caso: Félix Ore Huaman), el Exp. N° 1126-2012-PA/TC (Caso: Dogner Lizith Díaz Chiscul), el Exp. N° 2744-2015-PA/TC (Caso: Jesús de Mesquita Oliviera y otros), el Exp. N° 853-2015-PA/TC (Caso: Marleni Cieza Fernandez y otra), el Exp. N° 4539-2012-PA/TC (Caso: Sindicato de Trabajadores Tributarios y Aduaneros), el Exp. N° 889-2017-PA/TC (Caso: María Antonia Díaz Cáceres), el Exp. N° 799-2014-PA/TC (Caso: Mario Eulogio Flores Callo), el Exp. N° 0009-2015-AI/TC (Caso: Asociación Nacional de Pensionistas Policial Militar (Seis mil registros válidos de adherentes por RENIEC), entre otras.

Aunque de la glosa de los citados pronunciamientos, se puede verificar que el Colegiado no solo ha recurrido al estado de cosas inconstitucional en el ámbito de los procesos de tutela de derechos, sino que incluso lo ha perfilado dentro de procesos constitucionales propiamente orgánicos, queda claro que su propósito desborda la órbita estrictamente personal, colocándose como ya se ha visto en un esquema de vertientes objetivas o

lo que es lo mismo, de perspectivas decididamente aperturistas. Tal vez en este sentido nos grafique una manera de ir acercando de a pocos la lógica que inspira a todos los instrumentos de defensa de la Constitución, y que en último término, no es otra que de garantizar la fortaleza del principio de supremacía y de los contenidos que la justifican.

Saludamos la presente publicación fruto de concienzudas reflexiones y horas de trabajo por parte de su autora a quien a título personal felicitamos a la par que hacemos votos porque la misma sea el punto de partida de futuros aportes en otros tantos institutos de nuestra dogmática constitucional y procesal constitucional.

Luz Jarrín de Peñaloza
Derecho de Alimentos

María Candelaria Quispe Ponce
Investigadora del Grupo de Investigación sobre Derecho y la Justicia de la Universidad Carlos III de Madrid

Título	:	Derecho de alimentos
Autora	:	Luz Jarrín de Peñaloza
Editorial	:	Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional
Año	:	2019

De acuerdo con la información suministrada por el **Instituto Nacional Penitenciario (Inpe)**, hacia el año 2017, los establecimientos penitenciarios del Perú albergaban alrededor de 2171 internos por el delito de omisión de asistencia familiar. Cifra que, hacia noviembre de 2019, se habría incrementado considerablemente hasta 2918[1]. Este elevado número de personas recluidas, por el delito tipificado en el artículo 149 del Código Penal, no sólo agrava las condiciones críticas de hacinamiento, por las que atraviesa el Sistema Nacional Penitenciario –actualmente declarado en emergencia– sino, lo más grave aún, es que no consigue que estas personas, en condición de reclusión, cumplan con las obligaciones alimentarias para con sus hijos y/o hijas.

Con el objetivo de aminorar esta problemática, es decir, disminuir la sobrepoblación en los establecimientos penitenciarios y promover el pago de la reparación civil y la deuda alimentaria, el 9 de enero del año en curso fue emitido el Decreto de Urgencia Nº 008-2020[2]. Esta

[1] Instituto Nacional Penitenciario, *Informe estadístico noviembre - 2019,* p. 33. Disponible en: shorturl.at/gozFM

[2] Decreto de Urgencia Nº 008-2020, *Diario Oficial El Peruano,* 9 de enero de 2020. Disponible en: shorturl.at/ezKN7

disposición normativa, prescribe que la pena privativa de libertad de una persona condenada por el delito de omisión de asistencia familiar puede convertirse automáticamente en una pena alternativa, si certifica ante el juez el pago íntegro de la reparación civil y de la deuda alimenticia acumulada hasta el momento en que solicita la conversión.

El incumplimiento de la obligación alimentaria es un problema de larga data en el Perú. Su configuración como delito fue instaurado en el año 1962, mediante Ley N.° 13906 «Ley de abandono de familia», actualmente derogada. No obstante, el debate sobre su penalización se habría iniciado mucho antes. Una de las figuras centrales en esta disputa fue Luz Jarrín, que en el año 1952, esto es, una década antes de la promulgación de la «Ley de abandono de familia», sustenta su tesis de grado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, bajo el título «Derecho de alimentos», trabajo en el que se ocupa acuciosamente del tema.

En «Derecho de alimentos», obra recientemente publicada por el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, en su «Colección Mujeres Juristas», la abogada Luz Jarrín realiza un exhaustivo estudio de legislación comparada y propone, fundamentalmente, instaurar la sanción penal de prisión para el supuesto de abandono familiar. Así pues, la importancia de esta publicación reside no sólo en la prolija propuesta que –junto con el Anteproyecto presentado por el Colegio de Abogados de Lima– terminaría dando lugar a la Ley N. ° 13906; sino también en sacar a la luz la muy poco conocida, y menos aún difundida, aportación intelectual del considerable grupo de mujeres ilustradas que, en la primera mitad del siglo XX y bajo el auspicio de la Ley N.° 801, promulgada en 1908, logra acceder a una de las carreras universitarias «masculinas» por definición, como es el Derecho.

La preocupación central de Luz Jarrín en «Derecho de alimentos» es una cuestión que afectaba –y, lamentablemente, aún hoy afecta– mayoritariamente a las mujeres[3]. En concreto, su preocupación son las mujeres en situación de pobreza, aquellas que, al igual que la joven madre Fantine

[3] El *Estudio Mundial sobre el papel de las mujeres en el Desarrollo,* da cuenta de las elevadas tasas de pobreza económica y tiempo entre las mujeres. Ver: Asamblea General de Naciones Unidas. A/74/111, 2019. Disponible en: https://undocs.org/es/A/74/111

de «Los Miserables [1862]», fueron "abandonadas". Así pues, el trascendental trabajo de Jarrín –catalogado por la autora de «pequeño»– está significativamente dedicado a las «madres y niños abandonados quienes deben reclamar justicia en el juicio de alimentos»[4]. Desde esta óptica, el objetivo de la obra es doble, en primer lugar, tiene la pretensión de esbozar una tramitación más simple y efectiva del proceso de alimentos; y, en segundo lugar, proponer la promulgación de una ley penal que asegure la efectividad de la primera propuesta.

En consonancia con el objetivo trazado por la autora, el libro está dividido en dos partes: (i) sustantiva, y (ii) adjetiva; cuenta, a su vez, con la preceptiva introducción y conclusiones. En la primera parte, dedicada al marco teórico, Jarrín examina el concepto y fundamento del derecho de alimentos y la organización familiar. Inicia su escrutinio en el Derecho Romano; se detiene en el Derecho Canónico; presta especial atención a la regulación de estos derechos en el Código Napoleónico –que, como bien nos recuerda la autora, inspiró los códigos civiles modernos–; y, concluye su análisis, como es natural, en el Código Civil peruano de 1936, vigente en esa época. El corolario de este exhaustivo estudio es la descripción que la autora efectúa sobre el lugar en el que el Derecho situaba a las mujeres.

En la segunda parte, realiza una acuciosa investigación jurisprudencial y doctrinal del proceso de alimentos. A juicio de la joven estudiosa, no obstante las peculiaridades previstas para el trámite de este tipo de causas; distintos factores entre los que destacan el diseño normativo; la falta de diligencia y de ética de los intervinientes; y, sobre todo, la inadecuada interpretación y aplicación del Derecho, harían que el proceso judicial de alimentos resulte sumamente dilatado y poco célere. En palabras de la autora:

> Si a la letra y al espíritu de la ley se sujetaran todos los que intervienen en ese juicio de alimentos que por ser sumario solo duraría 29 días en su tramitación, no se dilatarían en años por la deformación que de él hacen las apelaciones incidentales, el tinterillare, la burla del obligado, incorrecciones en la tramitación, haciendo ineficaz la ley.

---

[4] Jarrín de Peñaloza, Luz, *Derecho de alimentos [1952],* Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima, 2019, p. 27.

A esta problemática se añade –conforme pone de relieve la autora– otra dificultad que agudizaría aún más la situación, se trata del sistemático incumplimiento de las obligaciones alimentarias dispuestas por los órganos jurisdiccionales. Es precisamente este diagnóstico del que se sirve Jarrín para proponer reajustes importantes tendientes a instaurar un proceso más simple, célere y, fundamentalmente, efectivo. De ahí que, a fin de garantizar el pago de las pensiones alimenticias dispuestas en las ejecutorias, planteara la «creación de la figura delictiva: incumplimiento de la obligación alimentaria». Refuerza su propuesta alegando que este delito ya se encontraba sancionado en más de veinticinco países, bajo la denominación de «abandono de familia».

En definitiva, Jarrín logra su cometido, en la medida en que aporta razones para la tipificación del delito de omisión a la asistencia familiar y, al mismo tiempo, consigue –bajo el hilo conductor del derecho de alimentos– arrojar luz sobre la condición (subordinada) de las mujeres peruanas a inicios de la segunda mitad del siglo XX[5]. Así pues, la autora, estipula una clasificación de la "mujer abandonada" en «apocada, arriesgada e ingnorante», a través de la cual, plasma la posición desaventajada en la que se hallan situadas. En el relato de Jarrín, *la mujer apocada* que generalmente es de clase media, se asusta ante la idea de su entrada a Palacio de justicia, «sin recursos económicos y sin ropa decente con qué presentarse, renuncia a sus propios derechos, asediada por el hambre, y muchas veces concede el divorcio con tanta facilidad como ascenso de categoría a esposa eleva a la amante del marido, convencida así que dejará de perecer hambre ella y sus hijos»[6].

Frente a la mujer de clase media, se encuentra la mujer pobre, descrita por la autora –de forma poco grata– como *la mujer ignorante,* en la que sitúa a las mujeres del pueblo «que apenas tienen tiempo para atender su oficio de lavanderas, cocineras, etc. y a sus hijos menores». Al igual que las mujeres de clase media, las mujeres pobres también temen acercarse a Palacio de Justicia, «saben que los juicios son largos y costosos; aunque se llamen sumarios, no tienen protección efectiva, sino en la letra de las leyes». Hay, asimismo, un obstáculo

[5] El derecho de sufragio de las mujeres peruanas fue reconocido el 5 de septiembre de 1955 mediante Ley N°. 12391. Ver: Guardia, Sara Beatriz, *Mujeres peruana. El otro lado de la historia,* Lima, 2013, p. 304.

[6] *Ibíd.*, p. 32.

adicional al que deben hacer frente tanto las mujeres de clase media como las mujeres pobres que procuran acceder al sistema de administración de justicia, se trata del temor «a ser asediadas por las galanterías y propuestas de escribanos, amanuenses y abogados». En consecuencia, sostiene Jarrín, las mujeres «arrastran su miseria con uno, dos, tres hijos, que son de nadie, por el abandono que de ellos hacen sus padres y a quienes el imperio de las leyes no alcanza»[7].

Como puede apreciarse, el trabajo de Luz Jarrín es, sin duda, una sutil denuncia de la sujeción de las mujeres. No obstante, y a pesar de plasmar un detallado recuento de los daños sufridos por las mujeres, la autora no llega a cuestionar ese estatus de subordinación. No exige igualdad de derechos, si bien reclama la promulgación de una norma que tipifique el delito de «omisión a la asistencia familiar» con el que busca aminorar un problema que afecta mayoritariamente a las mujeres, su exigencia no se realiza desde el marco de la igualdad. Veamos los términos en que la autora sugiere la citada promulgación:

> Que la voz clamorosa de la mujer, como madre y esposa, toque la sensibilidad de los hombres buenos y justos. (…) Que resuene en nuestro Palacio de las Leyes para pedir en nombre de la mujer peruana la ayuda para salvar a la familia del oprobio, de la inmoralidad, de la delincuencia infantil.
>
> Y es que la mujer no ofrece batalla ni resistencia en igualdad de condiciones; pues no es ni competidora ni rival del hombre. Es la colaboradora intuitiva y ganará siempre todas las cruzadas que emprenda con sus distintivos de fe, de abnegación, de ternura (…)[8].

En consecuencia, siguiendo a la filósofa Celia Amorós, el trabajo de Jarrín, se situaría en el «*discurso del memorial de agravios*», género antiguo y recurrente a lo largo de la historia, en virtud del cual, de forma periódica las mujeres exponen sus quejas ante los abusos de poder que dan muestra ciertos varones, pero lo hacen sin buscar la modificación de dicha situación de opresión[9]. Pues bien, más allá del contexto de desigualdad hegemónico

---

[7] *Ibíd.*, p. 34.

[8] *Ibíd.*, p. 124.

[9] Amorós, Celia, *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y posmodernidad,* Cátedra, Madrid, 1997.

en que fue escrito «Derecho de alimentos», convendría recordar que la batalla por acabar con la subordinación de las mujeres a los hombres se había iniciado hacia dos siglos antes[10]. Una obra paradigmática que da cuenta de esta batalla es *Vindicación de los Derechos de la Mujer*, en el que la autora inglesa, desde el paradigma de la igualdad de derechos, exige poner fin a la opresión de las mujeres y su inclusión en los principios universales de la Ilustración.

Asimismo, en *El Segundo Sexo,* obra publicada tres años antes de salir a la luz «Derecho de alimentos», Simone de Beauvoir, denuncia el solapamiento de lo masculino con lo genéricamente humano y la consecuente consideración de las mujeres como ciudadanas de segunda. Si para Wollstonecraft la vía para la liberación de las mujeres era la educación, para Beauvoir era, además, la independencia económica. Ambas autoras exigían que las mujeres accedan al espacio público en igualdad de condiciones con los hombres, reclamo que, ciertamente, no encontramos en el trabajo de Jarrín. No obstante, «Derecho de alimentos» es una obra cuya lectura resulta imprescindible no sólo porque nos permite comprender mejor la situación de discriminación estructural en la que aún se sitúan las mujeres, sino también porque al hacerlo, contribuimos en sacar a la luz el trabajo y la voz de las mujeres, que como bien sostiene la historiadora Mary Beard, en la tradición occidental, fue sistemáticamente acallada[11].

[10] Offen, Karen, *Feminismos europeos, 1700-1950. Una historia política,* Akal, Madrid, 2015.

[11] Beard, Mary, *Mujeres y poder,* traducción de Silvia Furió, Crítica, Barcelona, 2018.

La Institución del Jurado

Nadia Iriarte Pamo
Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional

Título	:	La Institución del Jurado
Autora	:	Ella Dunbar Temple
Editorial	:	Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional
Año	:	2019

El Centro de Estudios Constitucionales, en el marco de su labor de difusión del pensamiento y la cultura jurídica constitucional, ha lanzado una nueva línea editorial "Mujeres Juristas" que se orienta a rescatar y reconocer la contribución académica al derecho constitucional peruano de aquel grupo de mujeres ilustradas que en la primera mitad del siglo XX y en virtud de la Ley N° 801[1], de 1908 consiguieron acceder a la carrera universitaria de derecho.

Esta Colección se inaugura con la publicación "La Institución del Jurado" de Ella Dunbar Temple, recordada maestra universitaria, primera mujer en ocupar una cátedra universitaria en el Perú, abogada y doctora en historia y literatura. La obra recoge la tesis con la obtuvo el grado de bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (1938). Se encuentra estructurada en seis capítulos.

En el primer capítulo "El tribunal del jurado", Temple reflexiona sobre el poder judicial, el juez, la actividad judicial; describe al tribunal del jurado como institución política y judicial; critica al tribunal del escabinato; presenta diversas acepciones sobre el jurado; plantea las

[1] Ley N° 801 Artículo Único.- Las mujeres que reúnan los requisitos que la ley exige para el ingreso a las universidades de la República, serán matriculadas en ellas cuando así lo soliciten, pudiendo optar los grados académicos y ejercer la profesión a que se dediquen.

diferencias entre tribunales permanentes y el tribunal de jurado; y aborda los fundamentos de la institución del jurado.

"La institución del jurado en su aspecto histórico" es materia de su segundo capítulo. En él, la autora observa que no existe acuerdo sobre su génesis. Como tesis antípodas refiere aquella que coloca el origen del jurado paralelo al de las primeras sociedades, y la que le asigna como génesis única la Carta Magna, arrancada al rey Juan por sus súbditos. Subraya que es necesario distinguir entre los precedentes del jurado y su verdadero origen. Temple considera como antecedentes históricos del jurado a los heliastas atenienses, y más propiamente a los *judice selecti* romanos[2].

En el tercer capítulo, titulado "La institución del jurado en su aspecto positivo", Temple manifiesta que son tres los sistemas seguidos para el planteamiento de dicha institución: el inglés, el francés y el escocés. Afirma que en Inglaterra la institución del jurado ha arraigado profundamente constituyendo un modelo típico. En ese sentido, desarrolla los principios que lo informan, sus características peculiares, la correspondencia del jurado inglés a la realidad histórica social y política de la nación inglesa, las razones que explican la subsistencia de dicha institución, las leyes inglesas sobre el jurado, el procedimiento, el jurado inglés en materia civil y en lo penal. Sobre el juicio por jurados en Francia, aborda su historia, las leyes que lo introdujeron, sus características y el procedimiento ante jurado francés. En relación con el sistema escocés de jurado, expone sus características, el procedimiento y sus diferencias con otros sistemas, etc. En el mencionado capítulo, también, analiza y describe la institución del jurado en países tales como España, Italia, Estados Unidos, Alemania, Brasil, Costa Rica, Argentina, entre otros.

En el cuarto capítulo "Crítica a la institución del jurado" aborda la polémica sobre las ventajas o inconvenientes del jurado. A juicio de la autora, dicha institución ha sido propugnada por los políticos del liberalismo y de la democracia, y defendida especialmente con argumentos políticos; en tanto que los juristas, la atacan en sus fundamentos teóricos y en sus consecuencias prácticas. En ese sentido, anota que los políticos presentan

[2] TEMPLE, Ella Dunbar, *La Institución del Jurado*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima, 2019, p. 70.

la institución del jurado como una consecuencia natural de la soberanía, paralela al derecho del sufragio y como un correctivo automático a la función judicial profesional[3]. Además, analiza diversos argumentos que se alegan a favor del sistema de jurado, tales como, la distinción existente entre el hecho y el derecho, la espontaneidad de sus fallos, la independencia y la imparcialidad del jurado.

En el quinto capítulo denominado "Apreciaciones críticas generales sobre la institución del jurado" expone algunas deficiencias del jurado: la desaparición de la citación directa, el retraso de la administración de justicia, la acumulación dañosa de los procesos, la falta de garantía para la suministración de la justicia, y la dificultad para la apreciación de las pruebas. Temple sostiene que el jurado no responde a las nuevas exigencias de la política penal ni de la criminología; requiere para su funcionamiento un alto nivel de preparación integral de los ciudadanos; y carece de imparcialidad, de independencia y de rectitud. En suma, concluye que el jurado es una institución caduca sostenida únicamente por razones políticas[4].

En el sexto capítulo "Consideraciones del jurado en el Perú" plasma la historia de la institución del jurado en nuestras cartas políticas, sus antecedentes legislativos, proyectos y discusiones. Al respecto, la autora subraya que la institución del jurado ha existido en el Perú desde los inicios de la vida republicana, pero, aunque fue consagrada en las Cartas Constitucionales (1823, 1826,1828, 1834, 1839) no ha pasado nunca de mera declaración teórica. Precisa que en la práctica se ha tenido el jurado de imprenta, que funcionó un corto lapso de tiempo[5]. Temple crítica el sistema de jurados en el Perú y expone los inconvenientes de orden procesal, sociológico, político y jurídico. Concluye que en el Perú no se necesita introducir la institución del jurado, sino rodear de garantías a la magistratura permanente, prepararla convenientemente para su función y, ante todo, asegurar su efectiva independencia[6].

---

[3] *Ibíd.*, p. 237.

[4] *Ibíd.*, p. 329.

[5] *Ibíd.*, p. 339.

[6] *Ibíd.*, p. 378.

La autora nos invita a reflexionar sobre esta importante institución que si bien no se encuentra prevista en nuestra actual Constitución (1993), fue contemplada en las primeras constituciones del Perú. Pese al tiempo transcurrido desde la lectura de la tesis de Ella Dunbar Temple, esta mantiene plena actualidad. Los sistemas jurídicos de diversos países han adoptado la institución del jurado[7]; asimismo, diversos organismos internacionales se han pronunciado sobre esta importante institución.

Sobre el particular, el Comité de Derechos Humanos sostuvo que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no reconoce el derecho a un juicio por jurado en un proceso civil o penal, sino que su piedra angular es que todos los procesos judiciales, con o sin jurado, se sustancien con las debidas garantías[8].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua, ha desarrollado diversas consideraciones en relación a la institución del jurado. De manera específica, aborda la temática referida a la garantía de imparcialidad de los jurados, el deber de motivación y las garantías contra la arbitrariedad del veredicto[9].

La imparcialidad, según la Corte, exige que los miembros del jurado se aproximen a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. En esa línea, la recusación y la excusación son instrumentos procesales que permiten proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial. La Corte

[7] Antigua y Barbuda, Argentina (el sistema se aplica en tres de las 23 provincias que la conforman, esto es Buenos Aires, Córdoba y Neuquén, mientras que en otras dos provincias, Río Negro y Chaco, aún se encuentra en fase de implementación, y existen proyectos para hacerlo extensivo a otras), Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Estados Unidos, Dominica, El Salvador, Granada, Haití, Jamaica, Nicaragua, Panamá, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucia, Trinidad y Tobago, San Cristóbal y Nieves, y Guyana.

[8] Comité Derechos Humanos. *John Wilson v. Australia* (Comunicación No. 1239/2004). U.N. Doc. CCPR/C/80/D/1239/2004, 29 de abril de 2004, párr. 4.4.

[9] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

considera que la garantía de imparcialidad implica que los integrantes del tribunal no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia, y que inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática. La imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario. La imparcialidad objetiva consiste en determinar si el jurado cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona[10].

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que, cualquiera sea el sistema procesal de enjuiciamiento que se implemente, resulta fundamental para la existencia de una sociedad democrática que los tribunales inspiren confianza a los ciudadanos y, sobre todo en el proceso penal, al acusado. Para ello, ha afirmado que todo tribunal, incluido el jurado, debe ser imparcial desde un punto de vista tanto objetivo como subjetivo. La imparcialidad del juez y del jurado se presume, siempre que no se demuestre lo contrario, según las circunstancias del caso concreto[11].

La Corte señala que la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación. En efecto, todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa. Pero el veredicto debe permitir que, a la luz de las pruebas y el debate en la audiencia, quien lo valora pueda reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados, quienes habrían incurrido en arbitrariedad en el supuesto en que esta reconstrucción no fuera viable conforme a pautas racionales[12].

Al respecto, algunos países que implementan el sistema de enjuiciamiento por jurados establecen expresamente diferentes garantías de interdicción de la arbitrariedad en la decisión. Por ejemplo, la legislación

---

[10] *Ibíd.*, párr. 239.

[11] Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Hanif y Khan Vs. Reino Unido. Nos. 52999/08 y 61779/08. Sentencia de 20 de diciembre de 2011, párrs. 138 - 140.

[12] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 259.

panameña establece la entrega del cuestionario al jurado con las cuestiones a resolver, cuya respuesta debe ser por escrito y se agregará al expediente[13].

La obra de la doctora Temple nos presenta un análisis acucioso de la institución del jurado que denota la prolija labor de investigación desplegada y evidencia su erudición jurídica e histórica. En ella figuran los principales exponentes del mundo del derecho que se habían pronunciado hasta entonces sobre dicha institución. Temple no sólo describe de manera adecuada aspectos fundamentales de la materia, sino también los examina, reflexiona sobre ellos y los critica con rigurosidad. Tenemos frente a nosotros una extraordinaria oportunidad para profundizar en el estudio de la institución del jurado.

La publicación constituye una contribución trascendental para valorar la reflexión jurídica de las mujeres en nuestro país. Se trata de un importante esfuerzo editorial del Centro de Estudios Constitucionales que visibiliza el aporte académico de las mujeres y se suma a las actuaciones que el Tribunal Constitucional viene realizando a fin de generar espacios de reflexión sobre los derechos de las mujeres y su plena inserción en la vida social, económica, política y académica del país. En síntesis, se trata de un libro de lectura imprescindible.

[13] Código Judicial de la República de Panamá. Artículos 2374 - 2377.

Estado y Religión. Comentarios a la Ley de Libertad Religiosa

Óscar Díaz Muñoz
Asesor Jurisdiccional y ex Secretario Relator del Tribunal Constitucional del Perú. Doctor y Master en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España)

Título	:	Estado y Religión. Comentarios a la Ley de Libertad Religiosa
Autora	:	Carlos R. Santos Loyola (Coordinador)
Editorial	:	Jurista Editores
Año	:	2018

El 21 de diciembre de 2010 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley 29635, de Libertad Religiosa (LLR). Fue una norma largamente esperada, si se tiene en cuenta que el derecho de libertad religiosa tiene en el Perú un expreso reconocimiento desde la Constitución de 1979 (art. 2, inciso 3). A su turno, la vigente Constitución de 1993 reconoce igualmente este derecho, en similares términos y ubicación (art. 2, inciso 3).

La obra objeto de la presente recensión, se encarga de hacer una exégesis de cada una de las disposiciones de la LLR, a cargo de reconocidos especialistas peruanos y extranjeros, bajo la coordinación de Carlos R. Santos Loyola.

Héctor Fix Zamudio señalaba en 1997 que, contrariamente a lo ocurrido en otros foros internacionales, como la ONU o el Consejo de Europa, «en el ámbito latinoamericano han sido escasos los pronunciamientos y las decisiones sobre el problema de la libertad religiosa, si se toma en consideración que la preocupación de los órganos del sistema, es decir, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, así como la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, se ha concentrado en la violación de los derechos

esenciales de la vida y de la libertad de las personas, así como de la tutela de sus derechos políticos, que fueron lesionados de manera grave y masiva por las dictaduras militares que predominaron por varias décadas en numerosos países latinoamericanos»[1].

Esta misma afirmación puede predicarse de las jurisdicciones internas de los países latinoamericanos, que, en el campo de los derechos humanos, o dedicaron su atención especialmente a asuntos como los referidos por Fix Zamudio, o la libertad religiosa no fue invocada y tutelada como derecho por los tribunales nacionales, probablemente a consecuencia de una escasa cultura de los derechos humanos, por la poca experiencia democrática de la mayoría de dichos países.

Sin embargo, el libro bajo comentario permite afirmar que en el Perú viene revirtiéndose esa situación, lo que es una muestra de madurez en el respeto de los derechos humanos y los valores democráticos.

En efecto, junto con la mencionada LLR, contamos con una ya amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho de libertad religiosa, como da cuenta el magistrado Eloy Espinosa-Saldaña Barrera en el Prólogo del libro que aquí comentamos.

Una valoración general de esta obra no puede sino llevarnos a calificarla como un verdadero acierto, pues –según destaca Santos Loyola en su Presentación– se trata del primer libro dedicado en su integridad a comentar la LLR, que con sus casi 10 años en vigor ofrece un tiempo razonable para advertir sus luces y sombras.

Así, el propio Coordinador, a propósito del art. 1 de la LLR, aborda el contenido de la libertad religiosa y sus límites. Este mismo autor se ocupa del Registro de entidades religiosas (art. 13 LLR) y de las formalidades para su inscripción (art. 14 LLR), destacando el problema de la delimitación del requisito de los «fines religiosos» de dichas entidades.

---

[1] H. Fix Zamudio, «La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos», en J. Martínez-Torrón (ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso internacional de Derecho eclesiástico del Estado*, Comares, Granada 1998, p. 95.

Juan Martín Vives se ocupa del art. 2 de la LLR, sobre no discriminación en materia religiosa, resaltando las diferencias entre igualdad formal y real.

Marcos González Sánchez analiza las manifestaciones de la libertad religiosa (art. 3 LLR), apoyándose en la numerosa jurisprudencia que al respecto muestra el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Martín Vinces Arbulú hace un juicio crítico de la regulación del siempre sugestivo tema de la objeción de conciencia (art. 4 LLR). Este mismo autor estudia lo relativo a la exoneración del curso de religión (art. 8 LLR), que acertadamente vincula con el derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones.

Rafael Palomino Lozano comenta el art. 5 de la LLR, que se ocupa del siempre complejo concepto de «entidad religiosa» y su personalidad jurídica, con un interesante análisis desde el Derecho comparado.

Milagros Aurora Revilla Izquierdo se encarga del estudio de la dimensión colectiva de las entidades religiosas (art. 6 LLR) y de la regulación de los convenios de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas (art. 15 LLR). Sobre esta última disposición, la autora advierte que no cuenta con norma que la desarrolle en el reglamento de la LLR (Decreto Supremo 006-2016-JUS), lo cual, a nuestro juicio, es una seria omisión pues, como ha destacado el Tribunal Constitucional, los convenios representan «la forma más elevada de materializar» el principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas (STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 32).

La protección del ejercicio de la libertad religiosa (art. 9 LLR) es analizada por Juan G. Navarro Floria, distinguiendo el derecho a la reserva religiosa, la garantía del secreto ministerial y la libertad religiosa negativa («principio de inmunidad de coacción», en términos del Tribunal Constitucional[2]).

La obra se completa con los importantes comentarios de Mirla M. Chulán Carranza (art. 7), «Dimensión educativa de las entidades religiosas»;

[2] STC 3283-2003-AA/TC, fundamento 19.

Claudia Fiorella Pulanche Torres (art. 10), «Patrimonio de las entidades religiosas»; Percy Orlando Mogollón Pacherre (art. 11), «Donaciones y beneficios tributarios»; y Orestes Gherson Roca Mendoza (art. 12), «Destino del patrimonio en caso de disolución».

A la vista de todo lo anterior sólo cabe felicitar a los autores de este volumen, que consideremos de lectura imprescindible para la comunidad científica y los operadores del Derecho, por su valioso aporte al conocimiento y difusión de la tutela del derecho de libertad religiosa.

Los derechos fundamentales en el Estado prestacional

Piero Nícolas Toyco Suárez
Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Título	:	Los derechos fundamentales en el Estado prestacional
Autor	:	Peter Häberle
Editorial	:	Palestra
Año	:	2019

La conceptualización y el rol del Estado son temas que han generado intensos debates plasmados en numerosas obras en la rama de la Teoría del Estado dentro del Derecho Constitucional, discusiones que al día de hoy siguen en vigencia. Por otro lado, es innegable el avance del respecto, protección y garantía de los derechos sociales en diferentes países del Sur Global, de manera particular en el Perú, a través de la judicialización de estos derechos en los tribunales y cortes constitucionales.

La presente obra es de ineludible lectura, debido a que permitirá entender a cabalidad la dogmática de los derechos sociales dentro del Estado prestacional. Corresponde a una traducción de una serie de conferencias realizadas por el autor en Alemania en el marco del Simposio de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho del Estado en 1971.

El libro está dividido en tres partes. En la primera, referida al inventario científico-realista se precisa la interdependencia del Estado prestacional y la sociedad prestacional, así como se enumera las tareas crecientes y nuevas formas de acción de la mencionada relación interdependiente, en la que adquiere especial importancia el principio de eficiencia, el cual debe irradiar las actuaciones estatales. Por último, el

autor invoca una nueva estructuración, entendida como nueva dogmática, que haga efectiva los derechos fundamentales en la vida social.

En la segunda sección, la desarrolla las tareas de la dogmática de los derechos fundamentales en la sociedad prestacional, en la que se coloca en evidencia la dicotomía que existe entre los derechos fundamentales liberales, los cuales tienen como característica ser relativamente estáticos y el Estado prestacional con una dimensión cargada de vertiente política.

Por último, axiomas del ponente sobre: los derechos fundamentales en el Estado prestacional, se enumeran de manera sucinta las principales ideas y conceptos del autor sobre lo referido en toda la obra.